Cover Page



Universiteit Leiden



The handle http://hdl.handle.net/1887/138672 holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Kraan, J. van der
Title: Toepassing en rechtskarakter van de groepsvrijstelling van artikel 2:403 BW
Issue Date: 2020-12-08

Toepassing en rechtskarakter van de groepsvrijstelling van artikel 2:403 BW

TOEPASSING EN RECHTSKARAKTER VAN DE GROEPSVRIJSTELLING VAN ARTIKEL 2:403 BW

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op dinsdag 8 december 2020
klokke 15.00 uur

door

Jop van der Kraan

geboren te Doetinchem

in 1984

Promotor: prof. dr. S.M. Bartman

Promotiecommissie: prof. mr. C.D.J. Bulten (Radboud Universiteit Nijmegen)
prof. mr. drs. D.F.M.M. Zaman
prof. dr. H.J. de Kluiver (Universiteit van Amsterdam)
prof. mr. W.J.M. van Veen (Vrije Universiteit Amsterdam)

© 2020 J. van der Kraan

Vormgeving en eindredactie: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

Hoofdstuk 1 Inleiding, probleemstelling, onderzoeksvraag, plan van behandeling en verantwoording 1

1.1 Inleiding 1
1.2 Probleemstelling 1
1.3 Onderzoeksvragen 2
1.4 Methoden 4
1.5 Plan van behandeling 4
1.6 Opbouw, onderdelen 5
1.7 Verantwoording 6

ONDERDEEL A – De vrijstellingsregeling en haar toepassing 9

Hoofdstuk 2 De jaarrekeningenplicht 11

2.1 Verplichting tot het opmaken van een jaarrekening en een bestuursverslag 11
2.2 Doel jaarrekening en bestuursverslag: informeren van belanghebbenden 12
2.3 Vereisten die aan de jaarrekening en het bestuursverslag worden gesteld 15
2.4 De enkelvoudige en de geconsolideerde jaarrekening 21
2.5 Algemeen 24
2.6 Conclusie 34

Hoofdstuk 3 De voorwaarden die worden gesteld aan de toepassing van artikel 2:403 BW 35

3.1 Inleiding 35
3.2 Rechtsvorm betrokken rechtssubjecten 37
3.3 Groepsvoorwaarde 38
3.4 Summiere jaarrekening 45
3.5 Instemmingsvoorwaarde 47
3.6 Consolidatievoorwaarde 49
3.7 Openbaarmakingsvoorwaarde 52
3.8 Conclusie 54

Hoofdstuk 4 De 403-verklaring 55

4.1 Inleiding 55
4.2 De 403-verklaring als een van de voorwaarden voor de vrijstelling 55
4.3 De 403-verklaring, een vorm van vrijwillige aansprakelijkheid 56
4.4 De juridische kwalificatie van een 403-verklaring 58

4.5 De uitleg van een 403-verklaring 67
4.6 Hoofdelijke aansprakelijkheid 75
4.7 De materiële reikwijdte van een 403-verklaring 90
4.8 De temporele reikwijdte van een 403-verklaring 97
4.9 Het opstellen van een 403-verklaring 104
4.10 Moment van deponeren, duur van de vrijstelling 116
4.11 De 403-verklaring bij een overname 117
4.12 Later tijdstip van inwerkingtreden opgenomen in de 403-verklaring 118
4.13 Werkelijke waarde van de aansprakelijkheidsverklaring 119
4.14 Conclusie 120

Hoofdstuk 5 De beëindiging van de groepsvrijstelling en van de overblijvende aansprakelijkheid 123

5.1 Inleiding 123
5.2 De beëindiging van de groepsvrijstelling 125
5.3 Twee stappen: intrekken 403-verklaring en beëindigen overblijvende aansprakelijkheid 126
5.4 Het intrekken van de 403-verklaring 126
5.5 Geen verzet mogelijk tegen de intrekking van een 403-verklaring 133
5.6 Tijdstip werking intrekkingsverklaring 134
5.7 De overblijvende aansprakelijkheid 135
5.8 De beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid 140
5.9 Conclusie 239

Hoofdstuk 6 De groepsvrijstelling en diverse praktijksituaties 241

6.1 Inleiding 241
6.2 Fusie en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW 241
6.3 Splitsing en het 403-regime 246
6.4 Schikking en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW 285
6.5 Achterstelling, preferentie en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW 296
6.6 Verjaring en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW 324
6.7 Het 403-regime en cessie 337
6.8 Verpanding en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW 355
6.9 Beslag en de vrijstelling van artikel 2:403 BW 367
6.10 Conclusie 381

ONDERDEEL B – Hoofdelijke aansprakelijkheid en alternatieven 383

Hoofdstuk 7 De ontwikkeling van hoofdelijkheid in het algemeen en binnen de groepsvrijstellingsregeling 385

7.1 Inleiding 385
7.2 Hoofdelijkheid is een in de wet geregelde rechtsfiguur 386
7.3 De geschiedenis achter het opnemen van hoofdelijke aansprakelijkheid in de groepsvrijstellingsregeling 386
7.4 Hoofdelijkheid: vanuit het Romeinse recht naar het huidige Burgerlijk Wetboek 394
7.5 Conclusie 401

Hoofdstuk 8 De vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW in internationaal perspectief en internationaal vergeleken 403
8.1 Inleiding 403
8.2 De Europese groepsvrijstellingsregeling 404
8.3 De vrijstellingsregeling in overige lidstaten 425
8.4 Conclusie 431

Hoofdstuk 9 Alternatieve benaderingen 433
9.1 Inleiding 433
9.2 De kern van de meeste 403-problemen 434
9.3 De 403-aanspraak als wilsrecht 438
9.4 Theorie van hoofdelijkheid met één vordering en meerdere hoofdelijk schuldenaren 493
9.5 De theorie van de dynamische 403-vordering 508
9.6 De 403-verklaring als garantstelling 517
9.7 Nadere regelingen in de 403-verklaring of bij overeenkomst, nadere instructies 531
9.8 De 403-verklaring als borgtocht 536
9.9 Conclusie 593

Hoofdstuk 10 Conclusie 597

Samenvatting 601
Summary 611
Aangehaalde jurisprudentie 619
Geraadpleegde literatuur 627
Curriculum vitae 665

INHOUDSOPGAVE

Hoofdstuk 1 Inleiding, probleemstelling, onderzoeksvraag, plan van behandeling en verantwoording 1

1.1 Inleiding 1
1.2 Probleemstelling 1
1.3 Onderzoeksvragen 2
1.4 Methoden 4
1.5 Plan van behandeling 4
1.6 Opbouw, onderdelen 5
1.7 Verantwoording 6
1.7.1 Gebruik bestaande bronnen, reeds verricht onderzoek 6
1.7.2 Gebruik citaten 6
1.7.3 Onderscheid ten aanzien van overige studies naar de groepsvrijstellingsregeling 7

ONDERDEEL A – De vrijstellingsregeling en haar toepassing 9

Hoofdstuk 2 De jaarrekeningenplicht 11

2.1 Verplichting tot het opmaken van een jaarrekening en een bestuursverslag 11
2.2 Doel jaarrekening en bestuursverslag: informeren van belanghebbenden 12
2.3 Vereisten die aan de jaarrekening en het bestuursverslag worden gesteld 15
2.3.1 Inleiding 15
2.3.2 Titel 2.9 BW 17
2.3.3 Richtlijnen van de Raad voor de jaarverslaggeving 18
2.3.4 Verschillende regimes voor verschillende categorieën rechtspersonen 19
2.4 De enkelvoudige en de geconsolideerde jaarrekening 21
2.4.1 De geconsolideerde jaarrekening 21
2.4.2 De consolidatiekring 24
2.5 Algemeen 24
2.5.1 Sancties op niet-naleven jaarrekeningverplichtingen 24
2.5.2 Strafrechtelijke sancties 25
2.5.3 Civielrechtelijke vordering door iedere belanghebbende 25
2.5.4.1 Bestuurdersaansprakelijkheid bij niet voldoen aan de jaarrekeningenplicht 26
2.5.4.2 Risicotermijn van drie jaar voorafgaand aan het faillissement 26

2.5.4.3 Ontsnappen aan bestuurdersaansprakelijkheid bij te laat deponeren 28
2.5.4.4 De groepsvrijstelling van artikel 2:403 BW als ontsnappingsroute bij bestuurdersaansprakelijkheid bij te laat deponeren 30
2.5.5 Jaarrekeningprocedure bij de Ondernemingskamer 32
2.5.6 Vrijstelling van artikel 2:403 niet van toepassing op beursfondsen: toezicht AFM 34
2.6 Conclusie 34

Hoofdstuk 3 De voorwaarden die worden gesteld aan de toepassing van artikel 2:403 BW 35

3.1 Inleiding 35
3.2 Rechtsvorm betrokken rechtssubjecten 37
3.3 Groepsvoorwaarde 38
3.3.1 Het begrip groep als element van de groepsvrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW 38
3.3.2 Economische eenheid 40
3.3.3 Organisatorische verbondenheid 41
3.3.4 Centrale leiding 42
3.3.5 Enkele bijzondere gevallen; internationale concerns en *joint ventures* 43
3.3.6 Faillissement verbreekt groepsband 45
3.4 Summiere jaarrekening 45
3.5 Instemmingsvoorwaarde 47
3.6 Consolidatievoorwaarde 49
3.7 Openbaarmakingsvoorwaarde 52
3.8 Conclusie 54

Hoofdstuk 4 De 403-verklaring 55

4.1 Inleiding 55
4.2 De 403-verklaring als een van de voorwaarden voor de vrijstelling 55
4.3 De 403-verklaring, een vorm van vrijwillige aansprakelijkheid 56
4.4 De juridische kwalificatie van een 403-verklaring 58
4.4.1 Inleiding 58
4.4.2 Eenzijdige ongerichte rechtshandeling 58
4.4.3 Gebondenheid moedervennootschap op basis van een eenzijdige verklaring 59
4.4.4 Eenzijdige rechtshandeling die verbintenissen schept 60
4.4.5 Het scheppen van een vorderingsrecht door een eenzijdige verklaring 61
4.4.6 Dogmatische bezwaren tegen de eenzijdige schepping van een vorderingsrecht 62
4.4.7 Eenzijdige schepping vorderingsrecht is bijzonder, rechtsfiguur *sui generis?* 63
4.4.8 Geen (benoemde) overeenkomst 63
4.4.9 De eenzijdige verklaring als bron van de hoofdelijkheid 64

4.4.10 Tussenconclusie ten aanzien van de kwalificatie van de 403-verklaring en de daaruit voortvloeiende rechten 66
4.5 De uitleg van een 403-verklaring 67
4.5.1 De tekst van een 403-verklaring 67
4.5.2 Het interpretatiespectrum: van tekstueel tot de partijbedoeling 68
4.5.3 Uitleg van een 403-verklaring 69
4.5.4 Experimenteren met de tekst van een 403-verklaring? 74
4.6 Hoofdelijke aansprakelijkheid 75
4.6.1 Inleiding 75
4.6.2 Hoofdelijke aansprakelijkheid kan verstekkende gevolgen hebben 81
4.6.3 Hoofdelijkheid in de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW 82
4.6.4 Hoofdelijke aansprakelijkheid is in lijn met de eisen die door communautair recht worden gesteld 82
4.6.5 Beide schuldenaren aansprakelijk voor het geheel 83
4.6.6 Nakoming door een der schuldenaren bevrijdt ook de andere schuldenaren 84
4.6.7 De verhoudingen van de schuldeiser jegens de hoofdelijk verbonden schuldenaren 84
4.6.7.1 Meerdere zelfstandige vorderingsrechten 84
4.6.7.2 Niet-nakoming en verzuim 84
4.6.7.3 Het inroepen van verweermiddelen 85
4.6.7.4 Schikking 85
4.6.7.5 Faillissmentsakkoord 86
4.6.7.6 Kwijtschelding 86
4.6.7.7 Exoneratie 86
4.6.7.8 Stuiting en verjaring 86
4.6.8 Verhouding tussen de hoofdelijk verbonden schuldenaren onderling 87
4.6.8.1 Eigen schuld? 87
4.6.8.2 Regresvordering 87
4.7 De materiële reikwijdte van een 403-verklaring 90
4.7.1 De materiële reikwijdte algemeen 90
4.7.2 Een ‘toereikende’ 403-verklaring 90
4.7.3 Artikel 2:403 lid 1 sub f BW geef geen standaardtekst maar stelt minimumvoorwaarden 91
4.7.4 Verbintenissen uit rechtshandelingen 91
4.7.5 Verbintenissen die niet voortvloeien uit rechtshandelingen 93
4.7.6 Het opnemen van een beperking van de materiële reikwijdte in een 403-verklaring 95
4.7.7 Schulden omvat niet uitsluitend geldvorderingen 95
4.8 De temporele reikwijdte van een 403-verklaring 97
4.8.1 De temporele reikwijdte algemeen 97
4.8.2 De ruime temporele reikwijdte 98
4.8.3 De enge temporele reikwijdte 98
4.8.4 De temporele reikwijdte in het licht van de wetsgeschiedenis 99
4.8.5 De ruime temporele reikwijdte versus de enge temporele reikwijdte 101
4.8.6 Een middenweg tussen de ruime en de enge temporele reikwijdte? 102
4.8.7 De temporele reikwijdte; de verschillende tijdvakken 103

4.9 Het opstellen van een 403-verklaring 104
4.9.1 Inhoud 403-verklaring bepalend voor de omvang van de aansprakelijkheid van de moedervennootschap 104
4.9.2 De behoefte om de aansprakelijkheidsrisico's van de moedervennootschap te beperken 106
4.9.3 Verbintenisrechtelijke werking en jaarrekeningrechtelijke werking 106
4.9.4 Afwijken van de standaardtekst: engere of ruimere werking van de 403-verklaring 108
4.9.5 Sancties bij ontoereikende 403-verklaring 110
4.9.6 Aansprakelijkheidsverklaring tevens zijnde een intrekkingsverklaring 111
4.10 Moment van deponeren, duur van de vrijstelling 116
4.11 De 403-verklaring bij een overname 117
4.12 Later tijdstip van inwerkingtreden opgenomen in de 403-verklaring 118
4.13 Werkelijke waarde van de aansprakelijkheidsverklaring 119
4.14 Conclusie 120

Hoofdstuk 5 De beëindiging van de groepsvrijstelling en van de overblijvende aansprakelijkheid 123
5.1 Inleiding 123
5.2 De beëindiging van de groepsvrijstelling 125
5.3 Twee stappen: intrekken 403-verklaring en beëindigen overblijvende aansprakelijkheid 126
5.4 Het intrekken van de 403-verklaring 126
5.4.1 Intrekkingsverklaring 126
5.4.2 Intrekking 403-verklaring: jaarrekeningrechtelijk effect 127
5.4.3 Intrekking 403-verklaring: verbintenisrechtelijk effect 127
5.4.4 Voorwaarden voor het mogen intrekken van de 403-verklaring 127
5.4.5 Voorwaarden die worden gesteld aan de wijze van intrekken van de 403-verklaring 128
5.4.6 Alternatieve wijzen van intrekking 130
5.4.6.1 Algemeen 130
5.4.6.2 Automatische intrekking bij bereiken van een einddatum 131
5.4.6.3 Automatische intrekking bij verbreking van de groepsband 131
5.5 Geen verzet mogelijk tegen de intrekking van een 403-verklaring 133
5.6 Tijdstip werking intrekkingsverklaring 134
5.7 De overblijvende aansprakelijkheid 135
5.7.1 Artikel 2:404 lid 2 BW; een opmerkelijke bepaling? 135
5.7.2 De aansprakelijkheid die resteert na de intrekking van een 403-verklaring 137
5.8 De beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid 140
5.8.1 De voorwaarden voor de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid 140
5.8.2 De Nederlandse regeling inzake de beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid is uniek 141
5.8.3 Rechtvaardiging voor de mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigingen 141

5.8.4 Beëindiging overblijvende aansprakelijkheid bij beëindigen 403-regime: vanzelfsprekend? 143
5.8.5 Compenserende waarborg is geen regulier zekerheidsrecht 146
5.8.6 Bewijslast rust op de moedervennootschap 151
5.8.7 Het verbreken van de groepsband 152
5.8.7.1 De rechtspersoon dient niet meer tot de groep te behoren 152
5.8.7.2 Situaties die kunnen leiden tot een verbreking van de groepsband 155
5.8.7.3 Misbruik: tijdelijke verbreking van de groepsband en naamswijziging 157
5.8.8 De mededeling van het voornemen tot beëindiging 157
5.8.8.1 Deponering bij het handelsregister en aankondiging in een landelijk verspreid dagblad 157
5.8.8.2 Eerste moment van deponeren voornemen tot beëindiging overblijvende aansprakelijkheid is onduidelijk 160
5.8.8.3 Dwingende volgorde vereisten artikel 2:404 lid 3 BW? 161
5.8.8.4 Prematuur verzet 163
5.8.8.5 Schuldeiser niet op de hoogte: te laat is te laat? 164
5.8.8.6 Dwingende volgorde van artikel 2:404 lid 3 BW is star maar wel het meest duidelijk 166
5.8.8.7 Dwingende volgorde: ook eerst de 403-verklaring intrekken? 166
5.8.9 Aan wie komt het verzetsrecht toe? 167
5.8.9.1 Algemeen 167
5.8.9.2 Het verzetrecht van schuldeisers 168
5.8.9.2.1 Algemeen 168
5.8.9.2.2 Reguliere schuldeisers 168
5.8.9.2.3 Schuldeisers met intercompany-vorderingen 169
5.8.9.2.4 Schuldeisers met vorderingen uit de oprichtingsfase 175
5.8.9.2.5 Schuldeisers met een schadeclaim, zonder overeenkomst 177
5.8.9.2.6 Schuldeisers met gelaagde verhaalsmogelijkheden 178
5.8.6.3 Het verzetrecht van pandhouders 181
5.8.6.3.1 Algemeen 181
5.8.6.3.2 De kwestie ING/Akzo 181
5.8.6.3.3 De reikwijdte van de inningsbevoegdheid van een pandhouder in het licht van recente ontwikkelingen 192
5.8.6.3.4 Bevoegdheden die strekken tot het innen van de vordering of het verhalen daarvan 193
5.8.6.3.5 Een 403-vordering strekt tot het innen van een vordering of het verhalen daarvan 194
5.8.6.3.6 De rechtsvordering ter bescherming van het verpande goed 195
5.8.9.4 Het verzetrecht van enkele bijzondere verzetgerechtigden 195
5.8.10 Hardheid vordering: niet onmiskenbaar ongegrond 196
5.8.10.1 Algemeen 196
5.8.10.2 De samenhang tussen de begrippen vorderingsrecht en schuldeiser 197

5.8.10.3 Het schuldeisersbegrip en de hardheid van een vordering in het licht van de verzetregeling 197
5.8.10.4 Conclusie: vordering dient niet onmiskenbaar ongegrond te zijn 212
5.8.11 De rechterlijke toetsing van de vermogenstoestand van de dochter 213
5.8.11.1 Uitgangspunt van de wetgever: voldoende waarborgen dat vorderingen zullen worden voldaan 213
5.8.11.2 Kwestie rondom SNS Bank/SNS Reaal 213
5.8.11.3 Nieuw criterium van de Hoge Raad (in afwijking van de wet): ongunstigere positie 216
5.8.12 Verzet: de verzoekschriftprocedure 217
5.8.13 De hoogte van een door een schuldeiser gestelde vordering 222
5.8.13.1 Algemeen 222
5.8.13.2 Betwiste verschuldigdheid van bestaande vorderingen en de hoogte daavan 222
5.8.13.3 Gedeeltelijke erkenning van vorderingen? 225
5.8.13.4 Toekomstige vorderingen uit lopende duurovereenkomsten 226
5.8.14 Vervangende zekerheid 231
5.8.15 Gegrond verklaard verzet 234
5.8.16 Contractuele aanvulling op het 403-regime 235
5.8.17 Oneigenlijk gebruik verzetsrecht 236
5.8.18 Strijdigheid met het communautaire recht 237
5.8.19 Herleving van de jaarrekeningenplicht na de beëindiging van het 403-regime 237
5.9 Conclusie 239

Hoofdstuk 6 De groepsvrijstelling en diverse praktijksituaties 241
6.1 Inleiding 241
6.2 Fusie en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW 241
6.2.1 Inleiding 241
6.2.2 Juridische fusie 242
6.2.3 Fusie en het 403-regime 248
6.2.3.1 Algemeen 248
6.2.3.2 Overgang van de 403-verklaring bij fusie 249
6.2.3.3 Overgang van verplichtingen voortvloeiend uit een 403-verklaring 251
6.2.3.4 Twee vorderingsrechten, een schuldenaar 252
6.2.3.5 Fusie en de overblijvende aansprakelijkheid 253
6.2.3.6 Enkele situaties van samenloop van fusie en het 403-regime 255
6.2.3.7 Pijnpunten fusie in samenloop met de groepsvrijstelling 263
6.3 Splitsing en het 403-regime 264
6.3.1 Inleiding 264
6.3.2 De splitsingsregeling 264
6.3.3 De splitsing van de moedervennootschap en het 403-regime 273
6.3.3.1 Inleiding 273
6.3.3.2 Splitsing van de moedervennootschap en de overgang van een 403-verklaring 273

6.3.3.3 Splitsing van de moedervennootschap en de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid 276
6.3.3.4 Voorbeeld situaties van splitsing van de moedervennootschap 278
6.3.4 De splitsing van de dochtervennootschap en het 403-regime 281
6.4 Schikking en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW 285
6.5 Achterstelling, preferentie en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW 296
6.5.1 Inleiding 296
6.5.2 Preferentie en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW 297
6.5.3 Achterstelling en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW 310
6.5.4 Onteigening en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW 314
6.6 Verjaring en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW 324
6.6.1 Inleiding 324
6.6.2 Hoofdelijkheid leidt tot het ontstaan van meerdere vorderingsrechten 324
6.6.3 Het moment waarop een 403-vordering ontstaat 326
6.6.4 Verjaring 328
6.6.5 De verjaring van een 403-vordering 328
6.6.6 Is artikel 3:306 BW of artikel 3:307 BW van toepassing op een 403-vordering? 332
6.6.7 Aanvang van de verjaring 334
6.6.8 Afzonderlijke vorderingen, afzonderlijke stuiting 335
6.6.9 De verjaarde vordering bestaat voort als natuurlijke verbintenis 336
6.7 Het 403-regime en cessie 337
6.7.1 Complicaties door separate cessie van de zelfstandige vorderingsrechten 337
6.7.2 Een zelfstandig vorderingsrecht volgt geen ander recht en is zelfstandig vatbaar voor cessie 337
6.7.3 Is de 403-vordering een nevenrecht? 338
6.7.4 De 403-vordering is geen afhankelijk recht en gaat niet mee over bij cessie 346
6.7.5 Een 403-verklaring is geen borgstelling volgens de Hoge Raad 347
6.7.6 Kritiek op de zelfstandigheid van de hoofdvordering en de 403-vordering 349
6.7.7 Het opnieuw ontspringen van een 403-vordering 353
6.8 Verpanding en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW 355
6.8.1 De bevoegdheden van een pandhouder 355
6.8.2 De kwestie Akzo - ING 356
6.8.3 Ontwikkelingen ten aanzien van de positie van een pandhouder 364
6.8.4 Hoge Raad heeft pandhouder eerder buiten de deur gezet, maar er zijn misschien nieuwe kansen 367
6.9 Beslag en de vrijstelling van artikel 2:403 BW 367
6.9.1 Algemeen 367
6.9.2 Beslag op de hoofdvordering en de 403-vordering: derdenbeslag 369
6.9.3 Beslagobject 370
6.9.3.1 Beslag op vorderingen algemeen 370
6.9.3.1 Beslag op een geldvordering 371
6.9.3.2 Beslag op een andere vordering dan de vordering tot betaling van geld 371
6.9.4 Gevolgen derdenbeslag 372

6.9.5 Tenietgaan hoofdvordering door betaling 403-vordering 373
6.9.6 Beslag op toekomstige 403-vordering 376
6.9.7 Bevoegdheden van de beslaglegger bij executoriaal beslag 378
6.9.8 Executoriale verkoop van een vordering 380
6.10 Conclusie 381

ONDERDEEL B Hoofdelijke aansprakelijkheid en alternatieven 383

Hoofdstuk 7 De ontwikkeling van hoofdelijkheid in het algemeen en binnen de groepsvrijstellingsregeling 385
7.1 Inleiding 385
7.2 Hoofdelijkheid is een in de wet geregelde rechtsfiguur 386
7.3 De geschiedenis achter het opnemen van hoofdelijke aansprakelijkheid in de groepsvrijstellingsregeling 386
7.4 Hoofdelijkheid: vanuit het Romeinse recht naar het huidige Burgerlijk Wetboek 394
7.4.1 Inleiding 394
7.4.2 Hoofdelijkheid onder het Romeinse en het vroege Franse recht 394
7.4.3 Hoofdelijkheid in het Nederlandse recht tot 1992 395
7.4.4 Hoofdelijkheid als onderdeel van de vrijstellingsregeling in het Nederlandse recht tot 1992 397
7.4.5 De rechtsfiguur hoofdelijkheid na de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1992 398
7.4.6 Hoofdelijkheid als onderdeel van de vrijstellingsregeling in het Nederlandse recht sinds 1992 400
7.5 Conclusie 401

Hoofdstuk 8 De vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW in internationaal perspectief en internationaal vergeleken 403
8.1 Inleiding 403
8.2 De Europese groepsvrijstellingsregeling 404
8.2.1 Voorgeschiedenis Nederlandse vrijstellingsregeling in relatie tot Europees jaarrekeningenrecht 404
8.2.2 Artikel 2:403 in relatie tot het communautaire recht 409
8.2.2.1 Inleiding 409
8.2.2.2 Artikel 57 van de Vierde Richtlijn 412
8.2.2.3 Artikel 43 van de Zevende Richtlijn 415
8.2.2.4 Artikel 37 van de Jaarrekeningenrichtlijn 418
8.2.2.5 Opmerkingen ten aanzien van de Europese regeling 420
8.2.2.6 Communautair recht verplicht niet tot hoofdelijke aansprakelijkheid 422
8.3 De vrijstellingsregeling in overige lidstaten 425
8.3.1 Inleiding 425
8.3.2 De groepsvrijstelling in het Duitse recht 425
8.3.3 De groepsvrijstelling in het Ierse recht 428
8.3.4 De groepsvrijstelling in het Luxemburgse recht 429
8.4 Conclusie 431

Hoofdstuk 9 Alternatieve benaderingen 433
9.1 Inleiding 433
9.2 De kern van de meeste 403-problemen 434
9.3 De 403-aanspraak als wilsrecht 438
9.3.1 De keuzemogelijkheid en de keuzevrijheid van de schuldeiser 438
9.3.2 Afwijken van de heersende opvatting 444
9.3.3 De voorzienbaarheid van de verkrijging van een vorderingsrecht 446
9.3.4 Het ontstaan van een verbintenis op basis van een eenzijdige verklaring 449
9.3.4.1 Verbintenis op basis van een eenzijdige verklaring 449
9.3.4.2 De 403-vordering vloeit niet voort uit de wet maar uit een eenzijdige verklaring 452
9.3.4.3 De 403-verklaring als bindende toezegging 454
9.3.4.4 De 403-verklaring als aanbod 455
9.3.4.5 Verbintenis op basis van een eenzijdige verklaring in andere rechtstelsels 457
9.3.4.6 Tussenconclusie 458
9.3.5 De inhoud van de verbintenis op basis van een eenzijdige 403-verklaring 459
9.3.5.1 Het bestaan van een verbintenis is niet hetzelfde als het bestaan van een vorderingsrecht 459
9.3.5.2 Het ontstaansmoment van een vorderingsrecht 460
9.3.5.3 De 403-vordering als bestaande vordering onder opschortende voorwaarde 462
9.3.5.4 De 403-vordering als toekomstige vordering 463
9.3.6 Wilsrechten: overdracht, verpanding en beslag 467
9.3.6.1 Inleiding 467
9.3.6.2 De overdraagbaarheid van een wilsrecht 468
9.3.6.3 De verpanding van een wilsrecht 471
9.3.6.3.1 De vatbaarheid van een wilsrecht voor verpanding 471
9.3.6.3.2 Wilsrecht automatisch mee verpand of uitdrukkelijk mee verpanden 472
9.3.6.3.3 Uitoefening van een wilsrecht door een pandhouder 475
9.3.6.3.4 Oplossing voor de problemen bij de verpanding van een wilsrecht 476
9.3.6.4 Het leggen van beslag op een wilsrecht 477
9.3.6.4.1 Inleiding 477
9.3.6.4.2 De vatbaarheid van een wilsrecht voor beslag 477
9.3.6.4.3 Uitoefening van een wilsrecht door een beslaglegger 479
9.3.6.4.4 Oplossing voor de problemen bij het leggen van beslag op een wilsrecht 480
9.3.7 De wilsrechttheorie voorkomt niet dat er alsnog twee vorderingsrechten ontstaan 481
9.3.8 De vatbaarheid voor overdracht van een 403-vordering volgens de wilsrechttheorie 482

9.3.9 Iedere schuldeiser heeft een zelfstandig wilsrecht om de moedervennootschap aan te spreken 486
9.3.10 Het achterblijven van wilsrechten en 403-vorderingen 486
9.3.10.1 Inleiding 486
9.3.10.2 De niet overdraagbare 403-vordering en het niet overdraagbare wilsrecht 487
9.3.10.3 Een afhankelijke 403-vordering en een afhankelijk wilsrecht 488
9.3.10.4 De 403-vordering en het wilsrecht als nevenrecht 488
9.3.10.5 Het tenietgaan van een 403-vordering en het tenietgaan van een wilsrecht 490
9.3.11 Gevolgen wilsrechttheorie 491
9.3.11.1 Het wilsrecht heft dogmatische en juridisch-technische problemen op 491
9.3.11.2 De wilsrechttheorie leidt mogelijk tot nieuwe problemen 492
9.3.11.3 De wilsrechttheorie in combinatie met borgtocht 493
9.4 Theorie van hoofdelijkheid met één vordering en meerdere hoofdelijk schuldenaren 493
9.4.1 Inleiding 493
9.4.2 De 403-vordering is geen afhankelijk recht 496
9.4.3 Alternatief voor het ontbreken van afhankelijkheid 497
9.4.4 De wet en opvattingen in de literatuur 499
9.4.5 Het bestaan van aansprakelijkheid en het bestaan van een vorderingsrecht 500
9.4.6 Pluraliteit van schuldenaars 502
9.4.7 De theorie van Nass in rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief 502
9.4.7.1 Romeins recht: correaliteit versus solidariteit 502
9.4.7.2 De ontwikkeling van hoofdelijkheid in het Nederlandse recht 503
9.4.7.3 Hoofdelijkheid in het Franse en het Duitse recht 505
9.4.7.4 Theorie van Nass in perspectief van de rechtsontwikkeling en de huidige Nederlandse benadering 507
9.4.8 Conclusie 508
9.5 De theorie van de dynamische 403-vordering 508
9.5.1 Inleiding 508
9.5.2 De 403-aansprakelijkheid kan niet op één lijn worden gesteld met borgtocht 508
9.5.3 Drie vormen van hoofdelijkheid 510
9.5.3.1 Inleiding 510
9.5.3.2 Directe hoofdelijkheid 511
9.5.3.3 De 403-vordering als nevenrecht 512
9.5.3.4 De dynamische 403-vordering 514
9.5.4 Conclusie 515
9.6 De 403-verklaring als garantstelling 517
9.6.1 Inleiding 517
9.6.2 Garantstelling is in lijn met de Europese Richtlijn maar Nederlands recht wijkt daarvan af 518

9.6.3 De garantie in het OBW 519
9.6.4 De garantie in het huidige BW 522
9.6.5 De garantie is een onbenoemde overeenkomst 523
9.6.6 Garantieovereenkomst tussen de moedervennootschap en de schuldeisers 524
9.6.7 Overeenkomst tussen de moedervennootschap en de dochtervennootschap waarbij de moedervennootschap zich sterk maakt voor de dochtervennootschap 525
9.6.8 *Comfort letter* of patronaatsverklaring 527
9.6.9 Garantstelling leidt tot onduidelijkheden 529
9.7 Nadere regelingen in de 403-verklaring of bij overeenkomst, nadere instructies 531
9.7.1 Wilsrecht, alternatieve hoofdelijkheid en garantie zijn niet aanvaard 531
9.7.2 Uitleg 403-aanspraak is gebaseerd op standaardtekst artikel 2:403 lid 1 sub f BW 532
9.7.3 Accessoriteit opnemen in een 403-verklaring 532
9.7.4 Subsidiariteit opnemen in een 403-verklaring 533
9.7.5 De kwalificatie borgtocht 533
9.7.6 Risico's bij het opnemen van aanvullende bedingen in een 403-verklaring 534
9.7.7 Aanwenden instructiebevoegdheid 536
9.8 De 403-verklaring als borgtocht 536
9.8.1 Inleiding 536
9.8.2 De geschiedenis van borgtocht 537
9.8.2.1 Inleiding 537
9.8.2.2 De ontwikkeling van borgtocht in het Romeinse recht 540
9.8.2.3 Borgtocht in de Franse Code Civil 541
9.8.2.4 De ontwikkeling van borgtocht in het Nederlandse recht 543
9.8.3 Het onderscheid tussen borgtocht en hoofdelijkheid onder het OBW 551
9.8.3.1 Inleiding 551
9.8.3.2 Het aan de verbintenis ten grondslag liggende rechtsfeit 551
9.8.3.3 Het object van de schuld 552
9.8.3.4 Accessoir karakter 554
9.8.3.4 Subsidiariteit 554
9.8.4 Het onderscheid tussen borgtocht en hoofdelijkheid naar huidig recht 555
9.8.5 Consequenties van de invoering van het NBW voor de groepsvrijstellingsregeling 557
9.8.6 De consequenties van de aanvaarding van borgtocht 561
9.8.7 De kwalificatie van de 403-aanspraak als borgtocht in de rechtspraak 561
9.8.7.1 Akzo/ING 561
9.8.7.2 UWV/Curatoren Econcern 564
9.8.7.3 Schadeloosstellingsprocedure SNS Bank en SNS Reaal 570
9.8.7.3.1 Inleiding 570
9.8.7.3.2 Feiten 570
9.8.7.3.3 Achterstelling 572
9.8.7.3.4 Verlies 403-vordering door onteigende hoofdvordering 573

9.8.7.4 Bia Beheer 574
9.8.8 Wetswijziging vereist? 578
9.8.9 De literatuur over de 403-aanspraak als borgtocht 579
9.8.10 De kwalificatie borgtocht als oplossing voor de 403-problemen 588
9.8.10.1 Inleiding 588
9.8.10.2 De kwalificatie van de 403-aanspraak als borgtocht is goed verdedigbaar en ligt voor de hand 588
9.8.10.3 Problemen die door de kwalificatie als borgtocht worden opgelost 589
9.8.10.4 Bij de keuze voor borgtocht kan de wilsrechttheorie worden geïncorporeerd 590
9.8.10.5 Concerndenken: borgtocht met uitsluiting van subsidiariteit 591
9.9 Conclusie 593

Hoofdstuk 10 Conclusie 597

Samenvatting 601
Summary 611
Aangehaalde jurisprudentie 619
Geraadpleegde literatuur 627
Curriculum vitae 665

Hoofdstuk 1

INLEIDING, PROBLEEMSTELLING, ONDERZOEKSVRAAG, PLAN VAN BEHANDELING EN VERANTWOORDING

1.1 Inleiding

De groepsvrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW biedt een faciliteit om rechtspersonen en vennootschappen grotendeels vrij te stellen van de verplichtingen uit titel 2.9 BW. Deze titel bevat voorschriften omtrent de inrichting en de publicatie van de jaarrekening. Vanuit de praktijk bestond er een sterke behoefte om concerns deze faciliteit te bieden, in eerste instantie om een onnodig zware administratieve last te voorkomen.

Door rechtspersonen een vrijstelling te verlenen, wordt de positie van partijen die belang hebben bij de jaarrekening geschaad. Wanneer geen volledige jaarrekening wordt opgesteld en gepubliceerd, wordt hen informatie onthouden. Om dit te compenseren dient binnen het concern een geconsolideerde groepsjaarrekening te worden opgesteld waarin de cijfers van de vrijgestelde vennootschap zijn meegenomen. Daarnaast dient de vennootschap die de groepsjaarrekening opstelt een aansprakelijkheidsverklaring af te geven waarin zij zich hoofdelijk aansprakelijk verklaart voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van de vrijgestelde rechtspersoon. Op basis van die aansprakelijkheidsverklaring, krijgen schuldeisers van de vrijgestelde vennootschap die een vordering hebben die voortvloeit uit een rechtshandeling de mogelijkheid om de moedervennootschap aan te spreken. Deze 'waarborg' dient, samen met de geconsolideerde jaarrekening, als compensatie voor het gemis aan inzicht in de jaarstukken van de vrijgestelde vennootschap.

De vrijstellingsregeling wordt veelvuldig toegepast. Dat duidt erop dat de vrijstellingsregeling in een belangrijke behoefte voorziet. Daarmee is het van belang dat de vrijstellingsregeling wordt behouden en dat de toepassing van deze regeling soepel verloopt.

1.2 Probleemstelling

De groepsvrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW heeft de juridische gemoederen de afgelopen decennia behoorlijk beziggehouden. Zowel in de rechtspraak als in de literatuur krijgt de groepsvrijstellingsregeling veel aandacht. In de afgelopen decennia heeft de Hoge Raad zich herhaaldelijk over 403-vraagstuken moeten buigen. Ondanks diverse arresten van de Hoge Raad lijken de problemen nog niet

te zijn opgelost. In de literatuur is de nodige kritiek geuit op de arresten die de Hoge Raad heeft gewezen, waarbij met name kritiek is geuit op de vermogensrechtelijke duiding van de 403-verklaring en de daaruit voortvloeiende rechten. De kwalificatie van de aansprakelijkheid als reguliere hoofdelijke aansprakelijkheid leidt bovendien tot ongewenste gevolgen. Deze constatering vormt de aanleiding voor een verdiepend onderzoek. Bij dat onderzoek past de volgende probleemstelling:

De uitleg die de Hoge Raad geeft aan de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de 403-verklaring is dogmatisch onjuist en zorgt in de praktijk voor problemen.

1.3 Onderzoeksvragen

Bij voornoemde probleemstelling heb ik de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

Is de kwalificatie van de uit een 403-verklaring voortvloeiende aansprakelijkheid als hoofdelijke aansprakelijkheid de oorzaak van de problemen die voortvloeien uit de groepsvrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW?

Om deze hoofdvraag gestructureerd te onderzoeken, heb ik de volgende subvragen geformuleerd:

Welke problemen die voortvloeien uit de vrijstellingsregeling doen zich in de praktijk voor?

Wat zijn de oorzaken van de problemen die door de groepsvrijstellingsregeling worden veroorzaakt?

Is er één duidelijke oorzaak aan te wijzen of zijn er meer oorzaken aan te wijzen?

Is de kwalificatie van de groepsvrijstellingsregeling en de daaruit voortvloeiende rechten de oorzaak van de problemen?

Zouden de problemen kunnen worden opgelost? En zo ja, wat is een effectieve manier om de problemen het hoofd te bieden?

Om deze vragen te kunnen beantwoorden, is een analyse gemaakt van de groepsvrijstellingsregeling. Die analyse bestaat uit het onderzoeken van de voorwaarden die worden gesteld aan de toepassing van groepsvrijstellingsregeling. Daarbij is met name gekeken naar de voorwaarden om de groepsvrijstellingsregeling te mogen toepassen en om de toepassing van de groepsvrijstelling weer te mogen beëindigen.

Na een analyse van de regeling, worden de gevolgen van de toepassing van de regeling geanalyseerd. Verschillende praktijksituaties zijn onderzocht. Bekeken wordt hoe de vrijstellingsregeling zich in die situaties houdt. Daarbij heb ik de beantwoording van de volgende subvragen als uitgangspunt genomen:

Tot welke uitkomsten leidt de toepassing van de groepsvrijstellingsregeling in verschillende praktijksituaties?

Zijn de uitkomsten van de toepassing van de groepsvrijstellingsregeling in verschillende praktijksituaties bevredigend?

Indien de uitkomsten van de toepassing van de groepsvrijstellingsregeling in verschillende praktijksituaties niet bevredigend zijn, wat is daarvan de oorzaak?

De uitkomst is dat de voornaamste problemen worden veroorzaakt door de implementatie van de rechtsfiguur 'hoofdelijke aansprakelijkheid' in de groepsvrijstellingsregeling.

Om te kunnen onderzoeken hoe de problemen die worden veroorzaakt door hoofdelijkheid zouden kunnen worden opgelost, is nader onderzoek gedaan naar hoofdelijkheid en meer specifiek naar hoofdelijkheid als onderdeel van de groepsvrijstellingsregeling. Hierbij hebben de volgende subvragen als uitgangspunt gediend:

Hoe is hoofdelijkheid in de huidige groepsvrijstellingsregeling terechtgekomen?

Was het effect van hoofdelijkheid binnen de groepsvrijstellingsregeling voorzien?

Wat is de achtergrond van de rechtsfiguur hoofdelijkheid?

Is de toepassing die binnen de groepsvrijstellingsregeling wordt gegeven aan de rechtsfiguur hoofdelijkheid de juiste?

Is er ruimte voor een andere toepassing?

Welke alternatieven zijn er om de problemen die door de hoofdelijkheid worden veroorzaakt op te lossen? Kan de rechtspraak binnen de huidige regeling voor een oplossing zorgen of is een wetswijziging vereist?

De onderzoeksvragen lopen als een rode draad door dit boek. In de afsluitende conclusie worden deze vragen expliciet beantwoord.

1.4 Methoden

Om de onderzoeksvragen te beantwoorden, is een literatuur- en jurisprudentieonderzoek verricht. Dat onderzoek vormt het voornaamste fundament van de bevindingen. Onoverkomelijk hebben ook bevindingen die ik in mijn praktijk als advocaat ben tegengekomen een bijdrage geleverd aan het uiteindelijke werk.

Er is onderzoek gedaan naar Europees recht, Duits recht, Luxemburgs recht en Iers recht. De Nederlandse groepsvrijstellingsregeling is met de groepsvrijstellingsregelingen uit voornoemde rechtsstelsels vergeleken. Dit onderzoek is beperkt geweest. De knelpunten van de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling zijn inherent aan kenmerken die alleen voorkomen bij de Nederlandse vrijstellingsregeling. Het effect van de vrijstellingsregeling wordt bepaald door het Nederlandse verbintenissen- en goederenrecht. Dat maakt dat de oorzaken en oplossingen gezocht moeten worden binnen het Nederlandse rechtsstelsel. Tot slot merk ik op dat de groepsvrijstellingsregelingen van voornoemde landen weinig van elkaar verschillen. Deze regelingen wijken bovendien weinig af van het Europese model.

Voor het verrichte historische onderzoek is oud Nederlands recht bekeken, Frans recht en Romeins recht.

1.5 Plan van behandeling

Dit boek begint bij het begin. Geen vrijstelling zonder verplichting. In het eerste hoofdstuk wordt kort uiteengezet wanneer een rechtspersoon verplicht is om een jaarrekening op te stellen en te publiceren. Daarna wordt de vrijstellingsregeling behandeld, die de mogelijkheid biedt om grotendeels van de jaarrekeningenplicht te worden vrijgesteld. In het kader van de analyse van de groepsvrijstellingsregeling worden de vereisten waaraan moet worden voldaan nader belicht. Vervolgens wordt de toepassing van de vrijstellingsregeling in diverse praktijksituaties bekeken.

Op basis van de analyse van de diverse praktijksituaties kan de conclusie worden getrokken dat de huidige groepsvrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW tot problemen leidt. Bij het analyseren van deze situaties wordt gaandeweg duidelijk waar het pijnpunt zit. Steeds weer blijkt dat de problemen zijn terug te voeren op een en hetzelfde heikele punt: namelijk het vereiste dat de moedervennootschap zich *hoofdelijk* aansprakelijk dient te verklaren.

Vanuit de bevinding dat de hoofdelijke aansprakelijkheid de oorzaak is van de voornaamste problemen die worden veroorzaakt door de groepsvrijstellingsregeling, wordt dieper ingegaan op hoofdelijkheid. Wat is nu eigenlijk de achtergrond van deze rechtsfiguur? Past deze rechtsfiguur bij het doel dat de zekerheid binnen de groepsvrijstelling vervult? Hoe is hoofdelijkheid in de groepsvrijstellingsregeling terechtgekomen?

Bij het bestuderen van de rechtsfiguur hoofdelijkheid dringt de bestudering van de rechtsfiguur borgtocht zich op. Al vanaf de Romeinse tijd blijken borgtocht en hoofdelijkheid met elkaar te zijn verweven. Laat borgtocht nu net de rechtsfiguur

zijn waarvan de Ondernemingskamer (en verschillende auteurs) hebben betoogd dat deze veel beter past binnen de groepsvrijstellingsregeling dan hoofdelijkheid. Dat was voldoende aanleiding om ook een diepgaander onderzoek naar borgtocht te verrichten.

Uiteindelijk leidt vorenstaand onderzoek tot de conclusie dat borgtocht dogmatisch en wetshistorisch gezien beter past bij de vrijstellingsregeling dan hoofdelijkheid. Bovendien leidt een aansprakelijkheid in de vorm van borgtocht niet tot de problemen die worden veroorzaakt door hoofdelijkheid.

1.6 Opbouw, onderdelen

Dit boek is opgebouwd uit de volgende onderdelen:

– *Deel A: de vrijstellingsregeling en de toepassing daarvan*

Het eerste onderdeel omvat hoofdstuk 2 tot en met hoofdstuk 6. Eerst wordt in vogelvlucht de verplichting tot het opstellen en publiceren van een jaarrekening behandeld en de ratio die daaraan ten grondslag ligt. Daaruit vloeit voort dat een vrijstelling van de jaarrekeningenplicht vraagt om compenserende maatregelen. Er volgt een analyse van de vrijstellingsregeling. Hierbij komen de vereisten die worden gesteld aan de toepassing van de vrijstellingsregeling uitgebreid aan bod. Zo worden de reikwijdte van de 403-verklaring, het opstellen van een 403-verklaring, het intrekken van de 403-verklaring en het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid behandeld. Deze bevindingen zijn ondersteunend aan de opvolgende analyse, de analyse van de toepassing van de groepsvrijstellingsregeling. Hierbij zal worden ingegaan op een aantal samenloopsituaties. Zo zal de toepassing van de groepsvrijstelling in samenloop met verpanding, verjaring, schikking, fusie en splitsing aan de orde komen.

Uit onderdeel A volgt de conclusie dat de huidige groepsvrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW (en 2:404 BW) op verschillende vlakken aanleiding geeft tot onduidelijkheid en problemen. Niet alle 403-problemen worden veroorzaakt door de hoofdelijke aansprakelijkheid die voortvloeit uit een 403-verklaring. De hoofdelijke aansprakelijkheid is wel de oorzaak van de voornaamste 403-problemen.

– *Deel B: hoofdelijke aansprakelijkheid en alternatieven*

In dit onderdeel zal dieper worden ingegaan op (de implementatie van) de rechtsfiguur hoofdelijkheid in de groepsvrijstellingsregeling. Verschillende alternatieven, die een oplossing zouden kunnen bieden voor de problemen die door de hoofdelijke aansprakelijkheid worden veroorzaakt, passeren de revue.

Onderzocht wordt waarom hoofdelijkheid is opgenomen in de groepsvrijstellingsregeling. Hoe is hoofdelijke aansprakelijkheid in de groepsvrijstellingsregeling terechtgekomen? In dat kader is de historische achtergrond van de vrijstellingsrege-

ling en hoofdelijkheid bestudeerd. Ook wordt een vergelijking gemaakt met de Europese regelgeving en groepsvrijstellingsregelingen in andere landen. Uit deze vergelijking blijkt dat in geen van deze regelingen hoofdelijkheid wordt gebruikt.

Binnen de kaders van het Nederlandse vermogensrecht is onderzocht of hoofdelijkheid past bij het doel en de strekking van de groepsvrijstelling en of de toepassing van hoofdelijkheid binnen de groepsvrijstellingsregeling juridisch en dogmatisch gezien een goede keus is.

Naast de rechtsfiguur hoofdelijkheid is de rechtsfiguur borgtocht bestudeerd. Beide rechtsfiguren kennen een met elkaar verknochte geschiedenis. Wie de geschiedenis van hoofdelijkheid bestudeert, kan niet om borgtocht heen. Borgtocht dringt zich al snel op als alternatief voor situaties waarin hoofdelijkheid eigenlijk niet de beste optie blijkt te zijn.

Het einde van het onderzoek naderend, wordt in hoofdstuk 9 regelmatig teruggegrepen naar eerdere onderdelen. Tegen de achtergrond van de eerdere bevindingen zullen diverse alternatieven voor hoofdelijke aansprakelijkheid tegen het licht worden gehouden. Diverse punten die daarbij aan bod komen, zullen nog nader worden uitgediept om vast te kunnen stellen welk alternatief als een geschikt alternatief zou kunnen dienen.

Dit boek wordt afgesloten met de conclusie dat de huidige groepsvrijstellingsregeling op verschillende vlakken aanleiding geeft voor onduidelijkheid en problemen. Een groot deel van de problemen wordt veroorzaakt omdat de aansprakelijkheid die voortvloeit uit een 403-verklaring wordt gekwalificeerd als hoofdelijke aansprakelijkheid. De conclusie is dat de meest geschikte en voor de hand liggende oplossing is om de aansprakelijkheid die voortvloeit uit een 403-verklaring te duiden als borgtocht.

1.7 Verantwoording

1.7.1 Gebruik bestaande bronnen, reeds verricht onderzoek

Het onderzoek is voortbouwend. Er is gebruikgemaakt van bestaande studies die zijn verricht naar hoofdelijkheid en borgtocht. Er is – kritisch dan wel eenstemmig – aansluiting gezocht bij de bestaande literatuur en jurisprudentie.

1.7.2 Gebruik citaten

Er is een bewuste keuze gemaakt inzake het gebruik van citaten. Veel bronnen waarop het onderzoek en de conclusie steunen, zijn vaak letterlijk weergeven. Dat heeft hoofdzakelijk twee redenen.

De eerste reden is dat een citaat het meest zuiver is. Een beschrijving van wat er in een bepaalde tekst staat, leidt tot een vervorming van het origineel. Het draagt

in niets bij om meningen van andere auteurs in andere woorden samen te vatten. Hetzelfde geldt voor overwegingen uit de jurisprudentie en regelgeving.

De tweede reden is dat het opnemen van citaten (en wetsartikelen) een service is naar de lezer toe. Hij hoeft de betreffende tekst niet op te zoeken om na te gaan wat daar precies in staat. Bij regelgeving speelt het tevens een rol dat regelgeving aan verandering onderhevig is. Ook kan de vindplaats wijzigen. Het leest prettiger wanneer relevante bepalingen zijn overgenomen, zodat de lezer deze meteen bij de hand heeft.

1.7.3 Onderscheid ten aanzien van overige studies naar de groepsvrijstellingsregeling

Onlangs promoveerde Nass aan de Rijksuniversiteit Groningen op haar proefschrift dat de titel draagt *Groepsregime, jaarrekening en 403-aansprakelijkheid.*[1] Het onderzoek van Nass en mijn onderzoek, kunnen goed naast elkaar bestaan.

Nass legt een sterke nadruk op de uniformering van de groepsvrijstellingsregeling met Europees recht. Mijn onderzoek spitst zich met name toe op de vermogensrechtelijke aspecten van de vrijstellingsregeling. Uniformering naar Europees recht is in dat kader juist geen speerpunt, aangezien de vermogensrechtelijke aspecten van de 403-verklaring moeten aansluiten op het Nederlandse vermogensrecht.

Ook de uitkomst van beide onderzoeken verschilt sterk. Nass sluit haar proefschrift af met een voorgestelde wijziging van artikel 2:403 BW. In haar voorstel handhaaft zij de rechtsfiguur hoofdelijkheid binnen de groepsvrijstellingsregeling. Mijn conclusie is juist dat de rechtsfiguur hoofdelijkheid het cruciale pijnpunt vormt van de groepsvrijstellingsregeling. De term hoofdelijkheid die in artikel 2:403 BW is opgenomen, zou ruim kunnen worden uitgelegd zodat ook de subvariant van hoofdelijkheid, borgtocht, hieronder wordt begrepen. Maar daarvoor zal de Hoge Raad om moeten gaan. De vraag is of er nog partijen zijn die een zaak op dit punt tot aan de Hoge Raad willen uitprocederen. Het is daarmee maar de vraag of de Hoge Raad nog in de gelegenheid wordt gebracht om een gewijzigde visie te geven, als hij daartoe al bereid is. Mocht artikel 2:403 BW worden gewijzigd, dan zal die wetswijziging naar mijn idee zonder twijfel moeten worden aangegrepen om de vereiste hoofdelijke aansprakelijkheid te wijzigen in een vereiste dat spreekt over borgstelling.

Een ander proefschrift dat reeds eerder verscheen over de groepsvrijstellingsregeling, is de dissertatie van Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen; een analyse van artikel 2:403 BW en zijn voorgangers*.[2] Een uitvoerig werk. Nass merkt op dat daar op het eerste oog weinig aan valt toe te voegen maar vervolgens concludeert zij dat er sinds het verschijnen van dat

1 Nass 2019.
2 Beckman 1995.

proefschrift veel is gebeurd.[3] Daar sluit ik mij bij aan. Het onderzoek naar recente jurisprudentie maakt een belangrijk onderdeel uit van mijn boek. Uiteraard zijn die ontwikkelingen niet terug te vinden in de studie die Beckman – inmiddels vijfentwintig jaar geleden – heeft verricht.

3 Nass 2019, p. 23.

DEEL A

DE VRIJSTELLINGSREGELING EN HAAR TOEPASSING

Hoofdstuk 2

DE JAARREKENINGENPLICHT

2.1 Verplichting tot het opmaken van een jaarrekening en een bestuursverslag

De regeling van artikel 2:403 BW had geen bestaansrecht wanneer op rechtspersonen niet de verplichting zou rusten om jaarlijks een jaarrekening op te maken en deze te publiceren. Het (jaarlijks) opmaken van de jaarrekening valt onder de wettelijke verantwoordelijkheid van het bestuur van de rechtspersoon.[1],[2] Het bestuur van een NV of een BV is in beginsel tevens verplicht om een bestuursverslag op te stellen. Doordat de jaarrekening wordt vastgesteld door een ander orgaan dan het bestuur, vindt intern een controle plaats. Zo wordt vormgegeven aan de interne verantwoordingsplicht van het bestuur.[3]

---

1 Zie voor deze verplichting de verschillende wetsartikelen: artikel 2:48 BW (vereniging); artikel 2:58 BW (coöperatie/onderlinge waarborgmaatschappij); artikel 2:101 BW (NV); artikel 2:210 BW (BV); artikel 2:300 BW (stichting).

2 In dit boek staat de vrijstelling van de jaarrekeningenplicht op basis van artikel 2:403 BW centraal. In uitzonderlijke situaties kan een rechtspersoon (m.u.v. een NV waarvan effecten zijn genoteerd aan een gereglementeerde markt, zie artikel 2:101 lid 7 BW) het ministerie van Economische Zaken op basis van gewichtige redenen verzoeken om een ontheffing van de verplichting tot het opmaken (en publiceren) van de jaarrekening. Te denken valt aan situaties waarin de rechtspersoon wordt ontbonden, aan de rechtspersoon surseance van betaling is verleend of waarin een rechtspersoon failliet is verklaard. De minister zal niet zelf op een dergelijk verzoek beslissen. Zij heeft deze besluitvormingsbevoegheid gemandateerd aan de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland. Wordt de ontheffing verleend, dan dient het bestuur in plaats van een jaarrekening een afschrift van de ontheffing bij het Handelsregister te deponeren (zie artikel 2:394 lid 5 BW). De verplichting tot het opstellen en openbaar maken van het bestuursverslag blijft ook bij het verkrijgen van een vrijstelling onverkort van kracht.

3 Bij de BV en de NV wordt de jaarrekening in beginsel vastgesteld door algemene vergadering. Indien bij een BV alle bestuurders tevens aandeelhouder zijn, vindt de vaststelling van de jaarrekening plaats door ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en commissarissen. Bij een coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of (commerciële) vereniging wordt dit gedaan door de ledenvergadering. Bij een commerciële stichting wordt de jaarrekening vastgesteld door het daartoe statutair bevoegde orgaan of door het eventueel ingestelde toezichthoudende orgaan. Is er sprake van een commerciële stichting waarbij geen toezichthoudend orgaan is ingesteld, dan wordt de jaarrekening vastgesteld door het bestuur van de commerciële stichting.

Niet op elke rechtspersoon rust een even zware jaarrekeningenplicht. Alvorens de vraag te stellen of een rechtspersoon op basis van de groepsvrijstelling kan worden vrijgesteld, dient de vraag te worden beantwoord welke jaarrekeningenplicht er op deze rechtspersoon rust.

Om een aantal 403-vragen niet juridisch-technisch maar dogmatisch te kunnen benaderen, dient de achterliggende gedachte achter de verplichting tot het opstellen en publiceren van een jaarrekening te worden begrepen.

Een vrijstelling van de jaarrekeningenplicht is nodig wanneer een rechtspersoon niet-tijdig wil of kan voldoen aan de jaarrekeningenplicht. Het niet tijdig opstellen, vaststellen en publiceren van de jaarrekening kan tot verschillende sancties leiden.

2.2 Doel jaarrekening en bestuursverslag: informeren van belanghebbenden

De jaarrekening[4] is een vorm van externe verslaggeving. Diverse belanghebbenden zullen externe verslaggeving verlangen. Mogelijk laten zij zich bij het nemen van bepaalde beslissingen leiden door de financiële conditie waarin een rechtspersoon verkeert. Gedacht kan worden aan bestaande en toekomstige contractspartijen die overwegen om overeenkomsten aan te gaan of voort te zetten. Uiteraard vallen ook kredietverschaffers (kredietinstellingen maar ook leveranciers) onder de groep contractspartijen. Mogelijk zullen deze partijen de financiële informatie gebruiken om een inschatting te maken of verplichtingen tijdig zullen worden voldaan en of nieuwe kredieten zullen worden verstrekt en tegen welke voorwaarden dat zal gebeuren. Bestaande relaties zullen informatie wensen om een inschatting te kunnen maken van de continuïteit van de rechtspersoon en de door de rechtspersoon gedreven onderneming.

Het feit dat een rechtspersoon kan functioneren als een schild tegen aansprakelijkheid van de natuurlijke personen die namens de rechtspersoon handelen, legitimeert dat een rechtspersoon openheid van zaken moet geven omtrent haar financiële situatie. Er is in beginsel geen juridische basis waarop externe partijen invloed kunnen uitoefenen op de beslissing van een rechtspersoon om de vrijstelling van artikel 2:403 BW toe te passen. Wanneer een rechtspersoon besluit om gebruik te maken van de groepsvrijstelling, worden externe partijen, misschien ongewild, met een gebrek aan inzicht in de financiële verslaglegging geconfronteerd.

Een nadeel van het opstellen en openbaar maken van de financiële gegevens van alle tot een concern behorende rechtspersonen, is dat dit een enorme administratieve last oplevert. Dit kost tijd en geld. De wetgever heeft daarom een vrijstellingsregeling geïntroduceerd. Wanneer deze vrijstellingsregeling wordt toegepast, hoeft de vrijgestelde rechtspersoon geen volledige jaarrekening op te stellen, hoeft ten aanzien van de stukken van de vrijgestelde rechtspersoon geen accountantscontrole

4 Onder een jaarrekening wordt verstaan de enkelvoudige jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening indien de rechtspersoon een geconsolideerde jaarrekening opstelt (art. 2:361 lid 1 BW).

te worden uitgevoerd en hoeft de vrijgestelde rechtspersoon geen jaarstukken te publiceren. Om belanghebbenden te compenseren voor het gebrek aan informatie dat ten gevolge van de vrijstelling ontstaat, heeft de wetgever een systeem ontworpen om dit gebrek aan informatie te compenseren.

De jaarrekening en het bestuursverslag voorzien niet alleen *externe* partijen van informatie. Voor *interne* partijen vormen deze stukken eveneens een belangrijke informatiebron. Binnen de vennootschapsrechtelijke rechtsorde van een rechtspersoon kan worden gedacht aan de aandeelhouders. De informatie die aan aandeelhouders wordt verstrekt, kan van invloed zijn op de manier waarop de aandeelhouders hun bevoegdheden uitoefenen. Ook kan deze informatie van invloed zijn op de beslissing om nieuwe aandelen te nemen, te kopen, aan te houden of te verkopen. Omdat de informatievoorziening door een jaarrekening en het bestuursverslag van belang is voor de leden of aandeelhouders, dienen alle leden of aandeelhouders van de vrij te stellen rechtspersoon[5] in te stemmen met een beslissing van het bestuur van de dochtervennootschap om de groepsvrijstelling van artikel 2:403 BW toe te passen. Zie artikel 2:403 lid 1 sub b BW:[6]

> Artikel 2:403 BW
> 1. Een tot een groep behorende rechtspersoon behoeft de jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van deze titel in te richten, mits:
> (...)
> b. de leden of aandeelhouders na de aanvang van het boekjaar en voor de vaststelling van de jaarrekening schriftelijk hebben verklaard met afwijking van de voorschriften in te stemmen;

Naast de reeds genoemde externe partijen (contractspartijen) en interne partijen (aandeelhouders) zijn er nog een aantal andere partijen aan te wijzen die belang kunnen hebben bij de publicatie van een volledige jaarrekening.[7] Gedacht kan worden aan werknemers en werknemersorganisaties. Zij zullen geïnteresseerd zijn in de continuïteit en winstgevendheid van de onderneming met het oog op de zekerheid van de werkgelegenheid en mogelijk met het oog op een eventuele variabele beloning.[8]

---

5 Een unaniem besluit is vereist. Wanneer een aandeelhouder niet meewerkt, kan de toepassing van de vrijstellingsregeling worden belet.

6 Artikel 2:403 lid 1 sub b.

7 Zie voor een overzicht bijvoorbeeld Ter Hoeven e.a. 2017, par. 2.2 Belanghebbenden bij de jaarrekening.

8 Werknemers van een dochtervennootschap kunnen dan ook zonder meer een beroep doen op de 403-verklaring die ter compensatie voor het gebrek aan inzicht wordt afgegeven. Op basis van de 403-verklaring kan de moedermaatschappij worden aangesproken voor de verplichtingen die uit de arbeidsovereenkomsten voortvloeien. Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 7 april 2009, *JOR* 2009/160; Hof Amsterdam 26 juli 2001, *JOR* 2004/94; Rb. Amsterdam 20 december 2000, *JOR* 2001/53 (Ekelmans c.s./Tevema).

Wordt nog ruimer gekeken, dan zou ook de overheid tot de groep belanghebbenden kunnen worden gerekend. Niet in de laatste plaats in verband met de heffing van belastingen.[9]

Aan het uiterste eind van het spectrum van belanghebbenden zitten partijen die een belang kunnen hebben bij het verkrijgen van informatie betreffende het beleid dat door een rechtspersoon wordt gevoerd.[10] Denk aan belangenorganisaties, of omwonenden van een terrein waar een vrijgestelde rechtspersoon haar activiteiten ontplooit. In het kader van een breed spectrum van belanghebbenden zij verwezen naar de ontwikkelingen op het gebied van *integrated reporting*.[11] Met *intergrated reporting* wordt een wijze van verslaggeving nagestreeft waarbij de invloed en impact die de rechtspersoon heeft op de omgeving inzichtelijk wordt gemaakt. Thema's als duurzaamheid, relaties met partijen, risico-analyses en toekomstige uitdagingen zijn daarbij belangrijke thema's.[12]

Of het doel van een jaarrekening en het bestuursverslag op basis van de huidige regelgeving wordt bereikt, valt te betwijfelen. Het doel is dat belanghebbenden adequaat worden geïnformeerd. Maar de jaarstukken geven geen actueel beeld. Doorgaans vindt de publicatie pas een jaar na het aflopen van het boekjaar plaats. Daarmee geeft een jaarrekening een indruk van de financiële consequenties van gebeurtenissen in het verleden en geeft het geen actueel beeld van de financiële conditie van een rechtspersoon. In dat kader kan terecht de vraag worden gesteld in welke mate de jaarrekening een document is op basis waarvan beslissingen worden genomen. Bij het nemen van beslissingen zal juist behoefte bestaan aan prospectieve informatie.

---

9 In het kader van de vrijstelling op grond van artikel 2:403 BW zij opgemerkt dat de fiscus weinig heeft aan een 403-verklaring wanneer een vrijgestelde dochtermaatschappij de door haar verschuldigde belastingen niet betaalt. Belastingen zijn verplichtingen die voortvloeien uit de wet en worden in het kader van artikel 2:403 niet aangemerkt als schulden voortvloeiend uit door de vrijgestelde dochtermaatschappij verrichte rechtshandelingen. Om die reden vallen deze schulden niet onder de materiële reikwijdte van een 403-verklaring. Dit vloeit voort uit de wet, artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Zie o.a. ook Niels 2010, par. 4.3.

10 Op 22 oktober 2014 is Richtlijn 2014/95/EU tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen aangenomen. Deze richtlijn ziet op de verplichting voor grotere ondernemingen om bepaalde niet-financiële informatie te publiceren. De implementatie in de Nederlandse wetgeving is uitgevoerd bij Wet van 28 september 2016, *Stb.* 2016/352.

11 Zie over het thema Integrated Reporting onder meer Lambooy e.a. 2012 en over de ontwikkelingen inzake rapporteren waarbij duurzaamheid een rol speelt Pabbruwe e.a. 2017.

12 "Integrated reporting is de samenvattende rapportage waarin organisaties aangeven hoe zij duurzaam opereren en hoe strategie, governance, prestaties en vooruitzichten (maatschappelijke) waarde opleveren voor de korte, middellange en lange termijn. De top van de verslaggevingspiramide. De belangstelling hiervoor is de laatste twee jaar sterk toegenomen." Zie: www.nba.nl/themas/externe-verslaggeving/integrated-reporting/.

De jaarrekening dient openbaar te worden gemaakt door deze te deponeren bij het Handelsregister. Het bestuursverslag en de overige gegevens[13] hoeven niet bij het Handelsregister te worden gedeponeerd.[14]

2.3 Vereisten die aan de jaarrekening en het bestuursverslag worden gesteld

2.3.1 Inleiding

Het doel van een jaarrekening is om diverse partijen van informatie te voorzien. Daarom dient een jaarrekening zodanig te worden opgesteld dat dit doel in voldoende mate wordt gediend.

Externe verslaggeving kan worden ervaren als een last. Wanneer de cijfers rooskleurig zijn, kunnen de financiële cijfers een mooi visitekaartje vormen. Maar wanneer het minder goed gaat, worden de financiele cijfers mogelijk liever onder de pet gehouden. Wanneer de cijfers niet best zijn, zou het bestuur in de verleiding kunnen komen om een ietwat te rooskleurig extern verslag op te stellen en te publiceren. Om dit te voorkomen, dienen jaarstukken aan bepaalde vereisten – waarborgen – te voldoen. Daarbij leiden uniforme regels tot uniforme financiële rapportages. Dat bevordert de leesbaarheid en de mogelijkheid om financiële stukken van verschillende ondernemingen met elkaar te vergelijken.

Om te zorgen dat de jaarrekening en het bestuursverslag een getrouw beeld geven, dienen deze stukken te voldoen aan wettelijke vereisten die voornamelijk zijn terug te vinden in titel 2.9 BW. Binnen deze afdeling kan artikel 2:362 BW als een kernbepaling worden beschouwd. Dit artikel geeft een aantal normen die

13 Onder overige gegevens wordt volgens artikel 2:392 BW verstaan: de accountantsverklaring (controleverklaring) of een mededeling waarom deze ontbreekt; de statutaire regeling omtrent de winstbestemming; de statutaire regeling omtrent de bijdrage in het tekort bij een coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij, voor zover deze afwijkt van de wettelijke bepalingen; een lijst van namen van degenen die een bijzonder statutair zeggenschapsrecht hebben in de rechtspersoon, met een omschrijving van de aard van dat recht; een opgave van het aantal stemrechtloze aandelen en het aantal aandelen dat niet of slechts beperkt deelt in de winst of reserves, met vermelding van de bevoegdheden die zij geven en een opgave van het bestaan van nevenvestigingen (filialen) en van de landen waar nevenvestigingen zijn, alsmede van hun handelsnaam indien deze afwijkt van die van de rechtspersoon. Met ingang van verslagjaren die aanvangen op of na 1 januari 2016 (of eerder, indien de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening eerder wordt toegepast), hoeven kleine rechtspersonen geen overige gegevens meer toe te voegen aan de jaarrekening (art. 2:396 lid 7 BW). Ook microrechtspersonen hoeven geen Overige gegevens toe te voegen (art. 2:395a lid 6 BW). Middelgrote rechtspersonen hoeven de gegevens onder 4. en 5. niet openbaar te maken (art. 2:397 lid 7 BW).

14 In dat geval worden deze gegevens ten kantore van de rechtspersoon ter inzage gelegd. Op verzoek dient een volledig of gedeeltelijk afschrift daarvan tegen ten hoogste de kostprijs worden verstrekt. Wanneer de rechtspersoon hiervoor kiest, dient dit wel in het Handelsregister te worden vermeld (art. 2:394 lid 4 BW).

moeten waarborgen dat de financiële stukken een betrouwbaar beeld van de financiële conditie van een rechtspersoon geven:

> Artikel 2:362 lid 1 t/m 4 BW:
> 1. De jaarrekening geeft volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede voor zover de aard van een jaarrekening dat toelaat, omtrent de solvabiliteit en de liquiditeit van de rechtspersoon. Indien de internationale vertakking van zijn groep dit rechtvaardigt kan de rechtspersoon de jaarrekening opstellen naar de normen die in het maatschappelijk verkeer in een van de andere lidstaten van de Europese Gemeenschappen als aanvaardbaar worden beschouwd en het in de eerste volzin bedoelde inzicht geven.
> 2. De balans met de toelichting geeft getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte van het vermogen en zijn samenstelling in actief- en passiefposten op het einde van het boekjaar weer. De balans mag het vermogen weergeven, zoals het wordt samengesteld met inachtneming van de bestemming van de winst of de verwerking van het verlies, of, zolang deze niet vaststaat, met inachtneming van het voorstel daartoe. Bovenaan de balans wordt aangegeven of daarin de bestemming van het resultaat is verwerkt.
> 3. De winst- en verliesrekening met de toelichting geeft getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte van het resultaat van het boekjaar en zijn afleiding uit de posten van baten en lasten weer.
> 4. Indien het verschaffen van het in lid 1 bedoelde inzicht dit vereist, verstrekt de rechtspersoon in de jaarrekening gegevens ter aanvulling van hetgeen in de bijzondere voorschriften van en krachtens deze titel wordt verlangd. Indien dit noodzakelijk is voor het verschaffen van dat inzicht, wijkt de rechtspersoon van die voorschriften af; de reden van deze afwijking wordt in de toelichting uiteengezet, voor zover nodig onder opgaaf van de invloed ervan op vermogen en resultaat.

De wetgever heeft met de bepalingen van titel 2.9 BW bepaald hoe een rechtspersoon invulling dient te geven aan de verplichting om belanghebbenden te informeren. De rechtspersoon moet ieder jaar een jaarrekening en een bestuursverslag[15] opstellen en publiceren[16] dat voldoet aan de standaard van titel 2.9 BW.

15 Al langere tijd levert de term jaarverslag soms misverstanden op. Voor de één houdt de term het volledige jaarverslag in, inclusief de jaarrekening, terwijl de ander alleen de inhoudelijke rapportage bedoelt. Om deze spraakverwarring voorgoed de wereld uit te helpen is onlangs besloten tot een aanpassing van het BW, waarbij de term jaarverslag wordt vervangen door bestuursverslag.

16 Voor verschillende categorieën rechtspersonen gelden echter verschillende voorwaarden/vereisten. Rechtspersonen worden naar omvang van de onderneming beoordeeld en in categorieën ingedeeld, lopend van microrechtspersoon naar grote rechtspersoon. Omdat deze indeling consequenties heeft voor de inhoud en de omvang van de publicatieverplichting, wordt daaraan verderop in dit hoofdstuk kort aandacht besteed.

2.3.2 Titel 2.9 BW

Titel 2.9 BW vormt de basis van het Nederlandse jaarrekeningenrecht. Het jaarrekeningenrecht is echter 'verbrokkeld'.[17] Niet voor elke rechtspersoon gelden dezelfde vereisten. Daarnaast geldt dat niet alle regels in de wet zijn terug te vinden. Naast titel 2.9 BW bestaan er enkele besluiten die nadere regels stellen ten aanzien van de opmaak en de publicatie van de jaarrekening, zoals het Besluit modellen jaarrekening[18] en het Besluit actuele waarde.[19]

Titel 2.9 BW is sterk beïnvloed door een tweetal EG-richtlijnen; de Vierde EG-richtlijn en de Zevende EG-richtlijn.[20] Door het jaarrekeningenrecht op hoofdlijnen op Europees niveau te regelen, werd getracht om het jaarrekeningenrecht van de lidstaten van de Europese Unie te harmoniseren. De bepalingen uit titel 2.9 BW komen daarom in grote mate overeen met de jaarrekeningrechtelijke bepalingen van de andere lidstaten van de Europese Unie. Sinds de invoering van de Vierde EG-Richtlijn en de Zevende EG-Richtlijn is titel 2.9 BW diverse malen herzien. Titel 2.9 BW is in 2005 gewijzigd naar aanleiding van de wijzigingen van de EG-richtlijnen in 2001 en 2003. Deze wijzigingen zijn doorgevoerd om de toepassing van de International Accounting Standards (IAS)/International Financial Reporting Standards (IFRS) binnen de kaders van de EG-richtlijnen mogelijk te maken.[21]

---

17 Hijink 2016.

18 Titel 2.9 BW stelt verschillende regels ten aanzien van de opmaak en de publicatie van de jaarrekening. In aanvulling daarop bevat het Besluit modellen jaarrekening gedetailleerde modellen voor de inrichting van een jaarrekeningen van BV's en NV's.

19 Het Besluit Actuele Waarde geeft nadere regels met betrekking tot de inhoud, de grenzen en de wijze van toepassing van de waardering van (bepaalde) activa en verplichtingen tegen actuele waarde. Dit is een aanvulling op de mogelijkheid die de wet biedt om bepaalde activa en verplichtingen tegen actuele waarde te waarderen.

20 Na de Vierde EG-Richtlijn en de Zevende EG-Richtlijn zijn nog een aantal andere richtlijnen verschenen met betrekking tot het jaarrekeningenrecht. Deze EG-richtlijnen regelen met name meer specifieke aangelegenheden en geven bijzondere voorschriften ten aanzien van financiële instellingen, zoals banken en verzekeringsmaatschappijen.

21 De IAS-standaard (later aangeduid als IFRS) is een internationale standaard op basis waarvan een jaarrekening kan worden opgesteld die door de EU is goedgekeurd. Deze internationale standaard kan vrijwillig worden toegepast door niet-beursgenoteerde ondernemingen (2:362 lid 8 BW). Europese ondernemingen die wel beursgenoteerd zijn, zijn op grond van Verordening EG 1606/2002 (ook wel IAS-Verordening genoemd) verplicht om hun geconsolideerde jaarrekening sinds boekjaren die zijn aangevangen op of na 1 januari 2005 op te stellen op basis van de IFRS-standaard. Deze verordening heeft rechtstreekse werking. Beursvennootschappen dienen de IFRS-standaard in hun geconsolideerde jaarrekening toe te passen. In de IFRS-standaard is geen standaard over het bestuursverslag opgenomen. Als de IFRS-standaard (al dan niet vrijwillig) wordt toegepast, blijven de eisen omtrent het bestuursverslag als opgenomen in de Nederlandse wet gelden, evenals de (mede) krachtens art. 2:391 lid 5 BW uitgevaardigde AMvB's. Indien de moedervennootschap van een Nederlandse niet-beursgenoteerde dochtervennootschap de IFRS-standaard toepast op haar geconsolideerde jaarrekening, kan de dochtermaatschappij gebruikmaken van de vrijstelling van artikel 2:403 BW. De Raad voor de Jaarverslag-

De voorschriften uit de Vierde EG-Richtlijn en de Zevende EG-Richtlijn zijn op hun beurt in 2013 herzien en vervangen. De Europese wetgever heeft op 26 juni 2013 de nieuwe Europese Jaarrekeningenrichtlijn[22] uitgevaardigd. Deze richtlijn geeft nieuwe voorschriften voor de enkelvoudige en geconsolideerde jaarrekening. De richtlijn maakt deel uit van het beleid van de Europese Commissie om de regelgeving en de toegang tot financiering voor het midden- en kleinbedrijf te vereenvoudigen. De Nederlandse wetgever heeft deze richtlijn recentelijk geïmplementeerd en in dat kader is titel 2.9 BW in 2016 gewijzigd.[23] Met wijziging van titel 2.9 BW naar aanleiding van de nieuwe richtlijn is onder meer de 'micro-rechtspersoon' in het Burgerlijk Wetboek geïntroduceerd.[24]

2.3.3 Richtlijnen van de Raad voor de jaarverslaggeving

Zoals even hiervoor al viel te lezen, bepaalt artikel 2:362 BW:

> "De jaarrekening geeft volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede voor zover de aard van een jaarrekening dat toelaat, omtrent de solvabiliteit en de liquiditeit van de rechtspersoon."[25]

Dit is vrij abstract. De Raad voor de Jaarverslaggeving[26] heeft richtlijnen opgesteld die het bestuur van een rechtspersoon een handreiking bieden bij de invulling van

---

geving stelt zich in RJ 305.201a op het standpunt dat dit mogelijk is, mits is voldaan aan de (overige) voorwaarden van artikel 2:403 BW. Volgens de Raad voor de Jaarverslaggeving kan de dochtervennootschap haar summiere jaarrekening (die op basis van de 403-vrijstelling opgesteld dient te worden maar welke niet gepubliceerd dient te worden) opstellen met behulp van de cijfers uit de consolidatiestaat welke is gebaseerd op de IFRS-standaard, zie RJ 305.203.

22 Richtlijn 2013/34/EU.

23 Zie wetsvoorstel 34.176, aangeduid als de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening, en de totstandkomingsgeschiedenis daarvan op www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34176_uitvoeringswet_richtlijn.

24 Zie artikel 2:395a BW. De invoering van een verlicht jaarrekeningregime voor de kleinste groep rechtspersonen werd reeds enige tijd bepleit.

25 Zie voor een kritische beschouwing van deze norm die afwijkt van wat de EG-Richtlijnen voorschrijven Asser/Maeijer/Kroeze (2-I*) 2015, nr. 515: "De wetgever vindt deze formulering kennelijk zo mooi dat hij deze nationaalrechtelijke norm wenste te handhaven zonder voldoende oog te hebben voor het gegeven dat de jaarrekeningrichtlijnen van de EU (EEG, EG) tot doel hebben tot geharmoniseerde verslaggeving te komen."

26 De Raad voor de Jaarverslaggeving heeft als doel de kwaliteit van de externe verslaggeving van organisaties en bedrijven in Nederland te bevorderen. Dit wordt gerealiseerd door het publiceren van 'Richtlijnen voor de jaarverslaggeving' en RJ-Uitingen. Daarnaast brengt de RJ gevraagd en ongevraagd advies uit aan de overheid en andere regelgevende instanties, zoals de International Accounting Standard Board en de European Financial Reporting Advisory Group. Het uitvoerend orgaan van de Stichting is de Raad voor de Jaarverslaggeving. (www.rjnet.nl/).

deze enigszins abstracte normen.[27] De vraag is of de RJ-richtlijnen slechts een handreiking zijn. De RJ-richtlijnen zijn niet gebaseerd op titel 2.9 BW. De richtlijnen zijn uitgevaardigd door een particuliere organisatie en zijn in beginsel niet bindend.[28] Maar de Hoge Raad heeft in het arrest KPN/SOBI[29] aangegeven dat de RJ-richtlijnen

> "een belangrijk oriëntatiepunt en gezaghebbende kernbron (kunnen) vormen voor wat in het concrete geval als aanvaardbaar heeft te gelden".[30]

Ook de Ondernemingskamer neemt de RJ-richtlijnen klaarblijkelijk als uitgangspunt om de open en flexibele normen van de wetgever nader in te vullen:

> "Voor de uitleg van deze wettelijke bepalingen zijn van belang – als gezaghebbende kenbronnen van de in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar te beschouwen normen – de "Richtlijnen voor de jaarverslaggeving" (...) dient van geval tot geval te worden bezien of en in hoeverre voor de toepassing van de (...) wettelijke bepalingen gewicht dient te worden toegekend aan enige bepaling uit de Richtlijnen."[31]

Er zijn meerdere uitspraken te vinden waarin naar de RJ-richtlijnen wordt verwezen.[32] Daarmee zijn de RJ-richtlijnen, hoewel afkomstig van een particuliere organisatie, van (juridische) betekenis voor de inrichting van jaarrekeningen van Nederlandse rechtspersonen.[33]

2.3.4 Verschillende regimes voor verschillende categorieën rechtspersonen

Niet op alle rechtspersonen rust een even zware verplichting met betrekking tot het opstellen en openbaar maken van een jaarrekening en een bestuursverslag. De wet maakt een onderscheid op basis van de omvang van de door de rechtspersoon

---

27 Zie de verschillende bundels uitgegeven door de Raad voor de jaarverslaggeving. De bundels Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen (RJ-bundel) en Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor kleine rechtspersonen (RJk-bundel) worden jaarlijks in september gepubliceerd door Kluwer. Zie www.rjnet.nl/Publicaties/Richtlijnen/.

28 Zie over de betekenis van de RJ-richtlijnen ook de discussie tussen Beckman en Hoogendoorn in: Beckman & Van Geffen 2013, p. 505-506 en Hoogendoorn 2006, p. 225-236.

29 HR 10 februari 2006, *NJ* 2006/241 m.nt. J.M.M. Maeijer.

30 HR 10 februari 2006, *NJ* 2006/241 m.nt. J.M.M. Maeijer, *r.o.* 5.5.

31 Hof Amsterdam (OK) 20 november 2003, *JOR* 2004/10, *r.o.* 3.8 (Reed Elsevier).

32 Zie naast de in de vorige voetnoten vermelde jurisprudentie voorts: Hof Amsterdam (OK) 7 november 2002, ARO 2002/170, *r.o.* 3.32 (KPN), Hof Amsterdam (OK) 24 juni 2004, ARO 2004/93; *JOR* 2004/272, *r.o.* 3.5 (GOM); Hof Amsterdam (OK) 12 oktober 2006, ARO 2006/179; *JOR* 2007/12, *r.o.* 3.8 (Triavium) en Hof Amsterdam (OK) 2 augustus 2007, ARO 2007/151; *JOR* 2007/269, *r.o.* 3.13 (Bingham).

33 Zie voor kritische opmerkingen hierover: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 515, onderdeel e.

gedreven onderneming. Er is een onderverdeling gemaakt in vier categorieën: micro, klein, middel en groot. Afhankelijk van de grootte van de door de rechtspersoon gedreven onderneming, gelden (gedeeltelijke) vrijstellingen.[34] Schematisch kunnen de verplichtingen van de verschillende categorieën rechtspersonen als volgt worden weergegeven:[35]

Grote rechtspersoon

Jaarrekening	Volledig
Bestuursverslag	Volledig
Overige gegevens	Volledig

Middelgrote rechtspersoon

Jaarrekening	
- Balans met toelichting	Licht beperkt
- Winst-en-verliesrekening + toelichting	Licht beperkt
- Overige toelichtingen en grondslagen	Bijna volledig
Bestuursverslag	Bijna volledig
Overige gegevens	Bijna volledig

Kleine rechtspersoon

Jaarrekening	
- Balans met toelichting	Sterk beperkt
- Winst-en-verliesrekening + toelichting	Niet
- Grondslagen	Volledig
- Overige toelichtingen:	
> ten aanzien van balans	Bijna volledig
> ten aanzien van Winst-en-verliesrekening	Niet
- Bestuursverslag	Niet
- Overige gegevens	Niet

Microrechtspersoon

Jaarrekening	
- Balans	Sterk beperkt
- Winst-en-verliesrekening	Niet
- Toelichtingen	Niet
Bestuursverslag	Niet
Overige gegevens	Niet

34 De verschillende vrijstellingen ten aanzien van de publicatieverplichting zijn opgenomen in artikel 2:395a BW, artikel 2:396 BW en artikel 2:397 BW.

35 Zie voor de bron van deze schema's uiteraard de wet en tevens Ter Hoeven e.a. 2017, paragraaf 1.6.2.

2.4 De enkelvoudige en de geconsolideerde jaarrekening

2.4.1 De geconsolideerde jaarrekening

Een enkelvoudige jaarrekening is een jaarrekening waarin de financiële gegevens van één rechtspersoon zijn opgenomen. Omdat rechtspersonen niet altijd zelfstandig functioneren maar in groepen, kan het gewenst zijn om een beeld te krijgen van de financiële situatie van de hele groep. De financiële gegevens van meerdere rechtspersonen moeten dan worden 'samengesmeed' in één jaarrekening; een geconsolideerde jaarrekening. De geconsolideerde jaarrekening wordt ook wel 'groepsjaarrekening' genoemd. De wettelijke omschrijving voor een geconsolideerde jaarrekening is te vinden in artikel 2:405 BW:

> Artikel 2:405 BW
> 1. Een geconsolideerde jaarrekening is de jaarrekening waarin de activa, passiva, baten en lasten van de rechtspersonen en vennootschappen die een groep of groepsdeel vormen en andere in de consolidatie meegenomen rechtspersonen en vennootschappen, als één geheel worden opgenomen.
> 2. De geconsolideerde jaarrekening moet overeenkomstig artikel 362 lid 1 inzicht geven betreffende het geheel van de in de consolidatie opgenomen rechtspersonen en vennootschappen.

Artikel 2:406 BW geeft een omschrijving van de situaties waarin er een verplichting bestaat om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen, de 'consolidatieplicht':

> Artikel 2:406 BW
> 1. De rechtspersoon die, alleen of samen met een andere groepsmaatschappij, aan het hoofd staat van zijn groep, stelt een geconsolideerde jaarrekening op, waarin opgenomen de eigen financiële gegevens met die van zijn dochtermaatschappijen in de groep, andere groepsmaatschappijen en andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft.
> 2. Een rechtspersoon waarop lid 1 niet van toepassing is, maar die in zijn groep een of meer dochtermaatschappijen heeft of andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft, stelt een geconsolideerde jaarrekening op. Deze omvat de financiële gegevens van het groepsdeel, bestaande uit de rechtspersoon, zijn dochtermaatschappijen in de groep, andere groepsmaatschappijen die onder de rechtspersoon vallen en andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft.
> 3. De rechtspersoon die geen bank als bedoeld in artikel 415 is, en waarvan de geconsolideerde jaarrekening voor een belangrijk deel de financiële gegevens van één of meer banken bevat, geeft in de toelichting ten minste inzicht in de solvabiliteit van de banken als één geheel.
> 4. De rechtspersoon die geen verzekeringsmaatschappij als bedoeld in artikel 427 lid 1 is, en waarvan de geconsolideerde jaarrekening voor een belangrijk deel de financiële gegevens van één of meer verzekeringsmaatschappijen bevat, geeft in de toelichting ten minste inzicht in de solvabiliteit van de verzekeringsmaatschappijen als één geheel.

> 5. In de geconsolideerde jaarrekening van een rechtspersoon, die geen bank als bedoeld in artikel 415 is, mag ten aanzien van in de consolidatie te betrekken maatschappijen die bank zijn, tezamen met de in artikel 426 lid 1, tweede zin, bedoelde maatschappijen, artikel 424 worden toegepast.

Voorheen maakte een geconsolideerde jaarrekening vaak onderdeel uit van de enkelvoudige jaarrekening van de moedervennootschap. Dit is niet noodzakelijk. Sterker nog, de band die bestond tussen de enkelvoudige en de geconsolideerde jaarrekening is sinds de wijziging van titel 2.9 BW in 2005 verbroken. De geconsolideerde jaarrekening vormt geen onderdeel van de enkelvoudige jaarrekening of de toelichting daarop. De geconsolideerde jaarrekening is een zelfstandig document en in de registers van de Kamer van Koophandel worden de deponering van de enkelvoudige jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening dan ook apart vermeld. Alle regelgeving die van toepassing is op een zelfstandige jaarrekening is ook van toepassing op de geconsolideerde jaarrekening.[36]

Artikel 2:403 lid 1 sub c BW verlangt dat de financiële gegevens van de vrij te stellen rechtspersoon door een andere rechtspersoon of vennootschap, die tot dezelfde groep behoort, zijn geconsolideerd in een geconsolideerde jaarrekening.[37] Zie artikel 2:403 lid 1 sub c t/m sub e BW:

> Artikel 403 lid 1 sub c t/m sub e BW:
> 1. Een tot een groep behorende rechtspersoon behoeft de jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van deze titel in te richten, mits:
> (...)
> c. de financiële gegevens van de rechtspersoon door een andere rechtspersoon of vennootschap zijn geconsolideerd in een geconsolideerde jaarrekening waarop krachtens het toepasselijke recht de verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen, richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (PbEU 2013, L 182) of een der beide richtlijnen van de Raad van

36 Dit vloeit voort uit artikel 2:410 BW jo. 2:361 lid 1 BW en de wetsgeschiedenis, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29737, nr. 7.

37 De letterlijke volledige tekst luidt: "de financiële gegevens van de rechtspersoon door een andere rechtspersoon of vennootschap zijn geconsolideerd in een geconsolideerde jaarrekening waarop krachtens het toepasselijke recht de verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen, richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (PbEU 2013, L 182) of een der beide richtlijnen van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen dan wel van verzekeringsondernemingen van toepassing is."

de Europese Gemeenschappen betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen dan wel van verzekeringsondernemingen van toepassing is;
d. de geconsolideerde jaarrekening, voor zover niet gesteld of vertaald in het Nederlands, is gesteld of vertaald in het Frans, Duits of Engels;
e. de accountantsverklaring en het bestuursverslag, zijn gesteld of vertaald in de zelfde taal als de geconsolideerde jaarrekening;

Uit artikel 2:403 lid 1 sub f BW volgt dat de geconsolideerde jaarrekening dient te worden opgesteld door de vennootschap die de 403-verklaring deponeert.

Geheel los van de algemene consolidatieplicht van artikel 2:406 BW, geldt het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening als een van de vereisten van artikel 2:403 BW. Het kan voorkomen dat een vennootschap op grond van artikel 2:406 BW niet verplicht is om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen, maar wel uit hoofde van artikel 2:403 BW. *Vice versa* is ook mogelijk. Het is niet zo dat wanneer reeds binnen de groep een geconsolideerde jaarrekening wordt opgesteld door de topholding op basis van artikel 2:406 BW, deze topholding de vennootschap dient te zijn die in het kader van de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW de geconsolideerde jaarrekening opstelt (en de 403-verklaring deponeert). In het kader van de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW kan evengoed op tussenholding-niveau worden geconsolideerd (en kan de 403-verklaring door een tussenholding worden afgegeven).

Artikel 2:408 BW geeft een vrijstelling voor de algemene consolidatieplicht van artikel 2:406 BW. Artikel 2:408 BW kan niet worden gebruikt om een vrijstelling te verkrijgen voor wanneer de bijzondere bepaling van artikel 2:403 BW wordt toegepast. Voor het toepassen van de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW is het opstellen en publiceren van een geconsolideerde jaarrekening – door de moedervennootschap die tevens een 403-verklaring heeft afgegeven – altijd vereist.

Het is een misvatting dat de geconsolideerde jaarrekening van een moedervennootschap *in de plaats komt van* de zelfstandige jaarrekening van de moedervennootschap. De vrijstelling van de verplichting om een zelfstandige jaarrekening (ook wel *stand alone jaarrekening* genoemd) op te stellen, geldt voor de dochtervennootschap. De moedervennootschap is op basis van artikel 2:403 BW zelf niet vrijgesteld van haar verplichting om een zelfstandige jaarrekening op te stellen en deze verplichting komt door het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening in het kader van de toepassing van artikel 2:403 BW niet te vervallen.

Hoewel dit niet met zoveel woorden is bepaald, ligt het voor de hand dat de enkelvoudige jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van de moedervennootschap op dezelfde jaarvergadering door de aandeelhouders van de moedervennootschap worden vastgesteld. De enkelvoudige en de geconsolideerde jaarrekening kunnen afzonderlijk van elkaar worden vastgesteld en worden gedeponeerd. Voor het deponeren gelden wel dezelfde wettelijke termijnen.

De aandeelhouders van de vrijgestelde dochtervennootschap zijn niet betrokken bij de vaststelling van de geconsolideerde jaarrekening van de moedervennootschap. Wanneer artikel 2:403 BW wordt toegepast, dienen de aandeelhouders van de

vrijgestelde vennootschap wel de 'summiere jaarrekening' van de vrijgestelde dochtervennootschap vast te stellen. Dit is een sterk vereenvoudigde enkelvoudige jaarrekening. Zie artikel 2:403 lid 1 sub a:

> Artikel 2:403 lid 1 sub a BW
> 1. Een tot een groep behorende rechtspersoon behoeft de jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van deze titel in te richten, mits:
> a. de balans in elk geval vermeldt de som van de vaste activa, de som van de vlottende activa, en het bedrag van het eigen vermogen, van de voorzieningen en van de schulden, en de winst- en verliesrekening in elk geval vermeldt het resultaat uit de gewone bedrijfsuitoefening en het saldo der overige baten en lasten, een en ander na belastingen;

2.4.2 De consolidatiekring

De vraag is welke rechtspersonen en/of vennootschappen in de consolidatie dienen te worden betrokken. Met andere woorden, welke rechtspersonen en/of vennootschappen behoren tot de *consolidatiekring*? Artikel 2:405 lid 1 BW geeft een vrij ruime omschrijving voor de consolidatiekring. Artikel 2:406 BW geeft vervolgens nadere voorschriften voor wat betreft de afbakening van de consolidatiekring. Deze bepalingen zien op de consolidatiekring die geldt wanneer op basis van artikel 2:406 BW sprake is van de wettelijke verplichting om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen.[38] Deze bepaling staat los van artikel 2:403 BW. Op basis van artikel 2:403 BW is slechts vereist dat de gegevens van de vrijgestelde dochter zijn meegenomen in een geconsolideerde jaarrekening van een tot dezelfde groep behorende andere rechtspersoon.

De consoliderende vennootschap dient tevens de vennootschap te zijn die de 403-verklaring deponeert. In paragraaf 3.3 wordt dieper ingegaan op de groepsrelatie die dient te bestaan tussen de consoliderende rechtspersoon en de vrij te stellen rechtspersoon. Daar zal worden toegelicht dat het bestaan van een zogenoemd 'groepsband' aan de hand van een aantal criteria worden vastgesteld.

2.5 Algemeen

2.5.1 Sancties op niet-naleven jaarrekeningverplichtingen

Er staan verschillende sancties op het niet correct en niet tijdig naleven van de jaarrekeningenplicht. Daarmee heeft de wetgever tot uitdrukking gebracht dat de

38 Er zijn twee uitzonderingen op deze verplichting: de vrijstelling voor kleine groepen (art. 2:407 lid 2 BW) en de vrijstelling voor tussenholdings (art. 2:408 BW). Echter, in geval van samenloop met de toepassing van de groepsvrijstelling geldt het volgende: verkiest een rechtspersoon ervoor om de consoliderende vennootschap te zijn zodat andere vennootschappen binnen de groep gebruik kunnen maken van de 403-vrijstelling, dan geldt de vrijstelling wel voor de verplichting die voortvloeit uit artikel 2:406 BW maar niet voor de verplichting om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen zoals vereist op basis van artikel 2:403 BW.

verplichting om tijdig aan de jaarrekeningenplicht te voldoen niet te licht mag worden opgevat. Om hiervoor een vrijstelling te verkrijgen, moet tijdig aan alle voorwaarden van artikel 2:403 BW worden voldaan. Indien dat niet het geval is, wordt het recht om de vrijstelling van artikel 2:403 BW te mogen gebruiken niet verkregen. Wordt de vrijstelling desondanks toch toegepast en publiceert de rechtspersoon – die niet vrijgesteld blijkt te zijn – geen jaarverslag dat voldoet aan titel 2.9 BW, dan wordt ten onrechte niet aan de jaarrekeningenplicht voldaan. Het gevolg is dat er verschillende strafrechtelijke sancties kunnen worden opgelegd en ook civielrechtelijk ontstaan er risico's.

2.5.2 Strafrechtelijke sancties

Wanneer blijkt dat de vrijstelling van artikel 2:403 BW niet of niet correct is toegepast en er in strijd met titel 2.9 BW geen volledige jaarrekening is opgemaakt, vastgesteld en gepubliceerd dan zal sprake zijn van een economisch delict.

Artikel 1 sub 4 WED bepaalt dat het niet-voldoen aan de jaarrekeningenplicht een economisch delict op kan leveren. Van een economisch delict is sprake indien niet wordt voldaan aan een aantal nader genoemde artikelen van titel 2.9 BW. Het gaat dan onder meer om de verplichting om de jaarrekening tijdig vast te stellen en te publiceren, een accountant de opdracht te geven om de jaarrekening te controleren, het informeren van aandeelhouders wanneer de jaarrekening niet in orde is (en het publiceren van dit feit) en de verplichting tot de naleving van diverse bevelen die de Ondernemingskamer aan een rechtspersoon kan opleggen.[39] De WED stelt sancties wanneer deze bepalingen worden overtreden. Deze sancties omvatten geldboetes en de mogelijkheid om betrokkenen in hechtenis te nemen. Het opzettelijk openbaar maken van misleidende informatie (als bijzondere variant van het delict valsheid in geschrifte) kan onder omstandigheden te kwalificeren zijn als een strafbaar feit. In dat geval kunnen op basis van het Wetboek van strafrecht strafsancties worden opgelegd.

2.5.3 Civielrechtelijke vordering door iedere belanghebbende

Het niet-naleven van de jaarrekeningenplicht kan ook civielrechtelijke consequenties hebben. De naleving van bepaalde onderdelen van de jaarrekeningenplicht kan door iedere belanghebbende bij de civiele rechter[40] worden gevorderd. Een verzoekschriftprocedure had misschien meer voor de hand gelegen maar aangezien het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering spreekt van 'vorderen' zal een

39 Zie artikel 2:362 BW, 2:393 lid 1 BW, 2:394 lid 3 BW, 2:395 BW, 2:451 lid 2 BW, 2:452 lid 4 BW en 2:455 lid 2 BW.

40 De vordering dient te worden ingesteld bij de rechtbank van het arrondissement waarin de betreffende rechtspersoon is gevestigd.

dergelijke procedure moeten worden ingeleid met een dagvaarding. De in te stellen vordering kan betrekking hebben op de publicatieplicht (artikel 2:394 lid 7 BW) en de controleplicht (artikel 2:393 lid 8 BW).

Om te bepalen wie tot de kring van belanghebbenden behoort die nakoming van de jaarrekeningenplicht kunnen vorderen, wordt aansluiting gezocht bij de kring van belanghebbenden zoals die geldt bij de jaarrekeningprocedure (artikel 2:448 lid 1 sub a BW).[41]

2.5.4.1 Bestuurdersaansprakelijkheid bij niet-voldoen aan de jaarrekeningenplicht

Bestuurders kunnen in eerste instantie hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens derden wanneer de jaarrekening en/of het bestuursverslag misleidend zijn. De grondslag voor aansprakelijkheid wordt gegeven in artikel 6:162 BW.

Op grond van artikel 2:248 BW kunnen bestuurders[42] van een rechtspersoon die in staat van faillissement verkeert hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden voor het boedeltekort.[43] Voorwaarde is dat het bestuur in een periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het niet of niet tijdig voldoen aan een correcte naleving van de jaarrekeningenplicht kan leiden tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders omdat dit kwalificeert als een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Wanneer de vrijstelling van artikel 2:403 BW niet van toepassing is, geldt in principe dat de vennootschap haar jaarrekening wel (tijdig) dient te deponeren. Is de jaarrekening niet tijdig gedeponeerd, dan wordt aangenomen dat het bestuur van de betreffende vennootschap haar taak onbehoorlijk heeft vervuld.

2.5.4.2 Risicotermijn van drie jaar voorafgaand aan het faillissement

Voor het instellen van een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering[44] wordt gekeken naar het gevoerde bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan de faillissementsdatum. Wanneer de groepsvrijstelling van artikel 2:403 BW niet (correct) is toegepast zodat er geen rechtvaardiging bestond om de publicatie van de jaarreke-

41 Reimers, artikel 2:393 BW, aant. 9. Zie uitgebreid over het criterium 'belanghebbenden' in dit verband: Kemp 2015, par. 3.8.5.

42 Commissarissen kunnen hoofdelijk aansprakelijk zijn wanneer vast komt te staan dat de commissarissen op kennelijk onbehoorlijke wijze toezicht op het bestuur hebben gehouden en het bestuur op onbehoorlijke wijze hebben geadviseerd. Zie in dit kader onder meer Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 (Landis); Rb. Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008/10 (Ceteco); Rb. Maastricht 22 augustus 1996, *JOR* 1997/2 en HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233.

43 Hetgeen neerkomt op het bedrag van de schulden voor zover die niet door vereffening van de boedel kunnen worden voldaan.

44 Artikel 2:248 lid 6 BW.

ning achterwege te laten en er desondanks geen jaarrekening is gedeponeerd, dan is er sprake van een schending van de verplichtingen die voortvloeien uit titel 2.9 BW. Onbehoorlijk bestuur is dan op basis van artikel 2:248 BW een gegeven.[45] Om te kunnen bepalen of een dergelijke schending binnen de driejaarstermijn van artikel 2:248 BW valt, dient te worden vastgesteld hoe lang een dergelijke schending doorloopt. Het Hof Amsterdam heeft bepaald dat, zo lang de jaarrekening nog niet is gedeponeerd, de schending van de jaarrekeningenplicht doorloopt.[46] De schending eindigt pas wanneer alsnog aan de jaarrekeningenplicht wordt voldaan. Het hof heeft aldus vastgesteld dat het verzuim van een te late deponering niet met terugwerkende kracht hersteld kan worden.[47] Wel kan de driejaarstermijn beginnen te lopen wanneer alsnog de vereiste jaarstukken worden gedeponeerd. Wanneer een ontdekt verzuim direct wordt hersteld, kan dit onder omstandigheden aanleiding zijn om te oordelen dat in het geheel geen sprake is van onbehoorlijk bestuur.[48]

In de literatuur is betoogd dat wanneer de schending van de administratie- of jaarrekeningenplicht nog voor de intreding van het faillissement is hersteld, het alsnog aan de curator is om te bewijzen dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur in plaats van dat dit als een gegeven dient te worden aangenomen.[49] Deze opvatting vindt echter geen bestendige bevestiging in de rechtspraak. Rechtbanken beslissen in dit kader wisselend.[50]

---

45 Artikel 2:248 lid 1 BW houdt in dat indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het faillissementstekort. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de bewijslast op basis van artikel 150 Rv in beginsel bij de curator rust. De curator heeft ter zake dus een zware bewijslast. Bij die bewijslevering kan de curator echter worden geholpen door artikel 2:248 lid 2 BW, dat een andere bewijslastverdeling met zich brengt. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan de artikel 2:10 BW (administratieplicht) of artikel 2:394 BW (tijdige deponering van de jaarrekening) dan staat (onweerlegbaar) vast dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt (weerlegbaar) vermoed dat zulks een belangrijke oorzaak is van het faillissement – waarbij een onbelangrijk verzuim is uitgezonderd.

46 Hof Amsterdam 22 november 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BL9421, *r.o.* 4.4 en 4.5. *In casu* was de uiterste termijn 1 februari 1998. Deponering vond plaats op 12 mei 1998. Derhalve was het verzuim alsnog hersteld (maar wel liep het verzuim tot 12 mei 1998 en derhalve kan na 12 mei 2001 geen claim meer worden ingesteld op basis van artikel 2:248 lid 2 BW). Zie hierover Van der Kraan 2017, p. 322-326.

47 Zie in dit kader ook Wezeman 2008, p. 102 en Harmsen 2008.

48 Rb. Midden-Nederland 22 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA0803. Zie in dit kader ook Bartman 2009, p. 74.

49 Wezeman 1998, p. 307; Bartman 2009, p. 74.

50 Rb. Utrecht 8 mei 1991, rol nr. 02.20.3662/88 (n.g.) waarin werd geoordeeld dat wanneer een naderhand bijgewerkte administratie ter inzage is, het niet redelijk is dat de bewijslast wordt omgedraaid (en op de bestuurders komt te rusten). Anders echter Rb. Breda 10 juni 1997, *JOR* 1997/95 en Rb. Maastricht 1996 *JOR* 1997/2.

2.5.4.3 Ontsnappen aan bestuurdersaansprakelijkheid bij te laat deponeren

Niet zelden wordt in de praktijk aan de vrijstelling van artikel 2:403 BW gedacht wanneer wordt gezocht naar een ontsnappingsroute voor bestuurdersaansprakelijkheid wanneer wordt geconstateerd dat de jaarrekening niet tijdig is gedeponeerd.

De literatuur is kritisch ten aanzien van het feit dat het te laat deponeren van de jaarrekening bij een faillissementssituatie per definitie tot bestuurdersaansprakelijkheid leidt.[51] Deze sanctie zou te zwaar zijn. De wetgever heeft echter duidelijk willen stellen dat de jaarrekeningenplicht zeer serieus dient te worden genomen en heeft in artikel 2:248 BW bepaald dat het niet of het te laat deponeren van de jaarrekening bij een faillissement ontegenzeggelijk tot bestuurdersaansprakelijkheid leidt. Om daaraan te ontkomen, dienen aangesproken bestuurders in verweer te komen. Zij kunnen een aantal ontsnappingsroutes bewandelen. De rechtspraak biedt een aantal ontnappingsroutes[52] zodat mogelijk aan de aansprakelijkheid op basis van artikel 2:248 lid 2 BW kan worden ontkomen.[53]

Wanneer de jaarrekening te laat is gedeponeerd, kunnen bestuurders in eerste instantie worden gered wanneer sprake is van een onbelangrijk verzuim.[54] Van een 'onbelangrijk verzuim' kan slechts onder bepaalde omstandigheden worden gesproken. De redenen voor het te laat deponeren spelen hier een beperkte rol.[55] Er is bijvoorbeeld sprake van een onbelangrijk verzuim wanneer er slechts een zeer geringe termijnoverschreiding is.[56] Hoe langer de termijn van het verzuim

51 Zie onder meer Van Andel in zijn noot in *JOR* 2013/300 bij HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, *NJ* 2013/401 (Apeldoornse Asbestsanering); Schreurs 2011; Van Andel 2010; Beckman 1998, p. 353-359; Kroeze & Wezeman 2006, p. 325-336. Zie voor deze kritiek en de reactie daarop van de HR ook de conclusie van A-G Wissink voor HR 12 juli 2013, ECLI:NL: HR:2013:BZ7189, *NJ* 2013/401 (Apeldoornse Asbestsanering), onder 2.2.2 e.v.

52 Zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189: "In het algemeen kan men stellen, dat indien de overtuiging bestaat dat de ondernemer een bonafide instelling heeft en een redelijke verklaring kan geven voor het verzuim, de bepaling kan worden toegepast om de al te scherpe kantjes van het tweede lid van de artikelen 138 en 248 boek 2 BW, zoals in het wetsontwerp voorgesteld, weg te nemen."

53 Zie de conclusie van A-G De Bock bij HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2575.

54 Zie artikel 2:248 lid 2 BW.

55 Bij een geringe overschrijding lijken bijkomende omstandigheden soms niet relevant te worden geacht. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch, 6 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:473 in *r.o.* 6.12: "Het door [appellant] genoemde feit dat de jaarcijfers van 2013 van Kantoren [kantoren] op 2 februari 2015 – dus te laat – zijn gedeponeerd kan daaraan evenmin bijdragen. Wat daar verder ook van zij in dit verband, dat kwalificeert als een onbelangrijk verzuim in relatie tot artikel 2:394 BW."

56 Zie een duidelijke uiteenzetting in Hof Den Haag, 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:446 in *r.o.* 20: "Op grond van rechtspraak van de Hoge Raad (HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, NJ 2013/401; HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, NJ 2014/7) geldt op dit punt het navolgende. Van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de slotzin van art. 2:248 lid 2 BW is sprake indien het niet voldoen aan die verplichtingen in de omstandigheden van het desbetreffende geval niet erop wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dit is met name het geval indien voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat. Indien

is, hoe zwaarwichtiger de gronden voor dit verzuim moeten zijn om van een onbelangrijk verzuim te kunnen spreken.[57]

Wanneer de termijnoverschrijding zodanig is dat op grond daarvan niet meer kan worden gesproken van een onbelangrijk verzuim, kan er nog sprake zijn van een onbelangrijk verzuim wanneer er een zeer zwaarwichtige reden is voor het niet tijdig deponeren van de jaarrekening.[58] Van een onbelangrijk verzuim kan dan nog slechts sprake zijn indien het niet-voldoen aan de verplichting tot openbaarmaking – in het licht van de omstandigheden van het geval – geen aanleiding geeft om te concluderen dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.[59] De lijn in de jurisprudentie is casuïstisch en biedt daarom beperkt houvast.[60]

Lukt het de beklaagde bestuurder niet om aan te tonen dat het te laat deponeren van de jaarrekening gezien de feiten en omstandigheden als een onbelangrijk verzuim heeft te gelden, dan kan hij of zij proberen om het bewijsvermoeden – dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak[61] is van het faillissement – te ontzenuwen.[62] Voor het ontzenuwen van dit bewijsvermoeden is het voldoende dat het bestuur aannemelijk maakt dat niet hun onbehoorlijke taakvervulling maar andere feiten of omstandigheden de oorzaak zijn van het faillissement.[63] Beslissend

---

het, zoals hier, gaat om een overschrijding van de termijn van artikel 2:394 lid 3 BW voor openbaarmaking van de jaarrekening, geldt voor het overige hetgeen is beslist in HR 2 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1981, NJ 1996/406 (r.o. 3.2) en HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007/2 (r.o. 4.3.2 laatste zin), namelijk dat het antwoord op de vraag of een overschrijding als een onbelangrijk verzuim kan gelden, afhangt van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid, waarbij opmerking verdient dat hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat stelplicht en bewijslast op de aangesproken bestuurder rusten."

57 Zie onder meer HR 20 oktober 2006, *JOR* 2006/288; HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, 5712; *NJ* 2001/454, *r.o.* 3.7; HR 2 februari 1996, ECU:NUN R:1996:ZX1981, *NJ* 1996/406 en Hof Arnhem-Leeuwarden, 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9209, *JOR* 2018/37.

58 Stelplicht en bewijslast van een en ander rust (uiteraard) op de aangesproken bestuurder.

59 HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079.

60 Ter illustratie het volgende voorbeeld: de verklaring dat de te late openbaarmaking van de jaarrekening werd veroorzaakt door het feit dat er nog een grote vordering van een debiteur diende te worden gewaardeerd, is in de rechtspraak gehonoreerd als reden voor een te late publicatie van de jaarrekening omdat de accountant had gemeld dat de waardering van debiteuren en voorraden gevolgen kan hebben voor de continuïteit van de vennootschap; Hof Arnhem-Leeuwarden, 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:203.

61 Het is niet vereist dat het niet-voldoen aan de jaarrekeningenplicht de belangrijkste maar wel een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Zie onder meer Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:214, *r.o.* 4.6.

62 Hierbij kan worden aangetekend dat de uitleg die de Hoge Raad aan het, in het kader van artikel 2:248 lid 2 BW, te leveren tegenbewijs geeft soepeler, is dan de wetgever voor ogen stond. Zie Van Andel 2010 en Kroeze & Wezeman 2006, p. 325-336.

63 Zie onder andere HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, *NJ* 2007/2, m.nt. Maeijer, *JOR* 2006/288 en *Ondernemingsrecht* 2007/5.

is of de door de bestuurders aangevoerde omstandigheden een aanvaardbare verklaring opleveren voor de te late publicatie.[64]

In de derde plaats kan een bestuurder nog met een zeer algemeen verweer op de proppen komen. Een bestuurder kan aanvoeren dat hem over de gehele linie van het door hem gevoerde bestuur gezien, geen onbehoorlijk bestuur kan worden verweten.[65] In dat geval wordt niet bereikt dat het niet tijdig deponeren van de jaarstukken als niet onbehoorlijk wordt gezien, maar dat dit verzuim tegen de achtergrond van het over de gehele linie gevoerde beleid niet dusdanig zwaar weegt dat van onbehoorlijk bestuur kan worden gesproken.

In de vierde plaats kunnen bestuurders aanvoeren dat er gronden zijn om een collectieve en/of individuele matiging van de aansprakelijkheid toe te passen.[66] Een rechter kan daartoe overgaan, wanneer de aansprakelijkheid van het bestuur of van een individuele bestuurder hem bovenmatig voorkomt.[67] De rechter heeft hierbij een discretionaire bevoegdheid. De rechter zal zich in dit kader ook een beeld vormen van het gedrag van de bestuurder en bezien of die bestuurder voldoende zorg heeft betracht om benadeling van schuldeisers te voorkomen.[68]

2.5.4.4 De groepsvrijstelling van artikel 2:403 BW als ontsnappingsroute bij bestuurdersaansprakelijkheid bij te laat deponeren

De vraag of artikel 2:403 BW een ontsnappingsroute voor bestuurdersaansprakelijkheid biedt, wordt met enige regelmaat in de praktijk gesteld.[69] Helaas voor bestuurders die vrezen voor aansprakelijkheid of voor zij die reeds zijn aangesproken,

64 Het is daarbij overigens niet van belang of deze feiten en omstandigheden tot de risicosfeer van de bestuurder behoren, zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189. Zo kan fraude, gepleegd door derden, in dit kader als een oorzaak van het faillissement worden aangenomen. Hof Den Haag, 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:446.

65 Zie onder meer Rb. Utrecht 23 oktober 1996, *JOR* 1996/27, waarover Kroeze & Wezeman 2006, p. 335.

66 Artikel 2:248 lid 4 BW. Zie in dit kader Hof Arnhem-Leeuwarden 27 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7752.

67 Mogelijk kan een bestuurder een beroep doen op zijn D&O-verzekering. Zie onder meer Sinninghe Damste 2015, p. 171-191.

68 Zo kan van een bestuurder in dit kader bijvoorbeeld worden verlangd dat hij voldoende onderzoek heeft gedaan naar de integriteit, financiële achtergrond en kennis van zaken van de opvolgend bestuurder. Doet hij dit niet en doen er zich na de bestuursoverdracht feiten en omstandigheden voor die weliswaar vallen toe te schrijven aan de opvolgend bestuurder, dan kan een oud-bestuurder daarvoor aansprakelijk zijn en kan die aanleiding zijn om een beroep op matiging ex artikel 2:248 lid 4 BW af te wijzen. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:50. Overigens: de notaris die meewerkt aan een overdracht van de aandelen en het bestuur aan een katvanger, loopt ook een risico om met succes aansprakelijk te worden gehouden voor de door de gezamenlijke schuldeisers geleden schade (Rb. Gelderland 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6091).

69 Zie ook Van der Kraan 2017, p. 322-326.

is dat niet het geval. Artikel 2:403 BW biedt geen remedie tegen een te laat gepubliceerde jaarrekening.

Wanneer wordt geconstateerd dat niet (tijdig) aan de jaarrekeningenplicht is voldaan en er mogelijk geen sprake is van een onbelangrijk verzuim kan de gedachte opkomen om met 'terugwerkende kracht' de vrijstelling van artikel 2:403 BW toe te passen.

Om te kunnen beoordelen of de vrijstelling op basis van artikel 2:403 BW soelaas biedt bij een reeds verstreken publicatieplicht, dient de werking van de vrijstelling op basis van artikel 2:403 BW – en in het bijzonder de werking van een 403-verklaring – nader te worden beschouwd. Vanaf het moment dat de 403-verklaring door de moedervennootschap is afgegeven, kunnen alle schuldeisers van de vrijgestelde vennootschap met een vordering op die vrijgestelde vennootschap die voortvloeit uit een door de vrijgestelde vennootschap verrichte rechtshandeling, een beroep op de 403-verklaring doen en zich rechtstreeks[70] tot de moedervennootschap wenden om hun vordering te innen. Zolang de 403-verklaring nog niet is ingetrokken, bestaat deze mogelijkheid voor toekomstige schuldeisers maar ook voor bestaande schuldeisers, ongeacht hoe lang zij reeds een vordering hebben op de vrijgestelde vennootschap. Zo beschouwd, heeft een 403-verklaring een zeker terugwerkend effect.

Gezien vorenstaande, kan worden betoogd dat schuldeisers materieel gezien geen nadeel lijden wanneer de vrijstelling van artikel 2:403 BW achteraf alsnog wordt toegepast. Het resultaat voor de schuldeisers is uiteindelijk hetzelfde. Zij hebben geen inzicht in de jaarrekening maar zij kunnen evengoed verhaal halen op hetzelfde vermogen als in de situatie waarin de vrijstelling wel op tijd van toepassing was. Aangezien ook bestaande schuldeisers een beroep kunnen doen op een 403-verklaring lijkt het – wanneer de 403-verklaring eenmaal is afgegeven – niet uit te maken dat de 403-verklaring op een later tijdstip is afgegeven.

Het feit dat de aansprakelijkheid van de moedervennootschap reikt tot en met alle schulden van de vrijgestelde vennootschap voor zover die voortvloeien uit door de vrijgestelde vennootschap verrichte rechtshandelingen, en dat dit niet is beperkt in tijd, betekent niet dat de vrijstelling (met terugwerkende kracht) voor dit tijdvak heeft gegolden. Aan de voorwaarden om van de vrijstelling gebruik te mogen maken was, op het moment dat de jaarrekening gedeponeerd moest worden, niet voldaan. Ook was op dat moment niet zeker dat de vrijstelling op basis van artikel 2:403 BW op een later moment zou worden toegepast en dat alsnog een compenserende 403-verklaring zou volgen.

Er dient nog een kanttekening te worden gemaakt ten aanzien van de overblijvende aansprakelijkheid. De gedachte dat een 403-verklaring afgegeven kan worden

70 Hoewel er gediscussieerd kan worden over de vraag of de mogelijkheid om de moedervennootschap rechtstreeks aan te spreken past binnen het karakter van de vrijstelling op basis van artikel 2:403 BW, brengt de hoofdelijkheid met zich mee dat er geen sprake is van subsidiariteit. Zie HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *NJ* 2002/447 m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2002/136 m.nt. S.M. Bartman (Akzo/ING).

en de intrekking snel daarop weer kan volgen, miskent een aanzienlijk risico. Vaak wordt niet stilgestaan bij de overblijvende aansprakelijkheid die de moedervennootschap zich op de hals haalt. Het is bijzonder lastig om van deze aansprakelijkheid af te komen.[71] De overblijvende aansprakelijkheid blijft – ook na het intrekken van de 403-verklaring – voortbestaan.[72]

Het risico van bestuurdersaansprakelijkheid bij niet of te laat deponeren van de jaarrekening kan door het afgeven van een 403-verklaring niet worden weggenomen. Wanneer het vermogen van de moedervennootschap daadwerkelijk verhaalsmogelijkheden biedt, wordt het risico dat bestuurders van de vrijgestelde vennootschap die niet tijdig aan de jaarrekeningenplicht heeft voldaan lopen, mogelijk wel verkleind. Biedt de moedervennootschap verhaal, dan zal een deel van de schuldeisers zich waarschijnlijk nog voor een faillissement van de dochtervennootschap tot de moedervennootschap wenden in plaats van zich tot de bestuurders te wenden. De kans op een faillissement van de dochtervennootschap met bestuurdersaansprakelijkheid tot gevolg, wordt dan wellicht verkleind.

2.5.5 Jaarrekeningprocedure bij de Ondernemingskamer

Indien ten onrechte niet wordt voldaan aan de vereiste van artikel 2.9 BW kan iedere belanghebbende[73] een jaarrekeningprocedure starten door een verzoekschrift in te dienen bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam[74] voor zover wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2:447 BW:

> Artikel 2:447 BW
> 1. Op verzoek van degenen die krachtens artikel 448 daartoe bevoegd zijn, kan de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam aan een rechtspersoon of vennootschap als bedoeld in artikel 360 waarop deze titel van toepassing is, een statutair in Nederland gevestigde effectenuitgevende instelling als bedoeld in artikel 1, onderdeel

71 Zie voor de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid artikel 2:404 lid 3 BW. Voor de beëindiging geldt als belangrijkste voorwaarde dat de vrijgestelde vennootschap de groep waartoe de moedervennootschap behoort, moet hebben verlaten. Voor het groepsbegrip, zie artikel. 2:24b BW. Zie ook Van der Kraan 2015-III.

72 Uit duurovereenkomsten, aangegaan voor de intrekking, kunnen nog tot in lengte van dagen nieuwe schulden voortvloeien waarvoor de moedervennootschap aansprakelijk is (te denken valt bijvoorbeeld aan huurtermijnen die na de intrekking van de 403-verklaring opkomen uit een huurovereenkomst die is gesloten voor de intrekking).

73 Bovendien is ook de A-G van het Hof Amsterdam bevoegd om de Ondernemingskamer om een jaarrekeningenprocedure te verzoeken in het kader van het openbaar belang (artikel 2:448 lid 1 onder b BW). Zie in dit verband onder meer: HR 5 september 1990, *NJ* 1991/62.

74 Deze specifieke jaarrekeningprocedure maakt sinds de inwerkingtreding van de Wet toezicht financiële verslaggeving (hierna: Wtfv) per 1 januari 2007 onderdeel uit van Titel 2.9 BW, namelijk afdeling 16 Rechtspleging (artikel 2:447 BW t/m 2:453 BW). Per 1 januari 2009, met de inwerkingtreding van de Wet tot implementatie van de Transparantierichtlijn, zijn aan deze afdeling twee bepalingen toegevoegd (artikel 2:454 BW en 2:455 BW).

b, van de Wet toezicht financiële verslaggeving of een beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht bevelen de jaarrekening, het bestuursverslag, de daaraan toe te voegen overige gegevens of het verslag, bedoeld in artikel 392a, in te richten overeenkomstig door haar te geven aanwijzingen.

2. Het verzoek kan slechts worden ingediend op de grond dat de verzoeker van oordeel is dat de in het eerste lid bedoelde stukken niet voldoen aan de bij of krachtens artikel 3 van verordening (EG) 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen (PbEG L 243), deze titel, onderscheidenlijk de Wet op het financieel toezicht gestelde voorschriften. Het verzoekschrift vermeldt in welk opzicht de stukken herziening behoeven.

3. Het verzoek heeft geen betrekking op een accountantsverklaring als bedoeld in artikel 393 lid 5.

Via een jaarrekeningenprocedure kan een belanghebbende, die van oordeel is dat een jaarrekening niet aan de wettelijke vereisten voldoet, de Ondernemingskamer verzoeken om de betrokken rechtspersoon of vennootschap te bevelen de jaarrekening in te richten overeenkomstig de door de Ondernemingskamer aan te geven aanwijzingen.

Een belanghebbende kan een verzoekschrift aangaande een jaarrekeningprocedure indienen bij de Ondernemingskamer binnen een termijn van twee maanden na de vaststelling of deponering van de jaarrekening bij de Kamer van Koophandel, dan wel binnen twee maanden na het bekend worden van een tekortkoming die niet uit de jaarstukken bleek. Indien het gaat om een effecten uitgevende instelling, waarvan de financiële verslaggeving ingevolgde de Wtfv onder toezicht staat van de Autoriteit Financiële Markten (AFM), is de bovengenoemde termijn tot het instellen van een jaarrekeningprocedure geen twee maanden maar negen maanden.

In het verzoekschrift dient de verzoeker te onderbouwen dat hij als belanghebbende dient te worden aangemerkt. Tevens dient de verzoeker aan te geven wat zijn concrete bezwaren zijn en waarom hij van mening is dat de jaarrekening niet voldoet aan de wettelijke eisen dan wel niet voldoet aan de IFRS-EU-voorschriften.

De jaarrekeningprocedure vindt plaats bij de Ondernemingskamer in een besloten zitting. De uitspraak is wel openbaar. De betrokken controlerend accountant zal in de gelegenheid worden gesteld zich uit te laten over de in het verzoekschrift naar voren gebrachte bezwaren. Tegen een uitspraak van de Ondernemingskamer is geen hoger beroep mogelijk, wel cassatie bij de Hoge Raad.

2.5.6 Vrijstelling van artikel 2:403 niet van toepassing op beursfondsen: toezicht AFM

Effecten-uitgevende instellingen zijn uitgesloten van de toepassing van artikel 2:403 BW, zie artikel 2:403 lid 4 BW jo. artikel 2:398 BW.[75] De AFM oefent op grond van de Wtfv toezicht uit op de naleving van de financiële verslaggevingsvoorschriften door effecten-uitgevende instellingen. Past een effecten-uitgevende instelling de vrijstelling van artikel 2:403 BW toe, dan zal de AFM – zeer waarschijnlijk – ingrijpen.[76]

2.6 Conclusie

In beginsel rust op rechtspersonen de verplichting om een jaarrekening op te stellen en te publiceren in overeenstemming met titel 2.9 BW. Niet voor iedere rechtspersoon gelden dezelfde vereisten. Wanneer bijvoorbeeld sprake is van een zogenoemde kleine rechtspersoon geldt een lichter regime.

Een belangrijke gedachte achter het opstellen, vaststellen en publiceren van een jaarrekening is dat belanghebbenden middels de jaarrekening informatie kunnen krijgen over de financiële situatie van een rechtspersoon. Naast de verplichting om een enkelvoudige jaarrekening op te stellen, kan er de verplichting bestaan om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen.

Op basis van artikel 2:403 BW kan een vrijstelling worden verkregen van de jaarrekeningenplicht. Een van de vereisten daarvoor is dat de gegevens van de vrij te stellen rechtspersoon worden opgenomen in een geconsolideerde jaarrekening van een andere rechtspersoon die tot dezelfde groep behoort (en welk rechtspersoon een 403-verklaring afgeeft).

De verplichting om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen op basis van artikel 2:403 BW staat los van de consolidatieplicht van artikel 2:406 BW. De vrijstelling van artikel 2:408 BW geldt niet voor de verplichting om een geconsolideerde jaarrkening op stellen uit hoofde van artikel 2:403 BW.

Indien niet wordt voldaan aan de jaarrekeningenplicht – bijvoorbeeld omdat de vrijstellingsregeling niet op tijd of op de juiste wijze is toegepast – kan dit leiden tot civielrechtelijke en strafrechtelijke gevolgen. Wanneer de vrijstelling van artikel 2:403 BW wordt gebruikt, dient goed te worden opgelet dat tijdig aan alle vereisten van artikel 2:403 BW wordt voldaan om te voorkomen dat ten onrechte geen jaarrekening wordt gepubliceerd. De vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW biedt geen remedie tegen een te laat gepubliceerde jaarrekening.

---

75 Toepassing van artikel 2:403 BW zou complicaties opleveren in het geval waarin een effecten uitgevende instelling moet worden vrijgesteld. Er treedt een discrepantie op tussen hoofdstuk 5.1a Wft en artikel 2:403 BW. Zie ook Dayioglu & Havers 2009, p. 127.

76 Op basis van de Wtfv is de Autoriteit Financiële Markten belast met het toezicht op de naleving van de financiële verslaggevingsverplichtingen van effecten uitgevende instellingen.

Hoofdstuk 3

DE VOORWAARDEN DIE WORDEN GESTELD AAN DE TOEPASSING VAN ARTIKEL 2:403 BW

3.1 Inleiding

De 403-verklaring is een eenzijdige verklaring van de moedervennootschap waarin de moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk dient te verklaren voor de schulden van de dochtervennootschap.[1] Niet zelden wordt de vraag gesteld of het een goed idee is om een 403-verklaring te deponeren. Bedoeld wordt dan of het een goed idee is om van de groepsvrijstelling gebruik te maken. Er is zodanig veel aandacht voor de aansprakelijkheidsverklaring van artikel 2:403 lid 1 sub f BW, dat de overige voorwaarden van artikel 2:403 BW bijna zouden worden vergeten.[2]

De 403-verklaring, de intrekking daarvan en de uit de 403-verklaring voortvloeiende (overblijvende) aansprakelijkheid zijn onderwerpen van de vrijstellingsregling die de meeste hoofdbrekens opleveren. De 403-verklaring mag zich dan ook verheugen op veel belangstelling in de literatuur en de rechtspraak. Een twijfelachtige eer.

Het gevaar bestaat dat de overige voorwaarden van artikel 2:403 BW uit het oog worden verloren. Toch is het voldoen aan deze voorwaarden even relevant. Pas wanneer aan alle voorwaarden van artikel 2:403 BW wordt voldaan, ontstaat het recht om de vrijstelling te mogen toepassen.[3] De voorwaarden worden ook wel aangeduid als 'constitutioneel' voor het doen ontstaan van het recht om de vrijstelling te mogen toepassen.[4] Wordt niet voldaan aan de vereisten van titel 2.9 BW en deponeert de dochtervennootschap bijvoorbeeld geen jaarrekening omdat zij meent te zijn vrijgesteld terwijl niet aan alle voorwaarden van artikel 2:403

---

1 Artikel 2:403 lid 1 sub f vermeldt dat de moedervennootschap dient te verklaren dat zij zich hoofdelijk aansprakelijk dient te stellen. Dat lijkt mij een *slip of the pen* van de wetgever. De moedervennootschap dient zich aansprakelijk te verklaren. Het *aansprakelijk stellen* van de moedervennootschap zal geschieden door schuldeisers die bij de moedervennootschap aankloppen voor het halen van verhaal.

2 Zie in dit kader ook Van Zoest 2015 en Ten Voorde 2011, p. 195-199.

3 Enige nuances zijn daarop te maken. Toepassing van artikel 2:403 BW levert bijvoorbeeld complicaties op in het geval waarin een effecten uitgevende instelling moet worden vrijgesteld. Er treedt een discrepantie op tussen hoofdstuk 5.1a Wft en artikel 2:403 BW. Ik ga hier verder niet op in, maar verwijs graag naar Dayioglu & Havers 2009, p. 127.

4 Het recht op vrijstelling kan niet met terugwerkende kracht worden verkregen.

BW wordt voldaan, dan wordt niet voldaan aan de jaarrekeningenplicht met alle gevolgen van dien.[5]

De toepassing van de vrijstelling van artikel 2:403 BW is facultatief. Er bestaat voor geen enkele rechtspersoon, groep of concern een verplichting om de faciliteit van artikel 2:403 BW toe te passen.[6] Toch wordt aan de regeling een semi-vrijwillig karakter toegedicht. Betoogd wordt dat het publiceren van een volledig jaarverslag voor iedere afzonderlijke vennootschap die onderdeel uitmaakt van een concern dusdanig bezwaarlijk kan zijn, dat van een vrijwillige keuze om de groepsvrijstelling toe te passen geen sprake is.[7]

De huidige groepsvrijstelling is opgenomen in artikel 2:403 BW. Het huidige artikel 2:403 BW luidt als volgt:

> Artikel 2:403 BW
> 1. Een tot een groep behorende rechtspersoon behoeft de jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van deze titel in te richten, mits:
> a. de balans in elk geval vermeldt de som van de vaste activa, de som van de vlottende activa, en het bedrag van het eigen vermogen, van de voorzieningen en van de schulden, en de winst- en verliesrekening in elk geval vermeldt het resultaat uit de gewone bedrijfsuitoefening en het saldo der overige baten en lasten, een en ander na belastingen;
> b. de leden of aandeelhouders na de aanvang van het boekjaar en voor de vaststelling van de jaarrekening schriftelijk hebben verklaard met afwijking van de voorschriften in te stemmen;
> c. de financiële gegevens van de rechtspersoon door een andere rechtspersoon of vennootschap zijn geconsolideerd in een geconsolideerde jaarrekening waarop krachtens het toepasselijke recht de verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen, richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (PbEU 2013, L 182) of een der beide richtlijnen van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen dan wel van verzekeringsondernemingen van toepassing is;
> d. de geconsolideerde jaarrekening, voor zover niet gesteld of vertaald in het Nederlands, is gesteld of vertaald in het Frans, Duits of Engels;
> e. de accountantsverklaring en het bestuursverslag, zijn gesteld of vertaald in de zelfde taal als de geconsolideerde jaarrekening;
> f. de onder c bedoelde rechtspersoon of vennootschap schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden; en
> g. de verklaringen, bedoeld in de onderdelen b en f zijn neergelegd ten kantore van het handelsregister alsmede, telkens binnen zes maanden na de balansdatum of binnen

5 Zie hoofdstuk 2, par. 2.5.1 t/m par. 2.5.5.
6 Zie ook Houwen e.a. 1993, p. 815 en Beckman 1990-II, p. 308.
7 Van Schilfgaarde 1970, p. 17 en Houwen 1993, p. 815.

een maand na een geoorloofde latere openbaarmaking, de stukken of vertalingen, genoemd in de onderdelen d en e.

2. Zijn in de groep of het groepsdeel waarvan de gegevens in de geconsolideerde jaarrekening zijn opgenomen, de in lid 1 onder f bedoelde rechtspersoon of vennootschap en een andere nevengeschikt, dan is lid 1 slechts van toepassing, indien ook deze andere rechtspersoon of vennootschap een verklaring van aansprakelijkstelling heeft afgelegd; in dat geval zijn lid 1 onder g en artikel 404 van overeenkomstige toepassing.

3. Voor een rechtspersoon waarop lid 1 van toepassing is, gelden de artikelen 391 tot en met 394 niet.

4. Dit artikel is niet van toepassing op rechtspersonen als bedoeld in artikel 398 lid 7.

3.2 Rechtsvorm betrokken rechtssubjecten

Artikel 2:403 BW is opgenomen in titel 2.9 BW. Titel 2.9 BW is van toepassing op alle rechtsvormen die zijn genoemd in artikel 2:360 BW. Dit zijn niet alleen de rechtspersonen NV,[8] BV, coöperatie en de onderlinge waarborg maatschappij. Ook de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, zoals de commanditaire vennootschap en vennootschap onder firma, worden in artikel 2:360 BW genoemd en zijn onderworpen aan titel 2.9 BW.[9] Een opmerking daarbij is bovendien dat banken altijd onder artikel 2:360 BW vallen, ongeacht de rechtsvorm.

Met dit ruime toepassingsbereik kent de Nederlandse vrijstellingsregeling een ruimer toepassingsbereik dan bijvoorbeeld de Ierse regeling die alleen van toepassing is op *limited companies*. De Europese regeling schrijft voor dat de regeling geldt voor 'ondernemingen' en hanteert term *undertaking*.[10] Daarnaast moet er volgens de Europese regeling sprake zijn van een *subsidiary*.

Er is ook een groep rechtspersonen die de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW niet mag toepassen. In artikel 2:403 lid 4 BW wordt een groep van rechtspersonen uitgesloten van de toepassing van artikel 2:403 BW:

Artikel 2:403 lid 4 BW
Dit artikel is niet van toepassing op rechtspersonen als bedoeld in artikel 398 lid 7.

8 De uitzondering dat beursvennootschappen niet konden worden vrijgesteld is in 1988 opgeheven. Artikel 2.1.20 Fondsreglement kan een vrijgestelde beursgenoteerde vennootschap niet alsnog (indirect) de plicht opleggen om een jaarrekening die voldoet aan titel 2.9 BW op te stellen, zie HR 24 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0046, *JOR* 2006/95.

9 Deze contractuele vennootschappen hebben thans nog geen rechtspersoonlijkheid, hetgeen in de toekomst zal gaan veranderen.

10 De Vierde Richtlijn hanteerde het begrip *company*. De Zevende Richtlijn en de Europese Jaarrekeningenrichtlijn noemen het begrip *undertaking*.

Artikel 2:398 lid 7 BW luidt als volgt:

> Artikel 2:398 lid 7 BW:
> De artikelen 395a tot en met 397 zijn niet van toepassing op rechtspersonen die als organisatie van openbaar belang:
> a. effecten hebben die zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt van een lidstaat in de zin van artikel 4, lid 1, punt 14, van richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten (PbEU 2004, L 145);
> b. kredietinstellingen zijn in de zin van artikel 3, punt 1, van richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (PbEU 2013, L 176), en die geen instellingen als bedoeld in artikel 2, lid 5, van genoemde richtlijn 2013/36/EU zijn;
> c. verzekeringsondernemingen zijn in de zin van artikel 2, lid 1, van richtlijn 91/674/EEG van de Raad van 19 december 1991 betreffende de jaarrekening van verzekeringsondernemingen (PbEG 1991, L 374); of
> d. bij algemene maatregel van bestuur worden aangewezen wegens hun omvang of functie in het maatschappelijk verkeer.

3.3 Groepsvoorwaarde

3.3.1 Het begrip groep als element van de groepsvrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW

Het begrip groep speelt een centrale rol binnen de vrijstellingsregling. Artikel 2:403 BW vereist voor de toepassing van de vrijstellingsregling dat de moedervennootschap en de dochtervennootschap tot dezelfde groep behoren. Daarnaast speelt het begrip groep een cruciale rol bij de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid.[11] De beëindiging van de overblijvende aansprakelijk is mogelijk wanneer een 403-verklaring is ingetrokken maar uitsluitend wanneer de groepsband tussen de dochtervennootschap en de groep waartoe de moedervennootschap behoort, is verbroken.[12]

Bij een groep is in de regel sprake van een (top)holding die leiding geeft aan de groep. Deze holding wordt in de praktijk vaak als ‘moeder’ aangeduid en de groepsmaatschappijen die daaronder zijn gepositioneerd worden vaak ‘dochters’ en ‘kleindochters’ genoemd.[13] Het gebruik van een groepsstructuur kan verschillende motieven hebben.[14] Dit kunnen organisatorische motieven zijn, commerciële

11 Zie artikel 2:404 lid 3 sub a BW.
12 Zie par. 5.8 en in het bijzonder par. 5.8.3.
13 Krol 2015.
14 Aan concernvorming kunnen ook nadelen kleven. Hierbij dient te worden gedacht aan fiscale nadelen, benadeling van (minderheids)aandeelhouders en crediteuren, tegenstrijdige belangen,

motieven,[15] de behoefte om risico's te spreiden,[16] het behalen van schaalvoordelen, het genieten van fiscale voordelen[17] of het vormgeven van beschermingsconstructies.[18]

Het begrip groep is in de Nederlandse wet nader gedefinieerd in artikel 2:24b BW. In dat artikel wordt de volgende omschrijving van het begrip groep gegeven:[19]

> Artikel 2:24b BW
> Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.

Vennootschappen die met elkaar verbonden zijn in een groep, worden aangeduid als groepsmaatschappijen. Op basis van artikel 2:24b BW kan worden gesproken van een groep wanneer wordt voldaan aan twee elementen. Er moet sprake zijn van een economische eenheid en van organisatorische verbondenheid. Uit de parlementaire geschiedenis valt nog een derde element af te leiden dat wezenlijk wordt geacht om te kunnen spreken van een groep.[20] Naast een economische eenheid en organisatorische verbondenheid, dient sprake te zijn van een centrale leiding.[21]

Een wijdverbreid misverstand is dat sprake moet zijn van een aandeelhoudersrelatie om van een groep te kunnen spreken. In artikel 2:24b BW wordt een aandeelhoudersrelatie niet als voorwaarde gesteld. Hoewel een groepsrelatie in veel gevallen gepaard zal gaan met een deelneming in het kapitaal,[22] bijvoorbeeld

---

problemen op het vlak van bestuursautonomie. Zie o.a. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 815 en de daar opgenomen verwijzingen.

15 Gedacht kan worden aan een divisie die gereed is gemaakt om overgenomen te worden door middel van een aandelenoverdracht.

16 Zie Sanders & Westbroek 2005, p. 662.

17 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 815.

18 Zie uitgebreid hierover: Bartman, Dorrestijn & Olaerts 2016, hoofdstuk I.4.

19 De term groep is in de Nederlandse wetgeving geïntroduceerd ter gelegenheid van de invoering van de structuurregeling voor grote vennootschappen bij de Wet van 6 mei 1971 (*Stb.* 1971/289; *Kamerstukken II* 1970/71, 10751); zie onder meer artikel 52c WvK (oud) en artikel 52e WvK (oud), en de invoering van de WOR 1971 (*Stb.* 1971/54; *Kamerstukken II* 1970/71, 10335); zie artikel 1 lid 5 WOR 1971 (oud).

20 Bij de Wet van 10 november 1988 is de tekst van het huidige artikel 2:24b BW aangenomen. In de toelichting wordt vermeld dat het antwoord op de vraag of sprake is van centrale leiding een wezenlijk onderdeel vormt van het groepscriterium. Zie *Stb.* 1988/517; *Kamerstukken II* 1986/87, 19813; aanpassing aan zevende EEG-richtlijn; geconsolideerde jaarrekening.

21 Zie *Kamerstukken II* 1979/80, 16326, nr. 3, p. 42 en *Kamerstukken II* 1986/87, 19813, nr. 3, p. 1 en nr. 5, p. 4.

22 Zie Maeijer Bundel NV en BV, p. IXq-art. 24b-1 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 261.

middels aandelen, is een deelneming in het kapitaal niet vereist om uiteindelijk van een groepsmaatschappij te kunnen spreken.[23]

De Europese vrijstellingsregeling[24] noemt het begrip groep of groepsrelatie niet. De Europese vrijstellingsregeling knoopt aan bij de begrippen *subsidiary* en *parent undertaking*.[25] Dat betekent dat de groepsvrijstelling naar Europees model (slechts) mag worden toegepast op dochterondernemingen. Hoewel de Nederlandse wet een definitie kent van het begrip dochtermaatschappij[26] – welke redelijk overeenstemt met de omschrijving die de Zevende richtlijn geeft voor het begrip dochteronderneming – heeft de Nederlandse wetgever er niet voor gekozen om in artikel 2:403 BW aansluiting te zoeken bij het begrip dochtermaatschappij of dochteronderneming. De Europese regelgeving kent het Nederlandse groepsbegrip niet. Maar de Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om bij de vrijstellingsregeling het groepscriterium te hanteren en de Nederlandse vrijstellingsregeling kan aldus worden toegepast op rechtspersonen die tot een groep behoren.[27]

Het groepscriterium onderscheidt zich van de moeder/dochterrelatie. Onder het Nederlandse groepsbegrip kunnen wel dochterondernemingen worden geschaard, maar een dochteronderneming hoeft niet tot een groep te behoren. Te denken valt aan een situatie waarin slechts een aandelenbelang wordt gehouden als investering maar geen sprake is van enige verdere bemoeienis, laat staan van een centrale leiding.

Aangezien het groepsbegrip een ruimer toepassingsbereik heeft dan het begrip dochteronderneming, is de Nederlandse vrijstellingsregeling ruimer toepasbaar dan het Europese model. Er kan om die reden getwijfeld worden of de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling op dit punt in lijn is met het Europese recht.[28]

3.3.2 Economische eenheid

Het begrip economische eenheid is afkomstig uit het jaarrekeningenrecht. In het jaarrekeningenrecht wordt gesproken van een economische eenheid wanneer er een samenhangend verslag over de verschillende rechtspersonen en vennootschappen wordt uitgebracht.

23 Beckman 1995, voetnoot 222.

24 Zie uitgebreider over de Europese vrijstellingsregeling: hoofdstuk 8 en meer in het bijzonder par. 8.2.

25 De Vierde Richtlijn sprak in artikel 57 nog van *dominant company*. Sinds de invoering van de Zevende Richtlijn wordt gesproken van *parent company*, zie artikel 43 van de Zevende Richtlijn en artikel 37 van de Europese Jaarrekeningenrichtlijn.

26 Zie artikel 2:24a BW.

27 Het behoeft geen betoog dat de keus van de Nederlandse wetgever voor een ander begrip dan het begrip dat de Zevende richtlijn voorschrijft, complicaties kan opleveren.

28 Zie over de implementatie van Europese regelgeving par. 8.2.2.5.

Het bestaan van een economische eenheid in de zin van artikel 2:24b BW tussen twee of meerdere rechtspersonen kan blijken uit gezamenlijke verslaggeving en uit een geconsolideerde jaarrekening.[29] Andere aanwijzingen voor het bestaan van een economische eenheid die ook wel worden genoemd zijn complementaire economische activiteiten, een gemeenschappelijk financieel en economisch beleid en beheer, fiscale verbondenheid en de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverklaring van een vennootschap voor de schulden van een andere vennootschap. Dat kan door middel van een 403-verklaring of een andere *(parent)guarantee*.[30] Voornoemde kenmerken zijn aanknopingspunten. Het niet aanwezig zijn van deze kenmerken betekent niet per definitie dat er geen sprake is van een economische eenheid.

Het kan voor externe partijen lastig zijn om vast te stellen of sprake is van een economische eenheid. Dat een of meerdere rechtspersonen samen een economische eenheid vormen, hoeft niet naar buiten toe kenbaar te zijn, bijvoorbeeld door als eenheid naar buiten te treden.

In het kader van de uitleg van artikel 2:24b BW wordt betoogd dat aan het begrip economische eenheid als zodanig maar weinig betekenis kan worden toegekend en dat het weinig functioneel is.[31]

3.3.3 Organisatorische verbondenheid

Het tweede element dat nodig is om van een groepsband te kunnen spreken, is de organisatorische verbondenheid. Veelal zal sprake zijn van organisatorische verbondenheid tussen vennootschappen vanwege een deelname in het kapitaal.[32] Maar er zijn ook andere factoren op basis waarvan organisatorische verbondenheid kan worden vastgesteld. Zo kunnen contractuele afspraken of statutaire regelingen leiden tot de conclusie dat sprake is van organisatorische verbondenheid.[33] Er dient sprake te zijn van beslissende zeggenschap.[34] Vereist is dat de centrale leiding (daadwerkelijk) kan worden uitgeoefend en dat beleidsbeslissingen kunnen worden afgedwongen. Het element organisatorische verbondenheid is sterk verweven met het hierna te bespreken criterium 'centrale leiding'.

---

29 Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 423 e.v.; Maeijer Bundel NV en BV, p. Ixq-40 en Bartman & Dorresteijn 2006, p. 29 e.v.

30 Krol 2015.

31 Beckman e.a. losbl., par. 2.2.1.

32 Minderheidsdeelnemingen en 50%-deelnemingen kunnen tot een groepsverband leiden indien de deelneming met bijzondere rechten is versterkt; zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 26; Maeijer Bundel NV en BV, p. IXq-art. 24b-1. Wanneer er sprake is van minderheidsdeelnemingen, of 50%-deelnemingen, kan een groepsverband pas worden aangenomen indien de deelneming is versterkt met bijzondere rechten, zie Maeijer Bundel NV en BV, p. IXq-artikel 24b-1.

33 Gedacht dient te worden aan overeenkomsten tot samenwerking eventueel gecombineerd met statutaire voorzieningen.

34 Krol 2015.

Voor de organisatorische verbondenheid is het niet noodzakelijk dat de organisatie dusdanig is vormgegeven dat de leiding vanuit één (moeder)maatschappij geschiedt. Het is mogelijk dat de groep wordt geleid vanuit een aantal ondernemingen. Er is dan sprake van een meervoudige top. Wanneer naar het groepsbegrip wordt gekeken, kan de conclusie worden getrokken dat een *joint venture*-vennootschap organisatorisch gezien onderdeel kan uitmaken van meerdere groepen. Temeer in situaties waarin beide *joint venture*-partners zeggenschap hebben (gelijk, of beide doorslaggevend maar op verschillende terreinen) en beide *joint venture*-partners de gegevens van de *joint venture*-vennootschap meenemen in hun financiële verslaglegging, valt niet in te zien waarom een *joint venture*-vennootschap niet tot twee groepen zou kunnen behoren.[35] Artikel 2:24b BW vormt in dit kader geen beletsel.[36]

3.3.4 Centrale leiding

Hoewel centrale leiding niet is opgenomen in artikel 2:24b BW, blijkt uit de wetsgeschiedenis[37] dat de aanwezigheid van centrale leiding van essentieel belang is voor de kwalificatie als groep.[38] Het element centrale leiding kan als zelfstandig element worden gezien maar kan ook worden geacht te zijn gevangen in de elementen organisatorische verbondenheid en economische eenheid. Het element centrale leiding kan niet los worden gezien van deze twee elementen. Betoogd wordt dat er zonder een centrale leiding geen sprake kan zijn van organisatorische verbondenheid welke tot een economische eenheid kan leiden.[39]

Van centrale leiding kan worden gesproken indien sprake is van een hiërarchie en een gemeenschappelijke strategie wordt gevoerd waarop het beleid van de onderliggende groepsmaatschappijen is gebaseerd.[40] Aangenomen wordt dat de centrale leiding binnen een groep mag zijn verdeeld over meerdere vennootschappen en dat het centrale beleid ook gezamenlijk mag worden gevoerd.

Het is niet duidelijk of het moet gaan om het daadwerkelijk uitoefenen van zeggenschap of het kunnen uitoefenen van zeggenschap.[41] Zo zou ook sprake zijn van centrale leiding als er *power to control* is, in die zin dat toezicht over

35 Zie ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 816.

36 Over de opvatting dat een rechtspersoon tot meerdere groepen kan behoren, bestaat geen eenstemmigheid, zie Krol 2015.

37 *Kamerstukken II* 1979/80, 16326, nr. 3, p. 42 en *Kamerstukken II* 1986/87, 18813, punt 14.

38 Zie o.a. Dorresteijn, aantekening 3 bij art. 24b, Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 261 en Van Achterberg 1989, p. 77-82.

39 Krol 2015.

40 Voor een uitgebreidere beschouwing over het begrip 'centrale leiding' verwijs ik naar de literatuur. Zie bijvoorbeeld Maeijer Bundel NV en BV, p. IXq-40; Timmerman 1988-II, p. 54 e.v. en Van Achterberg 1989, p. 34, 51 en 82.

41 Gedacht kan worden aan situaties waarin geen sturing wordt gegeven maar wel de mogelijkheid bestaat om in bepaalde situaties de macht over te nemen.

de vennootschap wordt uitgeoefend en dat het beleid zo nodig van hogerhand wordt bijgestuurd. Artikel 1 van de Zevende EEG-richtlijn spreekt van de mogelijkheid om overheersende invloed uit te kunnen oefenen. Niet duidelijk is of er overheersende invloed moet kunnen worden uitgeoefend op alle vlakken.

3.3.5 Enkele bijzondere gevallen; internationale concerns en *joint ventures*

Niet zelden zullen grote bedrijven vestigingen in meerdere landen hebben. Dit vormt geen beletsel voor de groepsband. De groep kan bestaan uit zowel Nederlandse als buitenlandse rechtspersonen en personenvennootschappen.[42] Ook wanneer de vennootschap die de leiding geeft in het buitenland is gevestigd, kan sprake zijn van een groep en kan de leidinggevende vennootschap tot de groep worden gerekend.[43] In het kader van de toepassing van artikel 2:403 BW dient te worden opgemerkt dat een buitenlandse rechtspersoon op basis van artikel 2:403 BW niet kan worden vrijgesteld. Een buitenlandse rechtspersoon kan wel als moedervennootschap fungeren en een 403-verklaring deponeren teneinde een Nederlandse rechtspersoon binnen dezelfde groep vrij te stellen.

Hoewel niet wordt vereist dat de consoliderende rechtspersoon een Nederlandse rechtspersoon is, geldt wel het vereiste van artikel 2:403 lid 1 sub c BW:

> Artikel 2:403 lid 1 sub c BW:
> c. de financiële gegevens van de rechtspersoon door een andere rechtspersoon of vennootschap zijn geconsolideerd in een geconsolideerde jaarrekening waarop krachtens het toepasselijke recht de verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen, richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (PbEU 2013, L 182) of een der beide richtlijnen van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen dan wel van verzekeringsondernemingen van toepassing is;

De gedachte achter artikel 2:403 lid 1 sub c BW is dat de geconsolideerde jaarrekening aan bepaalde minimale maatstaven voldoet. De vraag of een buitenlandse rechtspersoon die niet is onderworpen aan de Europese richtlijnen maar deze vrijwillig toepast ook als consoliderende moedervennootschap mag optreden, is nog niet in de rechtspraak aan de orde geweest. Wordt artikel 2:403 lid 1 sub c BW tekstueel uitgelegd, dan leidt dat tot de conclusie dat dit niet mogelijk is. Wordt een meer materiële benadering gekozen, dan valt niet direct in te zien waarom

42 Maeijer Bundel NV en BV, p. IXq-41 en artikel 24b-1.
43 Asser/Maeijer/van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 817.

een buitenlandse moedervennootschap, die een geconsolideerde jaarrekening opstelt die voldoet aan de vereisten van artikel 2:403 lid 1 sub c BW, niet als consoliderende moedervennootschap zou mogen optreden in het kader van de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW.

De Europese regelgeving is soepeler dan artikel 2:403 BW lid 1 sub c BW. De Europese richtlijn vereist dat de geconsolideerde jaarrekening is opgesteld volgens de Europese richtlijn. Daarmee kan bijvoorbeeld een Amerikaanse of Aziatische moedervennootschap ook optreden als consoliderende vennootschap. Zie de leden 5 tot en met 7 van artikel 37 van de Europese Jaarrekeningenrichtlijn:[44]

> (5) de dochteronderneming is opgenomen in de geconsolideerde financiële overzichten die door de moederonderneming overeenkomstig deze richtlijn worden opgesteld;
> (6) van de vrijstelling wordt melding gemaakt in de toelichting bij de door de moederonderneming opgestelde geconsolideerde financiële overzichten; en
> (7) de in punt 5) van dit artikel bedoelde geconsolideerde financiële overzichten, het geconsolideerde bestuursverslag en de controleverklaring worden door de dochteronderneming openbaar gemaakt op de wijze die in de wetgeving van de lidstaat overeenkomstig hoofdstuk 2 van Richtlijn 2009/101/EG is vastgesteld.

Een aparte opmerking dient te worden gemaakt ten aanzien van de consoliderende vennootschap wanneer de vrijgestelde vennootschap een *joint venture* betreft. Bij een *joint venture* is de *power to control* in de regel een aangelegenheid van de *joint venture*-partners gezamenlijk. De vraag of een *joint venture*-vennootschap tot een groep kan worden gerekend, heeft de Raad voor de Jaarverslaggeving bevestigend beantwoord.[45] Sommige auteurs betogen dat alleen een groepsverhouding bestaat tussen de *joint venture*-rechtspersoon en één van de partners die de overwegende zeggenschap over de *joint venture* heeft. Bepalend is dat de *joint venture*-partner als centrale leider kan worden gekwalificeerd.[46] Andere auteurs betogen dat een *joint venture* tot meer dan één groep kan behoren wanneer er meerdere partners zijn met beslissende zeggenschap.[47]

Het groepsbegrip van 2:24b BW sluit niet uit dat een rechtspersoon tot meerdere groepen kan behoren.[48] Ook artikel 2:403 BW biedt geen duidelijkheid op dit gebied. Vereist is dat de vrijgestelde vennootschap tot een groep behoort en dat een vennootschap uit die groep als moedervennootschap optreedt. Niet uitgesloten

---

44 Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad.

45 RJ Advies 1986, onderdeel 6.02, p. 176-177.

46 Asser/Maeijer/van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 817.

47 Van der Tas 1986, p. 36 en Beckman 1995, p. 384.

48 Zie ook paragraaf 3.3.3.

is dat meerdere vennootschappen uit verschillende groepen optreden als moedervennootschap. Dit laatste zou, gezien de beschermende gedachte achter de aansprakelijkheidsverklaring die op basis van artikel 2:403 lid 1 sub f moet worden gedeponeerd, niet bezwaarlijk zijn, aangezien meerdere 403-verklaringen schuldeisers juist meer verhaalsmogelijkheden opleveren.

3.3.6 Faillissement verbreekt groepsband

Een faillissement van de moedervennootschap of de dochtervennootschap leidt tot de verbreking van de groepsband.[49] Aangezien een groepsband is vereist voor het mogen toepassen van de groepsvrijstelling, vervalt het recht om van de groepsvrijstelling gebruik te mogen maken. Een verbroken groepsband opent de mogelijkheid voor de moedervennootschap om de procedure tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid in gang te zetten.[50]

3.4 Summiere jaarrekening

Een vrijgestelde rechtspersoon behoeft haar jaarrekening niet overeenkomstig titel 2.9 BW in te richten en te publiceren. Dat betekent niet dat de vrijgestelde rechtspersoon volledig van haar jaarrekeningenplicht is vrijgesteld. Artikel 2:403 lid 1 sub a BW stelt dat nog steeds een jaarrekening wordt opgesteld. Van een vrijstelling van de boekhoudplicht, geregeld in artikel 2:10 BW, is overigens ook geen sprake. Artikel 2:10 BW maakt geen onderdeel uit van de bepalingen die zijn opgenomen in titel 2.9 BW waarvoor een vrijstelling kan worden verkregen. Artikel 2:10 BW dient onverkort door de vrijgestelde rechtspersoon te worden nageleefd.

De jaarrekening die de vrijgestelde vennootschap dient op te stellen, heeft niet veel om het lijf. De vrijgestelde rechtspersoon hoeft slechts een sterk versimpelde jaarrekening op te stellen,[51] een zogenoemde summiere jaarrekening. De summiere jaarrekening bestaat uit een vereenvoudigde balans[52] en een vereenvoudigde winst en verliesrekening[53] zonder toelichting. Zie artikel 2:403 lid 1 sub a BW:

49 Beckman 1995, p. 623.

50 Zie artikel 2:404 lid 3 sub a BW.

51 De verplichting van artikel 2:101/2:210 BW vereist een jaarverslag dat aan de aandeelhouders kan worden voorgelegd.

52 De balans van een summiere jaarrekening dient slechts de som van de vaste activa, de vlottende activa, het eigen vermogen, aangehouden voorzieningen en de schulden te vermelden.

53 De winst- en verliesrekening van een summiere jaarrekening dient slechts het resultaat van de gewone bedrijfsvoering na belastingen en het saldo van overige baten en lasten na belastingen te vermelden.

> Artikel 2:403 lid 1 sub a BW
> a. de balans in elk geval vermeldt de som van de vaste activa, de som van de vlottende activa, en het bedrag van het eigen vermogen, van de voorzieningen en van de schulden, en de winst- en verliesrekening in elk geval vermeldt het resultaat uit de gewone bedrijfsuitoefening en het saldo der overige baten en lasten, een en ander na belastingen;

Het opstellen van een summiere jaarrekening is een interne aangelegenheid.[54] Het bestuur van de vrijgestelde rechtspersoon stelt de summiere jaarrekening binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar op.[55] De summiere jaarrekening dient door de bestuurders (en eventueel de commissarissen) van de vrijgestelde rechtspersoon te worden ondertekend.[56] De leden of aandeelhouders stellen de summiere jaarrekening vervolgens binnen de wettelijke of statutaire termijn vast.[57] De summiere jaarrekening hoeft niet openbaar te worden gemaakt en hoeft niet door een accountant te worden gecontroleerd. Een accountantsverklaring wordt niet verlangd.[58] Indien er een ondernemingsraad is ingesteld, dient de summiere jaarrekening aan de ondernemingsraad te worden verstrekt.[59] Wanneer de vrijstelling van artikel 2:403 BW wordt toegepast, dient de ondernemingsraad tevens de geconsolideerde jaarrekening te ontvangen.[60]

In de praktijk wordt het opstellen en vaststellen van de summiere jaarrekening nogal eens vergeten.[61] Dit kan voor schuldeisers de mogelijkheid openen om de bestuurders van de dochtervennootschap aansprakelijk te stellen wegens het niet-voldoen aan de jaarrekeningenplicht.[62]

Opgemerkt dient te worden dat de vrijstelling van artikel 2:403 BW een rechtspersoon vrijstelt van haar verplichting om haar eigen enkelvoudige jaarrekening volgens titel 2.9 op te stellen en te publiceren. Is de vrijgestelde rechtspersoon tevens gehouden om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen, dan kan de vraag worden gesteld of de vrijgestelde vennootschap eveneens van die verplichting is vrijgesteld. De vraag is wat wordt bedoeld met 'de jaarrekening' zoals genoemd in artikel 2:403 lid 1 BW:

---

54 In beginsel zullen schuldeisers niet veel hebben aan een summiere jaarrekening; de informatie is beperkt en bovendien niet openbaar.

55 Behoudens verlenging door de algemene vergadering van aandeelhouders op grond van bijzondere omstandigheden, zie artikel 2:210 BW.

56 Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 438.

57 De Kluiver 2002, p. 97.

58 Beckman 2008-II, p. 221.

59 Zie artikel 31a lid 2 WOR.

60 Zie artikel 31a lid 3 WOR. Zie ook Slagter 2005, p. 457; Dorresteijn & Roest 1992, p. 91-93; SER advies 92/07: advies van 15 mei 1992 inzake Knelpunten Wet op de ondernemingsraden, p. 20-21 en A.m.v.b. 'Besluit verstrekking financiële informatie aan ondernemingsraden 1985'.

61 Van Olffen 2001, p. 833-834.

62 Zie artikel 2:394 BW in samenhang met artikel 2:138/2:248 BW. Zie eveneens hoofdstuk 2, paragraaf 2.5.3.

> Artikel 2:403 lid 1 BW:
> Een tot een groep behorende rechtspersoon behoeft de jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van deze titel in te richten, mits: (...)

Een ander onduidelijk punt betreft de reserves die een vrijgestelde rechtspersoon aan dient te houden. Een vrijgestelde rechtspersoon is mogelijk niet verplicht de reserves aan te houden die titel 2.9 BW voorschrijft.[63] Het niet hoeven aanhouden van bepaalde reserves vanwege het gebruik van de groepsvrijstelling zou naar mijn idee een onbedoeld neveneffect van de groepsvrijstelling zijn.[64] Het feit dat de reserves niet in de (summiere) jaarrekening hoeven te worden vermeld, betekent mogelijk niet dat deze reserves niet aangehouden hoeven te worden. Er is geen ratio die het wegvallen van de reguliere verplichting om reserves aan te houden rechtvaardigt. Het niet hoeven aanhouden van reserves – wat normaliter wel zou moeten – heeft invloed op de bepaling van de winst die krachtens artikel 2:105 BW respectievelijk artikel 2:216 BW mag worden uitgekeerd. Dochtervennootschappen wordt aanbevolen om de reserves uit titel 2.9 BW toch aan te houden.[65] Bovendien moeten de reserves wel (weer) worden aangehouden als de toepassing van de groepsvrijstelling wordt beëindigd.[66]

3.5 Instemmingsvoorwaarde

In lid 1 sub b van artikel 2:403 BW is bepaald dat leden of aandeelhouders ieder jaar opnieuw dienen in te stemmen met de toepassing van de groepsvrijstelling. In beginsel hebben de aandeelhouders van de dochtervennootschap recht op een jaarrekening die is ingericht volgens titel 2.9 BW. Het instemmingsvereiste is terug te vinden in de Europese regeling.

Voor de instemming is unanimiteit vereist. Dat kan op praktische problemen stuiten. Er is geen speciale regeling getroffen om dergelijke praktische problemen te ondervangen. In de meeste concerns zal de instemming geen probleem zijn. De aandelen zullen mogelijk allemaal worden gehouden door de holding. Maar worden er bijvoorbeeld aandelen aan werknemers toegekend, dan moet met dit punt rekening worden gehouden. In een vangnetregeling voor gevallen waarin kleine minderheden de wensen van de grote meerderheid dwarsbomen of voor gevallen waarin sprake is van een zogenoemd 'zoekgeraakt aandeel', is niet voorzien. Wellicht heeft

63 Van de wettelijke reserves zijn alleen de deelnemingsreserve en de herwaarderingsreserve gebaseerd op titel 2.9 BW. De overige wettelijke reserves zijn gebaseerd op titel 2.4 en titel 2.5 BW, waarvoor artikel 2:403 geen vrijstelling verleent. Zie Bier 2003, noot 130 en Smits 2007, alinea 2.6.2.

64 Ook Beckman heeft bezwaren tegen de constatering dat artikel 2:373 lid 1 BW niet van toepassing is op vrijgestelde vennootschappen; zie: Beckman 1997, p. 36-42 en Beckman 1995, paragraaf 10.10.3.

65 Raad voor de jaarverslaggeving, Richtlijnen voor de jaarverslaggeving, 2006, nr. 203

66 Beckman 1995, p. 609.

dit te maken met het feit dat de groepsvrijstelling van origine niet was bedoeld voor openbare vennootschappen.[67]

Een 403-verklaring behoeft maar eenmaal te worden opgesteld en te worden gedeponeerd om daarna tot in lengte van dagen van kracht te blijven. Instemming van de leden of de aandeelhouders is ieder jaar opnieuw vereist en de instemmingsverklaring van de leden of de aandeelhouders moet ieder boekjaar worden opgesteld en ieder jaar worden gedeponeerd.[68] Instemming voor meerdere jaren kan slechts in uitzonderlijke gevallen in één verklaring terechtkomen, bijvoorbeeld wanneer op een vergadering voor twee boekjaren instemming wordt gegeven.[69] Daarbij geldt uiteraard onverminderd dat de instemming tijdig moet worden gegeven.

De instemmingsverklaring dient te worden gedeponeerd in de periode die is gelegen tussen het begin van het boekjaar en het moment van de vergadering waarop de summiere jaarrekening van de vrij te stellen rechtspersoon wordt vastgesteld.[70] Van belang is dat de instemming van de leden of de aandeelhouders is verkregen voordat de summiere jaarrekening door de leden of aandeelhouders wordt vastgesteld. De agendapunten moeten dus in de juiste volgorde ter vergadering worden behandeld. De instemmingsverklaring dient binnen de wettelijke termijn[71] te worden gedeponeerd bij het Handelsregister[72] zodat controle door derden mogelijk is.

Hoewel daarover (een beperkte) discussie heeft bestaan in de literatuur,[73] geldt dat de instemming van de leden of de aandeelhouders slechts de bevoegdheid creëert om de vrijstelling te mogen toepassen. De instemming vormt geen (dwingende) instructie van de leden of de aandeelhouders aan het bestuur en creëert dan ook niet een verplichting om de vrijstelling toe te passen.

Hoewel de moedervennootschap door het deponeren van een 403-verklaring een mogelijk zeer grote en op voorhand onbekende schuldenlast aangaat, is instemming van de aandeelhouders van de moedervennootschap niet vereist. In beginsel neemt het bestuur van de moedervennootschap zelfstandig het besluit om een 403-

67 Aandeelhouders die de instemming dreigen te blokkeren, kunnen uiteraard wel worden gedwongen tot de verkoop van hun aandelen, via de regeling tot uitkoop van artikel 2:92a BW of 2:201a BW.

68 Zie Beckman 1995, paragraaf 10.11.4 en KPMG Jaarboek externe verslaggeving 2007, aantekening 37021.

69 Zo blijkt bijvoorbeeld uit het Handelsregister dat Philips Lighting Holding BV op 16 februari 2006 een instemmingsverklaring van haar aandeelhouder Koninklijke Philips Electronics heeft gedeponeerd waarin de instemming met de groepsvrijstelling voor de boekjaren 2005 en 2006 is vervat.

70 Kiersch 2007, artikel 2:403, aantekening 4.

71 De ratio van de regeling brengt met zich dat dit dient te geschieden binnen acht dagen na de vaststelling of goedkeuring van de jaarrekening van de dochtervennootschap, doch uiterlijk binnen dertien maanden na het einde van het boekjaar van de dochtervennootschap. Zie Meijers 2005, nr. 317.

72 Artikel 2:403 BW lid 1 sub g.

73 Zie respectievelijk Beckman 1990-II, p. 307-310 en Bartman 1994, p. 181.

verklaring af te leggen. Er kunnen uiteraard omstandigheden zijn op basis waarvan goedkeuring van de aandeelhouders[74] of de raad van commissarissen[75] is vereist. Mogelijk kan worden betoogd dat een besluit om aansprakelijkheid te aanvaarden voor schulden van een dochtervennootschap advies behoeft van de ondernemingsraad.[76]

3.6 Consolidatievoorwaarde

De summiere jaarrekening die hiervoor in paragraaf 3.4 werd besproken, geeft weinig informatie over de financiële gezondheid van de vrijgestelde vennootschap en kan zelfs misleidend zijn.[77] De zelfstandige jaarrekening van de moedervennootschap geeft eveneens weinig bruikbare informatie wanneer daar niet de gegevens van de dochtermaatschappijen in zijn meegenomen. Schuldeisers zijn meer gebaat bij geconsolideerde stukken.

Voor het mogen toepassen van de vrijstelling van artikel 2:403 BW is onder meer vereist dat de moedervennootschap een geconsolideerde jaarrekening opstelt waarin de gegevens van de dochtervennootschap zijn geconsolideerd.

De parlementaire geschiedenis van artikel 13 lid 3 WJO (een van de voorlopers van het huidige artikel 2:403 BW) vermeldt dat een schuldeiser moeilijk een adequaat beeld van de financiële positie van groepsvennootschappen kan krijgen wanneer geconsolideerde stukken ontbreken. In de parlementaire geschiedenis is overwogen:

> "De gegevens omtrent het vermogen van dochtermaatschappijen zijn op zichzelf dikwijls weinig interessant en worden daarom verwerkt in een geconsolideerde of samengevoegde balans die een beter inzicht in de grootte en samenstelling van het totale concernvermogen biedt. Juridisch zijn echter de dochtermaatschappijen zelfstandig; behoudens een eventuele uitdrukkelijke garantie is de moedermaatschappij niet voor hun schulden aansprakelijk. Moet men daarom uit bedrijfseconomische overwegingen aan een concernjaarrekening de voorkeur geven, voor de beoordeling van de vermogenspositie van de dochtermaatschappij heeft de schuldeiser daaraan geen houvast. Het wetsontwerp beoogt deze tegenstelling tussen het bedrijfseconomisch en het juridisch aspect te verzoenen door de mogelijkheid te scheppen met de publikatie van de concernjaarrekening te volstaan, mits een regeling van medeaansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor de schulden van de dochtermaatschappij wordt getroffen."[78]

---

74 Zie onder meer artikel 2:107a BW en artikel 2:239 BW.

75 Zie onder meer artikel 2:164 BW en artikel 2:274 BW.

76 Zie artikel 25 Wet op de Ondernemingsraden, in het bijzonder lid 1 sub j.

77 Zie over het standpunt dat een beperkte informatievoorziening misleidend kan zijn: de wetgever in de Memorie van Antwoord bij een wijziging van artikel 2:403 BW, *Kamerstukken II* 1980/81, 16326, nr. 8, p. 20-21 en de literatuur: Bartman & Dorresteijn 2006, p. 198; Houwen e.a. 1993, p. 820 en Van Achterberg 1989, p. 218-219.

78 *Kamerstukken II* 1969/70, 10689, Regeling van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, Memorie van Toelichting, nr. 3, p. 7-8.

Wanneer een rechtspersoon onderdeel uitmaakt van een groter geheel, zegt een zelfstandige jaarrekening vrij weinig.[79] De rechtspersoon wordt dan uit het grotere geheel gelicht, wat niet strookt met de werkelijke economische situatie.[80]

In het kader van de vrijstellingsregeling dienen de financiële gegevens van de dochtervennootschap te worden geconsolideerd met de gegevens van een andere vennootschap die tot dezelfde groep behoort.[81] Het kan de voorkeur genieten om een tussenholding te kiezen als consoliderende vennootschap wanneer het ongewenst is om de aansprakelijkheid, die voortvloeit uit de hierna te bespreken 403-verklaring, bij de topholding neer te leggen.

Het is mogelijk dat in de geconsolideerde jaarrekening die door de moedervennootschap wordt opgesteld eveneens de financiële gegevens van andere groepsentiteiten of entiteiten uit een andere groep[82] worden meegeconsolideerd.[83] De financiële gegevens van de groepsvennootschappen[84] worden ondergebracht in een groepsjaarrekening die de vorm moet hebben van een geconsolideerde jaarrekening.[85]

De kring rechtspersonen die in aanmerking komt om als consoliderende vennootschap op te treden, is vrij ruim. Op basis van artikel 2:403 BW is slechts vereist dat een andere rechtspersoon of vennootschap[86] tot dezelfde groep moet behoren, verder heeft de Nederlandse wetgever geen nadere eisen gesteld. Door verder geen eisen te stellen, is de toepassing van de regeling zo praktisch mogelijk gehouden en kan worden aangesloten bij een economische benadering.[87]

Artikel 2:406 lid 1 en 2 BW[88] geeft een consolidatiekring die geldt wanneer sprake is van de wettelijke consolidatieplicht van artikel 2:406 BW. De vereisten van artikel 2:406 BW spelen in beginsel geen rol bij de vereisten die voor de toepassing van artikel 2:403 BW gelden.

---

79 Zie in dit kader ook HR 28 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE4663, *JOR* 2002/136, *r.o.* 2.19.

80 Van Achterberg 1989, p. 215, 217, 218.

81 Uitgebreider over de geconsolideerde jaarrekening in het kader van de 403-verklaring: Dorresteijn & Van het Kaar 2008, paragraaf 12.5, p. 195.

82 De betrokken groepen kunnen activiteiten ontplooien die totaal verschillen, zie ook Slagter 1984, p. 364.

83 De mogelijkheid hiertoe blijkt (duidelijk) uit de wetsgeschiedenis, zie Wetsvoorstel 16326, nr. 3, Memorie van Toelichting 8 september 1980, p. 17.

84 Dat een groepsmaatschappij mogelijk geen dochtermaatschappij is, staat hieraan niet in de weg, zie Beckman & Van Hoepen 1984, p. 235 e.v.

85 Slagter 1984, p. 364.

86 Artikel 2:403 lid 1 sub c vermeldt: "een andere rechtspersoon of vennootschap" en stelt vervolgens eisen aan de geconsolideerde jaarrekening.

87 De wetgever ziet de economische benadering als het uitgangspunt voor de Nederlandse regeling inzake de groepsjaarrekening, wetsvoorstel 19813, nr. 3, Memorie van Toelichting 11 december 1986, p. 3.

88 Voor wat betreft de consolidatiekring laat ik bijzondere situaties buiten beschouwing. Uitzonderingen zijn er ten aanzien van banken en verzekeringsmaatschappijen.

Gesteld kan worden dat 'in ruil' voor de vrijstelling een aansprakelijkheidsverklaring en een geconsolideerde jaarrekening wordt gevraagd.[89] De geconsolideerde jaarrekening zoals bedoeld in lid 1 sub a van artikel 2:403 BW wordt gezien als complementair met een aansprakelijkheidsverklaring zoals bedoeld in lid 1 sub f van artikel 2:403 BW.[90] Tezamen met de aansprakelijkheidsverklaring moet de geconsolideerde jaarrekening dezelfde zekerheid geven als een reguliere enkelvoudige jaarrekening van de vrijgestelde vennootschap.[91] De aansprakelijkheidsverklaring heeft als doel schuldeisers te beschermen.[92] Door de aansprakelijkheidsverklaring krijgt de schuldeiser er een tweede schuldenaar bij.[93] De geconsolideerde jaarrekening verschaft informatie over de financiële conditie van deze schuldenaar.

De moedervennootschap is zelf niet vrijgesteld van haar verplichting om een zelfstandige jaarrekening op te maken en te publiceren. De geconsolideerde jaarrekening die opgesteld moet worden in het kader van artikel 2:403 BW, treedt in beginsel niet in de plaats van een geconsolideerde jaarrekening die moet worden opgesteld op basis van een andere wettelijke verplichting daartoe, al zal de geconsolideerde jaarrekening die wordt opgesteld vaak aan beide verplichtingen worden voldaan.

De geconsolideerde jaarrekening moet voldoen aan een aantal vereisten. Zie 2:403 lid 1 sub c BW:

> Artikel 2:403 lid 1 sub c BW:
> c. de financiële gegevens van de rechtspersoon door een andere rechtspersoon of vennootschap zijn geconsolideerd in een geconsolideerde jaarrekening waarop krachtens het toepasselijke recht de verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen, richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (PbEU 2013, L 182) of een der beide richtlijnen van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen dan wel van verzekeringsondernemingen van toepassing is;

89 Er wordt ook wel gesproken van het afruilen van de publicatieplicht tegen een aansprakelijkheidsverklaring, zie Bartman & Dorresteijn 2009, p. 221.

90 Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 439.

91 Houwen e.a. 2003, p. 825 en Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 439.

92 Zie de Nota naar aanleiding van het Eindverslag met betrekking tot artikel 2:403 BW, *Kamerstukken II* 1970/71, 10689, nr. 12.

93 Aldus Van Solinge 2004, p. 277 en Van Solinge 2006, p. 250.

In beginsel dient de geconsolideerde jaarrekening te worden goedgekeurd door een accountant.[94]

De jaarrekening van de moedervennootschap dient te vermelden dat een 403-verklaring is afgegeven. Op basis van artikel 2:376 BW is dit verplicht, tenzij er op de balans nader omschreven voorzieningen zijn opgenomen.[95] Verricht de dochtervennootschap vervolgens rechtshandelingen die zijn gedekt door de afgegeven 403-verklaring, dan worden deze aansprakelijkheden niet afzonderlijk in de jaarstukken van de moedervennootschap genoemd.

Aangezien de Europese regels inzake het jaarrekeningenrecht moeten worden toegepast op de geconsolideerde jaarrekening,[96] zal een Nederlandse dochtervennootschap met een Amerikaanse moedervennootschap in beginsel niet kunnen profiteren van de groepsvrijstelling.[97] Toch komt het in de praktijk wel voor dat er in het Handelsregister een 403-verklaring wordt aangetroffen die is gedeponeerd door een Amerikaanse moedervennootschap.[98] De Amerikaanse moedervennootschap kan ervoor kiezen om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen die (tevens) voldoet aan de vereisten van artikel 2:403 lid 1 sub c BW. Er kan gediscussieerd worden over de vraag of dit toelaatbaar is. Verwezen zij naar hetgeen hierover werd opgemerkt in paragraaf 3.4.

In geval van een fusie of overname dient bij het verrichten van *due diligence*-onderzoek, waarbij ook de jaaarrekeningen worden geïnspecteerd, afzonderlijk aandacht te worden besteed aan de vraag of er (toekomstige) claims kunnen opkomen uit hoofde van een 403-verklaring. Overnemende partijen dienen bedacht te zijn op verplichtingen die onder de noemer van een 403-verklaring zijn 'geformaliseerd', wat betekent dat aansprakelijkheden uit hoofde van een 403-verklaring niet afzonderlijk worden genoemd.[99]

3.7 Openbaarmakingsvoorwaarde

De 'eigen' jaarrekening van de vrijgestelde vennootschap, de summiere jaarrekening zoals bedoeld in artikel 2:403 lid 1 sub a, hoeft niet openbaar te worden gemaakt.

94 Of een accountantsverklaring is vereist, wordt in beginsel voorgeschreven door het recht dat van toepassing is op de moedermaatschappij (nationale wetgeving). De Vierde richtlijn schrijft echter voor dat er een verplichte accountantscontrole dient plaats te vinden indien er sprake is van een middelgrote of grote vennootschap.

95 De Ondernemingskamer heeft geoordeeld dat het niet in de jaarstukken van de moedervennootschap vermelden dat een 403-verklaring is afgegeven niet per definitie leidt tot wanbeleid. Zie Hof Amsterdam 14 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8662, *r.o.* 3.5.

96 Zie met name de Vierde en de Zevende richtlijn.

97 De Amerikaanse vennootschap kan een Europese subholding oprichten om dit probleem te omzeilen. Dit levert voordeel op als deze Europese holding meerdere dochters kan vrijstellen.

98 De Kluiver 2002, p. 98.

99 Zie Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP9679, *JIN* 2011/391.

Dat levert een lastenverlichting en kostenbesparing op. Daarnaast biedt de mogelijkheid om de cijfers van een dochter niet te hoeven publiceren enige discretie.

De geconsolideerde jaarrekening die is goedgekeurd door een accountant[100] dient wel openbaar te worden gemaakt. Deze jaarrekening wordt gedeponeerd door de moedervennootschap. Naast de geconsolideerde jaarrekening moet jaarlijks een instemmingsverklaring worden gedeponeerd door de dochtervennootschap. Verder dient de 403-verklaring door de moedervennootschap te worden gedeponeerd. De openbaarmaking van voornoemde stukken moet ervoor zorgen dat derden deze stukken kunnen controleren. Dat zou in principe vrij snel moeten kunnen. Dat valt in de praktijk tegen. Bij het Handelsregister dienen 403-verklaringen telefonisch opgevraagd te worden. Er kunnen enkele dagen overheen gaan voordat de verklaring wordt verstrekt en er zijn kosten aan verbonden.[101]

Helaas komt het voor dat 403-verklaringen, intrekkingsverklaringen en beëndigingsverklaringen niet meer in de dossiers van het Handelsregister aanwezig zijn. Met name wat oudere stukken zijn met enige regelmaat 'zoek'. Een kwalijke zaak.

Soms zijn bedoeld of onbedoeld meerdere 403-verklaringen gedeponeerd. Het raadplegen van de (juiste) 403-verklaring wordt daardoor bemoeilijkt. De 403-verklaring wordt doorgaans in het dossier van de vrijgestelde dochtervennootschap bij de Kamer van Koophandel opgeslagen. Dit brengt enige nadelen met zich mee. Wie op de hoogte wil raken van welke 403-verklaring in het verleden door een bepaalde vennootschap is afgegeven, moet op de hoogte zijn van het bestaan van de vennootschappen waarvoor deze in het verleden is afgegeven. Een andere mogelijkheid is om alle voorgaande jaarrekeningen te controleren en te kijken of daar melding is gemaakt van eerder gedeponeerde 403-verklaringen. Dan nog zou het kunnen zijn dat eerdere jaarrekeningen niet steeds vermelden of en welke 403-verklaringen zijn afgegeven. Vooral bij *due dilligence*-onderzoeken kan dit voor problemen zorgen.

Het zou handig zijn wanneer de Kamer van Koopandel alle 403-verklaringen zowel opslaat in het dossier van de moedervennootschap die de 403-verklaring deponeerde alsook in het dossier van de vennootschap die is vrijgesteld.

Buitenlandse moedervennootschappen staan in beginsel niet ingeschreven bij de Nederlandse Kamer van Koophandel, maar kunnen wel een inschrijfnummer/dossiernummer krijgen. Onder dat dossiernummer kan de buitenlandse entiteit stukken bij het Nederlandse Handelsregister deponeren en onder dat nummer kunnen stukken door derden worden teruggevonden.

---

100 Of een accountantsverklaring is vereist, wordt in beginsel voorgeschreven door het recht dat van toepassing is op de moedermaatschappij (nationale wetgeving). De Vierde richtlijn schrijft echter voor dat er een verplichte accountantscontrole dient plaats te vinden indien er sprake is van een middelgrote of grote vennootschap.

101 Tarievenoverzicht KvK: EUR 15.

3.8 Conclusie

De voorwaarden die worden gesteld aan de toepassing van de vrijstelling die in dit hoofdstuk zijn behandeld, lijken over het algemeen vrij helder te zijn. Toch zijn er een aantal opmerkingen te maken.

In eerste instantie dient opgemerkt te worden dat het groepscriterium aanleiding kan geven tot vragen. De definitie is niet helder en de criteria die invulling aan de definitie moeten geven, zijn ook niet duidelijk.

De vraag welke vennootschap binnen de groep mag optreden als consoliderende vennootschap kan eveneens tot vragen leiden. De vraag is welke buitenlandse entiteiten binnen de definitie van artikel 2:403 lid 1 sub c BW vallen. Dienen dit entiteiten te zijn die gedwongen onderworpen zijn aan de richtlijnen en voorschriften die in artikel 2:403 lid 1 sub c BW worden genoemd, of mogen dit ook entiteiten zijn die zich vrijwillig aan deze richtlijnen en voorschriften conformeren? Op basis van een materiële benadering en tegen de achtergrond van het Europese recht is dit laatste verdedigbaar.

Tot slot kan er een verschil van inzicht bestaan ten aanzien van de vraag of de vrijstelling van artikel 2:403 BW de vrijgestelde vennootschap alleen een ontheffing geeft om haar enkelvoudige jaarrekening niet volgens titel 2.9 BW te hoeven inrichten en te publiceren. Wanneer er op basis van artikel 2:406 BW een consolidatieplicht op de vrijgestelde rechtspersoon rust, is de vraag of de vrijgestelde vennootschap eveneens ontslagen is van de verplichting om die geconsolideerde jaarrekening volgens titel 2.9 BW op te stellen en te publiceren.

Op voornoemde vragen is naar mijn idee (nog) niet met zekerheid een antwoord te geven. Deze vragen zijn echter niet de oorzaak van de typische 403-problemen die de laatste decennia in de rechtspraak en de literatuur aan de orde zijn gekomen.

In dit hoofdstuk is de voorwaarde dat de moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk dient te verklaren niet aan de orde gekomen. De 403-verklaring zal in het navolgende hoofdstuk separaat worden behandeld.

Hoofdstuk 4

DE 403-VERKLARING

4.1 Inleiding

De 403-verklaring, is het meest besproken onderdeel van de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling. In een 403-verklaring dient de moedervennootschap te verklaren dat zij hoofdelijk aansprakelijk is voor schulden van de dochtervennootschap, voor zover deze schulden voortvloeien uit rechtshandelingen.

De Nederlandse regeling inzake de 403-verklaring, de intrekking daarvan en de mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen, is uniek en wijkt af van de Europese regelgeving. De Nederlandse vrijstellingsregeling heeft tot veel vragen en discussies geleid en krijgt veel aandacht in de rechtspraak en de literatuur.

In het voorgaande hoofdstuk kwamen de vereisten van de vrijstellingsregeling aan de orde met uitzondering van de vereiste aansprakelijkheidsverklaring. Aan de 403-verklaring wordt een separaat hoofdstuk gewijd. De 403-verklaring en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid lijkt de voornaamste oorzaak te zijn van de problemen die worden veroorzaakt door de vrijstellingsregeling. Daarnaast zitten er verschillende aspecten aan de 403-verklaring die een uitgebreidere toelichting vragen.

4.2 De 403-verklaring als een van de voorwaarden voor de vrijstelling

Het afgeven van een 403-verklaring is een van de voorwaarden om de vrijstelling te mogen toepassen.[1] De 403-verklaring moet worden gedeponeerd bij het Handelsregister om als 403-verklaring te kunnen kwalificeren. Afgevraagd kan worden wanneer sprake is van een 403-verklaring en wat de consequentie daarvan is. Moet sprake zijn van een afzonderlijk document? Is de formulering doorslaggevend?[2]

---

1 De Hoge Raad heeft gesteld dat het deponeren van de 403-verklaring een voorwaarde is voor het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening: HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *r.o.* 4.34.1. Dat is niet juist. Het deponeren van de 403-verklaring is evenals het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening een van de voorwaarden om de vrijstelling van artikel 2:403 BW te mogen toepassen.

2 Van Olffen 2001.

Als voorbeeld van een discussie die zich kan voordoen rondom de vraag of een moedervennootschap een 403-verklaring heeft afgegeven of niet, kan een uitspraak van de Rechtbank Groningen worden genoemd.[3] Uit deze uitspraak blijkt dat een zinsnede in het jaarverslag van de consoliderende moedervennootschap waarin de moedervennootschap aansprakelijkheid aanvaard voor schulden van haar dochtervennootschappen, niet kwalificeert als een 403-verklaring. Het standpunt van een schuldeiser dat een zinsnede in een jaarverslag had te gelden als een 403-verklaring, werd niet gevolgd. Uit een zinsnede opgenomen in een document dat niet bedoeld is als een 403-verklaring kan het bestaan van een 403-verklaring niet zonder meer worden afgeleid. De rechtbank Groningen overwoog in dit kader onder meer:

> 5.4. Men kan de litigieuze zinsnede niet los zien van de context waarin deze is opgenomen: te weten in de toelichting op een balanspost. De aard en functie van de toelichting in een jaarrekening is om informatie te verschaffen over de verschillende balansposten en is niet in de eerste plaats bedoeld voor het in het leven roepen van nieuwe verplichtingen.

Overigens kan een moedervennootschap zich wel degelijk aansprakelijkheid op de hals kan halen door het doen van een verlaring. Daarvoor hoeft uiteraard geen sprake te zijn van een 403-verklaring. Verbintenisrechtelijk heeft de jaarrekeningrechtelijke kwalificatie van een verklaring als 403-verklaring geen (doorslaggevende) betekenis. Ten aanzien van de voornoemde uitspraak van de Rechtbank Groningen merkte Bartman op:[4]

> 6. Anderzijds begeeft een ondernemer zich met dit soort ongespecificeerde statements in de (toelichting bij de) jaarrekening wel op glad ijs. Ik sluit niet uit dat onder bijzondere omstandigheden de rechter zulks aanmerkt als het toerekenbaar wekken van vertrouwen door de moeder ten opzichte van de contractspartijen van haar dochter(s), waarvan schending schadeplichtig maakt. Indien dat vertrouwen immers al kan worden gewekt door afgifte van een visitekaartje door een (onbevoegde) werknemer (NJ 1995, 170, Securicor), kan dat zeker ook geschieden door een minder gelukkige passage in de jaarrekening van moeder zelf. Ik vermoed dat de accountant van KHE Group het verdere verloop van deze procedure met aandacht volgt.

4.3 De 403-verklaring, een vorm van vrijwillige aansprakelijkheid

De toepassing van artikel 2:403 BW is facultatief. Er bestaat voor geen enkel concern een wettelijke verplichting om de vrijstellingsfaciliteit van artikel 2:403 BW toe te passen.[5] De wettelijke verplichting om een geconsolideerde jaarrekening

3 Rb. Groningen, 27 juni 2012, *JOR* 2012/350, m.nt. S.M. Bartman, *r.o.* 5.1 t/m 5.4.
4 Rb. Groningen, 27 juni 2012, *JOR* 2012/350, m.nt. S.M. Bartman.
5 Zie ook Houwen e.a. 1993, p. 815 en Beckman 1990-I, p. 308.

op te moeten stellen, de consolidatieplicht,[6] dient niet te worden verward met de voorwaarde om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen op basis van artikel 2:403 lid 1 sub f BW.

Nadat de keuze is gemaakt om de vrijstellingsregeling toe te passen, blijft het vrijwillige karakter van de regeling behouden. Anders dan bij de Ierse en de Duitse vrijstellingsregelingen,[7] kan de toepassing van de Nederlandse vrijstellingsregeling zelfs lopende het boekjaar worden stopgezet. De 403-verklaring kan op ieder gewenst moment door de moedervennootschap worden ingetrokken door een intrekkingsverklaring te deponeren bij het handelsregister.[8] Door de intrekking van de 403-verklaring komt het recht om de groepsvrijstelling te mogen toepassen te vervallen en herleeft de volledige jaarrekeningenplicht.[9]

Het komt regelmatig voor dat de toepassing van de groepsvrijstelling eindigt doordat de groepsband wordt verbroken door een overname.[10] Binnen het concern dat de voorheen vrijgestelde rechtspersoon heeft overgenomen, kan opnieuw vrijwillig de afweging worden gemaakt of de overgenomen rechtspersoon wederom zal worden vrijgesteld of niet. Er bestaat geen verplichting om de toepassing van de vrijstelling te continueren.

Wanneer de vrijstelling eindigt, is de vraag vanaf welk boekjaar de volledige jaarrekening weer gepubliceerd dient te worden.[11] Een verdedigbaar standpunt is dat, na de intrekking van een 403-verklaring, direct een volledige jaarrekening beschikbaar moet zijn en dat niet mag worden gewacht tot het eerstvolgende moment waarop een jaarrekening gepubliceerd zal moeten worden. Mag na het intrekken van de 403-verklaring worden gewacht tot de eerstvolgende uiterste publicatiedatum, dan is er een leemte waarin geen dekking is op grond van de 403-verklaring en er geen actuele jaarrrekening beschikbaar is. Bovendien zou dan misbruik mogelijk zijn, bijvoorbeeld door steeds een dag voor de uiterste publicatietermijn een 403-verklaring te deponeren en die twee dagen daarna weer in te trekken. Dit 'ritueel' kan jaarlijks worden herhaald om aansprakelijkheid zoveel mogelijk te beperken.

Een terechte vraag is of een redelijk handelend bestuurder (van de moedervennootschap) vrijwillig een enorme aansprakelijkheid wenst te aanvaarden. De omvang van de aansprakelijk die met het afgeven van een 403-verklaring wordt binnen-

6 Zie artikel 2:406 BW.

7 Bij de Duitse en de Ierse vrijstelingsregelingen wordt de vrijstelling steeds voor een geheel kalenderjaar toegepast. Per kalenderjaar kan de toepassing worden verlengd, maar lopende een vrijstellingsjaar kan de vrijstelling niet (meer) worden beëindigd.

8 Zie artikel 2:404 lid 1 BW, zie voorts alinea 5.4.1.

9 Dit geldt overigens ook in het geval wanneer op enig moment niet meer aan een van de andere voorwaarden van artikel 2:403 BW wordt voldaan.

10 In dit kader zij gewezen op de 'vergeten 403-verklaring', zie ook paragraaf 5.6.4. De 403-verklaring die was gedeponeerd voordat de dochtervennootschap het concern verliet, komt door het verbreken van de groepsband niet automatisch te vervallen en behoudt civielrechtelijk (niet jaarrekeningenrechtelijk) zijn werking.

11 Zie artikel 2:394 BW.

gehaald, is bovendien onbekend wanneer de 403-verklaring wordt afgegeven. Het vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden kan een aansprakelijkheid voor een zeer omvangrijke schuldenlast betekenen. Hoofdelijke aansprakelijkheid kent bovendien geen subsidiair karakter.

De discussies omtrent de temporele en de materiële[12] reikwijdte van de uit een 403-verklaring voortvloeiende aansprakelijkheid zijn in het nadeel van de moedervennootschap beslecht. Nu ook de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid een zeer lastig te nemen horde blijkt te zijn,[13] is de vraag of het nog wel verstandig is om vrijwillig voor de groepsvrijstelling te opteren.

Klaarblijkelijk weerhouden voornoemde risico's veel moedervennootschappen er niet van om vrijwillig een 403-verklaring te deponeren. De zware administratieve last die bestaat wanneer alle dochtervennootschappen een volledig jaarverslag moeten publiceren, blijkt voor tal van concerns dusdanig zwaar te zijn, dat het afgeven van een 403-verklaring klaarblijkelijk een noodzakelijk kwaad is. Aan de groepsvrijstelling wordt dan ook wel een semi-vrijwillig karakter toegedicht.[14]

4.4 De juridische kwalificatie van een 403-verklaring

4.4.1 Inleiding

De juridische kwalificatie en de civielrechtelijke duiding van een 403-verklaring en de daaruit voortvloeiende rechten is niet zo eenvoudig als dat dit op het eerste gezicht lijkt.[15] In de navolgende paragrafen zullen de verschillende vragen die rijzen ten aanzien van de kwalificatie en duiding van de 403-verklaring en de daaruit voortvloeiende rechten worden behandeld.

12 Illustratief is bijvoorbeeld de kwestie die speelde met betrekking tot claims van een aannemer die pretendeerde voor tientallen miljoenen euro's aan niet afgesproken meerwerk (verricht voor een werkmaatschappij) te hebben verricht en daarvoor de moedervennootschap aansprak, zie Rb. Rotterdam, 29 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7610, *JOR* 2015/295 m.nt. S.M. Bartman en Hof Amsterdam 9 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5141.

13 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, zie ook: Bartman & Van der Kraan 2017.

14 P. van Schilfgaarde 1970, p. 17 en Houwen e.a. 1993, p. 815.

15 Zie over de kwalificatie van de 403-verklaring en de daaruit voortvloeiende rechten onder andere Bartman & Dorresteijn 2013; De Neve 2002, p. 235 en Pors 2002, p. 146. Zie over de aard van de 403-verklaring ook de bijdrage van Schoordijk 2003, besproken door Bartman 2004, p. 48. Zie ook Wibier 2008, p. 180.

4.4.2 Eenzijdige ongerichte rechtshandeling

In de rechtspraak is de 403-verklaring gekwalificeerd als een eenzijdige ongerichte rechtshandeling.[16] Verdedigd wordt dat een 403-verklaring heeft te gelden als een generieke waarborgverplichting.[17] Dit houdt in dat de rechtsbetrekking alleen naar soort is bepaald, en dat geen specifieke rechtsbetrekking wordt aangeduid. Dit is in tegenstelling tot hetgeen het geval is bij een specifieke verbintenis.[18]

In beginsel is een 403-verklaring dus niet meer dan een eenzijdige verklaring gedaan door een rechtssubject. Van een (wederkerige) overeenkomst is geen sprake. Verklaringen die in het rechtsverkeer worden gedaan, kunnen verbintenissen scheppen. Betoogd wordt dat het afleggen van een 403-verklaring tot rechtsgevolg heeft dat de vennootschap die deze verklaring aflegt, rechtstreeks gebonden is jegens elke schuldeiser die hier een beroep op kan doen.[19] Wanneer een schuldeiser terecht een beroep op de verklaring doet en zij aansprakelijk wordt gesteld, is de moedervennootschap verplicht om gehoor te geven aan deze aansprakelijkheidsstelling. Dan ontstaat de gebondenheid en de verbintenis om de betreffende schuld te voldoen.

4.4.3 Gebondenheid moedervennootschap op basis van een eenzijdige verklaring

Het afleggen van een 403-verklaring is geduid als een eenzijdige en ongerichte rechtshandeling en het is begrijpelijk dat het afleggen van een 403-verklaring niet vrijblijvend is. Toch is de vraag waardoor partijen die deelnemen aan het rechtsverkeer worden gebonden en de vraag waaruit verbintenissen kunnen ontstaan lange tijd onderwerp van discussie geweest binnen het privaatrecht. Binnen de hieromtrent ontwikkelde theorieën vallen drie stromingen te onderscheiden. Geen van de theorieën kan als dominante theorie worden aangemerkt. Geen van de theorieën kan zonder enige nuance worden toegepast.[20] De te onderscheiden theorieën ten aanzien van het al dan niet juridisch gebonden zijn van een partij zijn onderscheidenlijk gebaseerd op:

- de wil;
- de verklaring; of
- het vertrouwen.

---

16 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *JOR* 2002/136, m.nt. Bartman; *NJ* 2002/447, m.nt. Maeijer; *Ondernemingsrecht* 2004/16, m.nt. Bartman, zie *r.o.* 3.4.3, laatste zin. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/98; Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 829 en Van der Heijden & Dortmond 2013, p. 699.

17 Bartman & Dorresteijn 2009, p. 218 en Beckman 1990-II, p. 106.

18 Dit is een van de kenmerken waardoor het karakter van de 403-verklaring zich onderscheidt van het karakter van borgtocht. Zie ook 2004.

19 Van der Grinten 1990, p. 25; Bartman & Dorresteijn 2009, p. 218; HR 28 juni 2002, *JOR* 2002/136, m.nt. Bartman, en Verdaas 2008, p. 304.

20 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014, nr. 122.

Indien de wil, de verklaring en het vertrouwen met elkaar overeenstemmen, is er geen reden voor discussie. Is er wel een discrepantie dan ontstaat de vraag of en in welke mate een partij aan een gedane verklaring is gebonden. Bij de wilsleer wordt de gebondenheid teruggevoerd op de (interne) wil van de partij die een verklaring heeft gedaan. Wordt uitgegaan van de (zuivere) verklaringsleer, dan is alleen de verklaring van de partij van belang voor de beantwoordeling van de vraag of die partij is gebonden. Ook als die verklaring niet overeenstemt met de wil van de betreffende partij. Bij de vertrouwensleer komt er een verbintenis tot stand wanneer door het doen van een verklaring het (gerechtvaardigd) vertrouwen is gewekt bij de wederpartij dat een bepaalde prestatie zal worden verricht.

De Nederlandse wet maakt geen duidelijke keuze voor een van de voornoemde theorieën. Het wettelijk systeem van het Nederlands Burgerlijk Wetboek komt het sterkst overeen met een combinatie van twee theorieën; de wilsleer en de vertrouwensleer. De theorie die als dominant wordt beschouwd in het Nederlandse recht, is dan ook een mix van twee stromingen en wordt aangeduid als de wilsvertrouwensleer.[21]

Een 403-verklaring is een verklaring waarbij de moedervennootschap haar wil heeft geopenbaard. Deze wilserklaring is gericht op het intreden van bepaalde rechtsgevolgen. Andere partijen mogen erop vertrouwen dat hetgeen de moedervennootschap heeft verklaard op een juiste wijze de wil weergeeft van de moedervennootschap en mogen dus op deze verklaring en de gevolgen van die verklaring vertrouwen. Als gevolg daarvan kan terecht worden geconcludeerd dat de verklaring voor de moedervennootschap bindend is. Jegens partijen die een beroep op deze verklaring kunnen doen, ontstaat een verbintenis.

4.4.4 Eenzijdige rechtshandeling die verbintenissen schept

Een 403-verklaring is geduid als een eenzijdige rechtshandeling. De eenzijdige rechtshandeling is een rechtsfiguur die op veel verschillende plaatsen terugkomt in ons rechtssysteem.[22] Eenzijdige rechtshandelingen kunnen verbintenissen scheppen. Het feit dat een eenzijdige rechtshandeling een verbintenis kan scheppen, zegt nog niets over de inhoud van de betreffende verbintenis.

Dat een eenzijdige 403-verklaring verbintenissen schept, is algemeen aanvaard.[23] Zoals uit de hiervoor genoemde wilsverklaringtheorie volgt, is voor het

21 Zie ten aanzien van de werking der verklaringen en de onderscheiden theorieën onder andere Van Cassel-van Zeeland, aant. 1.6.0 e.v.; Hijma & Valk 2016; De Vries 2016; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014, nr. 122-128; Bakker 2012, p. 21; Breedveld-de Voogd 2009, p. 66-67; Engelhard & Van Maanen 2008; Van Laarhoven 2006, p. 27; Ernes 2000, p. 65; Lokin 2000, p. 30 (noot 37); Storme 1993, p. 63; Nieskens-Isphording 1991, p. 7; Hijma 1988, p. 15-22; Nieuwenhuis 1979, p. 15 en *Parl. Gesch.* Boek 3, p. 169.

22 Voor een uitgebreide beschouwing van de eenzijdige rechtshandeling verwijs ik naar Spierings 2016.

23 Zie o.a. Spierings 2016, 6.3.1.

ontstaan van een verbintenis geen handeling van een derde partij vereist.[24] De vervolgvraag is wat de verbintenis, die door een eenzijdige rechtshandeling wordt geschapen, inhoudt.

4.4.5 Het scheppen van een vorderingsrecht door een eenzijdige verklaring

Hoewel mij dat niet juist lijkt, wordt aangenomen dat door het enkele feit dat een 403-verklaring wordt afgegeven een verbintenis ontstaat welke een vorderingsrecht inhoudt. Dat een eenzijdige rechtshandeling een vorderingsrecht schept, is 'vrij uniek' te noemen.[25]

De eenzijdige rechtshandeling van de moedervennootschap schept naar mijn mening geen verbintenis die (reeds) een vorderingsrecht inhoudt. Naar mijn mening is de verklaring van de moedervennootschap een aanbod om een vorderingsrecht tot stand te brengen. Voor het tot stand brengen van een vorderingsrecht is wel eerst aanvaarding van de wederpartij nodig. De primaire verbintenis die voor de moedervennootschap voortvloeit uit de eenzijdige rechtshandeling is om het aanbod om een vorderingsrecht te laten ontstaan gestand te doen wanneer zij door een schuldeiser van de dochtervennootschap wordt aangesproken.

Wordt aangenomen dat er door het deponeren van een 403-verklaring direct een vorderingsrecht ontstaat (dus zonder daarvoor de aanvaarding van de wederpartij te vereisen) dan betekent dit dat door een partij (moedervennootschap) eenzijdig vorderingsrechten aan het vermogen van een derde kunnen worden toegevoegd, zonder dat die derde daar enige zeggenschap over heeft. Dat lijkt mij ver gaan en strijdig met fundamentele rechtsbeginselen zoals bijvoorbeeld de partijautonomie.

Neem bijvoorbeeld de situatie waarin een dochter reeds een groep schuldeisers heeft op het moment dat de moedervennootschap besluit een 403-verklaring af te geven. Bestaande schuldeisers zullen dan op het moment van het deponeren van een 403-verklaring enkel door stil te zitten[26] een vorderingsrecht verkrijgen

24 Hetgeen ter discussie wordt gesteld door Wibier 2008, par. 3.1.

25 De eenzijdige rechtshandeling die verbintenissen schept, moet onderscheiden worden van de eenzijdige overeenkomst, die in ons rechtssysteem niet uniek is. Een eenzijdige overeenkomst waarbij slechts één partij tot één of meer prestaties jegens de ander wordt verplicht. Voorbeelden daarvan zijn schenking (art. 7:175 BW), borgtocht (art. 7:850 BW), lastgeving zonder loon (art. 7:405 BW) en de verbruikleenovereenkomst (art. 7A:1791e.v.). Zie F.M. van Casselvan Zeeland, art. 3:33 BW, aant. 4.10.1: "Voor het tot stand komen van een overeenkomst is altijd wederzijdse toestemming nodig. Voor een eenzijdige overeenkomst is dus ook een meerzijdige rechtshandeling nodig. Een eenzijdige overeenkomst dient derhalve duidelijk onderscheiden te worden van een eenzijdige rechtshandeling."

26 In het kader van de rechtsfiguren schenking en gift heeft er een uitgebreide discussie plaatsgevonden over de vraag of het stilzitten door een partij kan leiden tot een (geldige) vermogensverschuiving, zie voor deze discussie Haentjes 2010, 2.3 Niet-handelen bij: Burgerlijk Wetboek Boek 7, Artikel 175 en de aldaar opgenomen literatuurverwijzingen.

op de moedervennootschap. Waarschijnlijk is een bestaande schuldeiser er niet van op de hoogte dat deze 403-verklaring op een later tijdstip wordt gedeponeerd. De kans is groot dat de 403-verklaring hem niet persoonlijk wordt toegestuurd en ook zal hij niet steeds de gegevens bij het Handelsregister in de gaten houden.

Ook voor contractspartijen die pas na het deponeren van de 403-verklaring een overeenkomst aangaan met de dochtervennootschap geldt dat zij mogelijk bij het aangaan van de overeenkomst niet op de hoogte zijn van het bestaan van de 403-verklaring. Betoogd kan worden dat dan sprake is van een aanvaarding van het vorderingsrecht door de partij die door het sluiten van een overeenkomst met de dochtervennootschap tevens een vordering verkrijgt op de moedervennootschap.[27] In die visie wordt er dan wel vanuit gegaan dat de contractspartij weet heeft van het bestaan van de 403-verklaring en de inhoud daarvan.[28] Moet worden geconcludeerd dat de wederpartij van de dochtervennootschap geen weet had van de 403-verklaring of van de inhoud daarvan, dan kan in het licht van de wilsvertrouwensleer moeilijk worden betoogd dat deze partij de 403-verklaring, de inhoud en de gevolgen daarvan heeft aanvaard.

4.4.6 Dogmatische bezwaren tegen de eenzijdige schepping van een vorderingsrecht

Wanneer wordt aanvaard dat een eenzijdige verklaring van de moedervennootschap direct leidt tot het ontstaan van een (zelfstandig) vorderingsrecht, wordt aanvaard dat een partij, enkel door het doen van een enzijdige verklaring, een vorderingsrecht kan toevoegen aan het vermogen van een ander.

Het ontstaan van een vorderingsrecht, enkel doordat een partij een (ongerichte) verklaring aflegt, zonder enige acceptatie van de inhoud of de gevolgen van die verklaring door de wederpartij,[29] is niet in lijn met de grondgedachten achter het BW.[30] Dit doorkruist een fundamenteel beginsel van het contractenrecht, namelijk

27 Dit is bijvoorbeeld voorgesteld door Van der Grinten 1990, p. 25 en werd recentelijk besproken door Spierings 2016, 6.3.1, nr. 258.

28 Bedacht moet worden dat het krijgen van toegang tot een 403-verklaring via de Kamer van Koophandel enkele dagen kan duren. De verklaring moet telefonisch worden aangevraagd en daarvoor moet 15 euro worden betaald. Dit is niet bepaald vergelijkbaar met de toegankelijkheid die bijvoorbeeld wordt vereist ten aanzien van algemene voorwaarden.

29 De regeling rondom schenking is herzien omdat eenzijdige rechtshandeling in dit verband ongewenst werd beschouwd. Na de wijziging van de schenkingsregeling is aanvaarding door de begunstigde vereist, zij het dat die aanvaarding gelegen kan liggen in gedragingen. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld in het erfrecht. Het opmaken van een testament is ook een eenzijdige rechtshandeling, maar voor de aanvaarding van een erfenis is instemming van de begunstigde vereist.

30 Verwezen zij naar het in de Toelichting Meijers geformuleerde uitgangspunt dat eenzijdige rechtshandelingen geen verbintenissen kunnen doen ontstaan, zie *Parl. Gesch.* Boek 6 BW, p. 87 en p. 588 (TM).

de partijautonomie,[31] en dit is niet in lijn met de wilsvertrouwensleer. Tegen de wil van de schuldeiser in, kan hij worden geconfronteerd met een nieuwe schuldenaar.

4.4.7 Eenzijdige schepping vorderingsrecht is bijzonder, rechtsfiguur *sui generis*?

Wordt er vanuit gegaan dat met een 403-verklaring eenzijdig vorderingsrechten worden geschapen, dan maakt dit de 403-verklaring uniek in zijn soort. In het kader van de kwalificatie van de 403-verklaring en de rechtsgevolgen daarvan, zou dit unieke karakter de kwalificatie als rechtsfiguur *sui generis* kunnen rechtvaardigen.[32] De 403-verklaring en de daaruit voortvloeiende rechten worden naar huidig recht niet gezien als *sui generis*-rechtsfiguren. De hoofdregels uit het civiele recht worden onverkort op de 403-verklaring en de rechtsgevolgen daarvan toegepast.

4.4.8 Geen (benoemde) overeenkomst

Ten aanzien van bepaalde rechtsverhoudingen geeft de wet nadere bepalingen over de gevolgen daarvan. Ik denk daarbij aan de benoemde overeenkomsten. Bij bijzondere overeenkomsten heeft de wetgever een aantal rechtsgevolgen nader geregeld. De bijzondere (rechts)verhouding die uit een bijzondere overeenkomst voortvloeit, behoeft kennelijk een nadere uitwerking.

Ten aanzien van de rechten die voortvloeien uit een 403-verklaring zijn geen nadere regelingen opgenomen. De 403-verklaring wordt door de wetgever genoemd in artikel 2:403 lid 1 sub f en sub g BW en in artikel 2:404 BW. De wetgever

31 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014, nr. 41.

32 Zie in dit kader bijvoorbeeld Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 197. Bertrams betoogt dat bij een overeenkomst van borgtocht waarbij subsidiariteit wordt uitgesloten, geen sprake is van een overeenkomst van borgtocht maar van een overeenkomst *sui generis* waarop zoveel mogelijk de bepalingen voor de overeenkomst van borgtocht van toepassing zijn. Bertrams 2017, par. 5. De rechtsverhouding die ontstaat op basis van een borgtochtovereenkomst waarbij subsidiariteit wordt uitgesloten, doet enigszins doet denken aan de waarborg die een 403-verklaring schept (verstrekt een zekerheid zonder subsidiariteit). Ook al mag de rechtsverhouding die ontstaat op basis van een 403-verklaring volgens de Hoge Raad niet worden gezien als (een soort van) borgtocht. Ook Zwemmer heeft de gedachte geuit dat uit een 403-verlaring rechten voortvloeien met een sui generis karakter: "De werknemer van de dochtermaatschappij kan zijn vordering dan op een gelijkwaardige wijze – sui generis – verhalen op de moedermaatschappij krachtens de door haar gedeponeerde 403-verklaring." Zwemmer 2010. Zie tevens: HR 28 juni 2002, *JOR* 2002/136, m.nt. Bartman (Akzo/ING); *NJ* 2002/447, m.nt. Maeijer. Beckman 2002-I, p. 485. Zie ook de beschouwing van De Neve 2002, p. 235 en Pors 2002, p. 146.

heeft eisen gesteld aan de inhoud van de 403-verklaring waarop de aansprakelijkheid dient te worden gebaseerd.[33]

Wanneer een verklaring kwalificeert als een 403-verklaring, dan koppelt de wetgever daar bepaalde gevolgen aan. Met name aan de intrekking van een dergelijke verklaring en aan de overblijvende aansprakelijkheid die uit een dergelijke verklaring voortvloeit, heeft de wetgever uitdrukkelijk aandacht besteed. Toch is met deze gegeven minimale voorwaarden de exacte inhoud van de verklaring niet vastomlijnd.[34] De wetgever heeft echter geen aandacht besteed aan de specifieke kwalificatie van de 403-verklaring en de daaruit voortvloeiende rechten. Dat aspect heeft de wetgever ongemoeid gelaten en overgelaten aan de praktijk.

De uit de 403-verklaring voortvloeiende rechtsverhouding wordt dus niet nader geduid en blijft onbenoemd. Gesproken kan worden van een 'onbenoemde verbintenis' (om niet te spreken van overeenkomst). Hoewel dat uit de parlementaire geschiedenis niet blijkt, heeft de wetgever mogelijk toch een nadere uitwerking van de rechtsgevolgen van een 403-verklaring willen *koppelen*, door in de 403-regeling aansluiting te zoeken bij hoofdelijkheid. Hoofdelijkheid is een rechtsfiguur waarvan de rechtsgevolgen wel nader in de wet zijn geregeld. Door hoofdelijkheid op te nemen in de 403-regeling en verplicht onderdeel te laten uitmaken van een 403-verklaring, is hoofdelijkheid (en de wijze waarop deze wordt begrepen en de gevolgen die dat met zich brengt) geïncorporeerd in de 403-verklaring en de gevolgen van die verklaring.

De opname van de rechtsfiguur hoofdelijkheid in de 403-regeling leidt tot de consequentie dat de inhoud die wordt gegeven aan hoofdelijkheid mede bepalend is voor de inhoud van de 403-regeling. Dat betekent ook dat wanneer de rechtsfiguur hoofdelijkheid wijzigt, de inhoud van de 403-regeling wijzigt. Het karakter van de 403-aansprakelijkheid zou zich kunnen verzetten tegen een ingrijpende wijziging van hoofdelijkheid en/of de toepassing en/of de uitleg daarvan.

4.4.9 De eenzijdige verklaring als bron van de hoofdelijkheid

Hoofdelijkheid kan voortvloeien uit de wet of uit rechtshandelingen.[35] Hoewel niet is vereist dat hoofdelijkheid uitdrukkelijk is overeengekomen (de term hoofdelijkheid hoeft niet door partijen te zijn gebruikt), dient de bedoeling van een partij om zich als hoofdelijk schuldenaar te verbinden voldoende duidelijk te blijken uit

33 Uit de wettelijke bepaling vloeit voort dat het de 403-verklaring is waarop de aansprakelijkheid dient te worden gebaseerd en niet de wet. Toch lijkt dit niet altijd duidelijk te zijn, en diende de Hoge Raad de Ondernemingskamer op dit punt te corrigeren, HR 28 juni 2002, *JOR* 2002/136.

34 Hetgeen ook geldt voor benoemde overeenkomsten, waarvan de exacte inhoud ook ter vrije bepaling van partijen staat.

35 Zo kan hoofdelijkheid voortvloeien uit een overeenkomst, uit een uiterste wil, uit de statuten van een rechtspersoon (art. 2:55 BW) of uit een 403-verklaring; vergelijk *Parl. Gesch.* BW Boek 6 1981, p. 98 e.v.

de uitleg van de rechtshandeling. Anders dan in een aantal andere rechtsstelsels[36] geldt naar Nederlands recht dat wanneer deze bedoeling niet duidelijk is en er reden bestaat voor twijfel, hoofdelijkheid niet mag worden aangenomen.[37]

In het geval van een 403-verklaring ontstaat hoofdelijke gebondenheid door het enkel afleggen van een eenzijdige verklaring. Nu is het zo dat hoofdelijke verbondenheid kan ontstaan zonder dat daar een wederkerige rechtshandeling voor is vereist.[38] De grondslag voor hoofdelijke gebondenheid wordt gegeven in artikel 6:6 lid 2 BW:

> Artikel 6:6 lid 2 BW
> Is de prestatie ondeelbaar of vloeit uit wet, gewoonte of rechtshandeling voort dat de schuldenaren ten aanzien van een zelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn, dan zijn zij hoofdelijk verbonden.

Deze bepaling koppelt het rechtsgevolg hoofdelijke verbondenheid aan twee situaties:
- de prestatie is ondeelbaar; of
- uit de wet, gewoonte of rechtshandeling vloeit voort dat de schuldenaren ten aanzien van eenzelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn.

De hoofdelijke gebondenheid van de moeder vloeit voort uit een rechtshandeling en niet uit de wet, aangezien de aansprakelijkheid van de moedervennootschap wordt gebaseerd op de 403-verklaring en niet op artikel 2:403 BW. Wordt aangenomen dat hoofdelijke aansprakelijkheid ontstaat op basis van louter de 403-verklaring, zonder acceptatie daarvan door de schuldeiser,[39] dan wordt op basis van een eenzijdige verklaring een vorderingsrecht aan het vermogen van de schuldeiser toegevoegd, want hoofdelijkheid leidt tot het ontstaan van meerdere vorderingsrech-

36 In Frankrijk en België wordt hoofdelijkheid in handelszaken (standaard) aangenomen wanneer schuldenaren op basis van dezelfde overeenkomst verbonden zijn (mits dit niet uitdrukkelijk is uitgesloten) uitgesloten. In het Duitse recht wordt zelfs in algemene zin aanvaard dat schuldenaren die op basis van dezelfde overeenkomst zijn gebonden, hoofdelijk aansprakelijk zijn (BGB § 427).

37 Asser/Sieburgh 6-I* 2016, nr. 109. Vermeld wordt dat het enkele feit dat verschillende personen zich bij één overeenkomst hebben verbonden, op zichzelf geen hoofdelijkheid met zich brengt; vergelijk Rb. Amsterdam 6 januari 1928, *NJ* 1928, p. 1333. Evenmin is voldoende dat schuldenaren organisatorisch nauw met elkaar zijn verbonden (Hof 's-Gravenhage 26 juni 1970, *NJ* 1970/440) of in economische zin te vereenzelvigen zijn; vergelijk HR 30 april 1936, *NJ* 1936/970. Zie echter ook het vervolg van deze procedure: HR 16 november 1939, *NJ* 1940/76.

38 Te denken valt bijvoorbeeld aan de hoofdelijke verbondenheid in het geval van een in groepsverband gepleegde onrechtmatige daad, zie artikel 6:166 lid 1 BW.

39 In de parlementaire geschiedenis is overwogen dat hoofdelijkheid ten aanzien van reeds bestaande schulden op een later tijdstip kan worden gecreëerd, zelfs zonder instemming van de oorspronkelijk schuldenaar. *Parl. Gesch.* BW Boek 6 1981, p. 98. Daar staat niet dat dit kan zonder toestemming van de schuldeiser.

ten. Aangenomen wordt dat er evenveel (zelfstandige) vorderingsrechten als schuldenaren bestaan.

Wordt het als onaanvaardbaar beschouwd dat een partij eenzijdig een vorderingsrecht aan het vermogen van een derde kan toevoegen, dan zal de acceptatie van die derde eerst nodig zijn om de totstandkoming van het vorderingsrecht te voltooien. Er is dan geen sprake meer van een eenzijdige rechtshandeling als bron van de hoofdelijkheid. Er is dan sprake van een situatie die meer lijkt op aanbod en aanvaarding. Dat leidt dan vervolgens tot de conclusie dat er een overeenkomst tot stand is gekomen tussen de moedervennootschap en de schuldeiser van de dochtervennootschap. Is de conclusie dat sprake is of moet zijn van een overeenkomst, dan komt de kwalificatie van de hoofdelijkheid al ras in gevaar. Bepaalde overeenkomsten kwalificeren – ongeacht de naam die partijen daaraan geven en ongeacht de door de partijen gebruikte bewoordingen – dwingendrechtelijk als borgtocht. Over de kwalifiactie van de 403-verklaring en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen, zal nog specifieker in worden gegaan in de hoofdstukken 7 en 9.

4.4.10 Tussenconclusie ten aanzien van de kwalificatie van de 403-verklaring en de daaruit voortvloeiende rechten

Uit vorenstaande paragrafen wordt duidelijk dat het nog niet zo eenvoudig is om de 403-verklaring en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen juridisch te duiden.

In dit hoofdstuk wordt volstaan met de constatering wat de heersende opvatting is. De heersende opvatting is dat een 403-verklaring een eenzijdige ongerichte rechtshandeling is op basis waarvan wordt aangenomen dat de moedervennootschap hoofdelijk is gebonden naast de dochtervennootschap voor schulden van de dochtervennootschap die voortvloeien uit rechtshandelingen. De hoofdelijke verbondenheid komt direct door het afleggen van een eenzijdige rechtshandeling tot stand. Het gevolg daarvan is dat de regels van hoofdelijkheid onverkort van toepassing zijn op de rechtsverhouding waarin de moedervennootschap, de dochtervennootschap en de schuldeiser tot elkaar verbonden zijn. Dit brengt tevens met zich mee dat er meerdere zelfstandige vorderingsrechten bestaan. Op basis van de hoofdelijkheid zijn er evenveel (zelfstandige) vorderingsrechten als dat er schuldenaren zijn.

Er kunnen echter kanttekeningen worden geplaatst bij voornoemde heersende opvatting. Met name in hoofdstuk 7 en 9 zal hier dieper op in worden gegaan. In de navolgende hoofdstukken, waarin onder andere de toepassing van de groepsvrijstellingsregeling onder de loep zal worden genomen, zal van de heersende opvatting worden uitgegaan.

4.5 De uitleg van een 403-verklaring

4.5.1 De tekst van een 403-verklaring

In voorgaande paragraaf kwam aan de orde dat een 403-verklaring verbintenissen schept. Daarmee is het de vraag wat de inhoud van deze verbintenissen is. De vraag of een moedervennootschap aansprakelijk is en wat de omvang van die aansprakelijkheid is, wordt bepaald aan de hand van de tekst van de 403-verklaring en dus niet aan de hand van artikel 2:403 BW.

Wanneer een 403-verklaring verplicht een standaardtekst zou moeten bevatten, dan zouden uitlegvragen niet of in mindere mate aan de orde zijn.[40] Meestal wordt echter een standaardtekst gebruikt, die aansluit bij de tekst van artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Een veel voorkomende tekst is:

> "Hierbij verklaart Moeder B.V. zich hoofdelijk aansprakelijk voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van Dochter B.V."

Regelmatig wordt in de 403-verklaring verwezen naar artikel 2:403 BW. De tekst ziet er dan bijvoorbeeld zo uit:

> "Hierbij verklaart Moeder B.V. zich hoofdelijk aansprakelijk voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van Dochter B.V. zoals bedoeld in artikel 2:403 BW."

Regelmatig wordt een ingangsdatum opgenomen. Daarbij moet worden opgepast dat niet onbedoeld een temporele beperking in de 403-verklaring wordt opgenomen. Dit kan ertoe leiden dat de reikwijdte van de 403-verklaring wordt beperkt. In dat geval biedt de 403-verklaring minder dekking aan schuldeisers dan minimaal is vereist om de vrijstelling van artikel 2:403 BW te mogen toepassen. Regelmatig voorkomende formuleringen waarin een ingangsdatum is opgenomen is:

> i. "Met ingang van 1 januari 2020 verklaart Moeder B.V. zich hoofdelijk aansprakelijk voor de uit rechtshandelingen van Dochter B.V. voortvloeiende schulden"
> ii. "Met ingang van boekjaar 2020 verklaart Moeder B.V. zich hoofdelijk aansprakelijk voor de uit rechtshandelingen van Dochter B.V. voortvloeiende schulden"
> iii. "Moeder B.V. verklaart zich hoofdelijk aansprakelijk voor de uit rechtshandelingen van Dochter B.V. voortvloeiende schulden vanaf 1 januari 2020."
> iv. "Moeder B.V. verklaart zich hoofdelijk aansprakelijk voor schulden voortvloeiend uit sinds 1 januari 2020 door Dochter BV verrichte rechtshandelingen."

40 Voor jurisprudentie met betrekking tot de uitleg van de tekst van een 403-verklaring, zie paragraaf 4.5.3.

De onder i en ii genoemde formuleringen vormen geen risico, ervan uitgaande dat de 403-verklaring tijdig is gedeponeerd.[41] De formulering opgenomen onder iii zou een risico kunnen opleveren. De vraag is waar de ingangsdatum van 1 januari 2020 betrekking op heeft. Heeft de datum betrekking op het moment vanaf wanneer de moedervennootschap kan worden aangesproken, dan is er geen temporele beperking. Wordt de verklaring echter zo gelezen dat de datum betrekking heeft op het moment vanaf wanneer verrichte rechtshandelingen worden geacht te zijn gedekt door de verklaring, dan is sprake van een temporele beperking. Het voorbeeld onder iv bevat een temporele beperking, aangezien de tekst aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor schulden voortvloeiend uit rechtshandelingen die plaatsvonden voor 1 januari 2020 uitsluit.

Gezien het feit dat het opnemen van een ingangsdatum een risico op kan leveren in het licht van een mogelijk onbedoelde temporele beperking, is het niet aan te raden om een ingangsdatum op te nemen in een 403-verklaring.

4.5.2 Het interpretatiespectrum: van tekstueel tot de partijbedoeling

De methode waarop een overeenkomst wordt geïnterpreteerd, kan worden gezien als een spectrum. Aan de ene kant van het spectrum bevindt zich een puur tekstuele benadering. Dit is een objectieve benadering waarbij de tekst van de overeenkomst alles bepalend is. Aan de andere kant van het spectrum bevindt zich de benadering waarbij de partijbedoeling de doorslag geeft. Deze benadering is meer subjectief. Hoewel de tekst duidelijk A zegt, kan toch worden geconcludeerd dat B is overeengekomen als dat uit de partijbedoeling kan worden afgeleid.

Wanneer sprake is van een overeenkomst, is naar Nederlands recht veel ruimte voor uitleg. Bij dieuitleg staan de bedoelingen van partijen voorop.[42] Daarbij speelt een rol wat partijen over en weer van elkaar mochten begrijpen en verwachten. De norm op basis waarvan de inhoud van een overeenkomst wordt vastgesteld, wordt ook wel de Haviltex-norm genoemd:[43]

> "De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen

41 Het opnemen van de datum is evenwel zinloos. Het is niet mogelijk een datum op te nemen die teruggaat in de tijd, althans dat heeft geen betekenis. Wanneer op 1 juli 2020 een aansprakelijkheidsverklaring wordt gedeponeerd waarin staat dat de moedervennootschap reeds sinds 1 januari 2010 kon worden aangesproken, dan hebben de schuldeisers toch niet de mogelijkheid gehad om de moedervennootschap bijvoorbeeld op 1 april 2020 aansprakelijk te stellen.

42 Richtinggevend is het Haviltex-arrest, zie HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635. Zie tevens de latere arresten: HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 en HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3303.

43 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635.

in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht."

De toepassing van de Haviltex-norm geeft de doorslag bij de beantwoording van de vraag wat partijen zijn overeengekomen. Wanneer sprake is van professionele partijen, geldt het haviltex-criterium evenzeer, al weegt de tekst van de overeenkomst in dat geval veel zwaarder bij de invulling van de partijbedoeling die nodig is om de inhoud van de overeenkomst vast te stellen.[44]

In het kader van de uitleg van een tussen partijen gesloten overeenkomst spelen uitlatingen en gedragingen van de betrokken partijen een rol. Een 403-verklaring is echter geen overeenkomst, maar een eenzijdige verklaring. De uitlegregels die gelden voor het uitleggen van overeenkomsten dienen dan ook niet op de uitleg van een 403-verklaring te worden toegepast.[45] Maar om de rechtspositie van de moedervennootschap en de schuldeiser van de dochtervennootschap te kunnen bepalen, zal een 403-verklaring toch uitgelegd moeten worden.[46]

Mocht worden geconcludeerd dat voor het ontstaan van een vorderingsrecht op de moedervennootschap de acceptatie nodig is van een schuldeiser,[47] dan kan mogelijk worden gesproken van een overeenkomst tussen de moedervennootschap en de schuldeiser. Dat zet dan de deur open voor ruimere uitlegmogelijkheden van een 403-verklaring. Eventuele imperfecte 403-verklaringen kunnen dan makkelijker worden 'geheeld' door te betogen dat de moedervennootschap heeft bedoeld een verklaring af te leggen die voldoet aan de vereisten van artikel 2;403 BW, teneinde de vrijstelling te moge toepassen.

4.5.3 Uitleg van een 403-verklaring

In voorgaande paragraaf werden de uitlegcriteria gegeven die gelden wanneer sprake is van een overeenkomst. De heersende opvatting is dat een 403-verklaring geen overeenkomst is maar een eenzijdige verklaring. De positie van de schuldeiser ten

44 HR 19 januari 2007, *JOR* 2007/166 en HR 29 juni 2007, *JOR* 2007/198. In deze arresten kende de Hoge Raad binnen de Haviltex-norm beslissend gewicht toe aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de overeenkomst zoals die tussen partijen was gesloten.

45 In de literatuur is betoogd dat een 403-verklaring zich niet goed leent voor een Haviltex-uitleg, zie Bartman & Dorresteijn 2013, VII.3.2. Rb. Arnhem 12 oktober 2004, *JOR* 2005/161 en Hof 's-Hertogenbosch 7 april 2009, *JIN* 402, m.nt. Hament.

46 Zie onder andere HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546; Hof 's-Hertogenbosch 13 oktober 2009, *JOR* 2010/147 en Hof Amsterdam (OK) 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966 (SNS), onder *r.o.* 6.60.

47 Zie voorgaande subparagrafen van paragraaf 4.4 waarin uiteen is gezet dat betoogd kan worden dat de moedervennootschap met het deponeren van een 403-verklaring een aanbod doet dat aanvaard moet worden om een vorderingsrecht tot stand te brengen.

opzichte van de moedervennootschap is geheel afhankelijk van de tekst van de 403-verklaring. Maar de schuldeiser is in het geheel niet als partij betrokken bij de totstandkoming van die verklaring en de inhoud daarvan.

Wanneer een partij niet betrokken is bij het opstellen van een stuk waarvan de inhoud wel relevant is voor het bepalen van zijn rechtspositie, dan geschiedt de uitleg van die tekst volgens de zogenaamde 'cao-norm'.[48] Toepassing van de cao-norm betekent dat aan de tekst van een bepaling doorslaggevende betekenis dient te worden toegekend. Dat betekent niet dat bij de uitleg in het geheel geen ruimte meer is voor enige aanvulling op de tekst maar de uitleg dient naar objectieve maatstaven te geschieden.

Voor een 403-verklaring betekent vorenstaande dat de uitleg in beginsel tekstueel – dus objectief – dient te geschieden. De context zal van invloed zijn op de uitleg van de verklaring en daarmee op het vertrouwen dat derde partijen binnen het rechtsverkeer aan die verklaring mogen ontlenen, maar de tekst van een 403-verklaring zal in beginsel grammaticaal moeten worden geïnterpreteerd.[49]

De bedoeling die een moedervennootschap heeft die een 403-verklaring aflegt, zal niet zijn het op zich willen nemen van een zo ruim mogelijke aansprakelijkheid; in tegendeel. Waarschijnlijk zal de moedervennootschap het afgeven van een 403-verklaring en de aanvaarding van aansprakelijkheid in dat verband zien als een noodzakelijk kwaad. Het enige doel van de verklaring zal in de regel zijn om het recht om de vrijstelling van artikel 2:403 BW te mogen toepassen te verkrijgen.[50] Daaruit vloeit ook voort, dat de moedervennootschap waarschijnlijk niet de bedoeling heeft om minder aansprakelijkheid te aanvaarden dan in het kader van artikel 2:403 BW is vereist. In dat geval wordt niet het recht verkregen om de vrijstelling te mogen toepassen en dat is nu juist wel de bedoeling van de moedervennootschap.

In een enkele situatie wordt de 403-verklaring niet zozeer gebruikt om het recht om de vrijstelling te mogen gebruiken te verkrijgen maar wordt de 403-verklaring gebruikt in plaats van een algemene p*arent guarantee.*[51] Wanneer een partij op

48 Hoge Raad in 1993 (HR 17 september 1993, *LJN*: ZC1059, Gerritse/Hydro Agri Sluiskil) voor bepaalde situaties de zogenaamde cao-norm, die bepaalt dat de tekst van een bepaling van doorslaggevende betekenis is wanneer de contractspartijen niet betrokken zijn bij het opstellen van de contractbepaling of de bepaling relevant is voor de rechtspositie van derden. In eerste instantie werd de cao-norm gezien als een tweede uitlegregel, maar in 2004 bevestigde de Hoge Raad (HR 20 februari 2004, *LJN*: AO1427 Pensioenfonds DSM-Chemie/Fox) dat deze cao-norm vloeiend overgaat in de Haviltex-norm.

49 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 10 oktober 2002, *JOR* 2003/31; Hof Amsterdam 1 februari 2007, *JOR* 2007/144; Hof Amsterdam 28 februari 2007, *JOR* 2007/145 en Hof 's-Hertogenbosch 13 oktober 2009, *JOR* 2010/147.

50 Zie in gelijke zin Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016 VI.5, die in ieder geval bij een *copy paste*-403-verklaring betogen dat de bedoeling is om (slechts) aan de minimumvoorwaarden van artikel 2:403 BW te voldoen.

51 Er lijkt in de rechtspraak een tendens gaande te zijn waarbij de 403-verklaring steeds meer wordt gezien als een volwaardig alternatief voor een regulier zekerheidsrecht. Zie HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, SNS/Curatoren c.s. Zie over deze problematiek: Bartman & Van der Kraan 2017, p. 921-927.

het punt staat met een dochtervennootschap te contracteren, wordt door deze partij bedongen dat de moedervennootschap 'een 403 zal afgeven'. Om meerdere redenen valt dit ten sterkste af te raden.[52] Maar wanneer vervolgens een 403-verklaring wordt afgelegd als onderdeel van een contractuele afspraak met een wederpartij, dan verschiet de inhoud van die 403-verklaring mogelijk wel van kleur. De bedoeling lijkt in dat geval meer te zijn gericht op het verstrekken van een (contractuele) concerngarantie en het geven van deze garantie is contractueel overeengekomen. In een degelijke situatie kan de uitleg die aan de 403-verklaring wordt gegeven mogelijk meer subjectief zijn ten aanzien van de partij die de afgiften van de 403-verklaring heeft bedongen.

De uitleg van een 403-verklaring is diverse malen in de rechtspraak aan de orde gekomen. Ten aanzien van de uitleg van een 403-verklaring, heeft de Hoge Raad zich enkele keren uitgelaten. Zo heeft de Hoge Raad gezegd:

> "De strekking van de verklaring zoals deze volgt uit de (...) context van de wet, kan ook een rol spelen bij deze uitleg."[53]

In een later arrest overwoog de Hoge Raad:[54]

> "(...) Het onderdeel klaagt voorts dat het hof ten onrechte heeft nagelaten de inhoud van de onderhavige 403-verklaring door middel van uitleg vast te stellen. Ook deze klacht faalt. De kennelijke strekking van rov. 4.16.1 is dat Bia Beheer enkel heeft verklaard zich, overeenkomstig de eis van art. 2:403 BW, hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van Mastertools voortvloeiende schulden. De klacht stelt niet dat nadere uitleg van de verklaring zou meebrengen dat deze een andere inhoud of strekking heeft dan het hof heeft vastgesteld."

Aan de onderdelen 2, 3 en 4 ligt het standpunt ten grondslag dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van een moedermaatschappij op grond van een 403-verklaring niet verder gaat dan een aansprakelijkheid voor verplichtingen van de vrijgestelde groepsvennootschap voor zover en voor zolang die verplichtingen nog daadwerkelijk bestaan. Volgens de onderdelen vloeit dit voort uit de aard en strekking van een 403-verklaring in de context van de wet."

---

52 De moeder verklaart zich tevens aansprakelijk voor alle andere bestaande en toekomstige schuldeisers van de dochtervennootschap. Voor de schuldeiser geldt dat een 403-verklaring door de moedervennootschap kan worden ingetrokken en wanneer de dochtervennootschap de groep verlaat, kan bovendien de overblijvende aansprakelijkheid worden beëindigd. De moedervennootschap heeft die mogelijkheid. En wanneer daar niets over is afgesproken, zal de schuldeiser moeten aantonen dat dit niet de bedoeling was.

53 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447.

54 HR 2 april 205, ECLI:NL:HR:2015:837.

Niet veel later daarna overwoog de Hoge Raad:[55]

> "4.34.1 Art. 2:403 lid 1 BW bepaalt dat een tot een groep behorende rechtspersoon de jaarrekening niet behoeft in te richten overeenkomstig de voorschriften van titel 9 van boek 2 BW, mits is voldaan aan de voorwaarden vermeld in die bepaling. Een van deze voorwaarden is dat een andere rechtspersoon of vennootschap, in wier jaarrekening de gegevens zijn geconsolideerd, schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden (art. 2:403 lid 1, onder f, BW). Wat deze verklaring – waarvan de betekenis moet worden begrepen tegen de achtergrond dat zij dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van een geconsolideerde jaarrekening – in een concreet geval inhoudt, moet worden vastgesteld door uitleg daarvan (HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, NJ 2002/447).
> 4.34.2 Bij de uitleg van de door SNS Reaal afgegeven 403-verklaring heeft de ondernemingskamer in rov. 6.60 in aanmerking genomen dat deze verklaring een niet tot een bepaalde partij gerichte, eenzijdige rechtshandeling is, dat bij een dergelijke rechtshandeling per definitie derden geen invloed hebben op haar bewoordingen en dat de overwegingen die ten grondslag liggen aan de wijze waarop de betrokken bepalingen zijn geredigeerd, voor die derden niet kenbaar zijn. Op grond van deze in cassatie niet bestreden overwegingen heeft de ondernemingskamer de 403-verklaring, overeenkomstig het arrest van HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493 (DSM/Fox), uitgelegd naar objectieve maatstaven. De ondernemingskamer heeft hiermee de juiste uitleg-maatstaf gehanteerd.
> 4.34.3 Bij haar uitleg van de onderhavige 403-verklaring heeft de ondernemingskamer in rov. 6.61 tot uitgangspunt genomen dat zij niet de strekking heeft verdere aansprakelijkheid te aanvaarden dan voor de werking van art. 2:403 lid 1 BW noodzakelijk is. (...)"

Hoewel de Hoge Raad enerzijds concludeert dat de betekenis van een 403-verklaring moet worden begrepen tegen de achtergrond dat zij dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van een geconsolideerde jaarrekening[56] – wat duidt op ruimte voor een uitleg conform de partijbedoeling – concludeert de Hoge Raad anderzijds dat de Ondernemingskamer met een objectieve maatstaf de juiste maatstaf heeft gehanteerd. Uit de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad maak ik op dat een ruime uitleg van de tekst niet wordt toegestaan. De objectieve uitleg is leidend.

Ook in de lagere rechtspraak is bepaald dat aan de strekking van artikel 2:403 BW niet een zodanig bepalende rol mag worden toegekend dat een duidelijke tekst van een 403-verklaring kan worden gepasseerd zodat een imperfecte 403-verklaring wordt geheeld.[57] De Ondernemingskamer heeft onderkend dat de tekst leidend

55 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661.

56 De Hoge Raad bedoelt – meen ik – dat de 403-verklaring dient als voorwaarde om de vrijstelling van artikel 2:403 BW te mogen toepassen.

57 Zie o.a. Rb. Arnhem 10 oktober 2002, *JOR* 2003/31 en Rb. Maastricht 1 juni 2011, *JOR* 2001/357.

is, maar las in een beperkt afwijkende tekst toch een 403-verklaring die in lijn is met artikel 2:403 lid 1 sub f BW.[58]

Sommige rechters lijken de vraag of een 403-verklaring wel toereikend is liever uit de weg te gaan.[59] Hoe dan ook, de tekst van de 403-verklaring is van groot belang en een rechter is aan de tekst van de 403-verklaring gebonden wanneer hij dient te bepalen of een moedervennootschap aansprakelijk is of niet.[60]

In de literatuur wordt wel betoogd dat een 403-verklaring niet slechts zuiver taalkundig dient te worden geïnterpreteerd maar dient te worden gelezen in het licht van de overige omstandigheden.[61] Overige omstandigheden zullen waarschijnlijk bestaan uit het feit dat de moedervennootschap is overgegaan tot consolidatie en de dochtervennootschap aan de overige vereisten van artikel 2:403 BW heeft voldaan. De bedoeling van de moedervennootschap is dan zeer waarschijnlijk geweest om een geldige 403-verklaring te deponeren die voldoet aan de minimumvoorwaarden die daaraan worden gesteld.

Wordt ruimte voor uitleg toegelaten, dan bestaat er mogelijk de ruimte om gebreken in een 403-verklaring, die niet aan de minimumvereisten van artikel 2:403 lid 1 sub f voldoet, te 'helen'. In het licht van de bedoeling van de moedervennootschap om een toereikende 403-verklaring af te geven, zou dan toch een verklaring gelezen kunnen worden die toereikend is.[62]

---

58 Hof Amsterdam, 23 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2887, *JOR* 2014/233. In het commentaar valt te lezen: 'De Ondernemingskamer overweegt dat de (rechts)persoon die een 403-verklaring afgeeft, in beginsel de vrijheid heeft de reikwijdte daarvan – in duur of anderszins – te beperken. De omvang van die reikwijdte hangt in belangrijke mate af van de (uitleg van) de bewoordingen van de verklaring. De strekking van een 403-verklaring zoals deze volgt uit de context van de wet, kan daarbij ook een rol spelen, maar dient niet voorop te staan. Indien daaromtrent niets anders in de verklaring is opgenomen, brengt een redelijke en op (de praktijk van) het handelsverkeer toegesneden wetstoepassing naar het oordeel van de OK mee dat de werking van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor de schulden van de dochtervennootschap ook geldt voor schulden die tijdens de looptijd van de 403-verklaring ontstaan uit duurovereenkomsten die vóór het ingangstijdstip van de 403-verklaring zijn aangegaan. Dit geldt ook in het geval van een arbeidsovereenkomst.' Zie voor een eerder standpunt van de Ondernemingskamer Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *JOR* 2007/145.

59 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch, 29 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3804, *JOR* 2017/318. Zie *rechtsoverweging* 3.5.5: 'De curator verdedigt dat de "temporele beperkingen" welke in de door het hof gecursiveerde gedeelten besloten liggen met zich brengen dat deze verklaringen hoe dan ook niet kwalificeren als verklaringen als bedoeld in art. 2:403 lid 1 aanhef en sub f BW, zodat deze niet ertoe leiden dat [B.V.] van de in art. 2:394 BW omschreven publicatieverplichting zou zijn vrijgesteld' en *rechtsoverweging* 3.5.6: 'Het hof gaat, in elk geval vooralsnog, voorbij aan de vraag of het gecursiveerde gedeelte van de hiervoor geciteerde bepaling in algemene zin een dusdanige beperking inhoudt dat de verklaring als geheel niet zou kunnen worden aangemerkt als een verklaring als die waarop art. 2:403 lid 1 aanhef en sub f) BW doelt.'

60 Hof Amsterdam 22 oktober 2019, *JIN* 2019/179.

61 S.M. Bartman in zijn noot onder Rb. Maastricht 1 juni 2011, *JOR* 2001/357, punt 8.

62 Bartman betoogt dat dit mogelijk zou moeten zijn, zie onder andere zijn annotatie bij Rb. Maastricht, 1 juni 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BR0410 in *JOR* 2011/357.

4.5.4 Experimenteren met de tekst van een 403-verklaring?

In de literatuur worden advocaten en bedrijfsjuristen opgeroepen na te denken over de meest optimale tekst van een 403-verklaring.[63] Is experimenteren een goed idee? Of is een '*copy paste*-403-verklaring'[64] toch de beste optie?

De tekst van een 403-verklaring is in beginsel niet vastomlijnd en aan de tekst van een 403-verklaring kan een eigen invulling worden gegeven.[65] Met name ten aanzien van de temporele reikwijdte worden met enige regelmaat afwijkende formuleringen in 403-verklaringen opgenomen.[66] De vraag is of dit een (toereikende) 403-verklaring oplevert.[67]

Ook ten aanzien van het bestaan van een groepsrelatie wordt tekstueel nogal eens gesleuteld.[68] Vaak bestaat de wens om de 403-verklaring alleen te laten gelden zo lang de groepsrelatie tussen de moedervennootschap en de dochtervennootschap bestaat. Zo zijn er moedervennootschappen die het bestaan van een groepsrelatie opnemen als voorwaarde voor het aanvaarden van aansprakelijkheid.

Op basis van het verbintenissenrecht staat het de moedervennootschap vrij om te verklaren wat zij wil en waarvoor en jegens wie zij aansprakelijkheid aanvaardt. Slechts op het gebied van het jaarrekeningenrecht speelt vervolgens de vraag of wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2:403 lid 1 sub f BW.[69] Wanneer een aansprakelijkheidsbeperkende formulering in een 403-verklaring wordt opgenomen, kan het zijn dat de 403-verklaring jaarrekeningrechtelijk gezien niet voldoet. Deponeert de dochtervennootschap vervolgens geen jaarrekening, dan wordt de jaarrekeningenplicht geschonden met alle gevolgen van dien. Het is daarom niet aan te raden om een beperking op te nemen die tot twijfel leidt ten aanzien van de vraag of wel een toereikende 403-verklaring is gedeponeerd.

---

63 Bartman 2004.

64 Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, VI.5.

65 Van Wijngaarden 2006-I, p. 616 en in bevestigende zin HR 28 juni 2001, *JOR* 2002/136.

66 In de rechtsliteratuur is de meerderheid de mening toegedaan dat een 403-verklaring dient te zien op bestaande en toekomstige schulden van de vrij te stellen rechtspersoon (dit wordt ook wel aangeduid als de (onbeperkte) terugwerkende kracht van een 403-verklaring; een begrijpelijke term, hoewel het met terugwerkende kracht op zich niets van doen heeft. De term 'ruime werking' is wellicht zuiverder, zie voor het gebruik van deze term Van Olffen 2001. Zie voor pleidooien voor de ruime werking onder meer Beckman 1995, p. 535 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 583. Zie ook Rb. Arnhem 10 oktober 2002, *JOR* 2003/31, *r.o.* 3.8.

67 Zie onder meer Van Olffen 2001.

68 Zie Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, VI.5 en zie in dit kader ook Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2007, *JOR* 2007/144 en Van Zoest 2011, p. 95.

69 Zie bijvoorbeeld Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, VI.5 die dit onderscheid treffend als volgt formuleren: "De vraag naar de verhaalspositie van de schuldeiser (uitleg tekst 403-verklaring) en die naar de volwaardigheid van de betreffende 403-verklaring (is zij voldoende om de vrijstelling te genereren?) zijn in beginsel twee verschillende rechtsvragen."

4.6 Hoofdelijke aansprakelijkheid

4.6.1 Inleiding

Het vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid is een van de voorwaarden die wordt gesteld aan een geldige 403-verklaring. Aangezien de moedervennootschap zich aansprakelijk verklaart voor de schuld van een derde en niet voor een eigen schuld[70] dringt de gedachte aan borgtocht zich op. Borgtocht wordt sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1992 beschouwd als een species van hoofdelijkheid.

Om te bepalen of sprake is van borgtocht, dient te worden gekeken naar de rechtsverhoudingen tussen de betrokken partijen. Een aantal auteurs beschouwen de subsidiariteit en de afhankelijkheid als *kenmerken* om te bepalen of sprake is van borgtocht terwijl andere auteurs stellen dat subsidiariteit en de afhankelijkheid *gevolgen* van zijn van de kwalificatie als borgtocht.

Naar mijn idee past bij de grondgedachte achter de rechtsfiguur hoofdelijkheid dat hoofdelijkheid van toepassing is op eenzelfde schuld die meerdere schuldenaren aangaat. De grondgedachte achter borgtocht is dat er zekerheid wordt verstrekt voor een schuld van een derde. Hierin is het ondercheidende element tussen hoofdelijkheid en borgtocht gelegen.

Bergervoet concludeert dat borgtocht zich onderscheidt van reguliere hoofdelijkheid doordat bij borgtocht sprake is van een situatie waarin een derde zich garant stelt of sterk maakt voor de schuld van een ander:[71]

> "Een belangrijke verklaring voor de vroegere tegenstelling tussen borgtocht en hoofdelijkheid, was gelegen in het feit dat men vond dat borgtocht gezien moest worden als een garantieovereenkomst. Nu de genoemde tegenstelling naar geldend recht is opgeheven, rijst de vraag of de overeenkomst nog onverkort als garantieovereenkomst kan worden aangemerkt. In de huidige literatuur komt de kwalificatie van borgtocht als garantieovereenkomst nog steeds prominent naar voren."
>
> Zo wordt in Asser/Van Schaick borgtocht een species van de algemene garantieovereenkomst genoemd, die haar wortels heeft in het Duitse recht uit de 19de eeuw. Daarnaast blijkt uit de begripsomschrijving van Van Schaick dat hij uitgaat van de borg als garant. Hij stelt namelijk dat de borg zich tegenover de schuldeiser verbindt tot het verrichten van een prestatie "indien en voorzover" de hoofdschuldenaar tekortschiet in de nakoming van een verbintenis die hem verplicht tot diezelfde prestatie. In algemenere zin wordt gesproken van borgtocht als garantieovereenkomst door Hartkamp & Sieburgh.
> (...)
> Alle bovengenoemde auteurs kwalificeren de overeenkomst van borgtocht op een bepaalde wijze als een garantieovereenkomst. Het feit dat de wetgever heeft gekozen voor een

70 Er zijn geen algemene regels op basis waarvan kan worden bepaald wie een bepaalde schuld aangaat. Hierover is wel de nodige literatuur en jurisprudentie te vinden. Zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen 3 mei 2006, *NJF* 2006/425, *JOR* 2006/249; Rb. Almelo 2 maart 2011, *JOR* 2011/166 en Rb. Haarlem 29 februari 2012, *JOR* 2012/202.

71 Bergervoet 2014, par. 2.5.2.

> nieuwe opzet van de regeling van borgtocht, op basis van contractuele hoofdelijkheid, lijkt voor deze auteurs daarbij geen rol van betekenis te spelen."

De aansprakelijkheid die een moedervennootschap op zich neemt op basis van een 403-verklaring heeft ontegenzeggelijk het karakter van een garantie of een waarborg. De gedachte is dat, wanneer de dochtervennootschap haar verplichting niet nakomt, de moedervennootschap kan worden aangesproken om de verplichting van de dochtervennootschap te voldoen. Daarmee vertoont de 403-aanspraak niet alleen overeenkomsten met de rechtsfiguren garantie of waarborg. Ook borgtocht wordt gekenmerkt door een rechtsverhouding waarbij een partij zich verplicht om de prestatie van een derde te voldoen. Zie onder meer de parlementaire geschiedenis:[72]

> "de borg is niet in de eerste plaats een intern (gewoonlijk) niet draagplichtige hoofdelijk schuldenaar, maar vooral iemand die zich tegenover de schuldeiser en derden aandient als iemand wie de schuld uiteindelijk niet aangaat."

Om te kunnen vaststellen of het de schuld van een derde betreft, wordt de vraag gesteld wie de schuld aangaat. Zie in dit verband onder meer M. Haentjens:[73]

> "De hoofdschuldenaar en de borg zijn gehouden dezelfde schuld te betalen. Uit het systeem van het BW vloeit uit de overeenkomst waarbij iemand zich verbindt de schuld van een ander te voldoen, een vorm van hoofdelijkheid voort. Deze vorm kenmerkt zich hierdoor, dat degene die zich verbindt, zich jegens de schuldeiser aandient als iemand wie de schuld in zijn verhouding tot de hoofdschuldenaar niet aangaat; zie T-M, Parl. Gesch. Inv., p. 418. In art. 850 lid 3, wordt deze gedachte buiten twijfel gesteld.
> Het antwoord op de vraag of bij twee of meer hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren zich al of niet de bijzondere vorm van borgtocht voordoet, moet worden gezocht in de rechtsverhouding tussen elk der schuldenaren en de schuldeiser: heeft tegenover laatstgenoemde een schuldenaar zich aangediend als iemand wie de schuld niet aangaat, die zich aansprakelijk stelt voor de schuld van een ander, de hoofdschuldenaar, dan zijn de bepalingen omtrent borgtocht van toepassing."

Van Galen merkt onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis[74] op:[75]

> "Blijkens de parlementaire geschiedenis is het essentiele verschil dat bij borgtocht de borg zich jegens de schuldeiser aandient als iemand die de schuld niet aangaat. Beslissend is dus niet de verhouding tussen borg en hoofdschuldenaar, maar hetgeen de schuldeiser ten tijde van het aangaan van de overeenkomst van de onderlinge verhouding weet."

Uiteraard weet een schuldeiser van de dochtervennootschap dat hij een overeenkomst sluit met de dochtervennootschap en dat hij aan die dochtervennootschap

72 Toelichting Meijers, *Parl. Gesch.* Boek 6 BW, p. 562; zie tevens p. 557.
73 Haentjes, 2010.
74 Toelichting Meijers, *Parl. Gesch.* Boek 7, p. 410.
75 Van Galen 1993, p. 13.

zijn prestatie levert. Het leidt geen twijfel dat de schuld de dochtervennootschap aangaat en niet de moedervennootschap. Ook op basis van de tekst van een 403-verklaring, waarbij de moedervennootschap zich aansprakelijk verklaart voor *schulden van de dochtervennootschap* (en nadrukkelijk niet voor eigen schulden) kan niets anders worden afgeleid. Betoogd zou zelfs kunnen worden dat de tekst van een 403-verklaring geen grondslag biedt voor een vorm van aansprakelijkheid van de moedervennootschap die correspondeert met een aansprakelijkheid die geldt voor *eigen schulden*. Een 403-verklaring dient immers tekstueel te worden uitgelegd en in de tekst van een 403-verklaring staat duidelijk dat het gaat om aansprakelijkheid voor schulden van de dochtervennootschap.

Niet alle auteurs zijn van mening dat sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid wanneer sprake is van een aansprakelijkheid voor eigen schulden en dat sprake is van borgtocht wanneer het gaat om aansprakelijkheid voor schulden van een derde. Van Boom heeft op dit vlak een andere opvatting. Naar zijn idee is de vraag wie de schuld aangaat niet bepalend voor de vraag of sprake is van reguliere hoofdelijke aansprakelijkheid of van borgtocht:[76]

> "Onjuist lijkt mij ook de mening van C.E. du Perron, in Pitlo - deel 6: bijzondere overeenkomsten, 9e druk Arnhem 1995, p. 349, dat hoofdelijkheid zich onderscheidt van borgtocht in die zin dat de borg een verbintenis moet nakomen die hem in zijn verhouding tot de hoofdschuldenaar niet aangaat. De vraag of al of niet borgtocht bestaat, hangt af van de uitleg van de rechtshandeling tussen crediteur en borg De verhouding borg-hoofdschuldenaar staat daar buiten. Vgl. in deze zin ook M.H.E. Rongen, Securitisation en vermogensafzondering van vorderingsrechten op naam, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Onderneming en effecten, Deventer 1998, p. 454-455. Vgl. HR 25-9-1998, NJ 1998, 892 (Haefner/ABN-Amro Bank)."

Van Boom stelt:[77]

> "De rechtsfiguur hoofdelijkheid is daarom niet vergelijkbaar met een overeenkomst van borgtocht, omdat de kwalificatie borgtocht iets zegt over de inhoud van de prestatie van de borg. Die inhoud kán vervolgens aanleiding geven tot de conclusie dat borg en hoofdschuldenaar hoofdelijk verbonden zijn (aldus inderdaad art. 7:850 lid 3 BW). Anders gezegd: borgtocht is oorzaak, hoofdelijkheid gevolg."

De wet bepaalt niets inzake de *inhoud* van de prestatie. Het moet gaan om een verbintenis die een derde, de hoofdschuldenaar, tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen. Dat kan iedere prestatie zijn. Voor wat betreft de inhoud van de prestatie stelt de bepaling inzake borgtocht geen nadere eisen en in dat opzicht is de bepaling generiek:

76 Van Boom 1999, p. 36, voetnoot 138.
77 Van Boom 1999, p. 36.

> Artikel 7:850 BW
> 1. Borgtocht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de borg, zich tegenover de andere partij, de schuldeiser, verbindt tot nakoming van een verbintenis, die een derde, de hoofdschuldenaar, tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen.
> 2. Voor de geldigheid van een borgtocht is niet vereist dat de hoofdschuldenaar deze kent.
> 3. Op borgtocht zijn de bepalingen omtrent hoofdelijke verbintenissen van toepassing, voor zover daarvan in deze titel niet wordt afgeweken.

Aangezien borgtocht voor niet nader geduide prestaties kan worden aangegaan, kan moeilijk op basis van de inhoud van de prestatie worden bepaald of wel of geen borgtocht is aangegaan.

Van Boom stelt voorts dat sommige borgtochten aanleiding kunnen geven tot de conclusie dat tevens sprake is van hoofdelijkheid. Met andere woorden, volgens Van Boom bestaan er ook borgtochten die niet onder hoofdelijkheid vallen. Sinds de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek in 1992 is duidelijk dat borgtocht een subvariant van hoofdelijkheid is. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt:[78]

> "Hoofdelijkheid bestaat in alle gevallen dat meer schuldenaren ieder voor het geheel, voor dezelfde schuld aansprakelijk zijn."

Nu borgtocht een subvariant van hoofdelijkheid is, is er in het geval van borgtocht per definitie sprake van hoofdelijke verbondenheid. Andersom geldt dat wanneer sprake is van hoofdelijke verbondenheid sprake kan zijn van borgtocht. Van Boom is een van de weinige auteurs die deze benadering omkeert. De opvatting van Van Boom wijkt af van de visie van de wetgever en van de heersende opinie in de literatuur. Op basis daarvan lijkt de vraag of de aansprakelijkheid geldt ten aanzien van een eigen schuld of voor de schuld van een derde het voornaamste aanknopingspunt te zijn voor het onderscheid tussen reguliere hoofdelijke aansprakelijkheid enerzijds en borgtocht anderzijds.

Ondanks het feit dat een moedervennootschap zich in een 403-verklaring sterk maakt voor de schulden van een dochtervennootschap, is de heersende opvatting dat een uit een 403-verklaring voortvloeiend recht niet kwalificeert als borgtocht. De (enige) reden daarvoor is dat de Hoge Raad – zonder nadere onderbouwing – een stokje voor deze kwalificatie heeft gestoken.[79] Over deze beslissing van de Hoge Raad is veel gezegd en geschreven. Blomkwist merkt in neutrale bewoordingen op:[80]

> "De Hoge Raad heeft hierover bij arrest van 28 juni 2002, NJ 2002, 447, JOR 2002, 136 (Akzo Nobel/ING), geoordeeld dat een dergelijke verklaring niet een overeenkomst

78 MvA II, *Parl. Gesch.* Boek 7, p. 426.
79 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447, *JOR* 2002/136.
80 Blomkwist 2012, hoofdstuk 1, par. 2.

> van borgtocht is. Het is een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling op grond waarvan rechtstreeks aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ontstaat. De Hoge Raad ziet de 403-verklaring dus niet als een aanbod dat nog aanvaard moet worden, maar als een eenzijdige verklaring die rechtstreeks aansprakelijkheid vestigt. Het gaat volgens de Hoge Raad dan ook niet om een afhankelijk recht. Voor de precieze betekenis van de verklaring is volgens de Hoge Raad verder in de eerste plaats haar inhoud van belang, en niet de tekst van art. 2:403. Bij de 403-verklaring komen de art. 863 en 864 niet in beeld omdat het om een hoofdelijke aansprakelijkheid gaat, en art. 1:88 niet omdat de verklaring alleen door rechtspersonen afgegeven wordt. Regres en subrogatie worden beheerst door art. 6:10 e.v."

Blomkwist concludeert dat de Hoge Raad heeft geconcludeerd dat een 403-verklaring geen eenzijdig ongericht aanbod inhoudt. Met Blomkwist ben ik eens dat dit de gedachtesprong is die de hoge Raad lijkt te hebben gemaakt. Maar de Hoge Raad heeft zich op dit vlak echter niet uitdrukkelijk uitgelaten.

Wanneer een discussie wordt gevoerd over de vraag of een schuld van een dochtervennootschap de moedervennootschap aangaat of niet, is het van belang dat de Hoge Raad niet heeft geoordeeld dat de juridische structuur van een groep vennootschappen kan worden 'weggedacht'. De Hoge Raad heeft niet geoordeeld dat een concern als een geheel kan worden gezien in plaats van verschillende juridische entiteiten. Er is dus geen sprake van 'groepsschulden'. Zou de Hoge Raad de juridische structuur van een concern wegdenken, dan zou hij aansluiting zoeken bij de economische realiteit in plaats van bij de juridische realiteit. Wordt een dergelijke benadering gehanteerd, dan komt de waarde van de juridische realiteit en daarmee de rechtszekerheid op een hellend vlak te staan. Uiteraard kan een schuld meerdere entiteiten binnen een concern aangaan. Maar om tot die conclusie te komen, zal steeds afzonderlijk moeten worden bekeken of de schuld van de dochtervennootschap de schuld van de moedervennootschap daadwerkelijk aangaat. In het kader van de hoofdelijke aansprakelijkheid van een moedervennootschap op basis van een 403-verklaring, heeft de Hoge raad deze exercitie nooit gemaakt.[81] In andere situaties heeft de Hoge Raad zich wel uitgelaten over de vraag wie van de tot een concern behorende vennootschappen de schuld aangaat. Daarover schreef Blomkwist:[82]

> "In zijn recente arrest van 13 juli 2012, NJ 2012, 447, JOR 2012, 306 (Jansen/JVS Beheer) hanteert de Hoge Raad een voorzichtiger uitgangspunt: bij de beantwoording van de vraag wie van de tot een concern behorende vennootschappen de schuld aangaat,

81 Het vaststellen van de draagplicht van de verschillende entiteiten binnen een concern kan een ingewikkelde aangelegenheid zijn. Zie voor een uitgebreide behandeling van deze materie Van Oostrum 2019.

82 Blomkwist 2012, hoofdstuk 1, par. 7. Zie voor diverse standpunten inzake de vraag wie van de tot een concern behorende vennootschappen de schuld aangaat onder meer: Pels Rijcken 1962, p. 43 e.v.; *Parl. Gesch.* Boek 7, p. 426 e.v.; Slijkhuis 1990, p. 756 e.v.; Winter 1992, p. 27; Klaassen 1998, p. 347 e.v. en Rongen e.a. 1998, p. 451 e.v.

> moet erop gelet worden wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking het is gekomen, alsmede op alle overige relevante omstandigheden van het geval. Dogmatisch gezien is dit uitgangspunt ongetwijfeld zuiverder dan dat van het Hof Den Haag. Men bedenke bij dit alles echter dat het ene concern het andere niet is. Er zijn concerns waarbinnen de vennootschappen als los zand aan elkaar hangen. Er zijn ook concerns waarbinnen de vennootschappen zo sterk met elkaar verweven zijn, dat zij financieel gezien in feite slecht afzonderlijke vakken binnen één grote portemonnee vormen. In concerns met een sterke onderlinge verwevenheid blijven de overwegingen van het Hof Den Haag relevant. De Hoge Raad laat met zijn verwijzing naar 'alle overige relevante omstandigheden van het geval' voldoende ruimte over om recht te doen aan de complexiteiten van de financiële verhoudingen binnen een concern."

De gedachte van Blomkwist dat verschillende vennootschappen binnen een concern zich kunnen presenteren als een eenheid die belang heeft bij een krediet, is interessant maar in het kader van de 403-aansprakelijkheid nooit aanvaard:[83]

> "(...) Een concern waarvan de vennootschappen zich hoofdelijk voor het aan hen verstrekte krediet verbinden, presenteren zich als vennootschappen die één voor allen en allen voor één belang bij het krediet hebben. Zij zijn dus hoofdelijk aansprakelijk en geen borg."

Los van de hoofdelijkheid op basis van een 403-verklaring waarbij de moedervennootschap zich sterk maakt voor de verplichtingen van een dochtervennootschap, is contractuele hoofdelijkheid een veelvuldig gebruikte zekerheid bij het aangaan van een concernkrediet.[84] Bij een dergelijk krediet is op voorhand niet altijd zeker welke entiteit binnen het concern uiteindelijk het krediet gebruikt.

Op het thema hoofdelijkheid werd reeds ingegaan bij de kwalificatie van de 403-verklaring en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen, zie paragraaf 4.4. Daarnaast komt hoofdelijkheid in het algemeen en hoofdelijkheid als onderdeel van de groepsvrijstellingsregeling meer uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 7 en hoofdstuk 9. Voor de meer uitgebreide beschouwingen inzake hoofdelijkheid en hoofdelijkheid als onderdeel van de vrijstellingsregeling zij naar deze onderdelen verwezen. In dit hoofdstuk zal de discussie omtrent de vraag of een 403-verklaring leidt tot borgtocht terzijde worden geschoven. In de navolgende paragrafen zal uitgegaan worden van de heersende leer, namelijk de opvatting van de Hoge Raad dat het uit een 403-verklaring voortvloeiende recht niet kwalificeert als borgtocht, mede om te bezien wat de uitwerking van de kwalificatie als reguliere hoofdelijkheid voor de toepassing van het groepsregime betekent.

83 Blomkwist 2012, hoofdstuk 1, par. 7.
84 Zie onder meer Van Oostrum 2019, p. 265

4.6.2 Hoofdelijke aansprakelijkheid kan verstekkende gevolgen hebben

Bij hoofdelijke aansprakelijkheid zijn alle hoofdelijk verbonden schuldenaren aansprakelijk voor de gehele schuld en direct aansprakelijk, van subsidiariteit is geen sprake. Hoofdelijke aansprakelijkheid is een vergaande vorm van aansprakelijkhied die verstrekkende gevolgen kan hebben.

De schulden waarvoor aansprakelijkheid kan ontstaan op basis van een 403-verklaring zijn op het moment waarop de 403-verklaring wordt afgegeven niet bekend. De moedervennootschap heeft, los van de vraag of zij aandeelhoudster van de dochtervennootschap is en om die reden de bevoegdheden kan uitoefenen via de aandeelhoudersvergadering,[85] in beginsel geen controle over welke rechtshandelingen de dochtervennootschap aangaat en over de daaruit voortvloeiende schulden.[86] De dochtervennootschap wordt bestuurd door haar eigen bestuurders. En hoewel dit uiteindelijk dezelfde personen kunnen zijn die ook de moedervennootschap besturen, geldt dat het bestuur van de dochtervennootschap in die hoedanigheid in de eerste plaats de belangen van de dochtervennootschap dient te behartigen, mede op basis van het beginsel van bestuursautonomie. Het beginsel van bestuursautonomie[87] is geen waarde op zich die geheel los kan worden gezien van het concernverband waarin de dochter opereert.[88] Dit beginsel brengt wel met zich dat het bestuur van de dochtervennootschap het belang van de dochtervennootschap in eerste instantie voorop dient te stellen bij haar handelen,[89] en niet het belang van de moedervennootschap. Het concernbelang speelt bij het handelen van de dochtervennootschap een rol. Het concernbelang 'kleurt' het belang van de dochtervennootschap deels in maar prevaleert niet bij voorbaat.[90]

In een 403-verklaring schuilt voor de moedervennootschap het gevaar dat zij aansprakelijkheid aanvaardt voor schulden waarover zij in beginsel geen controle heeft. De moedervennootschap zal zelf een bewuste afweging moeten maken of het afgeven van een 403-verklaring wel in haar eigen belang is. Hier dient niet te lichtvaardig over te worden gedacht. Voordat een moedervennootschap overgaat tot het afgeven van een 403-verklaring, zou de moedervennootschap in principe een beperkt *due dilligence*-onderzoek moeten instellen en zich er zoveel mogelijk van proberen te vergewissen welke aansprakelijkheden er lopen en welke toekomstige aansprakelijkheden er waarschijnlijk zullen ontstaan. De gedachte moet in ieder geval zijn dat 'de prijs' die de moedervennootschap verwacht te moeten betalen, opweegt tegen het voordeel dat de vrijstelling oplevert.

---

85 Welke bevoegdheden, zoals bekend uit het klassieke Forumbank-arrest, niet onbegrensd zijn HR 21 januari 1955, *NJ* 1959/43. Zie in dit kader ook Huizink 2009, p. 142 en Lennarts 2006, p. 18.

86 De behandeling van de vraag of hier statutair of contractueel een mouw aan valt te passen, valt buiten het bestek van hetgeen hier wordt behandeld.

87 Zie hierover o.a. Löwenberg 2005 en Van der Korst 2002, p. 22.

88 Bartman & Dorresteijn 2013, p. 87 e.v.; Van den Ingh 2002, p. 13-28 en Löwenberg 2005.

89 HR 1 april 1949, *NJ* 1949/465 (Doetinchemse IJzergieterij).

90 HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002/94 (Juno Properties) en Van Schilfgaarde e.a. 2013, p. 247.

4.6.3 Hoofdelijkheid in de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW

Artikel 2:403 lid 1 sub f BW vereist dat de rechtspersoon die de geconsolideerde jaarrekening opstelt zich *hoofdelijk* aansprakelijk verklaart voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van de vrij te stellen rechtspersoon. Hoofdelijkheid is als juridisch begrip gekwalificeerd in artikel 6:7 BW.[91] De hoofdelijke aansprakelijkheid die middels een 403-verklaring wordt aangegaan, wordt beheerst door de reguliere regels van de rechtsfiguur hoofdelijkheid zoals geregeld in het Burgerlijk Wetboek.[92] De meest in het oog springende kenmerken van hoofdelijkheid zijn dat elke schuldenaar is verbonden voor het geheel en dat subsidiariteit ontbreekt.[93]

4.6.4 Hoofdelijke aansprakelijkheid is in lijn met de eisen die door communautair recht worden gesteld

Het Europess jaarrekeningenrecht stelt een aantal minimumvoorwaarden voor de toepassing van een vrijstelling van de jaarrekeningenplicht. Op basis van Europees recht is vereist dat de moedervennootschap zich garant stelt voor de aangegane verplichtingen van de vrij te stellen vennootschap.[94] Aangezien hoofdelijke aansprakelijkheid als een zwaardere vorm van aansprakelijkheid wordt gezien dan de aansprakelijkheid die voortvloeit uit een (reguliere) garantstelling, wordt de Nederlandse vrijstellingsregeling op dit punt als strenger dan richtlijnconform beschouwd. Het doel van de richtlijn om schuldeisers te beschermen, wordt door hoofdelijke aansprakelijkheid zelfs beter dan strikt noodzakelijk gediend.[95]

Aangezien de term ‘garantstelling’ niet nader is gedefinieerd, is het lastig – en *de facto* onmogelijk – om te beoordelen of hoofdelijke aansprakelijkheid een zwaardere vorm van aansprakelijkheid is. Gezien het feit dat de moedervennootschap voor het geheel aansprakelijk is en iedere vorm van subsidiariteit ontbreekt, zal al snel de conclusie worden getrokken dat hoofdelijke aansprakelijkheid een zwaardere vorm van aansprakelijkheid betreft dan een reguliere garantie. Zo bezien kan de hoofdelijke aansprakelijkheid als vereiste voor de Nederlandse groepsvrijstel-

91 Zie over hoofdelijkheid Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I*, nr. 99 e.v.

92 Zie artikel 6:6 BW e.v.

93 Zie voor een uitgebreide beschouwing over subsidiariteit Hammerstein & Vranken 2003.

94 Zie artikel 57 van de Vierde richtlijn.

95 Dit standpunt wordt ondersteund door de literatuur. Zie o.a. Schoordijk 2003, p. 64; de conclusie van A-G Wesseling-van Gent bij HR 28 juni 2002, ECLI:PHR:2002:AE4663 en Beckman 1995, p. 293.

lingsregeling als richtlijnconform worden beschouwd. A-G Wesseling-van Gent heeft in dit verband overwogen:[96]

> "De Nederlandse wetgever heeft hoofdelijke aansprakelijkstelling van de moedermaatschappij voorgeschreven, terwijl de EG-richtlijn een garantverklaring vereist. Daarmee heeft de wetgever voor een zwaardere vorm gekozen. De richtlijn spreekt daarnaast over "de door de dochteronderneming aangegane verplichtingen" en art. 2:403 over "de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden". Volgens Beckman houdt de richtlijn in dat de moedermaatschappij aan de vrij te stellen groepsrechtspersoon verklaart in te staan voor door de groepsrechtspersoon aangegane verplichtingen."

4.6.5 Beide schuldenaren aansprakelijk voor het geheel

Voor de schuldeiser heeft hoofdelijke aansprakelijkheid enkele voordelen. Hij kan hoofdelijk schuldenaren voor het geheel aanspreken en hij kan zijn vordering jegens hen individueel afdwingen.[97]

De schuldeiser mag kiezen of hij de dochtervennootschap aanspreekt, de moedervennootschap of beide tegelijk. Niettegenstaande de keus van de schuldeiser, kan hij betaling door de andere partij niet zonder meer weigeren. Een moedervennootschap die nog een rekening met een schuldeiser te vereffenen heeft, zou in bepaalde gevallen de 403-route kunnen gebruiken om verrekening toe te passen.[98] Om deze, maar ook om andere redenen, kan het ongewenst zijn dat de moedervennootschap een schuldenaar van een schuldeiser wordt die uitsluitend met de dochtervennootschap contracteerde.

---

96 A-G. E.M. Wesseling-van Gent, Parket bij de Hoge Raad, Conclusie 29 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE4663, *r.o.* 2.21.

97 Wordt een van de hoofdelijk verbonden schuldenaren betrokken in een juridische procedure en voor het geheel aangesproken, dan kan de voor het geheel aangesproken schuldenaar de overige medeschuldenaren in vrijwaring oproepen, zie artikel 68 e.v. Rv. Een tussen de schuldeiser en een hoofdelijke schuldenaar gewezen vonnis heeft geen gezag van gewijsde ten aanzien van de medeschuldenaren die geen partij waren in het geding; evenzo *Parl. Gesch.* BW Boek 6 1981, p. 101. In de situatie waarin een van de hoofdelijk verbonden schuldenaars failliet wordt verklaard, geldt dat de schuldeiser zijn vordering kan indienen bij de curator, voor zover de vordering nog niet is voldaan. Gaan beide schuldenaars failliet, dan kan de schuldeiser zijn vordering in beide faillissementen indienen. Zie artikel 136 FW.

98 Heeft een van de hoofdelijk verbonden schuldenaars verrekening ingeroepen, dan kunnen de overige schuldenaars zich daar eveneens op beroepen. Art. 6:7 lid 2 BW stelt niet de eis dat de medeschuldenaar, wiens vordering voor verrekening in aanmerking komt, partij is in het geding waarin daarop een beroep wordt gedaan: HR 23 mei 2014, *NJ* 2014/325 (K/Maas q.q.), *r.o.* 3.4.6. De bevoegdheid tot verrekening komt alleen toe aan de schuldenaar die een tegenvordering op de schuldeiser heeft, niet aan de andere hoofdelijk verbonden schuldenaren. Vergelijk art. 6:127 BW en *Parl. Gesch.* BW Boek 6 1981, p. 491.

4.6.6 Nakoming door een der schuldenaren bevrijdt ook de andere schuldenaren

Alle schuldenaren worden bevrijd wanneer een van de schuldenaren de verbintenis ten aanzien waarvan zij hoofdelijk zijn verbonden, nakomt of wanneer een derde overgaat tot nakoming.[99] Bevrijding van beide hoofdelijk gebonden schuldenaren geldt niet alleen in geval van nakoming, maar ook in geval van verrekening, inbetalinggeving of wanneer de rechter op vordering van een van de schuldenaren verklaart dat de verbintenis is komen te vervallen.[100]

4.6.7 De verhoudingen van de schuldeiser jegens de hoofdelijk verbonden schuldenaren

4.6.7.1 Meerdere zelfstandige vorderingsrechten

Aangenomen wordt dat hoofdelijkheid leidt tot meerdere zelfstandige vorderingsrechten. Er zijn evenveel vorderingsrechten als schuldenaren. De vorderingsrechten zijn slechts met elkaar verbonden voor zover de regels van hoofdelijkheid dat bepalen.

De verbintenissen die bestaan tussen de verschillende hoofdelijk verbonden schuldenaren enerzijds en de schuldeiser anderzijds, moeten elk zelfstandig worden beoordeeld. Dit valt af te leiden uit artikel 6:9 BW. In beginsel treft het handelen van een der schuldenaren niet de verhouding tussen de schuldeiser en de andere hoofdelijk verbonden schuldenaar, tenzij anders is bepaald.

4.6.7.2 Niet-nakoming en verzuim

Het feit dat de verplichtingen van de hoofdelijk verbonden schuldenaren afzonderlijke verplichtingen zijn, komt eveneens tot uitdrukking bij de regeling inzake niet-nakoming en verzuim.[101]

De hoofdelijk verbonden schuldenaren zijn slechts tot schadevergoeding gehouden, indien ten aanzien van hen individueel aan de vereisten van afdeling 6.1.9 is voldaan.[102] De situatie kan zich voordoen waarin de moedervennootschap zelf niet in verzuim is terwijl de dochtervennootschap wel in verzuim is. Op basis van

99 Zie in dit kader artikel 6:30 BW, artikel 6:34 BW en artikel 6:35 BW. Vergelijk *Parl. Gesch.* BW Boek 6 1981, p. 168.

100 Zie artikel 6:60 BW. Dit kan anders zijn wanneer een schuldeiser er belang bij heeft om een specifieke prestatie in het bijzonder van een van de schuldenaars te ontvangen, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016, nr. 113 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016, nr. 312.

101 Indien geen termijn voor de nakoming is bepaald, is een ingebrekestelling nodig, tenzij nakoming blijvend onmogelijk is. Vergelijk art. 6:82 BW en art. 6:83 BW.

102 Vereist is derhalve dat aan de desbetreffende schuldenaar de tekortkoming kan worden toegerekend, en, zo de nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, dat hij overeenkomstig art. 6:81 BW e.v. in verzuim is gekomen, zie artikel 6:74 BW.

de regels van hoofdelijkheid is de vennootschap die de 403-verklaring deponeerde niet aansprakelijk voor de schade.[103] Via de band van de 403-verklaring kan de schadeclaim toch bij de moedervennootschap terechtkomen. De vordering die de schuldeiser op de dochtervennootschap heeft uit hoofde van de geleden schade vloeit voort uit een rechtshandeling die door de vrijgestelde vennootschap is verricht. De schuldeiser kan op basis van de hoofdelijkheid wellicht niet bij de moedervennootschap terecht maar op basis van de 403-verklaring kan de moedervennootschap alsnog door de schuldeiser worden aangesproken. Betreft de verbintenis de overdracht van een zaak die teniet is gegaan, dan zal de tekortkoming in de nakoming van de verbintenis alle hoofdelijk verbonden schuldenaars kunnen worden toegerekend.[104]

4.6.7.3 Het inroepen van verweermiddelen

De hoofdregels van hoofdelijkheid brengen met zich dat iedere schuldenaar jegens de schuldeiser[105] de verweermiddelen kan inroepen die de verbintenis zelf betreffen. Daarbij valt te denken aan strijd met de wet, vormvereisten, overmacht etc. Zuiver persoonlijke verweermiddelen, zoals onbekwaamheid of dwaling, of individueel bedongen voorwaarden of bepalingen kunnen uitsluitend door individuele schuldenaren worden ingeroepen.[106] Dit geldt ook wanneer er ten aanzien van een van de schuldenaren sprake is van een grond op basis waarvan een schadeclaim[107] zou kunnen worden gematigd.[108] Van deze matiging profiteren de overige, hoofdelijk verbonden schuldenaren niet.

4.6.7.4 Schikking

Uit de zelfstandigheid van de hoofdelijke vorderingsrechten vloeit voort dat een schikking tussen de schuldeiser en een van de hoofdelijk verbonden schuldenaars niet kan worden gezien als een schikking voor beide vorderingen.[109]

---

103 In bepaalde gevallen roept de wet overigens steeds hoofdelijkheid ten aanzien van de verbintenis tot schadevergoeding in het leven. Zie bijvoorbeeld art. 7:606 BW.

104 Zie *Parl. Gesch.* BW Boek 6 1981, p. 94, vergelijk 6:76 BW. Indien verschillende schuldenaren schadevergoeding op de voet van art. 6:74 BW zijn verschuldigd, is hun verbondenheid ook ten aanzien van die verplichting in beginsel een hoofdelijke; vergelijk art. 6:102 BW.

105 Zie voor de vraag in hoeverre een schuldenaar de verweermiddelen, die hem tegen de schuldeiser ten dienste staan, ook tegen een medeschuldenaar die regres tegen hem wil nemen, kan inroepen, art. 6:11 BW en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 129 e.v.

106 Dit is anders bij borgtocht; zie art. 7:852 BW (vergelijk ook art. 6:139 BW, waarover Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 249).

107 Zie artikel 6:102 BW.

108 Zie voor het wettelijk recht tot matiging artikel 6:109 BW. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 179, alwaar tevens de invloed van de matiging op de regresverhouding aan de orde komt.

109 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837. Voor de conclusie van de A-G, zie ECLI:NL:PHR:2015:48 en uitgebreid daarover Van der Kraan 2015-II.

4.6.7.5 Faillissementsakkoord

Ten aanzien van een faillissementsakkoord is expliciet in de wet geregeld dat een faillissementsakkoord niet automatisch wordt geacht te zijn gesloten met alle hoofdelijk verbonden schuldenaren. Wordt met een van de schuldenaars een faillissementsakkoord gesloten, dan behoudt de schuldeiser de rechten tegen de andere hoofdelijke schuldenaren.[110]

4.6.7.6 Kwijtschelding

Ten aanzien van de aanvaarding van een aanbod tot kwijtschelding is een bijzondere regeling opgenomen in artikel 6:9 lid 1 BW, inhoudende dat iedere hoofdelijke schuldenaar bevoegd is om namens de overige schuldenaren een aanbod tot kwijtschelding te aanvaarden.[111] Wanneer de schuldeiser aan een der schuldenaren uitstel van betaling verleent, dan werkt dat ook ten aanzien van de andere hoofdelijk verbonden schuldenaren, tenzij de schuldeiser uitdrukkelijk heeft aangegeven dat uitstel slechts ten aanzien van een van hen wordt verleend.

4.6.7.7 Exoneratie

In beginsel staat een exoneratie, welke door een van de hoofdelijk verbonden schuldenaren is bedongen, niet in de weg aan de aansprakelijkheid van de overige hoofdelijk gebonden schuldenaren. De dochtervennootschap die een exoneratie bedingt, doet er verstandig aan deze ook ten gunste van de rechtspersoon die de 403-verklaring deponeerde te bedingen en zodanig te formuleren dat deze valt aan te merken als een derdenbeding.

4.6.7.8 Stuiting en verjaring

Op basis van de regels betreffende hoofdelijkheid dient de stuiting van de verjaring van de hoofdvordering en de 403-vordering afzonderlijk te geschieden, wil de schuldeiser beide vorderingsrechten behouden.[112] Toch lijken de regels van hoof-

110 Zie artikel 160 Fw.

111 Artikel 6:9 lid 1 BW. Zie uitgebreider over deze materie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016, nr. 115 en 116.

112 Stuiting van de verjaring zal de schuldeiser slechts kunnen inroepen jegens de hoofdelijk verbonden schuldenaar, aan wie de schuldeiser een schriftelijke aanmaning of mededeling, als bedoeld in art. 3:317 BW heeft gericht of die een erkenning, als bedoeld in art. 3:318 BW, heeft gedaan. Ook een grond voor verlenging van de verjaring (vergelijk art. 3:321 BW) werkt slechts ten aanzien van de schuldenaar die het betreft. De wet kan anders bepalen: zie HR 12 februari 1982, *NJ* 1982/563; BenGH 20 oktober 1989, *NJ* 1990/660 en HR 27 juni 2008, *NJ* 2008/476 (Fernhout/Saaltink) in verband met art. 10 WAM; vergelijk ook nr. 312. Zie over afstand van de verjaring Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 396.

delijkheid de ene keer wel[113] en de andere keer niet onverkort te worden toegepast in de rechtspraak. De vraag of een koppeling tussen de hoofdvordering en de 403-vordering dient te worden gemaakt, is bijvoorbeeld relevant wanneer het gaat om de vraag of de vorderingen zijn verjaard.[114] De vraag die daarvoor beantwoord dient te worden, is wanneer de 403-vordering ontstaat.[115] En of de rechtspersoon die de 403-verklaring heeft afgegeven definitief is bevrijd of dat zij via de band van de 403-verklaring aansprakelijk blijft voor schulden van de vrijgestelde dochtervennootschap zolang die schulden nog bestaan. Een letterlijke interpretatie van de tekst van een 403-verklaring zou tot die conclusie kunnen leiden.[116]

4.6.8 Verhouding tussen de hoofdelijk verbonden schuldenaren onderling

4.6.8.1 Eigen schuld?

Wanneer de moedervennootschap door een schuldeiser van haar dochtervennootschap wordt aangesproken en zij de 403-vordering voldoet, voldoet zij juridisch gezien een eigen schuld. Voor de moedervennootschap zal het echter voelen alsof zij niet haar eigen schuld, maar de schuld van de dochtervennootschap voldoet. Bij hoofdelijkheid is sprake van meerdere zelfstandige vorderingsrechten. Dat betekent in de 403-situatie dat de moedervennootschap kan worden aangesproken om eenzelfde prestatie te voldoen als waartoe de dochter is gehouden. De moedervennootschap voldoet niet de prestatie die de dochtervennootschap moet verrichten maar een eenzelfde prestatie die zij uit hoofde van de 403-verklaring zelf dient te verrichten. Daarmee voldoet de moedervennootschap een eigen schuld en niet de schuld van de dochtervennootschap. De regels van hoofdelijkheid brengen uiteraard wel met zich dat, wanneer de moedervennootschap eenzelfde prestatie verricht als waartoe de dochtervennootschap is gehouden, niet alleen haar eigen schuld maar ook die van de dochter teniet gaat.

4.6.8.2 Regresvordering

De vraag naar de onderlinge verhouding tussen de moedervennootschap en de dochtervennootschap, is een vraag die gaat over draagplicht. De vraag is wie de schuld uiteindelijk dient te dragen. Indien de conclusie kan worden getrokken dat de moedervennootschap heeft betaald voor een prestatie die slechts de dochtervennootschap heeft gebaat, dan kan de moedervennootschap de prestatie die zij heeft voldaan, terugvorderen van de dochtervennootschap. Er ontstaat een regresvordering.

---

113 Rb. 's-Gravenhage, 05 juli 2006, *JOR* 2007/53.

114 Hof Den Haag 18 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:892, *JOR* 2015/93.

115 Van der Kraan 2015-I, p. 15-27.

116 Voor een dieper gaande beschouwing inzake de samenloop van de groepsvrijstelling en verjaring zij verwezen naar hoofdstuk 6.6.4.

De bepalingen die de onderlinge draagplicht tussen de schuldenaren regelen, zijn met name terug te vinden in artikel 6:10 BW tot en met 6:14 BW. Daarnaast geldt op basis van artikel 6:8 BW jo. 6:2 BW dat de verhouding tussen de moedervennootschap en de dochtervennootschap wordt beheerst door de regels van redelijkheid en billijkheid.

Bestaat tussen de rechtspersonen tevens een aandeelhoudersrelatie (moeder-dochterrelatie) en/of een bestuurdersrelatie, dan zijn niet alleen de regels van het verbintenissenrecht van toepassing maar zijn ook de regels uit het vennootschapsrecht van belang.

In beginsel heeft de hoofdelijk schuldenaar die de vordering heeft voldaan het recht om regres te nemen op de andere hoofdelijk schuldenaar. Gaat de schuld beide schuldenaren aan, hetgeen het geval zal zijn als de schuld betrekking heeft op een tegenprestatie waarvan beide schuldenaars al dan niet in gelijke mate hebben geprofiteerd, dan zal de draagplicht gezamenlijk moeten worden gedeeld.

Anders is het wanneer een van de schuldenaren zich hoofdelijk aansprakelijk heeft verklaard teneinde zekerheid te verstrekken. In dat geval rust de draagplicht op de hoofdschuldenaar.[117] Aangezien het bij een 403-vordering gaat om een verbintenis die de dochtervennootschap is aangegaan voor een prestatie die de dochtervennootschap zelf tot baat strekt, zal het in de regel zo zijn dat de draagplicht geheel op de dochtervennootschap rust. Dat kan natuurlijk in een bepaalde situatie anders zijn, bijvoorbeeld in het bijzondere geval waarin de dochtervennootschap een verbintenis is aangegaan die direct ten gunste van de moedervennootschap strekt. Maar dat zal zelden het geval zijn. Voor de vaststelling van de draagkracht speelt een indirect genoten voordeel – bij een moeder/dochterrelatie via de aandeelhoudersband – geen rol.

Een eventuele complicerende factor doet zich voor wanneer de moedervennootschap voldoet, terwijl de dochtervennootschap de vordering niet (meer) hoefde te voldoen omdat de dochtervennootschap zich jegens de schuldeiser kon verweren. De dochtervennootschap kan tegen de moedervennootschap die regres neemt, de verweren de verweren inroepen die zij ook tegen de schuldeiser kon inroepen.[118] Heeft de hoofdelijk schuldenaar die zich jegens de andere hoofdelijk schuldenaar kan verweren tegen een regresvordering een verweermiddel dat voortvloeit uit een rechtshandeling met de schuldeiser, die is verricht nadat de hoofdelijke verbintenis is ontstaan, dan kan dit niet aan de hoofdelijk schuldenaar, die regres wenst te nemen, worden tegengeworpen.

Wanneer de dochtervennootschap zich jegens haar schuldeiser kan beroepen op verjaring, dan kan de dochtervennootschap dit in verband met regres slechts aan de moedervennootschap tegenwerpen wanneer de moedervennootschap op het

117 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016, nr. 122 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2016, nr. 124.

118 Zie artikel 6:11 BW. Zie over verweermiddelen meer in het algemeen Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 264. Zie artikel 7:868 BW: de regeling van artikel 6:11 BW is gedeeltelijk van overeenkomstige toepassing bij borgtocht.

tijdstip dat de 403-verklaring werd afgegeven ook een beroep op verjaring had kunnen doen jegens de schuldeiser.

Artikel 6:11 lid 4 BW biedt de moedervennootschap en de dochtervennootschap overigens de mogelijkheid om af te wijken van de regeling van artikel 6:11 lid 1 tot en met 3 BW. Om ruzies binnen het concern te voorkomen, geniet dat wellicht de voorkeur.

Naast het regresrecht verkrijgt de hoofdelijk schuldenaar die de schuld heeft voldaan de rechten van de schuldeiser jegens de medeschuldenaren en jegens derden voor zover het de medeschuldenaren of derden aangaat. Er vindt op basis van 6:12 BW subrogatie plaats.[119] Heeft de moedervennootschap een prestatie verricht anders dan het betalen van een geldsom, bijvoorbeeld het leveren van goederen, dan wordt dit door subrogatie omgezet in een geldvordering van gelijke waarde.[120]

Zolang de moedervennootschap en de dochtervennootschap tot hetzelfde concern behoren, zal waarschijnlijk in goed onderling overleg worden afgestemd welke entiteit welke kosten zal dragen. Mocht een dochter de groep hebben verlaten wanneer de moedervennootschap wordt aangesproken en mocht er een discussie ontstaan omtrent het verhaal van de kosten, dan zal waarschijnlijk wat strakker worden gekeken naar de regels inzake hoofdelijkheid enerzijds en de regels die gelden ten aanzien van een vordering op basis van subrogatie anderzijds.[121]

Indien een dochtervennootschap het concern heeft verlaten en een schuldeiser alleen de dochtervennootschap van een schuld wil bevrijden, kan de schuldeiser ingrijpen in de regresverhouding tussen de moedervennootschap en de dochtervennootschap op basis van artikel 6:14 BW. In artikel 6:14 BW is bepaald dat de schuldeiser een van de hoofdelijk schuldenaren van haar bijdrageverplichting kan bevrijden, indien de schuldeiser zich jegens de andere schuldenaren verbindt zijn vordering met een gelijk bedrag te verminderen, dat wil zeggen aanbiedt van dit bedrag van zijn vordering op hem afstand te doen. Wil de schuldeiser de dochtervennootschap van haar bijdrageverplichting bevrijden, dan moet de schuldeiser zich verplichten om de vordering op de moedervennootschap te verminderen.[122]

---

119 De gevolgen hiervan worden in titel 6.2 geregeld; zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 269 e.v.

120 Zie artikel 6:12 lid 2 BW. Dit stemt overeen met artikel 6:10 BW. Zie verder: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 274.

121 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016, nr. 133, waar onder meer in wordt gegaan op het feit dat overgang krachtens subrogatie verschillende voordelen biedt boven het verhaalsrecht van artikel 6:10 BW en dat de hoofdelijk schuldenaar die de vordering heeft voldaan zich kan bedienen van de zekerheidsrechten en voorrechten die de schuldeiser toekwamen ten aanzien van de goederen van de medeschuldenaren. Ook wordt onder andere gewezen op het feit dat subrogatie met zich brengt dat de eiser alle verweermiddelen van de aangesproken medeschuldenaren tegengeworpen kan krijgen, ook die waarvan hij geen last zou hebben bij een vordering op basis van artikel 6:10 BW.

122 Vergelijk ook *Parl. Gesch.* BW Boek 6 1981, p. 123-125.

Een schuldeiser dient zich bewust te zijn van de regresmogelijkheden. De moedervennootschap is vervolgens gehouden de vermindering te accepteren.[123]

4.7 De materiële reikwijdte van een 403-verklaring

4.7.1 De materiële reikwijdte algemeen

Ten aanzien van de minimaal vereiste reikwijdte van een 403-verklaring kan het volgende onderscheid worden gemaakt:
- de minimale materiële reikwijdte; en
- de minimale temporele reikwijdte.

In deze paragraaf staat de materiële reikwijdte centraal. De temporele reikwijdte komt daarna aan bod. De materiële reikwijdte is bepalend voor het antwoord op de vraag welke (type) schulden onder de reikwijdte van de 403-verklaring vallen. Op basis van artikel 2:403 lid 1 sub f BW is vereist dat dit schulden van de vrijgestelde dochtervennootschap betreffen, voor zover deze schulden voortvloeien uit rechtshandelingen. In de tekst van de 403-verklaring dient dit te zijn opgenomen. Aangezien de aansprakelijkheid van de moedervennootschap dient te worden gebaseerd op de 403-verklaring, is de tekst van de 403-verklaring bepalend bij de vaststelling van de materiële reikwijdte van de aansprakelijkheid.

4.7.2 Een 'toereikende' 403-verklaring

Voor de 403-verklaring bestaat geen dwingendrechtelijk voorgeschreven standaard tekst. Het staat de moedervennootschap vrij om de tekst zelf te redigeren. Artikel 2:403 lid 1 sub f BW geeft aan welke reikwijdte minimaal is vereist om te kunnen spreken van een verklaring die recht geeft op de vrijstelling van artikel 2:403 BW.[124] Is sprake van een 403-verklaring die voldoet aan de minimumvereisten die artikel 2:403 lid 1 sub f BW stelt, dan zal dit worden aangeduid als een 'toereikende 403-verklaring'. De kwalificatie toereikende 403-verklaring is van belang voor het jaarrekeningenrecht. Slechts wanneer een 403-verklaring toereikend is, kan de jaarrekeningrechtelijke vrijstelling worden verkregen.

De tekst van de 403-verklaring is verbintenisrechtelijk bepalend. De vraag of een 403-verklaring vervolgens als (voor het jaarrekeningenrecht) toereikend kan worden beschouwd, kan in beperkte mate van belang zijn voor het verbintenissenrecht. Het al dan niet toereikend zijn van een 403-verklaring kan in verband worden

123 Art. 6:160 BW. Vergelijk *Parl. Gesch.* BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990, p. 1211.

124 De vraag of een 403-verklaring wel een (toereikende) 403-verklaring is, is veelvuldig in de literatuur aan bod gekomen, zie onder meer Van der Zanden, noot bij Hof Amsterdam 28 februari 2007, *JOR* 2007/145 (punt 4) en Van Olffen 2001.

gebracht met de interpretatie van de tekst van een 403-verklaring. Verdedigd kan worden dat de moedervennootschap heeft beoogd een toereikende 403-verklaring af te geven en dat de 403-verklaring (verbintenisrechtelijk) zo moet worden gelezen.

4.7.3 Artikel 2:403 lid 1 sub f BW geef geen standaardtekst maar stelt minimumvoorwaarden

Het uitgangspunt is dat artikel 2:403 lid 1 sub f BW minimumvoorwaarden aan een 403-verklaring stelt. Dit houdt in dat een 403-verklaring wel genereuzer mag zijn jegens schuldeisers. Een 403-verklaring mag schuldeisers niet in een positie brengen die beperkter is dan de positie die op basis van artikel 2:403 lid 1 sub f BW verdedigbaar is. Dit houdt verband met de gedachte achter de 403-verklaring dat schuldeisers een passende compensatie dient te worden geboden voor het gebrek aan inzicht in de jaarstukken van de dochtervennootschap. De moedervennootschap mag aan de compenserende waarborg die de wetgever in dit kader voorschrijft, niet zelfstandig afbreuk doen.

Aangezien een 403-verklaring wordt afgegeven in het belang van de schuldeisers is een 403-verklaring die niet exact aansluit op de tekst van artikel 2:403 lid 1 sub f BW wel toegestaan wanneer de bescherming die schuldeisers wordt geboden op basis van die tekst ruimer is. Zo heeft A-G Wesseling-van Gent overwogen:[125]

> "Wil de aansprakelijkstelling tot de in art. 2:403 BW bedoelde vrijstelling leiden dan zal zij een aansprakelijkstelling voor de schulden als bedoeld in art. 403 lid 1 onder f moeten inhouden. Een uitgebreidere aansprakelijkstelling is mogelijk, bijvoorbeeld voor schulden die niet uit rechtshandelingen voortvloeien."

Een ruimere 403-verklaring geeft (meer dan) de minimaal vereiste bescherming en is derhalve wel toegestaan. De vraag is uiteraard waarom een moedervennootschap daartoe zou willen overgaan.

4.7.4 Verbintenissen uit rechtshandelingen

Artikel 403 lid 1 sub f BW vereist dat de moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk verklaart voor 'uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden'. Middels een 403-verklaring hoeft de moedervennootschap dus geen aansprakelijkheid te aanvaarden voor *alle* schulden van de dochtervennootschap. De beperking dat slechts aansprakelijkheid behoeft te worden aanvaard voor schulden voor zover die voortvloeien uit rechtshandelingen, brengt met zich dat op basis van een 403-

125 A-G. E.M. Wesseling-van Gent, Parket bij de Hoge Raad, Conclusie 29 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE4663, *r.o.* 2.22.

verklaring geen aansprakelijkheid behoeft te worden aanvaard voor schulden die voortvloeien uit de wet, onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling, zaakwaarneming, niet contractuele boetes, verschuldigde belastingen[126] en sociale verzekeringspremies.[127] Hieruit voortvloeiende schulden vallen niet onder de reikwijdte van een 403-verklaring,[128] uiteraard ervan uitgaande dat de 403-verklaring niet dusdanig is opgesteld dat deze een dekking biedt die ruimer is dan strikt noodzakelijk.

De Europese regeling spreekt overigens van 'aangegane verbintenissen'. Het aangaan van verbintenissen duidt op actief handelen. Wanneer verbintenissen (actief en bewust) worden aangegaan, zal daar in de regel een wil aan ten grondslag zal liggen. Dat is in de regel niet het geval bij verbintenissen die uit de wet voortvloeien. De totstandkoming en de inhoud van 'aangegane verbintenissen' zal afhankelijk zijn van de wil van partijen en de wil is (mogelijk) beïnvloed door de financiële gegoedheid van de wederpartij. De aanwezigheid van jaarcijfers zouden voor het aangaan van de verbintenis relevant kunnen zijn. Bij het ontbreken daarvan, zal de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverklaring die is afgegeven door moedervennootschap een relevant gegeven kunnen zijn. De financiële gezondheid van de moedervennootschap zal moeten worden afgeleid uit de zelfstandige jaarrekening van de moedervennootschap en de geconsolideerde jaarrekening. Wanneer verbintenissen onstaan uit hoofde van de wet, dan is er geen sprake van een afweging waarbij de afwezigheid van een volledig jaarverslag een rol speelt.[129]

Verbintenissen die ontstaan door vernietiging[130] of ontbinding[131] van rechtshandelingen zijn verbintenissen waarvan het ontstaan voortvloeit uit een rechtshandeling. Daarom vallen schulden die voortvloeien uit de vernietiging en ontbinding onder het materiële bereik van een 403-verklaring. Bij deze uitgebreide materiële

126 Gülcher 1989, p. 161-166.

127 HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997/187. Kanttekening mijnerzijds is dat sociale premies en bepaalde belastingen niet verschuldigd zouden zijn wanneer geen (arbeids)overeenkomst zou zijn gesloten of andere rechtshandelingen zouden zijn verricht. In zoverre kan de vraag worden gesteld in hoeverre sociale premies en bepaalde belastingen voortvloeien uit rechtshandelingen. Wordt dit ruim gezien, dan is het Europese criterium van 'aangegane verbintenissen' naar mijn idee enger.

128 Dit is ook de bedoeling van de wetgever geweest, *Kamerstukken II* 1970/71, 10689, nr. 15, p. 4-5.

129 Evenzo Houwen e.a. 1993, p. 847-848. Zie ook de parlementaire geschiedenis inzake de totstandkoming van artikel 2:403 BW en *Kamerstukken II* 1970/71, 10689, p. 14 (Memorie van Toelichting).

130 Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 2 maart 2005, *JOR* 2005/116.

131 Een ontbindingsvergoeding valt onder de reikwijdte van een 403-verklaring. Zie Hof Amsterdam, 26 juli 2001, *NJ* 2004/87, m.nt. S.M. Bartman. Niet geheel duidelijk is of in het geval van ontbinding van een arbeidsovereenkomst wegens een verandering van economische omstandigheden sprake is van een gedraging van de werkgever die als rechtshandeling kan worden aangemerkt. Vergelijk Rb. Amsterdam 20 december 2000, *JOR* 2001/53 en Hof Amsterdam, 26 juli 2001, *JOR* 2004, 94. Zie voorts Bartman 2002-I, p. 22.

reikwijdte lijkt de wetgever bewust stil te hebben gestaan,[132] zodat op dat punt niet hoeft te worden getwijfeld. Deze opvatting over de materiële reikwijdte wordt bevestigd in de rechtspraak.[133]

Een omstreden vraag is of de benoeming van een curator in het faillissement van een vrijgestelde dochtervennootschap kan worden gezien als een gevolg dat voortvloeit uit een rechtshandeling. Of de curator de moedervennootschap kan aanspreken voor de betaling van zijn salaris, is omstreden.[134]

4.7.5 Verbintenissen die niet voortvloeien uit rechtshandelingen

Vanwege de in artikel 2:403 lid 1 sub f BW opgenomen zinsnede "uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden" is duidelijk dat een moedervennootschap zich niet hoofdelijk aansprakelijk hoeft te verklaren voor schulden van een dochtervennootschap die niet voortvloeien uit door de dochter verrichte rechtshandelingen.

Schulden die voortvloeien uit de wet vallen niet onder een 403-verklaring waarin een moedervennootschap zich conform artikel 2:403 lid 1 sub f BW aansprakelijk heeft verklaard voor uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden. Wat ook niet onder die reikwijdte valt, zijn schulden die voortvloeien uit een onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling, zaakwaarneming, niet contractuele boetes, belastingschulden[135] en verschuldigde sociale verzekeringspremies.[136]

De beperking die de terminologie 'uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden' met zich brengt, is door de wetgever voorzien.[137] De achterliggende gedachte is dat de totstandkoming en de inhoud van dergelijke verbintenissen niet afhankelijk is van de wil van de (toekomstige) schuldenaar. Er is dan ook geen sprake van een wil van de schuldeiser die zou zijn beïnvloed door al dan niet gepubliceerde jaarcijfers.[138]

Op deze visie kan wel wat worden afgedongen. Er zijn genoeg vorderingen denkbaar waarvoor de wil van een schuldeiser geen enkele rol heeft gespeeld bij het ontstaan van die vorderingen. De wil van de schuldeiser is dan ook niet beïn-

132 Zo heeft de wetgever dit ook beoogd in het kader van de materiële reikwijdte van artikel 2:403 BW, zie *Kamerstukken II* 1973/74, 11005, nr. 64, p. 2. In een eerder ontwerp was in plaats van 'de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden' gekozen voor 'aangegane schulden'. Met de precisering heeft de wetgever beoogd ook schadevergoedingen wegens vernietigingen en ontbindingen onder de aansprakelijkheid van de moedervennootschap te laten vallen. Zie Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoeringswet Boek 2, Rechtspersonen, 1977, p. 1473.

133 Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012, *LJN* BV1960, *r.o.* 4.17.

134 Vergelijk Willems 1997, p. 17 en Bartman & Dorresteijn 2009, p. 225.

135 Gülcher 1989, p. 161-166.

136 HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997/187.

137 Dit is ook de bedoeling van de wetgever geweest, *Kamerstukken II* 1970/71, 10689, nr. 15, p. 4-5.

138 Evenzo Houwen e.a. 1993, p. 847-848.

vloed door de afwezigheid van jaarstukken. Ook een dergelijke schuldeiser kan wel degelijk belang hebben bij inzicht in de financiële informatie van zijn schuldenaar. Het criterium is dat een schuldenaar moet worden gecompenseerd voor het gebrek aan inzicht in de financiële stukken en niet dat de wil van een schuldenaar bij de totstandkoming van de vordering is beïnvloed door het aan- of afwezig zijn van financiële stukken. Iedere schuldeiser aan wie het zicht op de volledige financiële stukken wordt ontnomen, zou daarvoor compensatie behoren te krijgen. Als voorbeeld kan een verbintenis tot het betalen van een ontslagvergoeding worden genomen. Een dergelijke vergoeding is verschuldigd, wanneer de dochtervennootschap een van haar werknemers ontslaat.[139] De schuldeiser, de ontslagen werknemer, had mogelijk niet de wil om ontslagen te worden. Het ontstaan van een ontslagvergoeding en de hoogte ervan,[140] zijn niet afhankelijk van de wil van de schuldeiser. Desondanks valt de schuld die voortvloeit uit de verlichting om een ontslagvergoeding te betalen onder de reikwijdte van een 403-verklaring. Verbintenissen uit een sociaalplan vallen eveneens onder de reikwijdte van een 403-verklaring.[141] Ook daarvoor geldt dat de wil van de schuldeiser geen enkele rol speelt.

De beredenering wordt ook wel eens andersom gemaakt. Alleen schuldeisers wiens wil is om een verbintenis met de dochtervennootschap aan te gaan, zou zijn beïnvloed door de aanwezigheid van een 403-verklaring, zou een beroep op de 403-verklaring moeten toekomen. Dat lijkt mij geen redelijk standpunt. Bestaande schuldeisers dienen naar mijn idee eveneens voor het gemis aan inzicht in de financiële situatie van hun schuldenaar behoren te worden gecompenseerd.[142] Is bijvoorbeeld in 2016 een huurcontract met de dochter afgesloten voor een periode van twintig jaar en wordt de dochter in 2018 (eventueel na een overname) vrijgesteld, dan bestaat er geen goede reden om de verhuurder de compensatie te onthouden voor het feit dat hij geen inzicht meer heeft in de financiële situatie van zijn schuldenaar. Er is naar mijn idee geen goede grond om hem de mogelijkheid te onthouden om een beroep te kunnen doen op de 403-verklaring. Dat zijn wil bij het sluiten van het huurcontract niet is beïnvloed door de aanwezigheid van een 403-verklaring, die was er toen nog niet. De verhuurder kon niet weten dat de dochter op een later tijdstip zou worden vrijgesteld en geen jaarverslag meer zou publiceren. Ook in dit voorbeeld is de wil van de schuldeiser omtrent de aanwezigheid van een 403-verklaring en/of de afwezigheid van financiële stukken geen relevant criterium.

139 Zie Rb. Amsterdam, 20 december 2000, *JOR* 2001/53.

140 De hoogte van de ontslagvergoeding wordt echter bepaald door de kantonrechter.

141 Zie Hof Amsterdam 20 februari 2001, *JOR* 2001/92.

142 Dit vraagstuk wordt in de regel onder de temporele reikwijdte van een 403-verklaring aan de orde gesteld. Met de materiële reikwijdte wordt meestal gedoeld op het type schulden dat onder de reikwijdte van een 403-verklaring valt. De groep schuldeisers die een beroep op de 403-verklaring kan doen, wordt echter niet alleen begrensd door het type vordering.

Tot slot van deze paragraaf zij nog opgemerkt dat de vraag of een schuldeiser in werkelijkheid kennis had van de *financiële gegevens* van de dochtervennootschap niet van invloed is op de vraag of een schuld onder de reikwijdte van de afgegeven verklaring valt. Zo valt een *intercompany*-schuld wel onder de reikwijdte van een 403-verklaring, ook al heeft de schuldeiser alle mogelijke informatie over de financiële positie van zijn debiteur.[143] Gebleken is dat het in een 403-verklaring uitsluiten van aansprakelijkheid voor *intercompany*-vorderingen leidt tot de conclusie dat de 403-verklaring niet toereikend is.[144]

4.7.6 Het opnemen van een beperking van de materiële reikwijdte in een 403-verklaring

Schuldeisers van de dochtervennootschap dienen hun vordering op de moedervennootschap te baseren op de 403-verklaring en niet op artikel 2:403 lid 1 sub f. Het wetsartikel en de daaruit voortvloeiende context waarin de 403-verklaring wordt afgegeven, speelt verbintenisrechtelijk gezien hooguit een rol wanneer de 403-verklaring uitgelegd dient te worden.

De inhoud van de afgelegde 403-verklaring en de uitleg daarvan zijn bepalend voor de materiële reikwijdte van de aansprakelijkheid. Wanneer wordt besloten een vordering in te stellen tegen de moedervennootschap op basis van een 403-verklaring, dient de gedeponeerde verklaring te worden geraadpleegd om zeker te zijn dat er een (toereikende) grondslag bestaat voor de aansprakelijkheid van de moedervennootschap.

Een veel in de praktijk gehoorde vraag is of er aan de tekst van een 403-verklaring kan worden gesleuteld teneinde de materiële reikwijdte in te perken. Zoals hiervoor reeds uiteen werd gezet,[145] geeft artikel 2:403 lid 1 sub f BW aan wat de minimale vereisten zijn waar een 403-verklaring aan moet voldoen. De vraag of de tekst van de 403-verklaring zodanig mag worden aangepast dat bepaalde uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden worden uitgesloten, dient dan ook negatief te worden beantwoord.

4.7.7 Schulden omvat niet uitsluitend geldvorderingen

Onder het begrip 'schulden' zoals bedoeld in artikel 2:403 lid 1 sub f BW en zoals op te nemen in een 403-verklaring, kunnen niet uitsluitend geldschulden worden verstaan. Het begrip schulden omvat meer dan alleen geldvorderingen.[146]

---

143 Zie Rb. Almelo, 24 juni 2008, *JOR* 2008/227; Rb. Rotterdam, 16 april 2009, *JOR* 2009/161, Hof Amsterdam 12 januari 2010, *JOR* 2010/93 en Hof Amsterdam 12 januari 2010, *JOR* 2010/94.

144 Hof Amsterdam 12 januari 2010, *JOR* 2010/93, *r.o.* 3.2.

145 Zie paragraaf 4.7.3.

146 Van Solinge 2006, p. 251 en Beckman 1995, p. 293.

De Europese richtlijn spreekt in het kader van de verlangde garantstelling die geen hoofdelijk karakter heeft ook van 'verplichtingen'.[147] De vraag is of het begrip 'schulden' enger is dan het begrip 'verplichtingen'. Wanneer schuld in een ruime zin wordt begrepen, en iedere verplichting als een schuld wordt gezien, zijn de begrippen uitwisselbaar. Te denken valt aan het spreekwoord 'belofte maakt schuld'. De term schuld ziet niet alleen op geldelijke vorderingen, maar kan iedere verplichting inhouden. Van Dale geeft voor de term schuld de volgende omschrijving:

> "Verplichting van een partij om datgene te voldoen waartoe zij tegenover een andere partij gehouden is, m.n. geldsom die betaald moet worden wegens ontvangen dienst of levering."

Het leggen van een link met een geldschuld ligt voor de hand, maar duidelijk is dat onder het begrip schuld niet alleen geldschulden kunnen worden begrepen. Wanneer ervan uit wordt gegaan dat een schuld iedere verplichting van een partij kan zijn (om datgene te doen waartoe zij tegenover een andere partij gehouden is), kan niet worden geconcludeerd dat de Nederlandse regeling op dit punt enger is dan de Europese regeling.[148]

De uit een rechtshandeling voortvloeiende verplichting die op een dochtervennootschap rust, kan van alles omvatten. Deze hoeft niet (uitsluitend) te bestaan uit de betaling van een geldelijke som.[149] De moedervennootschap is hoofdelijk verbonden om dezelfde prestatie te voldoen.

Een moedervennootschap met een holdingfunctie houdt zich meestal niet bezig met dezelfde activiteiten als de dochtervennootschap. De dochtervennootschap zal vaak de werkmaatschappij zijn. De moedervennootschap beschikt in de regel niet over dezelfde (productie)middelen en hetzelfde personeel. Is de moedervennootschap niet in staat om eenzelfde prestatie te leveren als waartoe de dochtervennootschap is gehouden, dan zal de moedervennootschap een vervangende schadevergoeding moeten voldoen.[150] Kan de moedervennootschap wel eenzelfde prestatie leveren, dan is zij daartoe in beginsel verplicht. Of de moedervennootschap kan worden verplicht om haar invloed in de dochtervennootschap te gebruiken om haar tot nakoming te dwingen, is een andere vraag.[151] Het is aan de schuldeiser om ervoor te kiezen of hij de dochter- of de moedervennootschap aanspreekt maar wanneer een van de hoofdelijk schuldenaren uit zichzelf wenst te presteren, staat het de schuldenaar niet vrij om de prestatie te weigeren.

Hoewel de hoofdvordering en de 403-vordering zien op eenzelfde prestatie en deze vorderingsrechten inhoudelijk identiek aan elkaar lijken te zijn, dient te

147 Zie artikel 57 van de Vierde richtlijn.

148 Nass 2019, p. 96-97: Nass is van mening dat het begrip schuld enger is dan het begrip verplichting en concludeert vervolgens dat de Nederlandse regeling op dit punt mogelijk is strijd in met de Europese regeling.

149 Beckman 1995, p. 293.

150 Beckman e.a. losbl., paragraaf 3.8.4, aantekening 5.

151 Van Solinge 2004.

worden begrepen dat dit niet (inhoudelijk) dezelfde vorderingen zijn. Dat lijkt paradoxaal, maar er kunnen verschillen zitten in de vorderingsrechten. Te denken valt bijvoorbeeld aan het moment van verjaring en aan de vorderingen verbonden nevenrechten.

4.8 De temporele reikwijdte van een 403-verklaring

4.8.1 De temporele reikwijdte algemeen

Naast de hiervoor behandelde materiële reikwijdte is voor het bepalen van de (omvang van de) aansprakelijkheid van de moedervennootschap tevens de temporele reikwijdte van de 403-verklaring van belang. Bartman heeft de term 'temporele reikwijdte' geïntroduceerd[152] en aan dit begrip is sindsdien een vasstaande betekenis toegekend. Met de temporele reikwijdte wordt gedoeld op het tijdvak waarbinnen rechtshandelingen die zijn verricht door de dochtervennootschap worden geacht onder de reikwijdte van de 403-verklaring te vallen.

Er heeft een lange tijd discussie gewoed over de vraag wat de temporele reikwijdte van de 403-verklaring is. In de literatuur bestaat daarover een groot verschil van mening. De wetgeschiedenis biedt onvoldoende houvast om een conclusie te trekken.

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag wat de omvang van de temporele reikwijdte exact dient te zijn om te kunnen spreken van een 403-verklaring die voldoet aan de vereisten die artikel 2:403 lid 1 sub f BW stelt. De lagere rechtspraak is beperkt en laat wisselende standpunten zien.[153] Aangezien de rechtspraak verdeeld is, bestaat er onzekerheid ten aanzien van de temporele reikwijdte van een 403-verklaring.[154]

---

152 Zie S.M. Bartman in zijn annotatie bij Rb. Amsterdam, 20 december 2000, *JOR* 2001/53.

153 Zie Winkel 2004, p. 184-188.

154 De stille hoop leeft dat een lagere rechter hierover ooit eens een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad gaat stellen op grond van art. 392 Rv, zie Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, VI.5. Eerder heeft de Rechtbank Arnhem overwogen om een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen, zie Rb. Arnhem, 10 oktober 2002, ECLI:NL:RBARN:2002:AE9452, *JOR* 2003/31 m.nt. S.M. Bartman (Resila-Spectro), *r.o.* 1.7: "Omdat artikel 2:403 BW is gebaseerd op artikel 57 Vierde Richtlijn, dient te worden nagegaan of de uitleg van artikel 2:403 BW conform artikel 57 Richtlijn is. Blijkens de ver-schillende opvattingen over de uitleg vormt artikel 57 geen acte clair. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft over de uitleg van artikel 57 geen uitspraak gedaan: er is geen acte éclairé. Met name X heeft betoogd dat het stellen van préjudiciële vragen over de uitleg van artikel 57 gewenst is (zie laatstelijk in zijn noot in JOR 2002, 136). De rechtbank is daartoe bevoegd op grond van artikel 234 EG-Verdrag, maar niet verplicht. Zij zal in deze zaak van de bevoegdheid geen gebruik maken gezien het belang van deze zaak (€ 9.779,77), afgezet tegen de kosten en de duur van een préjudiciële procedure, en het feit dat de zaak zonder (tijdrovende) instructie kan worden afgedaan."

4.8.2 De ruime temporele reikwijdte

De opvatting dat de aansprakelijkheid op basis van een 403-verklaring zowel ziet op schulden van de dochtervennootschap welke op het moment van het deponeren van de 403-verklaring reeds bestaan én de schulden die ontstaan nadat de 403-verklaring bij het Handelsregister wordt gedeponeerd, wordt gezien als de ruime temporele werking.

In de literatuur wordt de ruime temporele reikwijdte ook wel aangeduid met de term 'terugwerkende kracht'. Begrijpelijk is het gebruik van deze term misschien wel maar strikt genomen speelt de rechtsfiguur terugwerkende kracht hier geen rol. Terugwerkende kracht houdt bij vernietiging van een overeenkomst bijvoorbeeld in dat 'moet worden aangenomen alsof er nooit een overeenkomst heeft bestaan'. Het 'beschouwen alsof …' is voor de ruime temporele reikwijdte van een 403-verklaring niet nodig. Vanaf datum x wordt een 403-verklaring afgelegd waarbij aansprakelijkheid voor bestaande schulden wordt aanvaard. Om schulden die hun bestaansgrond in het verleden hebben onder de dekking te laten vallen, is geen terugwerkende kracht nodig.

Los van de wenselijkheid daarvan, schrijft de huidige formulering van artikel 2:403 lid 1 sub f BW voor dat een 403-verklaring ook schulden van de dochtervennootschap dient te dekken die voortvloeien uit rechtshandelingen die zijn verricht voor het deponeren van de 403-verklaring.[155]

Ondanks dat de formulering van artikel 2:403 lid 1 sub f BW op dit punt duidelijk is, zijn er auteurs die menen dat de ruime temporele reikwijdte kan worden ingeperkt en dat dan nog steeds sprake is van een rechtsgeldige toepassing van de groepsvrijstelling. Zij pleiten voor de enge temporele reikwijdte van de 403-verklaring.[156]

4.8.3 De enge temporele reikwijdte

De beperkte temporele reikwijdte of enge temporele reikwijdte houdt in dat de aansprakelijkheidsverklaring alleen ziet op de schulden van de dochtervennootschap voor zover die voortvloeien uit rechtshandelingen die na het deponeren van de 403-verklaring zijn verricht.

Vooral oudere rechtspraak[157] lijkt uit te gaan van de enge temporele reikwijdte maar ook nog vrij recent werd geoordeeld dat de enge temporele reikwijdte toelaatbaar was, onder de noemer 'redelijke wetstoepassing'.[158] Andere uitspraken sluiten

155 Evenzo Beckman 1995, p. 535; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I*, 2015, nr. 583; Wessel 1989, p. 252; Winkel 2004, p. 184; Janssen 2005, p. 115; Verbrugh 2006, p. 49; Ramanna 2008, p. 17; Van 't Spijker 2009, p. 638 en Spierings 2012, p. 83 (89).

156 Tuit 1985, p. 195; Oostwouder 1996, p. 369 en Kiersch 2007, aant. 1 bij art. 2:403 BW.

157 Rb. Rotterdam, 14 januari 1987, *NJ* 1988/1050.

158 Hof 's-Hertogenbosch 29 augustus 2017, *JIN* 2018/7 m.nt. Van der Kraan.

juist aan bij een ruime materiële reikwijdte.[159] De conclusie is dat de rechtspraak nog steeds verdeeld is op dit gebied.

Bij het opstellen van een 403-verklaring kan ten aanzien van de temporele reikwijdte het beste aansluiting worden gezocht bij de letterlijke tekst van artikel 2:403 lid 1 sub f BW. In dat geval wordt het risico dat wordt geoordeeld dat een 403-verklaring achteraf ontoereikend is, vermeden.[160] Aangezien er nooit duidelijkheid is geweest inzake de vereiste temporele reikwijdte, zal een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen naar mijn idee niet kunnen slagen in een situatie waarin sprake is van een ontoereikende 403-verklaring en het vervolgens ten onrechte toepassen van de vrijstelling.[161]

4.8.4 De temporele reikwijdte in het licht van de wetsgeschiedenis

De wetsgeschiedenis van artikel 2:403 BW brengt eveneens weinig duidelijkheid ten aanzien van de vraag of artikel 2:403 lid 1 sub f BW de ruime of de enge temporele reikwijdte beoogt. In de parlementaire geschiedenis van de voorlopers van artikel 2:403 BW zijn wel een aantal te vinden. aanwijzingen over hoe er in het verleden tegen de temporele reikwijdte aan werd gekeken. De tekst van het huidige artikel 2:403 BW sluit echter niet meer aan bij de tekst van al haar voorgangers.

Het oude artikel 42c lid 2 WvK sprak van verbintenissen die de dochtervennootschap ‘zal aangaan’. Daarin kan een duidelijke beperkte temporele reikwijdte worden gelezen. Bovendien wordt in de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk aangegeven dat aan bestaande schuldeisers geen extra zekerheden behoeven te worden verstrekt.[162]

---

159 Zie Rb. Midden-Nederland 7 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1642, *JOR* 2014/260 m.nt. Harmsen (Ekelmans-Tevema) en Rb. Arnhem, 10 oktober 2002, ECLI:NL:RBARN:2002:AE9452 *JOR* 2003/31 m.nt. S.M. Bartman (Resila-Spectro), zie met name *r.o.* 1.8: “De rechtbank legt artikel 2:403 lid 1 onder f BW aldus uit dat zij zowel geldt voor op het moment van afleggen of deponeren van de verklaring nog toekomstige schulden, waarbij het niet uitmaakt of zij al of niet rechtstreeks voortvloeien uit reeds bestaande rechtsverhoudingen, als voor op dat moment reeds bestaande schulden. Deze uitleg wordt thans door de meerderheid van de auteurs verdedigd en is recent ook door de Rechtbank Amsterdam (20 december 2000, JOR 2001, 53) gevolgd. Ook bestaande schuldeisers, met name uit met de dochtermaatschappij gesloten duurovereenkomsten zoals een huurovereenkomst, worden door de consolidatie van de jaarrekening beperkt in hun mogelijkheid de financiële gegoedheid van de dochtermaatschappij aan de hand van de jaarrekening te toetsen. De aansprakelijkheidsverklaring behoort daarom ook de op het moment van afleggen bestaande schulden te omvatten.”

160 Van Olffen 2001, p. 833-834.

161 Anders: Van Olffen 2001, p. 834.

162 Zie *Kamerstukken II,* 1969/70, 10689, nr. 7 (MvA), p. 7: “Crediteuren wier vordering dateert van voor de aansprakelijkstelling hebben voor zover zij geen garanties hebben bedongen genoegen genomen met de kredietwaardigheid van de vennootschap. Er bestaat geen reden aan hen ongevraagd een extra zekerheid uit de aansprakelijkstelling toe te kennen.”

Met de invoering van artikel 38 WJO werd de temporele reikwijdte van de aansprakelijkheid die de moedervennootschap op zich diende te nemen teneinde de groepsvrijstelling te mogen toepassen wat minder duidelijk. Artikel 38 WJO sprak van 'aangegane schulden'. Dat lijkt ook te slaan op in het verleden ontstane schulden. In de parlementaire geschiedenis van dit artikel zijn indicatoren te vinden die erop wijzen dat de aansprakelijkheidsverklaring niet geldt voor schulden die reeds bestaan wanneer de aansprakelijkheidsverklaring wordt gedeponeerd maar alleen ziet op schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die worden verricht na het deponeren van de aansprakelijkheidsverklaring.[163] De minister van Justitie heeft onder andere opgemerkt dat de tekstuele wijziging niet tot doel had de aansprakelijkheid te verruimen. Toch doet de wijziging dat de aansprakelijkheidsverklaring geldt voor 'door de onderneming aangegane schulden' vermoeden dat de werking wel degelijk is verruimd.[164]

De opvolger van artikel 38 WJO is artikel 2:343 BW (oud). In dat artikel is de formulering gebruikt zoals die thans in artikel 2:403 BW is opgenomen. Dit betreft de ruime en geheel ongeclausuleerde formule 'uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden'. Aangezien bestaande schulden die uit eerder verrichte rechtshandelingen ook uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden zijn, meen ik dat de artikel 2:403 lid 1 sub f BW vereist dat ook bestaande schuldeisers die het zicht in de financiële stukken wordt ontnomen daarvoor moeten worden gecompenseerd.[165]

De communautaire wetgever spreekt van een garantstelling voor 'aangegane verplichtingen'. Volgens de minister van Justitie is het huidige artikel 2:403 BW gebaseerd op artikel 57 van de Vierde Richtlijn.[166] Vervolgens meldt de minister dat de aansprakelijkheid ook geldt voor schulden die reeds voor het afleggen van de verklaring uit rechtshandelingen zijn voortgevloeid.[167] Uit deze aanwijzingen kan worden afgeleid dat de meest recente opvatting van de wetgever is dat de ruime temporele reikwijdte in acht dient te worden genomen bij het toepassen van de vrijstelling van de jaarrekeningenplicht.[168]

---

163 *Handelingen II* 1970/71, p. 2979 en 2998.

164 In eerste instantie was de formulering 'verbintenissen die de NV zal aangaan' wat uiteindelijk is gewijzigd in 'door de onderneming aangegane schulden'. De tekstuele wijziging moet niet worden opgevat als een uitbreiding van de temporele reikwijdte, zie *Kamerstukken II* 1973/74, 11005, nr. 64, p. 2.

165 In gelijke zin Bartman, Dorresteijn en Olaerts, "Immers, ook bestaande schuldeisers – en zeker zij die een duurcontract met de dochter zijn aangegaan – wordt inzicht in de financiële positie van hun debiteur onthouden bij toepassing van het groepsregime. Dit ontneemt hen niet alleen het zicht op mogelijk verhaal bij wanprestatie, maar belet ook een zorgvuldige afweging bij (stilzwijgende) voortzetting van hun contractrelatie." zie Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016 met verwijzing naar Asser/Maeijer & Kroeze 2-I*, 2015/583.

166 *Kamerstukken II* 1992/93, 22896, nr. 3, p. 25.

167 Zie dezelfde passage, iets verderop; *Kamerstukken II* 1992/93, 22 896, nr. 3, p. 25.

168 Volgens sommige auteurs heeft de wetgever zich nooit gedistantieerd van de beperkte temporele reikwijdte; zie: Bartman & Dorresteijn 2006, p. 198. Ik meen dat de wetgever dit wel heeft gedaan, zij het enigszins impliciet.

4.8.5 De ruime temporele reikwijdte versus de enge temporele reikwijdte

Zowel de ruime temporele reikwijdte als de toepassing van de enge temporele reikwijdte worden bekritiseerd. De kritiek die betrekking heeft op de verhaalsmogelijkheden bij de ruime temporele reikwijdte, richt zich met name op het argument dat de verhaalsmogelijkheden van bestaande schuldeisers ten onrechte worden uitgebreid. Deze visie wordt gesteund door het feit dat de wetgever heeft aangegeven dat zij geen reden ziet om schuldeisers, die reeds een vordering hadden voordat de aansprakelijkheidsverklaring werd gedeponeerd, 'zomaar' extra zekerheid te geven.[169]

In navolging van voornoemde overwegingen uit de parlementaire geschiedenis, is in de literatuur betoogd dat schuldeisers met bestaande vorderingen op dochtervennootschappen onverwacht een extra voordeel in de schoot geworpen krijgen wanneer op een later tijdstip een 403-verklaring wordt gedeponeerd.[170] Met name vanwege dit argument zou er geen grond zijn om aan te nemen dat de aansprakelijkheidsverklaring zich uitstrekt over schulden die al bestaan op het moment waarop de aansprakelijkheidsverklaring wordt gedeponeerd of over schulden die later voortvloeien uit reeds verrichte rechtshandelingen.[171]

Ondanks vorenstaande, kan de ruime temporele reikwijdte in de literatuur op meer steun rekenen dan de enge temporele reikwijdte.[172] En ook de recentere rechtspraak lijkt vaker voor de ruime werking te kiezen.[173] In de rechtspraak is meerdere malen geoordeeld dat een 403-verklaring die overeenkomstig artikel 2:403 lid sub f BW is opgesteld, dekking biedt voor schulden die voortvloeien uit eerder door de dochtervennootschap verrichte rechtshandelingen,[174] zij het niet zonder enige nuance.[175] Eerdere rechtspraak in het voordeel van de enge

169 Deze mening is ook de wetgever toegedaan, zie *Kamerstukken II* 1970/71, 10689, nr. 7, p. 7. Zie evenzo Van Achtenberg 1989, p. 216.

170 Tuit 1985, p. 194-195 en Gülcher 1989, p. 165.

171 Van der Heijden & Van der Grinten 1992, p. 560.

172 Van der Heijden & Van der Grinten 1992, nr. 324.2; Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 439; Beckman 1995, p. 535; Schoonbrood-Wessels 1996, p. 2-7 en p. 37-48; Beckman 1996, p. 253-259; Van Schilfgaarde & Winter 2001, nr. 106; Van Wijngaarden 2006, p. 616 en Ten Voorde 2006, p. 259.

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

174 Rb. Arnhem 10 oktober 2002, *JOR* 2003/31; Hof Amsterdam 26 juli 2001, *JOR* 2004/94 en Rb. Amsterdam 20 december 2000, *JOR* 2001/53.

175 In Rb. Amsterdam 20 december 2000, *JOR* 2000/53 gaat de rechtbank ervan uit dat de 403-verklaring zich uitstrekt tot voor de aansprakelijkheidstelling verrichte rechtshandelingen maar daarnaast hanteert de rechtbank nog een extra vereiste met betrekking tot het moment waarop de schuld ontstaat. De rechtshandeling vond plaats vóór de deponering, maar de handeling die zorgde voor het ontstaan van de schuld vond plaats tussen de deponering en de intrekking. De rechtbank achtte dit van belang voor de vraag of de moeder aansprakelijk was of niet. Daarmee is weer een beperking in het leven geroepen, waarvan mij niet duidelijk is waarop deze is gebaseerd. Deze aparte nuance ontmoet dan ook kritiek in de literatuur. Zie Harmsma, 2001, p. 112-114 en de aldaar aangehaalde literatuur.

temporele reikwijdte[176] leek te zijn ingehaald. Recentelijk is de lijn toch weer onderbroken.[177]

Naar mijn idee is de ruime temporele reikwijdte het meest verdedigbaar. Niet valt in te zien waarom bestaande schuldeisers zonder compensatie het zicht op de financiële toestand van hun schuldenaar mag worden ontnomen. Hebben bestaande schuldeisers geen belang bij de publicatie van jaarstukken van hun schuldenaar? Er is geen sprake van een 'zomaar' in de schoot geworpen voordeel.

Bestaande schuldeisers kunnen wel degelijk een belang hebben bij het verkrijgen van inzicht in de financiële situatie van hun schuldenaar. De financiële situatie van een bestaande schuldenaar kan bijvoorbeeld van invloed zijn op de beslissing om onder een bestaand contract nieuwe goederen te leveren, kredieten te verlengen of te verruimen of om tijdig (incasso)maatregelen te kunnen treffen.[178]

4.8.6 Een middenweg tussen de ruime en de enge temporele reikwijdte?

Er zijn ook auteurs die niet kiezen voor de ruime of de enge temporele reikwijdte van de 403-verklaring. Zij hebben als alternatief een middenweg bedacht.[179] Volgens hen kan een 403-verklaring op verschillende manieren worden geformuleerd. Opgenomen kan worden dat aansprakelijkheid voor schulden, voortvloeiend uit rechtshandelingen welke plaats hadden voordat de verklaring was afgegeven, is uitgesloten.[180] Maar ook kan in de 403-verklaring zijn bepaald dat schulden, voortvloeiend uit rechtshandelingen welke plaats hadden vóórdat de verklaring was afgegeven, wel onder de aansprakelijkheidsverklaring vallen. Verbintenisrechtelijk is vorenstaande mogelijk maar een antwoord op de vraag of in een standaard 403-verklaring de enge of de ruime reikwijdte moet worden gelezen, is dit niet. Ook geeft deze visie geen antwoord op de vraag of een 403-verklaring waarin een de enge temporele reikwijdte is opgenomen, een toereikende 403-verklaring oplevert. In de lagere rechtspraak is geoordeeld dat in een 403-verklaring de aansprakelijk voor schulden voortvloeiend uit rechtshandelingen welke plaats hadden voordat de verklaring was afgegeven, kan worden uitgesloten. Verbintenisrechtelijk houdt dit stand. Maar het oordeel luidde tevens dat de betreffende verklaring jaarrekeningrechtelijk gezien niet voldoet als een toereikende 403-verklaring.[181]

176 Rb. Rotterdam 14 januari 1987, *NJ* 1988/1050.

177 Hof 's-Hertogenbosch 29 augustus 2017, *JIN* 2018/7 m.nt. Van der Kraan.

178 Ik deel hiermee deels de mening van B. Niels (Niels 2010, p. 33-34).

179 Berk 2007, p. 12-18.

180 De grammaticale uitleg en de temporele reikwijdte komen daarmee met elkaar in verband te staan. Een dergelijke kwestie deed zich voor in Rb. Maastricht 1 juni 2011, *JOR* 2011/357, waarin de rechtbank een verklaring accepteerde waarin een temporele beperking was opgenomen. S.M. Bartman heeft zich kritisch uitgelaten over het oordeel van de rechtbank.

181 Rb. Arnhem 10 oktober 2002, *JOR* 2003/31.

4.8.7 De temporele reikwijdte; de verschillende tijdvakken

Voor wat betreft de aansprakelijkheid die voortvloeit uit een 403-verklaring dienen verschillende tijdvakken te worden onderscheiden:
- het tijdvak waarin de moedervennootschap aansprakelijk kan worden gesteld; en
- het tijdvak waarin de rechtshandelingen zijn gelegen waar schulden uit kunnen voortvloeien waarvoor de moedervennootschap aansprakelijk is.

Wanneer een moedervennootschap op 1 januari 2014 een 403-verklaring heeft gedeponeerd en deze op 1 januari 2020 intrekt, zien voornoemde tijdvakken er op een tijdbalk als volgt uit:



Figuur 1

De moedervennootschap kan door schuldeisers aansprakelijk worden gesteld vanaf het moment dat de verklaring is afgegeven. Zie voor het moment waarop de 403-verklaring uiterlijk gedeponeerd dient te zijn paragraaf 4.10.

Nadat de 403-verklaring is gedeponeerd, begint het tijdvak te lopen waarin de moedervennootschap aansprakelijk kan worden gesteld voor schulden van de dochtervennootschap. Een minimale looptijd om de 403-verklaring toe te mogen passen, is niet vereist.[182] Het tijdvak waarin de moedervennootschap aansprakelijk kan worden gesteld voor schulden van de dochtervennootschap kent geen eindtijd. De overblijvende aansprakelijkheid blijft bestaan. Het intrekken van de 403-verklaring voorkomt niet dat schuldeisers met vorderingen die voortvloeien uit rechtshandelingen die voor de intrekking zijn verricht de moedervennootschap nog aansprake-

182 Anders Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, die betogen dat er wel een minimale gedingsduur moet zijn: "Zoals een 403-verklaring een zekere terugwerkende kracht moet hebben tot, in elk geval, het begin van het boekjaar waarvoor vrijstelling wordt verlangd, moet zij ook een minimale geldingsduur hebben, namelijk tot en met de laatste dag van dat boekjaar." In de regel zal de 403-verklaring worden gedeponeerd wanneer de verplichting bestaat tot het deponeren van de jaarrekening. In dat geval is de laatste dag van het boekjaar reeds verstreken en wordt (uiterlijk) de laatste dag van dat boekjaar sowieso door een daarna afgegeven 403-verklaring bestreken.

lijk stellen na de intrekking van de 403-verklaring. De moedervennootschap kan hier slechts op één manier aan ontkomen, en dat is door de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen.

Het tweede moment in tijd heeft betrekking op het moment vanaf wanneer rechtshandelingen die door de dochter zijn verricht onder de reikwijdte van de 403-verklaring vallen. Is de 403-verklaring opgesteld conform artikel 2:403 lid 1 sub f BW, dan bestaat er onduidelijkheid over de reikwijdte van dit tijdvak. Wordt de ruime temporele reikwijdte aangehouden, dan loopt dit tijdvak oneindig ver terug in de tijd, er is geen beperking. Gezien dit gebrek aan duidelijkheid en het ontbreken van een duidelijke wettelijke regeling wordt de ruime temporele reikwijdte aangegrepen als praktische en pragmatische oplossing.[183] Hiervoor is reeds betoogd waarom er goede gronden zijn om ook bestaande schuldeisers de mogelijkheid te bieden om een beroep te kunnen doen op de 403-verklaring.[184] Tevens is betoogd dat in de recente jurisprudentie de ruime temporele reikwijdte het vaakst wordt aangenomen.

Wanneer om welke reden dan ook wordt besloten om de groepsvrijstelling niet meer toe te passen, kan de moedervennootschap de 403-verklaring intrekken.[185] Daarmee wordt een tijdvak afgesloten. Een intrekkingsverklaring bewerkstelligt dat de moedervennootschap niet meer aansprakelijk kan worden gesteld voor nieuwe schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die door de dochtervennootschap zijn verricht na de deponering van de intrekkingsverklaring. De moedervennootschap voorkomt hiermee niet volledig dat nieuwe aansprakelijkheid ontstaat, omdat de overblijvende aansprakelijkheid met zich brengt dat de moedervennootschap, ook na het deponeren van een intrekkingsverklaring, aansprakelijk kan worden gesteld voor nieuwe schulden die voortvloeien uit reeds vóór de intrekking verrichte rechtshandelingen. De wet bepaalt dit nadrukkelijk. Een intrekkingsverklaring waarin de moedervennootschap bepaalt dat zij niet meer aansprakelijk is voor nieuwe schulden is daarmee in strijd.

4.9 Het opstellen van een 403-verklaring

4.9.1 Inhoud 403-verklaring bepalend voor de omvang van de aansprakelijkheid van de moedervennootschap

De aansprakelijkheid van de moedervennootschap wordt niet gebaseerd op de wet, maar op de afgegeven 403-verklaring. Voorop staat dat de moedervennootschap zelf de redactie van deze aansprakelijkheidsverklaring bepaalt.[186]

183 Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, vgl. Van Schilfgaarde & Winter 2001, p. 337.

184 Zie paragraaf 4.8.4.

185 Zie artikel 2:404 lid 1 BW.

186 De moedervennootschap kan derhalve zelf bepalen wanneer haar aansprakelijkheid aanvangt en eindigt en waarvoor zij aansprakelijkheid aanvaardt (reeds bestaande schulden, toekomstige schulden of beide?). Verbintenisrechtelijk houdt dit stand. Vgl. OK 28 februari 2007, *JOR*

Los van artikel 2:403 lid 1 sub f BW, geldt op basis van het verbintenissenrecht dat de moedervennootschap zelf bepaalt hoeveel aansprakelijkheid zij aanvaardt. Dit brengt zij tot uitdrukking in de aansprakelijkheidsverklaring. Illustratief in dit verband zijn onder meer twee uitspraken van de Ondernemingskamer:

> "De (rechts)persoon die zich in verband met het bepaalde in art. 2:403 BW of in enig ander verband, hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de schulden van een ander en daartoe een verklaring aflegt, kan bepalen hoever hij zijn hoofdelijk schuldenaarschap wil doen uitstrekken en heeft dus de vrijheid om de reikwijdte van zijn aansprakelijkheid – in duur of aan de andere kant – te bepalen en – dus ook – te beperken. Een derde die op zo een verklaring afgaat en daarop een beroep doet heeft geen verdere rechten dan uit de inhoud van de verklaring kan volgen, bij uitleg waarvan overigens in het geval als het onderhavige belangrijke betekenis toekomt aan de bewoordingen van die verklaring en hoe deze in redelijkheid door een derde kunnen of dienen te worden begrepen."[187]

> "Dienaangaande geldt in de eerste plaats dat een rechtspersoon die zich in verband met het bepaalde in art. 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de schulden van een andere rechtspersoon en daartoe een verklaring aflegt, kan bepalen hoever hij zijn hoofdelijk schuldenaarschap wil doen uitstrekken en de vrijheid heeft om de reikwijdte van zijn aansprakelijkheid – in duur of aan de andere kant – te bepalen en – dus ook – te beperken. Een derde die op zo een verklaring afgaat en daarop een beroep doet heeft geen verdere rechten dan uit de inhoud van de verklaring kan volgen, bij uitleg waarvan overigens belangrijke betekenis toekomt aan de bewoordingen van die verklaring en hoe deze in redelijkheid door een derde kunnen of dienen te worden begrepen."[188]

Of een moedervennootschap wel de juiste hoeveelheid aansprakelijkheid heeft aanvaard in de afgelegde verklaring die is bedoeld als een 403-verklaring om de vrijstelling te mogen gebruiken, is een heel andere vraag. In dat kader merkt Van der Zanden in zijn noot bij de uitspraak van de Ondernemingskamer van 28 februari 2007 op:[189]

> "Geconcludeerd kan worden dat de OK er vanuit gaat dat beperking in de hoofdelijke aansprakelijkheid mogelijk is door dit in de verklaring tot uitdrukking te brengen. In hoeverre dan nog sprake is van een verklaring die recht op vrijstelling van inrichting en deponering geeft, is volgens de OK een vraag van andere orde zoals blijkt in *r.o.* 3.5 van de beschikking van 1 februari 2007. Naar mijn oordeel is een mogelijke consequentie indien de aansprakelijkheidsverklaring niet aan de vereisten voldoet dat ten onrechte de deponering achterwege is gebleven en bij een faillissement op grond van art. 2:248 lid 2 BW de bestuurders en medebeleidsbepalers (de moedervennootschap?) aansprakelijk worden voor het tekort in het faillissement."

2007/145, m.nt. Van der Zanden (Malex c.s.). De vraag of bij een 'vrije redactie' de vrijstelling ook terecht wordt toegepast, is een andere.

187 Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2007, *r.o.* 3.3.

188 Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *r.o.* 3.2.

189 Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, *JOR* 2007/145.

4.9.2 De behoefte om de aansprakelijkheidsrisico's van de moedervennootschap te beperken

Zoals onder meer aangegeven in paragraaf 4.6.2 kan de aansprakelijkheid van de moedervennootschap op basis van een 403-verklaring verstrekkende gevolgen hebben.

In de praktijk bestaat de behoefte om de werking van een 403-verklaring in te perken, teneinde de aansprakelijkheidsrisico's van de moedervennootschap te verminderen.[190] Door een aangepaste formulering kunnen beperkingen in de reikwijdte van de aansprakelijkheid worden aangebracht en kunnen groepen schuldeisers buiten de deur worden gehouden.[191] Het is mogelijk om de 403-verklaring op verschillende manieren te *fine tunen*. Regelmatig wordt de temporele reikwijdte op verschillende wijzen beperkt. Ook wordt wel eens het (voort)bestaan van de groepsband als voorwaarde gesteld, worden bepaalde schulden uitgezonderd[192] of wordt subsidiariteit opgenomen.

Op het eerste gezicht lijkt het aantrekkelijk om de aansprakelijkheid van de moedervennootschap zoveel mogelijk te beperken. Maar mogelijk leidt dit tot de conclusie dat geen toereikende 403-verklaring wordt opgesteld.[193] De verklaring mist in dat geval zijn doel. De vrijstelling van artikel 2:403 BW mag dan niet worden toegepast.

4.9.3 Verbintenisrechtelijke werking en jaarrekeningrechtelijke werking

Om te bezien wat het effect is van het opnemen van een formulering die beperkingen aanbrengt in de omvang van de aansprakelijkheid van de moedervennootschap dient eerst het onderscheid te worden gemaakt tussen de verbintenisrechtelijke werking en de jaarrekeningrechtelijke werking van de 403-verklaring.

De verbintenisrechtelijke werking heeft betrekking op de verbintenisrechtelijke gebondenheid van de moedervennootschap. Verbintenisrechtelijk kan de moedervennootschap steeds aan die verklaring worden gehouden, ongeacht of die verklaring

190 Dit wordt ook wel eens het nader 'kwalificeren' van een 403-verklaring genoemd (Ramana 2008).

191 Dit kan bijvoorbeeld door op te nemen dat slechts aansprakelijkheid wordt aanvaard voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen verricht vanaf een bepaalde datum (ingangsdatum). Vgl. Rb. Den Haag 2 maart 2005, *JOR* 2005/116, m.nt. Harmsen (Uni-Invest/Content Beheer).

192 Dit lijkt niet geoorloofd te zijn, zie Hof Amsterdam 12 januari 2010, *JOR* 2010/93.

193 Zie in dit kader Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016. "Een verklaring die, met zoveel woorden dan wel door uitleg, ook deze beperkte terugwerkende kracht niet biedt, is ons inziens in elk geval geen (voldoende) verklaring in de zin van art. 2:403 BW." Zie Rb. Amsterdam Rb. Midden-Nederland 7 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1642, *JOR* 2014/260 m.nt. Harmsen (Ekelmans-Tevema) en Rb. Arnhem, 10 oktober 2002, ECLI:NL:RBARN:2002:AE9452 *JOR* 2003/31 m.nt. S.M. Bartman (Resila-Spectro).

toereikend is voor de toepassing van artikel 2:403 BW. De verbintenisrechtelijke gebondenheid gaat niet verder dan uit de verklaring blijkt. Dat wil zeggen dat ook wanneer er een 403-verklaring wordt afgelegd die niet helemaal of zelfs helemaal niet voldoet aan de omschrijving van artikel 2:403 lid 1 sub f BW, er wel degelijk een verklaring ligt die verbintenisrechtelijk beschouwd voldoende is om de moedervennootschap te binden, voor zover de door de moedervennootschap aanvaarde aansprakelijkheid op basis van de afgelegde verklaring blijkt. Als voorbeeld kan worden genomen een 403-verklaring waarin de moedervennootschap het volgende verklaart:

> Hierbij verklaart moedervennootschap X zich hoofdelijk aansprakelijk voor alle schulden voortvloeiend uit overeenkomsten die door dochtervennootschap Y zijn aangegaan.

De moedervennootschap verklaart zich hoofdelijk aansprakelijk voor alle schulden die voortvloeien uit door de dochtervennootschap aangegane *overeenkomsten* in plaats van alle schulden die voortvloeien uit alle door de dochtervennootschap verrichte *rechtshandelingen*. Aansprakelijkheid voor schulden voortvloeiend uit rechtshandelingen is hetgeen dat artikel 2:403 lid 1 sub f vereist. Toch kan een schuldeiser die een vordering heeft op de dochtervennootschap die voortvloeit uit een overeenkomst bij de moedervennootschap aankloppen, ook al is de verklaring die de moedervennootschap deponeerde niet in overeenstemming met artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Aan de verbintenisrechtelijke werking van de inhoud van de 403-verklaring doet dit niets af. Een schuldeiser die een vordering heeft uit hoofde van een door de dochtervennootschap verrichte rechtshandeling, niet zijnde het sluiten van een overeenkomst, kan niet bij de moedervennootschap aankloppen. De gedeponeerde verklaring geeft aan waarvoor de moedervennootschap heeft aanvaard, en duidelijk is dat die niet verdergaat dan aansprakelijkheid die voortvloeit uit door de dochtervennootschap gesloten overeenkomsten. De schuldeiser kan de inhoud van een niet toereikende 403-verklaring niet oprekken tot een verklaring die wel voldoet aan de minimumvereisten die artikel 2:403 lid 1 sub f BW door te stellen dat de verklaring was bedoeld als geldige 403-verklaring.[194] Wellicht kan een schuldeiser zijn toevlucht zoeken tot de verklaring die de moedervennootschap heeft moeten afleggen op basis van artikel 2:414 lid 5 BW.[195] In haar jaarrekening dient de moedervennootschap te vermelden voor welke vennootschappen zij een 403-verklaring heeft afgelegd. Aangezien een 403-verklaring in beginsel vormvrij is, kan de verklaring in de zin van artikel 2:414 lid 5 BW mogelijk ook kwalificeren als een ongeclausuleerde 403-verklaring.[196] Enkel een verklaring in de jaar-

194 Rb. Arnhem, 10 oktober 2002, *JOR* 2003/31 en HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447.

195 Wanneer niet aan het vereiste van artikel 2:414 lid 5 BW wordt voldaan, is er sprake van schending van artikel 2:362 BW en 2:376 BW. Mogelijk is sprake van een misdrijf, zie voor de gronden de artikelen 225, 227a en 336 Wetboek van strafrecht.

196 Ramana 2008, p. 21.

rekening zonder dat er een 403-verklaring is gedeponeerd is voor het ontstaan van aansprakelijkheid niet voldoende.[197]

Dan het jaarrekeningrechtelijke component. Naast de vraag in hoeverre de moedervennootschap jegens de schuldeisers is gebonden, is de vraag of de 403-verklaring voldoet om de vrijstelling van artikel 2:403 BW te mogen toepassen. Daarvoor moet de 403-verklaring voldoen aan de minimumvoorwaarden van artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Aangezien 'schulden die voortvloeien uit overeenkomsten', zoals opgenomen in het voorbeeld hierboven, enger is dan schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen, is de 403-verklaring niet in lijn met artikel 2:403 lid 1 sub f BW. De hiervoor als voorbeeld geformuleerde tekst wijkt af. De afwijking is ten nadele van de (potentiële) schuldeisers van de dochtervennootschap. De schuldeisers met een vordering op de dochtervennootschap die voortvloeit uit een rechtshandeling niet zijnde het aangaan van een overeenkomst, vallen buiten de boot.

4.9.4 Afwijken van de standaardtekst: engere of ruimere werking van de 403-verklaring

De ratio van een 403-verklaring is om schuldeisers een compensatie te bieden voor het gebrek aan inzicht in de jaarstukken van de vrijgestelde dochtervennootschap. Een 403-verklaring dient het belang van de schuldeisers van een vrijgestelde dochtervennootschap. Tekstuele afwijkingen van artikel 2:403 lid 1 sub f BW die ten nadele van de schuldeisers zijn, leveren een te enge 403-verklaring op. In dat geval kan de moedervennootschap worden geacht niet aan de vereisten van artikel 2:403 lid 1 sub f BW te voldoen. Indien niet aan alle vereisten van artikel 2:403 BW wordt voldaan, mag de vrijstelling niet worden toegepast. Wordt de vrijstelling toch toegepast terwijl dat niet was toegestaan, dan lopen de vennootschap en haar bestuurders verschillende risico's.[198]

Om de vrijstelling te mogen toepassen, dient een moedervennootschap zich aansprakelijk te verklaren voor alle schulden van de dochtervennootschap die voortvloeien uit door de dochtervennootschap verrichte rechtshandelingen. De volgende tekst zou in een 403-verklaring kunnen zijn opgenomen:

> Hierbij verklaart moedervennootschap X zich hoofdelijk aansprakelijk voor alle schulden voortvloeiend uit de overeenkomsten van dochtervennootschap Y.

Met deze tekst, wordt een materiële beperking opgenomen ten aanzien van de materiële reikwijdte van de 403-verklaring. Het begrip 'overeenkomsten' is enger dan het begrip 'rechtshandelingen'. Zoals in de vorige paragraaf is besproken, heeft dit verbintenisrechtelijke en jaarrekeningrechtelijke gevolgen. Het verbintenistrechtelijke gevolg is dat schulden van dochtervennootschap Y die voortvloeien uit een

197 Rb. Groningen, 27 juni 2012, *JOR* 2012/350, m.nt. S.M. Bartman, *r.o.* 5.1 t/m 5.4.
198 Zie paragraaf 2.5.

rechtshandeling van dochtervennootschap Y die niet het tot stand brengen van een overeenkomst betreft, niet onder de reikwijdte van de 403-verklaring vallen. Een schuldeiser van dochter Y die een vordering heeft die voortvloeit uit een rechtshandeling niet zijnde een overeenkomst, zal waarschijnlijk geen succes hebben wanneer hij moedervennootschap X aansprakelijk stelt. In een procedure zal hij nog kunnen betogen dat de bedoeling van moedervennootschap X is geweest om een toereikende 403-verklaring af te geven. Maar aangezien de uitleg van een 403-verklaring tekstueel geschiedt,[199] is de kans op succes mogelijk klein.

Voor een beperking van de temporele reikwijdte geldt hetgeen hiervoor werd opgemerkt ten aanzien van een beperking van de materiële reikwijdte eveneens. Een veel voorkomende beperking is:

> Hierbij verklaart moedervennootschap X zich hoofdelijk aansprakelijk voor alle schulden voortvloeiend uit rechtshandelingen die door dochtervennootschap Y zijn verricht vanaf 1 januari 2018.

Deze beperking komt vaak voort uit de gedachte dat wanneer de vrijstelling pas vanaf boekjaar x (in het voorbeeld 2018) wordt toegepast, de moedervennootschap slechts aansprakelijkheid behoeft te aanvaarden voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die met ingang van dat boekjaar zijn verricht. Zoals in de paragraaf over de temporele reikwijdte nader uiteen is gezet, is dit niet juist. Net als bij een beperking van de materiële reikwijdte geldt hier evenzeer dat een dergelijke beperking verbintenisrechtelijk gezien standhoudt. Schuldeisers met een vordering voortvloeiend uit een voor 1 januari 2018 door de vrijgestelde dochter verrichte rechtshandeling kunnen geen beroep doen op deze 403-verklaring. Slechts door de 403-verklaring niet tekstueel te interpreteren, zou tot een andere conclusie kunnen worden gekomen, hetgeen waarschijnlijk geen kans van slagen heeft.[200]

Zou een 403-verklaring die afwijkt van de tekst van artikel 2:403 lid 1 sub f BW schuldeisers een ruimere aanspraak opleveren, dan komt de tekst weliswaar niet overeen met artikel 2:403 lid 1 sub f maar dan wordt wel aan de (minimum)vereisten van artikel 2:403 lid 1 sub f voldaan. Een voorbeeld van een te ruime 403-verklaring is:

> Hierbij verklaart moedervennootschap X zich hoofdelijk aansprakelijk voor alle schulden van dochtervennootschap Y.

Deponeert een moedervennootschap bovenstaande 403-verklaring, dan bestaat er jaarrekeningrechtelijk gezien geen bezwaar om de vrijstelling van artikel 2:403 BW toe te passen. Verbintenisrechtelijk gezien zullen er vanuit schuldeisers bezien ook geen bezwaren bestaan tegen deze formulering. Maar voor de moedervennootschap zelf is vorenstaande 403-verklaring natuurlijk wel bezwaarlijk. Zij haalt zich

199 Zie paragraaf 4.5.3.
200 Zie paragraaf 4.5.3.

meer aansprakelijkheid op de hals dan voor de toepassing van artikel 2:403 BW noodzakelijk is. De vraag is waarom een moedervennootschap dat zou doen. Eveneens kan de vraag worden gesteld wat de positie van de bestuurders van de moedervennootschap is, wanneer onnodig een te ruime aansprakelijkheidsverklaring wordt afgeven.[201]

In vorenstaand voorbeeld aanvaardt de moedervennootschap hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle schulden van dochtervennootschap Y. Dat is voor de toepassing van de vrijstelling van artikel 2:403 lid 1 sub f BW onnodig. Zo behoeft de moedervennootschap geen aansprakelijkheid op zich te nemen voor schulden die voortvloeien uit een door de dochtervennootschap verrichte onrechtmatige daad.[202]

Overigens kan een ruime 403-verklaring voor sommige schuldeisers van de moedervennootschap wel nadelig uitpakken. Wanneer een grotere groep schuldeisers zich op het vermogen van de moedervennootschap kan verhalen, zijn er meer (concurrent)schuldeisers die verhaal kunnen halen op het vermogen van de moedervennootschap. Wanneer deze schuldeisers oorspronkelijk – op dochterniveau – achtergestelde schuldeisers zijn, is het extra vervelend voor de oorspronkelijke schuldeisers van de moedervennootschap als blijkt dat het vorderingsrecht op de moedervennootschap helemaal niet is achtergesteld maar gewoon een concurrente vordering betreft.[203]

4.9.5 Sancties bij ontoereikende 403-verklaring

Wanneer een 403-verklaring niet voldoet aan de vereisten van artikel 2:403 lid 1 sub f BW en de vrijstelling van artikel 2:403 wel wordt toegepast, wordt ten onechte geen volledige jaarrekening opgesteld en gepubliceerd.

Wanneer geen jaarrekening wordt gepubliceerd die voldoet aan de vereisten van titel 2.9 BW terwijl daar geen vrijstelling voor is verkregen, loopt niet alleen de entiteit die niet aan de jaarrekeningenplicht voldoet een risico. Bestuurders, feitelijk beleidsbepalers en commissarissen lopen eveneens gevaar. Het risico bestaat dat zij persoonlijk aansprakelijk zijn onder andere wegens een onbehoorlijke

201 Zie Van 't Spijker 2009 die enkele kritische kanttekeningen maakt ten aanzien van een ruimere aansprakelijkheid. Hij vraagt zich af of een ruimere verklaring 'gewenst' is in verband met bestuurdersaansprakelijkheid en *corporate governance*. Hij meent dat een ruimere aansprakelijkheid mogelijk niet strookt met de ratio van de bepaling. Een te ruime aansprakelijkheid zou leiden tot een te grote aansprakelijkheid van de consoliderende vennootschap, zodat zij niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen. Ik deel al deze standpunten niet.

202 Een onrechtmatige daad lijkt nooit onder een 403-verklaring te kunnen vallen, aldus de Ondernemingskamer, Hof Amsterdam 28 februari 2007, *JOR* 2007/145. Dit standpunt lijkt mij in strijd met de vrijheid van een vennootschap om zelf te bepalen waarvoor zij zich aansprakelijk stelt en met de algemene uitlegregels die toch in elk geval gelden.

203 Zie in dit verband de kwestie rondom SNS: HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *JOR* 2015/140.

taakvervulling.[204] Voorts bestaat het risico van strafrechtelijke aansprakelijkheid ten aanzien van zowel de bestuurders als ten aanzien van de vennootschap, zie artikel 1 sub 4 Wet economische delicten jo. artikel 2:394 BW jo. artikel 51 Wetboek van strafrecht. Daarnaast loopt de vennootschap het risico dat er een jaarrekeningenprocedure wordt gestart bij de Ondernemingskamer.[205]

Tot slot zij nog vermeld dat het niet hebben voldaan aan de jaarrekeningenplicht een obstakel kan vormen wanneer het voornemen bestaat om een aandelentransactie te laten plaatsvinden. Bij een voorgenomen transactie zal in de regel een *due dilligence*-onderzoek worden uitgevoerd, waarbij manco's ten aanzien van de jaarrekeningenplicht aan het licht zullen komen en er melding zal worden gemaakt van de daarmee samenhangende risico's.

Wanneer de termijn voor het deponeren van een jaarrekening eenmaal is verstreken, kan dit in principe niet meer worden hersteld. Er kan hooguit nog wat aan *damage control* worden gedaan door alsnog de jaarrekening te deponeren. De vrijstelling van artikel 2:403 BW 'met terugwerkende kracht' toepassen, biedt geen soelaas.[206]

4.9.6 Aansprakelijkheidsverklaring tevens zijnde een intrekkingsverklaring

Een 403-verklaring dient te worden ingetrokken door een intrekkingsverklaring te deponeren.[207] Een creatieve gedachte is het idee om in een 403-verklaring een zeker eindmoment op te nemen en te stellen dat de 403-verklaring tevens een intrekkingsverklaring is.[208]

Naar mijn idee staat de wet niet in de weg aan een 403-verklaring die tevens kwalificeert als een intrekkingsverklaring. De wet stelt geen termijn voor het

204 Zie voor een meer uitgebreide beschouwing hiervan en enkele redmiddelen die bestuurders ten dienste kunnen staan: Van der Kraan 2017, p. 322-326.

205 Voor een uitgebreider overzicht van de risico's die bestaan bij het niet voldoen aan de jaarrekeningenplicht, zie paragraaf 2.5.

206 Zie een artikel dat ik daaraan heb gewijd: Van der Kraan 2017, p. 322-326.

207 Zie voor een uitgebreidere beschouwing inzake de intrekking van een 403-verklaring paragraaf 5.4.

208 Een 403-verklaring die tevens als intrekkingsverklaring kwalificeert, dient niet te worden beschouwd als een 403-verklaring die tevens een verklaring inhoudt als bedoeld in artikel 2:404 lid 3 BW: het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Gezien de publicatie daarvan in een landelijk verspreid dagblad en de verzettermijn die aan een dergelijke verklaring is gekoppeld, dient een dergelijke verklaring strikt te worden gescheiden van de verklaring die in deze paragraaf centraal staat, de intrekkingsverklaring. Zie in het kader van een 403-verklaring die tevens een voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid inhoudt onder meer Snijder-Kuipers & Eliëns 2014; Beckman 1995, p. 344-345 en Spierings 2016, par. 6.5.2.

deponeren van een intrekkingsverklaring.[209] Niets staat eraan in de weg wanneer bijvoorbeeld twee jaar vóór de intrekking reeds een intrekkingsverklaring wordt gedeponeerd. Slechts wordt vereist dat de intrekkingsverklaring een schriftelijk stuk is dat afkomstig is van de moedervennootschap die de 403-verklaring deponeerde en dat dit stuk bij de Kamer van Koophandel wordt gedeponeerd. Bij het Handelsregister zal de verklaring zowel geregistreerd moeten worden als 403-verklaring alsook als intrekkingsverklaring, zodat de intrekkingsverklaring niet over het hoofd wordt gezien wanneer bij het Handelsregister navraag wordt gedaan of er reeds een intrekkingsverklaring is gedeponeerd.

De vraag is of een tweeledige verklaring in strijd is met het wettelijk systeem. Hoewel dat niet met zoveel woorden is vermeld, lijkt het systeem te zijn dat een intrekkingsverklaring een separate verklaring is die ook apart wordt gedeponeerd. Toch leidt een strikte lezing van artikel 2:404 lid 1 BW niet tot die conclusie.

In de literatuur bestaan verschillende opvattingen ten aanzien van de vraag of een 403-verklaring tevens een intrekkingsverklaring kan zijn. In dit kader wordt ook wel gesproken van een 'voorwaardelijke 403-verklaring' of een 'geclausuleerde 403-verklaring'. Zie hierover onder meer Spierings:[210]

> "Een oplossing voor het vergeten in te trekken van een 403-verklaring is de verklaring te clausuleren. Twee varianten zijn denkbaar. Ten eerste kan een einddatum worden opgenomen in de 403-verklaring, waardoor een verbintenis onder ontbindende tijdsbepaling ontstaat. Zowel Ramanna als Beckman achten dit mogelijk. Bartman meent dat een afzonderlijke intrekkingsverklaring als voorgeschreven in art. 2:404 lid 1 BW vereist blijft. Hij baseert zich op art. 25 lid 1 Hrgw, dat inhoudt dat op een feit dat door inschrijving of nederlegging bekend moet worden gemaakt, jegens een onkundige derde geen beroep kan worden gedaan tot de inschrijving of nederlegging daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Mijns inziens wordt door het opnemen van een einddatum in één verklaring de aansprakelijkstelling gecombineerd met een intrekkingsverklaring. Door die gecombineerde verklaring is voldaan aan zowel de publiciteitsvereisten voor de 403-verklaring als voor de intrekkingsverklaring. Ik schaar mij dus achter de opvatting van Beckmann en Ramanna."

Naar mijn idee kan op goede gronden worden betoogd dat een 403-verklaring (geldig) een einddatum kan bevatten.[211] De 403-verklaring is tevens een intrek-

209 Zie voor een algemene beschouwing over eenzijdige rechtshandelingen onder voorwaarde of tijdsbepaling onder meer Spierings 2016, par. 10.9: "Art. 3:38 BW bepaalt dat rechtshandelingen onder tijdsbepaling of voorwaarde verricht kunnen worden, tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit. In de parlementaire geschiedenis bij art. 3:38 BW wordt overwogen dat vooral bij eenzijdige rechtshandelingen de aard van de rechtshandeling onvoorwaardelijke verklaringen verlangt." Voorts overweegt Spierings in paragraaf 6.5.2 dat een voorwaardelijke 403-verklaring tot de mogelijkheden behoort.

210 Spierings 2016, par. 6.5.2 onder verwijzing naar Ramanna 2008, p. 19; Beckman 1995, p. 541 en Bartman & Dorresteijn 2013, p. 253.

211 Een voorstander daarvan is Beckman, zie Beckman 1995, p. 543. Naar zijn mening is art. 2:404 lid BW bedoeld voor situaties waarin een 403-verklaring geen einddatum bevat.

kingsverklaring. wanneer de betreffende 403-verklaring zodanig wordt vormgegeven dat deze tevens als een intrekkingsverklaring kwalificeert, en deze verklaring ook als zodanig wordt behandeld,[212] wordt strikt genomen wel aan de vereisten van 2:404 lid 1 BW voldaan.[213]

Wanneer in de 403-verklaring een duidelijke einddatum is vermeld, kan dit in het voordeel van de schuldeisers zijn. Schuldeisers zullen ruim van tevoren op de hoogte zijn van de intrekking. Zij zullen niet door de intrekking kunnen worden 'verrast' door de plotselinge intrekking van een 403-verklaring wanneer de moedervennootschap dit systeem hanteert en de 403-verklaring niet eerder intrekt dan de in de verklaring opgenomen einddatum. Het is in het belang van de schuldeisers dat de duur van de werking van een 403-verklaring duidelijk kenbaar is.[214]

Een voorbeeld van een dergelijke 403-verklaring die tevens kwalificeert als een intrekkingsverklaring en waarin een duidelijke einddatum is opgenomen, zou er als volgt uit kunnen zien:

> Aansprakelijkheidsverklaring ex. artikel 2:403 lid 1 sub f BW en intrekkingsverklaring ex artikel 2:404 lid 1 sub a BW:
>
> a. Hierbij verklaart moedervennootschap X zich hoofdelijk aansprakelijk voor alle schulden van dochtervennootschap Y voor zover deze voortvloeien uit door dochtervennootschap Y verrichte rechtshandelingen.
>
> b. Hierbij trekt moedervennootschap X de aansprakelijkheidsverklaring opgenomen onder sub a in per 1 januari 2021.

De vennootschap die de verklaring aflegt, doet er verstandig aan daarin op te nemen dat een intrekking volgens artikel 2:404 BW ook eerder kan geschieden om te voorkomen dat de einddatum bindend en een eventuele eerdere intrekking dan aanvankelijk is beoogd volledig is uitgesloten. Hiermee wordt afbreuk gedaan aan de zekerheid die een schuldeiser aan de einddatum kan ontlenen.

Er zijn ook andere varianten mogelijk. Er kan ook aansluiting worden gezocht bij andere criteria. Te denken valt aan het voortbestaan van de groepsband. Maar er kan ook worden gedacht aan de voorwaarde dat de aandeelhouders van de

---

212 Zoals de publicatie daarvan in de *Staatscourant,* zie artikel 24 en 25 Handelsregisterwet, dan wel (sinds 1 januari 2006) een digitale mededeling daarvan op een daarvoor bestemd deel van de website van de Kamer van Koophandel, zie Wet van 14 december 2005, *Stb.* 2005/727.

213 Zie bijvoorbeeld Beckman e.a. losbl., par. 3.8.4 Hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring: "Er wordt dan een verklaring afgelegd met bijvoorbeeld als einddatum 1 juli komend jaar, met als oogmerk elk jaar opnieuw te kunnen beslissen of al dan niet een nieuwe verklaring wordt afgelegd. Gelet op de deponering van de verklaring, en indien van toepassing, de voorgeschreven publieke mededeling daaromtrent (...) zou gesteld kunnen worden dat op termijn elk jaar intrekking volgt."

214 Zo ook Van Zoest 2011, par. 3.2 en par 4. Van Zoest stelt een systeem voor dat afhankelijk is van de 100% aandeelhoudersrelatie, een systeem dat uiteraard alleen werkt bij een onverdeeld aandeelhouderskapitaal en daardoor mogelijk in een beperkt aantal situaties bruikbaar is en mogelijk te weinig flexibiliteit biedt.

dochtervennootschap instemming hebben gegeven of dat de moedervennootschap een geconsolideerde jaarrekening moet hebben opgesteld.

De voorwaarde dat de groepsband dient (voort) te bestaan is reeds in de literatuur en de jurisprudentie[215] aan de orde geweest. Zie bijvoorbeeld Spierings – die overigens slechts twee mogelijke varianten onderkent[216] – die opmerkt:[217]

> "De tweede mogelijkheid is om in de verklaring de voorwaarde op te nemen dat de aansprakelijkheid slechts geldt voor zover de vrijgestelde vennootschap deel uitmaakt van het concern. Ramanna vindt het op zodanige wijze clausuleren van de 403-verklaring in strijd met de rechtszekerheid die art. 2:404 BW beoogt te beschermen. Het Hof Amsterdam heeft deze constructie echter goedgekeurd door te bepalen dat dat de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van een voorwaardelijke 403-verklaring verviel vanaf het moment dat de vrijgestelde vennootschap niet langer tot de groep behoorde. Ook in de literatuur is de mogelijkheid van een voorwaardelijke 403-verklaring aanvaard."

In een 403-verklaring die tevens als een intrekkingsverklaring kwalificeert en aanhaakt bij de groepsband als voorwaarde zou er bijvoorbeeld als volgt uit kunnen zien:

> Aansprakelijkheidsverklaring ex. artikel 2:403 lid 1 sub f BW en intrekkingsverklaring ex artikel 2:404 lid 1 sub a BW:
> a. Hierbij verklaart moedervennootschap X zich hoofdelijk aansprakelijk voor alle schulden van dochtervennootschap Y voor zover deze voortvloeien uit door dochtervennootschap Y verrichte rechtshandelingen.
> b. De aansprakelijkheidsverklaring opgenomen onder sub a geldt als ingetrokken vanaf het moment dat de dochtervennootschap Y niet meer tot dezelfde groep behoort als moedervennootschap X.

In deze 403-verklaring en intrekkingsverklaring is als het ware als voorwaarde opgenomen dat de dochtervennootschap nog tot dezelfde groep als de moedervennootschap dient te behoren, wil de 403-verklaring werking hebben. Dat zou een mooi vangnet zijn tegen de veel voorkomende 'vergeten 403-verklaring'. Deze methode blijkt daadwerkelijk in de praktijk te worden toegepast. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 1 januari 2007:[218]

---

215 Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA7433, *JOR* 2007/144.

216 Spierings geeft aan dat er twee 'voorwaardelijke 403-verklaringen' kunnen zijn; een die is gekoppeld aan een einddatum en een die is gekoppeld aan de groepsband. Zie Spierings 2016, par. 6.5.2.

217 Spierings 2016, par. 6.5.2 onder verwijzing naar Ramanna 2008, p. 19; Beckman 1995, p. 344-545; Van Zoest 2011, p. 97; Snijder-Kuipers & Eliëns 2014 en Hof Amsterdam 1 februari 2007, *JOR* 2007/144.

218 Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA7433, *JOR* 2007/144, m.nt. Van der Zanden onder *JOR* 2007/145.

> 3.4. In het onderhavige geval houdt de verklaring van Fey Holding in dat zij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de schulden van Rejoha zolang ''(...) [Rejoha] behoort tot de groep waarvan [Fey Holding] deel uitmaakt'' en zolang ''de financiële gegevens van [Rejoha] worden geconsolideerd in de geconsolideerde jaarrekening van [Fey Holding]''. Over de uitleg van die verklaring in verband met haar bewoordingen is misverstand niet goed denkbaar. Castellum heeft ook niet aangevoerd dat de verklaring anders moet worden begrepen dan ingevolge haar bewoordingen moet worden aangenomen. Nu – zoals tussen partijen als vaststaand heeft te gelden – Fey Holding haar aandelen in Rejoha op 31 augustus 2000 heeft geleverd aan Stichting Administratiekantoor H.A.P. en Rejoha daarmee vanaf die datum niet langer behoorde tot de groep van Fey Holding, en nu vanaf diezelfde datum – althans in elk geval over het daaropvolgende boekjaar (2001) en volgende boekjaren van Fey Holding – de financiële gegevens van Rejoha niet langer werden geconsolideerd in de jaarrekening van Fey Holding, moet dan ook worden geoordeeld dat de hoofdelijke aansprakelijkstelling van Fey Holding voor de schulden van Rejoha vanaf 31 augustus 2000 niet langer gold en dat Castellum mitsdien een van later datum daterende vordering op Rejoha – de koopovereenkomst waarop die vordering is gestoeld zou immers op 25 november 2004 zijn gesloten – niet op Fey Holding kan verhalen. De eerste grief van Fey Holding treft dan ook doel.

De Ondernemingskamer oordeelde dat een dergelijke voorwaarde standhoudt en met succes aan een schuldeiser kan worden tegengeworpen.

Het gaat naar mijn idee wel ver om van de schuldeisers te verlangen dat zij zich dienen te vergewissen van het feit of een dochtervennootschap nog wel tot dezelfde groep behoort als de moedervennootschap. Om die analyse te kunnen maken, heeft een schuldeiser informatie nodig waarover hij niet zomaar kan beschikken. En al zou een schuldeiser over de benodigde informatie beschikken, het groepsbegrip is uiterst vaag.[219] Er zou vrij eenvoudig discussie ontstaan over de vraag of de groepsband nog intact is of niet. Een bepaling die de gelding van de 403-verklaring afhankelijk stelt van het (voort)bestaan van de groepsband, lijkt mij niet redelijk en naar mijn idee ondermijnt een dergelijke verklaring de positie van de schuldeisers. Daarmee zou de vraag kunnen worden gesteld of de algehele verklaring wel voldoende is om als toereikende 403-verklaring te kwalificeren. Zie voor een nadere beschouwing over de werking van de groepsvoorwaarde in een 403-verklaring tevens paragraaf 5.4.6.3.

De vraag of een 403-verklaring tevens kan kwalificeren als intrekkingsverklaring, kan ter discussie worden gesteld in het kader van artikel 2:403 BW en artikel 2:404 BW. Er wordt in dat kader gedoeld op jaarrekeningrechtelijke effecten. Wat jaarrekeningrechtelijk beschouwd ook van een 403-verklaring die tevens kwalificeert als een intrekkingsverklaring word gevonden, verbintenisrechtelijk houdt de inhoud van een dergelijke verklaring waarschijnlijk stand.[220]

Door in een 403-verklaring op te nemen dat de dochter nog tot de groep moet behoren, kan het wettelijke systeem – in ieder geval met verbintenisrechtelijk

219 Zie paragraaf 3.3.

220 OK 1 februari 2007, *JOR* 2007/144. In deze zin ook Van Zoest 2011, p. 95.

effect – worden omzeild. Indien wordt geoordeeld dat de 403-verklaring alsnog ingetrokken dient te worden, kan de moedervennootschap dat alijd nog doen. Hoewel dat verbintenisrechtelijk misschien niet meer nodig is, is een juiste intrekkingsverklaring wel vereist om de overblijvende aansprakelijkheid te kunnen beëindigen. Uit artikel 2:404 lid 2 en lid 3 BW vloeit voort dat pas na de intrekking als bedoeld artikel 2:404 lid 1 BW sprake is van 'overblijvende aansprakelijkheid' die voor beëindiging in aanmerking komt.

4.10 Moment van deponeren, duur van de vrijstelling

Uit artikel 2:404 lid 1 sub g vloeit voort dat de 403-verklaring dient te worden gedeponeerd bij het Handelsregister.[221] Het bestuur van de vennootschap die de verklaring aflegt, is hiertoe bevoegd.[222]

Een uiterst relevante vraag is wanneer een 403-verklaring uiterlijk dient te zijn gedeponeerd. Omdat het deponeren van de 403-verklaring een van de voorwaarden is die artikel 2:403 BW stelt om de groepsvrijstelling te mogen toepassen, kan worden aangenomen dat uiterlijk aan de voorwaarden van artikel 2:403 BW dient te zijn voldaan op het moment waarop de dochtervennootschap aan haar jaarrekeningenplicht had moeten voldoen indien zij niet zou zijn vrijgesteld.[223] Wordt over boekjaar 2018 de groepsvrijstelling toegepast, dan dient de 403-verklaring uiterlijk op 31 december 2018 te zijn gedeponeerd omdat dan – ervan uitgaande dat de aandeelhouders hebben ingestemd met de uiterste termijn – uiterlijk het reguliere jaarverslag gedeponeerd dient te zijn.[224]

Er is geen eenduidige opvatting over de vraag of de 403-verklaring een minimale looptijd kent. Verdedigd kan worden dat een 403-verklaring ten minste tot het einde van elk boekjaar waarvoor geen volledige jaarstukken worden gepubliceerd bij het Handelsregister zijn gedeponeerd zonder te zijn ingetrokken. Geduren-

221 De verklaring moet worden neergelegd ten kantore van elk Handelsregister waar de dochtervennootschap een onderneming heeft ingeschreven om voor vrijstelling in aanmerking te komen. Voorts dient de verklaring ook te worden gedeponeerd bij het Handelsregister waar de moedervennootschap is ingeschreven, dit doet de aansprakelijkheid ontstaan. De wet zwijgt over het tijdstip waarop dit uiterlijk moet gebeuren. De ratio van artikel 2:403 BW brengt met zich dat dit uiterlijk moet zijn gebeurd op de dag waarop de jaarrekening normaal gesproken had moeten worden gepubliceerd. Zie Vertegenwoordiging en rechtspersoon (Asser/Maeijer 2-III 2000, hoofdstuk X. De jaarrekening; winstvaststelling en winstbestemming, Kluwer, losbladige editie, nr. 439; Houwen e.a. 1993, p. 840 e.v. en Beckman 1995, p. 495.

222 Zie Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 291. Voor het geval wanneer onbevoegd een verklaring is gedeponeerd bij het Handelsregister zie Rb. Rotterdam, 16 januari 1997, ECLI:NL:RBROT:1997:AG3036, *KG* 1997/55. Voor het geval dat er een vermoeden is dat de verklaring door de rechtspersoon is gedeponeerd zie Hof Amsterdam 27 juni 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AG2917, *JOR* 1996/84.

223 Zie Asser/Maeijer 2-III 2000, p. 644. Zie in dit verband echter ook Winter 1989, p. 289 en Gülcher 1989, p. 290.

224 Evenzo Rb. Breda 26 mei 2010, *JOR* 2012/70, m.nt. Bartman.

de die periode heeft een schuldeiser geen inzicht in de laatste jaarrekening waarvoor de 403-verklaring de nodige compensatie behoort te bieden. De wet zegt echter niets over een minimale periode waarin een 403-verklaring niet mag worden ingetrokken.

Wordt een 403-verklaring ingetrokken, dan is de vraag op welk boekjaar de eerstvolgende jaarrekening dient te zien. Betoogd kan worden dat schuldeisers direct na het intrekken van de 403-verklaring weer inzicht dienen te hebben in de jaarrekening die op dat moment de meest actuele beschikbare jaarrekening zou zijn geweest wanneer de vrijstelling niet zou zijn toegepast.[225]

4.11 De 403-verklaring bij een overname

Lopende het boekjaar kan een dochtervennootschap worden overgenomen. De dochtervennootschap kan opnieuw worden vrijgesteld wanneer zij na de overname wederom tot een groep gaat behoren. De nieuwe moedervennootschap van de overgedragen dochtervennootschap dient dan zelf een nieuwe 403-verklaring af te leggen en te deponeren. Dit dient uiteraard de moedervennootschap te zijn die ook de geconsolideerde jaarrekening zal opstellen.

Er doet zich bij een overname gedurende het boekjaar een lastigheid voor ten aanzien van de consolidatievoorwaarde. De vraag is of in de geconsolideerde jaarrekening die voor het gebruik van artikel 2:403 BW wordt opgesteld (dus niet de reguliere geconsolideerde jaarrekening die bijvoorbeeld, indien van toepassing, op grond van artikel 2:406 BW moet worden opgesteld) de resultaten van de dochter moeten worden meegenomen vanaf het moment van de overname of over het hele boekjaar. De ratio van artikel 2:403 BW is dat de cijfers van de dochter worden gepubliceerd, maar in geconsolideerde vorm. Worden pas de resultaten vanaf het moment van de overname gepubliceerd dan blijft een deel van de resultaten volledig uit het zicht.

Op basis van de reguliere consolidatieplicht merk ik op dat artikel 2:406 lid 1 BW vermeldt dat een geconsolideerde jaarrekening de gegevens bevat van dochtermaatschappijen, groepsmaatschappijen en andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft. In het kader van nieuw verworven groepsmaatschappijen merkt de Raad voor de Jaarverslaggeving het volgende op in haar richtlijn 217.402:

225 Ook kan de vraag worden gesteld of dit een volledige jaarrekening dient te zijn. Wanneer bijvoorbeeld sprake is van een micro-vennootschap, bijvoorbeeld omdat de voorheen vrijgestelde dochtervennootschap stevig is afgeslankt, zullen schuldeisers na het intrekken van de 403-verklaring niet veel te weten komen over de financiële gezondheid van de betreffende dochtervennootschap, zie paragraaf 2.3.4.

> "217.402
> De resultaten van de in de loop van het jaar verworven groepsmaatschappijen dienen in het groepsresultaat te worden verwerkt voor zover ze na het moment van verwerving zijn behaald. Het moment van verwerving is de datum vanaf welke de rechtspersoon beslissende invloed verkrijgt op het beleid van de groepsmaatschappij. Deze datum kan afwijken van de datum waarop de koopovereenkomst is gesloten of van de datum vanaf welke de groepsmaatschappij contractueel (al dan niet met terugwerkende kracht) geacht wordt voor rekening en risico van de koper te zijn gehouden. Het verkrijgen van feitelijk beleidsbepalende invloed zal veelal samenvallen met het daadwerkelijk voor rekening en risico gaan houden van de groepsmaatschappij, zoals dit bijvoorbeeld kan blijken uit afspraken over de transactieprijs. Het is om praktische redenen, bijvoorbeeld vanwege de beschikbaarheid van financiële gegevens, aanvaardbaar de verwerking van de resultaten aan te vangen op een ander moment dan het moment van verwerving, mits dit geen materiële invloed heeft op vermogen en resultaat.
>
> Ten behoeve van het inzicht in de ontwikkeling van vermogen en resultaat kan het doelmatig zijn bij wijze van toelichting een herrekende winst-en-verliesrekening op te stellen waarin de nieuw verworven deelneming voor het gehele boekjaar wordt verwerkt. In een dergelijke pro-forma-opstelling dient eveneens rekening te worden gehouden met mogelijke wijzigingen in financieringslasten en belastingen die zouden zijn opgetreden indien de acquisitie reeds aan het begin van het boekjaar had plaatsgevonden."

De consolidatie zal plaatsvinden vanaf het moment van verwerving. Het kan volgens de Raad voor de Jaarverslaggeving wegens het verschaffen van inzicht nuttig zijn om aan de geconsolideerde jaarrekening een 'pro-forma-opstelling' toe te voegen, waarin de resultaten van de verworven maatschappij over het gehele boekjaar zijn verwerkt. Hoewel deze toelichting is geschreven voor de geconsolideerde jaarrekening die op basis van artikel 2:406 BW dient te worden opgesteld, zou dit ook een oplossing zijn voor de consolidatieplicht van artikel 2:403 BW, wanneer een dochtervennootschap lopende het boekjaar wordt overgenomen en de wens bestaat om de overgenomen vennootschap opnieuw vrij te stellen. De benodigde informatie moet dan wel voorhanden zijn.

4.12 Later tijdstip van inwerkingtreden opgenomen in de 403-verklaring

Het is niet zeker of in een 403-verklaring kan worden opgenomen dat de verklaring werking zal hebben vanaf een datum die later is gelegen dan het moment waarop de 403-verklaring wordt gedeponeerd.

Naar mijn idee is er vanuit schuldeisersperspectief niets op tegen wanneer een 403-verklaring al vooruitlopend op het moment waarop wordt beoogd om de vrijstelling toe te passen, wordt gedeponeerd. Het moment waarop de werking van de 403-verklaring aanvangt, moet dan wel ondubbelzinnig uit de 403-verklaring blijken. De tekst van een 403-verklaring waarin een later moment is opgenomen voor wat betreft de inwerkingtreding van de verklaring zou kunnen zijn:

> Hierbij verklaart moedervennootschap X dat zij met ingang van 1 januari 20... hoofdelijk aansprakelijk is voor alle schulden van dochtervennootschap Y voor zover deze voortvloeien uit door dochtervennootschap Y verrichte rechtshandelingen.

Hierbij dient een datum te worden opgenomen die in de toekomst ligt. Wordt de vrijstelling bijvoorbeeld vanaf boekjaar 2021 toegepast, dan dient uiterlijk op 31 december 2022 aan de voorwaarden van artikel 2:403 BW te worden voldaan. In dat geval zou op voorhand een 403-verklaring kunnen worden gedeponeerd waarin die datum als ingangsdatum is opgenomen.

De ingangsdatum mag geen temporele beperking in de reikwijdte van de aansprakelijkheid van de moedervennootschap hebben. De ingangsdatum mag daarom geen betrekking hebben op de rechtshandelingen van de dochtervennootschap, zoals in dit voorbeeld:

> Hierbij verklaart moedervennootschap X dat zij hoofdelijk aansprakelijk is voor alle schulden van dochtervennootschap Y voor zover deze voortvloeien uit vanaf 1 januari 20... door dochtervennootschap Y verrichte rechtshandelingen.

Wanneer de ingangsdatum wordt gekoppeld aan het plaatsvinden van een bepaalde gebeurtenis, dan is de vraag of de ingangsdatum wel voldoende duidelijk is voor externe partijen. Is de ingangsdatum bijvoorbeeld gekoppeld aan het tot stand komen van een groepsband, dan is dat mogelijk te onduidelijk.

Het opnemen van een datum die in het verleden ligt (het deponeren van een 403-verklaring met terugwerkende kracht; alsof deze eerder was gedeponeerd) heeft niet het effect van een verklaring die daadwerkelijk op die datum was gedeponeerd. Als de conclusie is dat niet tijdig aan de voorwaarden van artikel 2:403 BW is voldaan, zal het opnemen van een ingangsdatum die in het verleden ligt niet baten.

4.13 Werkelijke waarde van de aansprakelijkheidsverklaring

De werkelijke waarde van een 403-verklaring is sterk afhankelijk van de financiële conditie van de moedervennootschap. Indien het vermogen van de moedervennootschap geen verhaal biedt, zal het een schuldeiser weinig helpen. De waarde van een 403-verklaring dient dan ook niet door een schuldeiser te worden overschat.

Het is niet ondenkbaar dat de consoliderende moedervennootschap een lege holding is die weinig verhaal biedt.[226] Wanneer de holding alleen aandelen in de vrijgestelde dochtervennootschap bezit, zal verhaal op de holding vaak niet veel meerwaarde hebben. Een topholding die meerdere dochtervennootschappen heeft, kan in tijden van zwaar weer andere dochters verhangen. Schuldeisers dienen zich

226 Zie Van Achtenberg 1989, p. 223.

eveneens te realiseren dat de moedervennootschap zich mogelijk ook aansprakelijk heeft verklaard voor schulden van andere dochtervennootschappen.[227]

De 'zekerheid' die een 403-verklaring biedt, zal niet als substitutie van reguliere zekerheden moeten worden gezien. Specifieke zekerheden geven de mogelijkheid om maatwerk te leveren. Er kan bijvoorbeeld een voorrangspositie worden gecreëerd ten aanzien van bepaalde vermogensbestanddelen van de dochtervennootschap (of de moedervennootschap) hetgeen in bepaalde situaties meer waard kan zijn dan een (concurrente) vordering op basis van een 403-verklaring. De samenloop van 403-verklaringen en andere garanties binnen een concern kan tot gecompliceerde situaties leiden.[228] Contractueel maatwerk geniet daarom vaak de voorkeur.

Voorts dient niet te worden vergeten dat een 403-verklaring onderdeel is van de groepsvrijstellingsregeling. In beginsel een tijdelijke, jaarrekeningrechtelijke faciliteit. Een 403-verklaring kan worden ingetrokken en onder omstandigheden kan de overblijvende aansprakelijkheid van de moedervennootschap worden beëindigd.[229]

De aansprakelijkheidsverklaring op basis van artikel 2:403 BW kan een 'wankele pijler' zijn.[230] Een schuldeiser doet er verstandig aan om niet blindelings te vertrouwen op een 403-verklaring en dient de waarde daarvan niet te overschatten. Hij doet er verstandig aan om harde(re) garanties te bedingen.

4.14 Conclusie

Uit een nadere analyse van de 403-verklaring blijkt dat aan deze voorwaarde om de vrijstelling te mogen toepassen de nodige haken en ogen zitten.

Of een moedervennootschap aansprakelijk kan worden gesteld voor schulden van een dochtervennootschap, hangt af van de tekst van een 403-verklaring. Een schuldeiser dient zijn vordering te baseren op (de tekst van) een 403-verklaring. Voor het bepalen van de omvang van de aansprakelijkheid van de moedervennootschap is de tekst van de 403-verklaring eveneens leidend. Een 403-verklaring dient tekstueel te worden uitgelegd, er is weinig ruimte voor (een andere) uitleg. Nu de tekst van een 403-verklaring een cruciale rol speelt, kan worden betoogd dat goed moet worden nagedacht over het opstellen van een 403-verklaring. Dat valt tegen. Er is weinig ruimte om af te wijken van de tekst die is opgenomen in artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Wordt ten nadele van de schuldeisers afgeweken, dan mist de 403-verklaring de jaarrekeningrechtelijke werking. Dat betekent dat de verklaring niet toereikend is om de vrijstelling te mogen toepassen. Verbintenisrechtelijk zal

227 Dit is mogelijk af te leiden uit de jaarrekening van de consoliderende vennootschap, zie artikel 2:414 lid 5 BW.

228 Voor meer hierover zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam, 21 mei 2008, *JOR* 2008/285; Hof Amsterdam 5 november 2005, *JOR* 2007/51; Bartman 2000, p. 1; De Weijs 2008, p. 313.

229 Defesche & Van der Graag 2005, p. 48-50 en Bartman & Dorresteijn 2009, p. 238.

230 Winter 1996, p. 209.

een beperking echter wel werken en bij het bepalen van de (omvang van de) aansprakelijkheid worden meegewogen. Wordt niet een te enge maar een te ruime 403-verklaring opgesteld, dan aanvaardt de moedervennootschap onnodig te veel aansprakelijkheid. De standaardtekst van artikel 2:403 lid 1 sub f BW brengt met zich dat een moedervennootschap rekening dient te houden met het feit dat de ruime temporele reikwijdte van toepassing is. De materiële reikwijdte strekt zich uit tot alle verplichtingen die voortvloeien uit rechtshandelingen die door de dochtervennootschap zijn verricht.

Het lastigste punt dat aan de 403-verklaring kleeft, is de juridische kwalificatie van deze verklaring en de kwalificatie van de rechten die uit deze verklaring voortvloeien. De kwalificatie van de 403-verklaring als een eenzijdige rechtshandeling die niet slechts verbintenissen schept maar zelfs een vordering lijkt toe te voegen aan het vermogen van een derde die daarmee niet heeft ingestemd, is opmerkelijk te noemen. Hier kleven dogmatische bezwaren aan.

Het vereiste dat een moedervennootschap zich in de 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk dient te verklaren, roept vraagtekens op. Leidt een separate rechtsverhouding tussen een schuldeiser en een partij die een zekerheid verstrekt voor de schuld van een derde niet tot de conclusie dat sprake is van borgtocht in plaats van hoofdelijkheid?

Hoofdstuk 5

DE BEËINDIGING VAN DE GROEPSVRIJSTELLING EN OVERBLIJVENDE AANSPRAKELIJKHEID

5.1 Inleiding

De beëindiging van de groepsvrijstelling en de mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen, zijn situaties die leiden tot interessante inzichten met betrekking tot de groepsvrijstellingsregeling. In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de intrekking van de 403-verklaring en aan de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid.

Nadat de 403-verklaring is gedeponeerd en aan de overige voorwaarden van artikel 2:403 BW is voldaan, mag de groepsvrijstelling worden toegepast.[1] Het belangrijkste voordeel voor het concern zal zijn dat de dochtervennootschap die wordt vrijgesteld niet meer aan de volledige jaarrekeningenplicht van titel 2.9 BW hoeft te voldoen. Dat levert een administratieve lastenverlichting op.[2] Daarnaast neemt mogelijk het garantievermogen van de dochter toe, waardoor de financieringsmogelijkheden van de dochtervennootschap kunnen toenemen. Een andere bijkomstigheid is dat er discretie wordt verkregen inzake de prestaties van de dochtervennootschap.

De voordelen hebben ook een keerzijde. De moedervennootschap haalt een flinke aansprakelijkheid binnen. Bovendien is het lastig om van deze aansprakelijkheid af te komen. Op enig moment kan de situatie ontstaan waarin het niet langer gewenst is om de groepsvrijstelling toe te passen.

Een moedervennootschap die zich middels de deponering van een 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld, kan de 403-verklaring intrekken om verdere aansprakelijkheid te voorkomen. Daarnaast bestaat de mogelijkheid voor de moedervennootschap om zich van reeds ontstane aansprakelijkheid te ontdoen. De redenen daarvoor kunnen uiteraard divers zijn. Bijvoorbeeld een (verwacht)

---

1 Bedacht moet steeds worden dat het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening – door de moedervennootschap – zelf ook een van de voorwaarden is waaraan moet worden voldaan teneinde de dochtervennootschap vrijgesteld te krijgen van de (volledige) jaarrekeningenplicht. De Hoge Raad lijkt anders te stellen, namelijk dat het deponeren van de 403-verklaring een voorwaarde is voor het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening: HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *r.o.* 4.34.1.

2 Bartman & Dorresteijn 2013, p. 239 en Jansz 1973, p. 36.

faillissement van een vrijgestelde dochtervennootschap[3] of de verkoop van de aandelen in een dochtervennootschap.[4]

Wanneer de vrijstelling niet meer wordt toegepast, eindigt de 403-verklaring niet automatisch; in tegendeel. Wanneer de 403-verklaring niet wordt ingetrokken, blijft de moedervennootschap aansprakelijk voor alle bestaande en toekomstige schulden voortvloeiend uit door de dochter verrichte rechtshandelingen. Zo is het bijvoorbeeld een misvatting dat door een verbreking van de groepsband de 403-verklaring als ingetrokken kan worden beschouwd.[5] Om aansprakelijkheid voor schulden die voortvloeien uit toekomstige rechtshandelingen te voorkomen, moet de 403-verklaring worden ingetrokken. De mogelijkheid tot intrekking van de 403-verklaring wordt geboden door artikel 2:404 lid 1 BW:

> Artikel 2:404 lid 1 BW:
> Een in artikel 403 bedoelde aansprakelijkstelling kan worden ingetrokken door nederlegging van een daartoe strekkende verklaring ten kantore van het handelsregister.

Naast de intrekking van de 403-verklaring om aansprakelijkheid uit toekomstige rechtshandelingen van de dochter te voorkomen, bestaat de mogelijkheid om de aansprakelijkheid die voortvloeit uit reeds door de dochter verrichte rechtshandelingen te beëindigen. De mogelijkheid tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid wordt geboden door artikel 2:404 lid 2 BW:

---

3 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 586.

4 In dat kader is het van belang dat de intrekking zorgvuldig gepland wordt, met name als een aansluitende toepassing van de groepsvrijstelling wordt beoogd. Zie hierover Beckman 1996, p. 253-259.

5 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam, 16 april 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI1676, *JOR* 2009/161 m.nt. Van der Zanden, *r.o.* 5.1.9: "De enkele omstandigheid dat een of meer verzoekers wisten, konden of behoorden te weten dat [verweerder] sinds maart 2004 geen groepsband meer had met de Vennootschap en dat zij (kennelijk: daaruit) hadden behoren af te leiden dat [verweerder] niet beoogde de 403-verklaring werking te laten hebben voor schulden van een verkochte vennootschap, brengt niet reeds met zich dat in dit geding geoordeeld zou kunnen worden dat jegens [verweerder] geen aanspraken op grond van de 403-verklaring meer geldend gemaakt zouden kunnen worden. Immers, beëindiging van de groepsband is slechts één van de in de wet geformuleerde voorwaarden voor beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Daarmee lijkt niet goed verenigbaar dat de enkele bekendheid met het feit dat de Vennootschap niet meer behoort tot de groep van [verweerder], de slotsom zou kunnen wettigen dat geen aanspraken meer ontleend zouden kunnen worden aan de 403-verklaring. Daarbij wordt tevens in aanmerking genomen dat de 403-verklaring een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling is, op grond waarvan rechtstreeks aansprakelijkheid van [verweerder] is ontstaan. De eisen van rechtszekerheid brengen in dit verband met zich dat, voor zover zich dat althans in deze verzetprocedure laat beoordelen, [verweerder] aan de 403-verklaring en de daaruit voortvloeiende overblijvende aansprakelijkheid kan worden gehouden, totdat deze daadwerkelijk rechtsgeldig is ingetrokken, respectievelijk beëindigd."

> Artikel 2:404 lid 2 BW:
> 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.

De beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid staat slechts open wanneer aan een aantal vereisten is voldaan. Zo moet de voorheen vrijgestelde vennootschap de groep van de consoliderende moedervennootschap hebben verlaten:

> Artikel 2:404 lid 3 BW:
> De overblijvende aansprakelijkheid wordt ten opzichte van de schuldeiser beëindigd, indien de volgende voorwaarden zijn vervuld:
> a. de rechtspersoon behoort niet meer tot de groep;
> b. een mededeling van het voornemen tot beëindiging heeft ten minste twee maanden lang ter inzage gelegen ten kantore van het handelsregister;
> c. ten minste twee maanden zijn verlopen na de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad dat en waar de mededeling ter inzage ligt;
> d. tegen het voornemen heeft de schuldeiser niet tijdig verzet gedaan of zijn verzet is ingetrokken dan wel bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak ongegrond verklaard.

De intrekking van de 403-verklaring en de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid zijn onderwerpen die geregeld tot problemen leiden en krijgen veel aandacht in de rechtspraak en de literatuur. Zonder een behandeling van deze thema's is de behandeling van de groepsvrijstellingsregeling niet compleet. Bovendien is de kwalificatie van de 403-verklaring en de daaruit voortvloeiende rechten van essentieel belang voor diverse vraagstukken rondom de beëindiging van de groepsvrijstelling. Zo kan de vraag opkomen of de pandhouder, die in verzet wil komen tegen een voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid, een pandrecht had moeten vestigen op de 403-vordering. Is deze 403-vordering een zelfstandig recht, dan is het antwoord op die vraag mogelijk 'ja'. Wordt aan het uit een 403-verklaring voortvloeiend recht meer een borgtochtachtig karakter toegekend, dan is het antwoord op die vraag waarschijnlijk 'nee'.

5.2 De beëindiging van de groepsvrijstelling

Er is geen voorgeschreven methode om een groepsvrijstellingsregeling te beëindigen. Het is een misverstand dat groepsvrijstelling alleen kan worden beëindigd door de 403-verklaring in te trekken. De groepsvrijstelling eindigt wanneer niet meer aan een van de voorwaarden van artikel 2:403 BW wordt voldaan.

Werd aan alle voorwaarden van artikel 2:403 BW voldaan maar wordt de 403-verklaring ingetrokken, dan vervalt het recht om groepsvrijstelling te mogen toepassen. De verbreking van de groepsband is een andere omstandigheid die vaak leidt tot het vervallen van het recht om de groepsvrijstelling toe te mogen passen.

Van belang is dat de beëindiging van de groepsvrijstelling, het intrekken van de 403-verklaring en het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid steeds van elkaar worden onderscheiden.

5.3 Twee stappen: intrekken 403-verklaring en beëindigen overblijvende aansprakelijkheid

In het kader van de beëindiging van de groepsvrijstelling en de beëindiging van de aansprakelijkheid van de moedervennootschap moeten twee stappen van elkaar worden onderscheiden. Naast de mogelijkheid tot intrekking van de 403-verklaring, geregeld in artikel 2:404 lid 1 BW, is er de mogelijkheid tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid, geregeld in artikel 2:404 lid 2 BW. Het is niet verplicht om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen na de intrekking van een 403-verklaring. Dit is een optionele mogelijkheid.

5.4 Het intrekken van de 403-verklaring

5.4.1 Intrekkingsverklaring

In navolging van artikel 2:404 lid 1 BW kan een 403-verklaring worden ingetrokken door een intrekkingsverklaring te deponeren.

Het leidt geen twijfel dat voor het intrekken van een 403-verklaring een intrekkingsverklaring is vereist. Nass ziet in de formulering van artikel 2:404 lid 1 BW een aanleiding om een intrekkingsverklaring te zien als ‘een van de vormen’ om een 403-verklaring in te trekken:

> “Er wordt in deze bepaling niet geformuleerd dat de 403-aansprakelijkstelling wordt ingetrokken door het depot van een daartoe strekkende verklaring, maar ‘kan worden ingetrokken’. Aldus is het intrekken van de 403-aansprakelijkstelling door depot van de intrekkingsverklaring een van de vormen waarmee de 403-aansprakelijkstelling voor alle schulden uit toekomstige rechtshandelingen van de rechtspersoon kan worden beëindigd.”[6]

De 403-verklaring kan alleen worden ingetrokken middels een intrekkingsverklaring. Een andere manier van intrekken geeft de wet niet. Een intrekkingsverklaring lijkt mij daarom zonder meer vereist om een 403-verklaring in te trekken. De vraag die natuurlijk wel kan worden gesteld, is wanneer een verklaring kwalificeert als een intrekkingsverklaring. Is bijvoorbeeld een 403-verklaring die een einddatum bevat tevens een intrekkingsverklaring? En hoe zit dat met een 403-verklaring die bepaalt dat de 403-verklaring als ingetrokken moet worden beschouwd wanneer

6 Nass 2019, p. 141.

de groepsband wordt verbroken? De 403-verklaringen waarin dit is opgenomen, kwalificeren mogelijk als 403-verklaring en tevens als intrekkingsverklaring.[7]

5.4.2 Intrekking 403-verklaring: jaarrekeningrechtelijk effect

Een geldige 403-verklaring – die niet is ingetrokken – is een voorwaarde is voor het mogen toepassen van de groepsvrijstelling. De intrekking van de 403-verklaring leidt tot een situatie waarin niet langer aan alle vereisten van artikel 2:403 lid 1 BW wordt voldaan. Wanneer niet meer wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 2:403 BW, mag de groepsvrijstelling niet meer worden toegepast. Dit is de jaarrekeningenrechtelijke consequentie van de intrekking van de 403-verklaring. De dochtervennootschap zal weer een volledige jaarrekening moeten opstellen die voldoet aan de vereisten van titel 2.9 BW.

5.4.3 Intrekking 403-verklaring: verbintenisrechtelijk effect

De intrekking van een 403-verklaring heeft niet slechts jaarrekeningenrechtelijke consequenties. Een andere consequentie van de intrekking is verbintenisrechtelijk van aard. Schuldeisers verliezen de mogelijkheid om een beroep te doen op de 403-verklaring.[8] Dit behoeft enige nuance. De 403-verklaring behoudt gedeeltelijk haar werking in de vorm van de zogenaamde 'overblijvende aansprakelijkheid'. Schuldeisers met vorderingen die voortvloeien uit rechtshandelingen van de dochtervennootschap die zijn verricht vóór de intrekking van de 403-verklaring, kunnen de moedervennootschap nog steeds aanspreken op basis van de reeds ingetrokken 403-verklaring. Ook wanneer deze vorderingen opkomen na de intrekking. Te denken valt aan huurpenningen die verschuldigd raken na de intrekking van een 403-verklaring, voortvloeiend uit een huurcontract dat vóór de intrekking van de 403-verklaring is gesloten. Het criterium is dat de rechtshandeling waar de vordering uit voortvloeit, is verricht vóór de intrekking van de 403-verklaring.

5.4.4 Voorwaarden voor het mogen intrekken van de 403-verklaring

Er bestaat in de praktijk soms verwarring ten aanzien van de vraag of aan bepaalde voorwaarden moet worden voldaan om de 403-verklaring te mogen intrekken. Het is een misvatting dat voor intrekking de groepsband moet zijn verbroken. Dat geldt

7 Zie voorts paragraaf 5.4.5 en 5.4.6.

8 Er wordt in dit kader ook wel gesproken van het tweeledige effect van de intrekkingsverklaring; Houwen e.a. 1993, p. 855.

alleen voor de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Aan de mogelijkheid tot het intrekken van een 403-verklaring worden geen voorwaarden gesteld.[9]

Uiteraard kunnen verbintenisrechtelijk beperkingen zijn gesteld aan de intrekking van de 403-verklaring.[10] Zo kan de moedervennootschap zich contractueel jegens derden hebben verplicht om zekerheid te bieden middels een geldige 403-verklaring. Niet zelden verlangt een verhuurder dat de moedervennootschap een 403-verklaring afgeeft wanneer een huurovereenkomst met de dochter wordt aangegaan. Ook kan het zijn dat de moedervennootschap de vrijgestelde dochtervennootschap heeft toegezegd een 403-verklaring af te zullen geven.[11]

Een restrictie aan de vrijheid van de moedervennootschap om op ieder gewenst moment de 403-verklaring te mogen intrekken, is dat de moedervennootschap geen misbruik mag maken van haar bevoegdheid om de 403-verklaring te kunnen intrekken.[12]

5.4.5 Voorwaarden die worden gesteld aan de wijze van intrekken van de 403-verklaring

De verklaring waarmee de 403-verklaring wordt ingetrokken, de intrekkingsverklaring, dient te worden gedeponeerd[13] bij het Handelsregister. De deponering wordt vervolgens gepubliceerd in de *Staatscourant*[14] of hiervan wordt mededeling gedaan op een daarvoor bestemd deel van de website van de Kamer van Koophandel.[15] Publicatie van de intrekkingsverklaring in een landelijk verspreid dagblad is niet vereist.[16]

---

9 Wel geldt dat dit dient te geschieden door middel van een intrekkingsverklaring, zie de paragraaf hierna.

10 Wanneer contractueel door een schuldeiser wordt bedongen dat een 403-verklaring wordt afgegeven, krijgt de 403-verklaring de status van een contractueel overeengekomen zekerheidsrecht.

11 Zie in dit kader Rb. Arnhem 21 juli 2004, *ROR* 2004/42; Van het Kaar 2004/2005, p. 31-46. De ondernemingsraad van de dochtervennootschap heeft geen adviesrecht ten aanzien van het besluit van de moedervennootschap om de 403-verklaring in te trekken: Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AG3697, *JOR* 2000/174 alsmede Hof Amsterdam, 20 februari 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AG2749, *JOR* 2001/92.

12 Rb. Den Haag 14 mei 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:AL7217, *JOR* 2003/215.

13 De term nederlegging is vervangen door deponering; zie Van der Goes-Lunneker 2016, p. 130-132.

14 De betreffende Kamer van Koophandel draagt hier zorg voor, zie artikel 17 en artikel 31 Handelsregisterwet.

15 Dit is sinds 1 januari 2006 mogelijk geworden door een wijziging van de Handelsregisterwet, Wet van 14 december 2005, *Stb.* 2005/727.

16 De wet stelt dit vereiste niet. Zie bijvoorbeeld ook Rb. Utrecht 28 februari 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BA0020, *r.o.* 5.3: "Anders dan [eiseres] heeft gesteld, was [D.] niet verplicht de beëindiging van de aansprakelijkheid ingevolge de intrekkingsverklaring aan te kondigen

Hoewel het de dochtervennootschap is die de vrijstelling van het 403-regime geniet, is het de moedervennootschap die bevoegd is om (zelfstandig) tot intrekking van een 403-verklaring over te gaan.[17] De dochtervennootschap kan daar in beginsel geen invloed op uitoefenen.[18] Het algemene leerstuk van misbruik van bevoegdheid is uiteraard wel steeds van toepassing en zoals opgemerkt mag de moedervennootschap geen misbruik maken van haar bevoegdheid om de 403-verklaring te kunnen intrekken.[19] De moedervennootschap mag de belangen van de dochter niet onevenredig schaden, zie artikel 3:13 BW.[20]

Gezien de parallel lopende belangen van de moedervennootschap en de dochtervennootschap zal de intrekking niet vaak tot problemen leiden. In faillissementssituaties kan dit mogelijk anders zijn. Een curator van een moedervennootschap zal, handelend in het belang van de schuldeisers, mogelijk bereid zijn om een 403-verklaring in te trekken.

Zoals hiervoor reeds werd vermeld, kan een 403-verklaring worden ingetrokken door een intrekkingsverklaring te deponeren bij het Handelsregister, zie artikel 2:404 lid 1 BW. Dat de intrekking van de 403-verklaring dient te geschieden door een intrekkingsverklaring te deponeren in de publieke registers, is logisch verklaarblaar. De 403-verklaring is eveneens openbaar en derden, in de regel schuldeisers van de dochtervennootschap, zullen vertrouwen ontlenen aan een gedeponeerde 403-verklaring. De openbare 403-verklaring dient op openbare wijze te worden ingetrokken. In dit kader zij gewezen op artikel 25 Handelsregisterwet, waarin de derdenwerking van het deponeren van stukken wordt genoemd van feiten die

---

in een landelijk verspreid dagblad. Het bepaalde in artikel 2:404 lid 3 sub c BW ziet immers – zoals de curatoren van [D.] terecht hebben gesteld – slechts op de zogenaamde 'overblijvende aansprakelijkheid' in de zin van artikel 2:404 lid 2 BW."

17 De bevoegdheid om een 403-verklaring in te trekken komt toe aan het bestuur van de moedervennootschap die de 403-verklaring deponeerde. Bestaat deze moedervennootschap niet meer (bijvoorbeeld door omzetting, fusie of splitsing) dan geldt dat de rechtsopvolgende rechtspersoon bevoegd is om tot intrekking over te gaan. Wanneer het faillissement van de moedervennootschap is uitgesproken, is het de verantwoordelijkheid van de curator om de 403-verklaring in te trekken. Zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 586. Daarbij dient rekening gehouden te worden met de gevolgen daarvan, zoals het herleven van de jaarrekeningenplicht voor de dochtervennootschap en het schenden van eventuele contractuele afspraken die zijn gemaakt ten aanzien van de afgifte van een 403-verklaring met derde partijen.

18 Zie o.a. Rb. Den Haag 14 mei 2003, *JOR* 2003/215, m.nt. Loesberg. Zie in dit kader ook Vzr. Rb. Arnhem 21 juli 2004, *ROR* 2004, nr. 42 en Van het Kaar 2004, p. 31 (36). Aan de orde is een casus waarin de ondernemingsraad van de dochtervennootschap meende enige zeggenschap te hebben over de intrekking van de 403-verklaring door de moedervennootschap. De voorzieningenrechter oordeelde dat dit niet het geval is, aangezien het een bevoegdheid van de moedervennootschap betreft. Het kan echter anders zijn wanneer de moedervennootschap toezeggingen heeft gedaan. Die toezeggingen geven dan mogelijk een grond op basis waarvan het handhaven van een 403-verklaring kan worden afgedwongen.

19 Rb. Den Haag 14 mei 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:AL7217, *JOR* 2003/215.

20 Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, VI.6 Intrekking en beëindiging van de 403-verklaring en zie in dit kader Rb. Den Haag 14 mei 2003, *JOR* 2003/215, m.nt. Loesberg.

door inschrijving of deponering bekend worden gemaakt. Met de intrekking wordt beoogd dat toekomstige schuldeisers van de dochtervennootschap geen beroep meer kunnen doen op de 403-verklaring. Om zich jegens derden te kunnen beroepen op de intrekking van de 403-verklaring geldt dat tegenover derden pas een beroep op de intrekkingsverklaring gedaan kan worden nadat deze is gedeponeerd en deze deponering is gepubliceerd, zie artikel 24 Handelsregisterwet.

Een geldige intrekking van een 403-verklaring kan uitsluitend plaatsvinden wanneer aan de voorwaarden van artikel 2:404 lid 1 BW in samenhang met de toepasselijke bepalingen uit de Handelsregisterwet wordt voldaan.[21] De vraag of een 403-verklaring op een andere wijze kan worden ingetrokken dan op de wijze die artikel 2:404 BW voorschrijft, is daarmee direct beantwoord.[22] Dit lijkt op het eerste gezicht een logische vraag. Toch leert de praktijk dat er altijd vraag is naar speelruimte. Een niet zelden gestelde vraag is bijvoorbeeld of in een 403-verklaring een einddatum kan worden opgenomen.[23] Strikt genomen staat de wet daar niet aan in de weg. Voor een uitgebreidere behandeling van de 403-verklaring die tevens een intrekkingsverklaring is, zij verwezen naar paragraaf 4.9.6.

5.4.6 Alternatieve wijzen van intrekking

5.4.6.1 Algemeen

Als de moedervennootschap aansprakelijkheid uit toekomstige rechtshandelingen van de dochtervennootschap wenst te voorkomen, dient een 403-verklaring te worden ingetrokken. De vergeten 403-verklaring komt echter regelmatig voor.[24] De vergeten 403-verklaring kan zelfs als een algemeen voorkomend probleem worden beschouwd.[25] Het is begrijpelijk dat er in de praktijk de behoefte bestaat om bij voorbaat voorzorgsmaatregelen tegen de situatie van de vergeten 403-verklaring te treffen.

Aangezien de werking van de 403-verklaring nog onbedoeld door kan lopen nadat de vrijstelling reeds is geëindigd, zou kunnen worden gedacht aan een methode die de intrekking koppelt aan de toepassing van de vrijstelling en die

21 Bezien vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid, maar ook bezien vanuit een praktisch oogpunt, zou een vormvoorschrift voor de intrekkingsverklaring m.i. gewenst zijn. Maar net als de aansprakelijkheidsverklaring in de zin van artikel 2:403 BW is ook de intrekkingsverklaring in de zin van artikel 2:404 BW vormvrij.

22 Niels 2010; Ramanna 2008, p. 19 en Bartman & Dorresteijn 2009, p. 238. Anders: Beckman 1995, p. 545 en p. 581 e.v.

23 Een voorstander daarvan is Beckman. Naar zijn mening is art. 2:404 lid BW bedoeld voor situaties waarin een 403-verklaring geen einddatum bevat, zie Beckman 1995, p. 543.

24 Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 10 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO3661, *JOR* 2011/6, m.nt. Bartman.

25 Zie onder meer Slagter 2005, p. 539. In de volgende paragraaf zal uitgebreider op de vergeten 403-verklaring worden ingegaan.

intrekking 'automatisch' regelt. Bij deze methode wordt in de 403-verklaring een tekst toegevoegd.

5.4.6.2 Automatische intrekking bij het bereiken van een einddatum

Een alternatieve methode om te voorkomen dat een 403-verklaring onbedoeld doorloopt en een bron van aansprakelijkheid blijft, is het opnemen van een toekomstige, gefixeerde einddatum in de 403-verklaring. Gedacht kan worden aan een systeem waarbij de 403-verklaring steeds wordt afgegeven voor een jaar, eventueel met de mogelijkheid van een tussentijdse intrekking conform artikel 2:404 lid 1 BW. De tijdelijke 403-verklaring zal dan in de sleutel van artikel 2:404 lid 1 tevens moeten worden beschouwd als een intrekkingsverklaring in de zin van artikel 2:404 lid 1 BW.[26] Voor een uitgebreidere beschouwing omtrent een 403-verklaring die tevens kwalificeert als een intrekkingsverklaring, zij verwezen naar paragraaf 4.9.6. Of het opnemen van een einddatum jaarrekeningrechtelijk gezien leidt tot een ontoereikende 403-verklaring, is de vraag.[27] Verbintenisrechtelijk sorteert het opnemen van een einddatum effect.

5.4.6.3 Automatische intrekking bij verbreking van de groepsband

In een 403-verklaring kan worden opgenomen dat de 403-verklaring als ingetrokken geldt, wanneer de groepsband is verbroken, een variant die in de praktijk wordt toegepast.[28] Het opnemen van de voorwaarde dat de groepsband dient (voort) te bestaan om een 403-verklaring werking te laten hebben, is uitgebreid aan de orde geweest in paragraaf 4.9.6.

Bij de beantwoording van de vraag wat het gevolg van een dergelijke passage in een 403-verklaring is, dient onderscheid te worden gemaakt tussen de jaarrekeningrechtelijke werking van een 403-verklaring en de verbintenisrechtelijke werking van de 403-verklaring.

Indien er in de 403-verklaring een beperking is opgenomen, geldt dat de schuldeiser die een beroep op deze verklaring doet deze beperking tegen zich zal moeten laten gelden.[29] Een betoog van een schuldeiser dat de 403-verklaring niettekstueel dient te worden uitgelegd – en de beperking, die niet in de geest van artikel 2:403 BW is, als ongeschreven dient te worden gehouden – zal waarschijnlijk niet slagen.[30] Zie over de uitleg van de 403-verklaring paragraaf 4.5.

---

26 Als aan alle vereisten van 2:404 BW wordt voldaan, zou dit volgens een strikte lezing van de wet geoorloofd zijn, aldus Ramanna 2008, p. 19 en Beckman 1995, p. 541.

27 Zie in paragraaf 5.4.6.3 de toelichting met betrekking tot de mogelijke jaarrekeningrechtelijke consequenties en de verbintenisrechtelijke consequenties.

28 Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA7433, *JOR* 2007/144.

29 Zie HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *NJ* 2002/447 en Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA7433, *JOR* 2007/144.

30 Zie in dit kader Rb. Arnhem 10 oktober 2002, ECLI:NL:RBARN:2002:AE9452, *JOR* 2003/31.

Wanneer in de 403-verklaring is opgenomen dat de moedervennootschap geen aansprakelijkheid meer aanvaardt voor schulden voortvloeiend uit rechtshandelingen die door de dochtervennootschap zijn verricht nadat de groepsband is verbroken, zal het uitgangspunt zijn dat deze beperking verbintenisrechtelijk geldig is.[31] Betoogd wordt dat dit tot een uitzondering leidt wanneer er misleidende uitlatingen zijn gedaan,[32] bijvoorbeeld wanneer de indruk is gegeven dat de groepsband nog bestond terwijl dat niet het geval was.[33] Het lijkt mij juist dat de algemene regels van het verbintenissenrecht onder specifieke omstandigheden aanleiding kunnen geven voor het bestaan van aansprakelijkheid van de moedervennootschap, ondanks het feit dat er een limitering is opgenomen in de 403-verklaring.[34] Deze specifieke omstandigheden kunnen aanleiding zijn voor een gerechtvaardigd vertrouwen aan de zijde van de schuldeiser.[35]

De Ondernemingskamer heeft zich uitgelaten over het verbintenisrechtelijke effect van een 403-verklaring waarin is opgenomen dat de werking van de 403-verklaring komt te vervallen als de groepsband wordt verbroken. De Ondernemingskamer stelde vast dat wanneer de groepsband eindigt op 31 augustus 2000, daarmee ook de aansprakelijkheid eindigt op 31 augustus 2000, terwijl dit pas voor het eerst naar buiten kenbaar wordt wanneer de jaarrekening over dat jaar wordt gepubliceerd.[36]

Het moge duidelijk zijn dat een schuldeiser die in sterke mate vertrouwt op een 403-verklaring waarin een beperking is opgenomen er verstandig aan doet om voldoende onderzoek te doen en zo nodig op voorhand contractuele voorzorgsmaatregelen te treffen.

Tot zover de verbintenisrechtelijke werking van een 403-verklaring waarin het voortbestaan van de groepsband als voorwaarde is opgenomen. Verbintenisrechtelijk houdt de beperking waarschijnlijk stand maar geldt dit ook voor jaarrekeningrechtelijke werking? De jaarrekeningrechtelijke werking van de vrijstellingsregeling is in feite geregeld in twee wetsartikelen, artikel 2:403 BW en artikel 2:404 BW. Artikel 2:404 BW vormt een aanvulling op artikel 2:403 BW door een aantal aanvullende waarborgen te scheppen. Zo dienen schuldeisers gealarmeerd te worden wanneer de 403-verklaring word ingetrokken. Artikel 2:404 lid 1 BW schrijft voor dat voor een geldige intrekking een intrekkingsverklaring is vereist. Deze moet op basis van de Handelsregisterwet gepubliceerd worden. Een passage in een 403-

31 Tenzij kan worden aangenomen dat strijd bestaat met een wettelijke bepaling en nietigheid volgt op basis van artikel 3:40 BW, zie hierna.

32 In dit geval draait het om uitlatingen van de moedervennootschap. Opgemerkt zij dat verklaringen en gedragingen van de dochtervennootschap in beginsel niet aan de moedervennootschap kunnen worden tegengeworpen. Indien de dochter heeft verklaard dat de groepsband niet was verbroken terwijl dit wel het geval was, kan dit niet aan de moedervennootschap worden tegengeworpen. Zie ook Nieuwenhuis 2009.

33 Van Zoest 2011, par. 2.1.

34 Meer uitvoerig hierover: Van Zoest 2011, par. 2.1.

35 HR 27 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1228, *NJ* 2004/571.

36 Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA7433, *JOR* 2007/144.

verklaring is niet hetzelfde als een intrekkingsverklaring die afzonderlijk wordt gedeponeerd en afzonderlijk als intrekkingsverklaring wordt geregistreerd. Een passage die de groepsband als voorwaarde voor het voortbestaan van de gelding van een 403-verklaring voorschrijft, of woorden van een gelijke strekking, dient het effect van een intrekkingsverklaring te hebben om als intrekking te kunnen gelden.[37] De vraag is of een passage die vermeldt dat de 403-verklaring na het verbreken van de groepsband als ingetrokken dient te gelden, jaarrekeningrechtelijk gezien, houdbaar is.[38] Daarvan is geen sprake wanneer de passage wordt gezien als een beperking die afbreuk doet aan de positie van schuldeisers.

Betoogd kan worden dat een 403-verklaring, die een passage bevat die de groepsband als voorwaarde stelt, voor het voortbestaan van de gelding van een 403-verklaring, een beperking bevat die de positie van schuldeisers van de dochtervennootschap nadelig beïnvloedt en dus niet kwalificeert als een toereikende 403-verklaring. De beperking van de positie van de schuldeisers is gelegen in het feit dat de schuldeisers niet zonder nader onderzoek op de 403-verklaring kunnen vertrouwen. Het is voor schuldeisers vaak niet duidelijk wanneer de groepsband verbreekt. Bovendien kan van schuldeisers niet worden verlangd dat zij steeds in de gaten houden of de dochtervennootschap nog wel tot de groep behoort.[39] Het groepsbandcriterium is bovendien erg moeilijk vast te stellen. De voorwaarden zijn onduidelijk en erg feitelijk van aard.[40]

Naar mijn mening zal steeds moeten worden uitgegaan van de datum waarop voor het eerst voor derden kenbaar was dat de groepsband is verbroken. Als uitgangspunt dient de regeling van artikel 2:404 lid 1 BW steeds in acht te worden genomen. De Ondernemingskamer is kennelijk deze mening niet toegedaan. De Ondernemingskamer stelde vast dat wanneer de groepsband eindigt op 31 augustus 2000, daarmee ook de aansprakelijkheid eindigt op 31 augustus 2000, terwijl dit pas voor het eerst naar buiten kenbaar wordt wanneer de jaarrekening over dat jaar wordt gepubliceerd.[41] Zoals reeds in paragraaf 4.9.6 werd aangegeven, zijn de meningen in de literatuur op dit punt verdeeld.

5.5 Geen verzet mogelijk tegen de intrekking van een 403-verklaring

Anders dan het geval is bij de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid, ex artikel 2:404 lid 3 BW, kan tegen *de intrekking* van een 403-verklaring ex artikel 2:404 lid 1 BW geen verzet worden aangetekend.

---

37 Niels 2010, p. 40 en Ramanna 2008, p. 19.

38 Er ontstaat strijd met artikel 2:404 lid 1 BW. Op basis van artikel 3:40 lid 1 BW zou daar mogelijk de consequentie aan worden verbonden dat de betreffende passage nietig is. Artikel 2:404 lid 1 BW dient derden in het rechtsverkeer te beschermen.

39 Waar kan een schuldeiser deze informatie opvragen? Een groepsband blijkt bijvoorbeeld niet uit het Handelsregister.

40 Van der Kraan 2015-III en Van Zoest 2011, par. 3.1.

41 Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA7433, *JOR* 2007/144.

De in artikel 2:404 BW opgenomen verzetregeling is alleen van toepassing bij de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid.[42] Dat verzet niet mogelijk is tegen de intrekking van een 403-verklaring, is verklaarbaar. De intrekking van een 403-verklaring heeft in beginsel alleen consequenties voor toekomstige schuldeisers. Aan toekomstige schuldeisers hoeft geen verzetrecht of ander rechtsmiddel te worden toegekend. Partijen, die ten tijde van de intrekking als bestaande schuldeisers van de dochtervennootschap kunnen worden aangemerkt, worden beschermd doordat de overblijvende aansprakelijkheid doorloopt.[43] Partijen die toekomstige vorderingen op de dochtervennootschap zullen hebben die voortvloeien uit reeds vóór de intrekking door de dochtervennootschap verrichte rechtshandelingen worden eveneens beschermd. De rechtshandeling waaruit deze vorderingen voortvloeien (bijvoorbeeld het aangaan van een huurovereenkomst) valt onder de reikwijdte van een 403-verklaring. Alle daaruit voortvloeiende vorderingen vallen onder de overblijvende aansprakelijkheid.[44]

5.6 Tijdstip werking intrekkingsverklaring

Tenzij in de intrekkingsverklaring een latere datum wordt opgenomen,[45] heeft een gedeponeerde intrekkingsverklaring onmiddellijke werking. Een vroegere datum opnemen is niet mogelijk. Is van de deponering van de intrekkingsverklaring mededeling gedaan in de *Staatscourant*[46] of is mededeling gedaan op een daarvoor bestemd deel van website van de Kamer van Koophandel,[47] dan vallen schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die zijn verricht na dat moment niet meer onder de reikwijdte van de 403-verklaring.

Voor verbintenissen die kwalificeren als schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die door de dochtervennootschap zijn verricht voor het intrekkingsmoment, geldt dat de moedervennootschap nog wel tot nakoming daarvan kan worden

42 De intrekking van de 403-verklaring geschiedt op basis van artikel 2:404 lid 1 BW. De beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid geschiedt volgens de procedure zoals uiteengezet in artikel 2:404 lid 3 tot en met lid 6 BW.

43 Artikel 2:404 lid 2 BW.

44 Zie onder meer Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI6325; Bartman 2002-II; Zwemmer 2010 en Zwemmer 2011.

45 Verderop in dit hoofdstuk zullen enkele varianten op dit thema aan bod komen.

46 Dit wordt bepaald door artikel 2:404 BW jo. artikel 18 Handelsregisterwet jo. artikel 17 Handelsregisterwet. Eventueel is een verlenging mogelijk van vijftien dagen, wanneer een schuldeiser kan aantonen dat hij onmogelijk kennis had kunnen nemen van de mededeling, zie Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 440 en Willems 1997, p. 15. Anders Beckman 1995, p. 581 e.v.

47 Dit is sinds 1 januari 2006 mogelijk geworden door een wijziging van de Handelsregisterwet, Wet van 14 december 2005, *Stb.* 2005/727.

aangesproken.[48] Zo geldt bijvoorbeeld dat de moedervennootschap aansprakelijk kan worden gehouden voor termijnen die opeisbaar worden na de intrekking van de 403-verklaring maar die voortvloeien uit een duurovereenkomst die werd gesloten vóór de intrekking.[49] Bij de invoering van artikel 2:404 BW is in dit kader opgemerkt:

> "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."[50]

5.7 De overblijvende aansprakelijkheid

5.7.1 Artikel 2:404 lid 2 BW; een opmerkelijke bepaling?

Artikel 2:404 lid 2 BW bepaalt dat de overblijvende aansprakelijkheid blijft voortbestaan:

> Artikel 2:404 lid 2 BW
> 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.

Alvorens in te gaan op de gevolgen van het voortbestaan van deze aansprakelijkheid, merk ik op dat artikel 2:404 lid 2 BW een 'merkwaardige bepaling' is.

Artikel 2:404 lid 2 BW is opmerkelijk tegen de achtergrond van de reguliere regels van de hoofdelijke aansprakelijkheid. Bij hoofdelijke aansprakelijkheid wordt aangenomen dat er evenveel zelfstandige vorderingsrechten als hoofdelijk gebonden schuldenaren zijn. Als de reguliere regels van hoofdelijke aansprakelijkheid van toepassing zijn op de aansprakelijkheid die voortvloeit uit een 403-verklaring, is het niet nodig dat de wet specifiek bepaalt dat deze vorderingsrechten blijven bestaan als de 403-verklaring wordt ingetrokken. Een eenmaal ontstaan vorderingsrecht gaat niet zomaar teniet. Wanneer een vorderingsrecht eenmaal is ontstaan, hoeft de wet het voortbestaan van dat vorderingsrecht niet specifiek te regelen.

---

48 Anders: Kiersch, die stelt dat de moedervennootschap voor vorderingen die voortvloeien uit rechtshandelingen verricht vóór de intrekking, maar pas opeisbaar worden ná de intrekking, niet aansprakelijk zou kunnen worden gehouden (Kiersch 2007, art. 2:404 BW, aant. 1). Een standpunt dat mij gezien de parlementaire geschiedenis maar ook de huidige stand in de rechtspraak en de literatuur moeilijk verdedigbaar lijkt.

49 Zie onder meer Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI6325, *JOR* 2009/279; Bartman 2002-II en Zwemmer 2010.

50 Nota naar aanleiding van het eindverslag, *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11, p. 15.

Artikel 2:404 lid 2 BW heeft het niet over het voortbestaan of het niet teniet gaan van vorderingsrechten. Zoals gezegd, spreekt artikel 2:404 lid 2 BW – wat meer cryptisch – over het voortbestaan van 'overblijvende aansprakelijkheid'. Dit begrip is ruimer dan slechts de reeds ontstane vorderingsrechten. Onder de overblijvende aansprakelijkheid vallen ook vorderingen die nog niet bestaan ten tijde van de intrekking. Daarbij kan worden gedacht aan toekomstige vorderingen die na de intrekking zullen voortvloeien uit rechtshandelingen die reeds voor de intrekking zijn verricht. In bredere zin kan worden gezegd dat de 403-verklaring een verbintenis schept op basis waarvan de mogelijkheid ontstaat om een moedervennootschap aan te spreken. Deze verbintenis is een aanbod van de moedervennootschap dat tot een schuld en een daarmee corresponderende vordering kan leiden wanneer de schuldeiser dit aanbod aanvaardt (bijvoorbeeld door de moedervennootschap aan te spreken). Zowel de verbintenissen die voortvloeien uit een 403-verklaring voordat de moedervennootschap is aangesproken alsook de schulden van de moedervennootschap die zijn ontstaan nadat de moedervennootschap op basis van de 403-verklaring is aangesproken, zijn gevat in de term 'overblijvende aansprakelijkheid'. Kennelijk heeft de wetgever het nodig gevonden om het voortbestaan van dit algehele samenstelsel van verbintenissen specifiek nader te regelen wanneer de rechtsgrond (de 403-verklaring) op basis waarvan deze verbintenissen bestaan, wordt ingetrokken.[51]

Dat de wetgever het voortbestaan van de verbintenissen regelt die uit de 403-verklaring voortvloeien voordat de moedervennootschap is aangesproken, is begrijpelijk. Dat de wetgever het voortbestaan van reeds ontstane vorderingsrechten regelt, is minder begrijpelijk. In het licht van artikel 2:404 lid 2 BW lijkt het erop dat een 403-verklaring niet beoogt direct – zonder aanvaarding van de schuldeiser – meerdere zelfstandige vorderingsrechten te creëeren maar een verbintenis waarvan het voortbestaan nader dient te worden geregeld in de wet.

De mogelijkheid van de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid lijkt op het eerste gezicht een begrijpelijk fenomeen te zijn. Maar deze mogelijkheid levert een opmerkelijke situatie op. Met een eenzijdige verklaring[52] en enkel tijdsverloop wordt een goed (vordering) aan het vermogen van een andere partij onttrokken. De moedervennootschap kan het vorderingsrecht dat aan een derde toebehoort eenzijdig teniet laten gaan. Na het afleggen en publiceren van de

51 Zie echter ook paragraaf 5.8.8.5 en Rb. Rotterdam 15 april 1999, HA ZA 97-2298, ECLI:NL:RBROT:1999:AG3616. Hieruit vloeit de vraag voort of vorderingen waarvoor de moedervennootschap reeds is aagesproken onder de overblijvende aansprakelijkheid vallen, althans onder de aansprakelijkheid waarvan de moederennootschap zich midels de procedure van artikel 2:404 lid 3 BW kan ontdoen.

52 Het gepubliceerde voornemen om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen, zie artikel 2:404 lid 2 sub b BW.

verklaring is enkel nog tijdsverloop nodig[53] voordat het tenietgaan van het vorderingsrecht wordt 'geëffectueerd'. De juridische techniek waarbij een vorderingsrecht teniet gaat doet misschien denken aan verjaring. Maar dit is wezenlijk anders. De 403-vordering gaat teniet. Niet slechts de rechtsvordering om de moedervennootschap aan te kunnen spreken.[54]

Voornoemde constateringen maken artikel 2:404 lid 2 en lid 3 BW naar mijn idee zeer opmerkelijke bepalingen die juridisch moeilijk te duiden zijn en zich ook maar lastig in ons juridisch systeem laten inpassen.

5.7.2 De aansprakelijkheid die resteert na de intrekking van een 403-verklaring

Wanneer de 403-verklaring is ingetrokken, blijft de zogenaamde overblijvende aansprakelijkheid voortbestaan. Zoals in voorgaande paragraaf reeds werd opgemerkt, zie ik het zo dat zowel de verbintenissen die voortvloeien uit een 403-verklaring *voordat* de moedervennootschap is aangesproken alsook de schulden van de moedervennootschap die zijn ontstaan *nadat* de moedervennootschap op basis van de 403-verklaring is aangesproken, zijn gevat in de term overblijvende aansprakelijkheid.

De overblijvende aansprakelijkheid omvat de aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor schulden van de dochtervennootschap voor zover die schulden voortvloeien uit rechtshandelingen verricht voordat de 403-verklaring werd ingetrokken. Dit gaat verder dan aansprakelijkheid voor schulden van de dochtervennootschap die vóór de intrekking zijn ontstaan. Na de intrekking kunnen nog nieuwe schulden van de dochtervennootschap ontstaan die vallen onder de aansprakelijkheid van de moedervennootschap op basis van de reeds ingetrokken 403-verklaring.

Situaties waarin 'nieuwe schulden' voortvloeien uit 'oude rechtshandelingen' doen zich bijvoorbeeld voor bij duurcontracten of situaties waarin in een later stadium wordt ontbonden of schade optreedt. Een concreet voorbeeld is een huurcontract dat is gesloten voordat de 403-verklaring werd ingetrokken. Het huurcontract is na de intrekking van de 403-verklaring nog steeds van kracht en daar vloeien nog steeds huurtermijnen uit voort. Een ander concreet voorbeeld is de situatie waarin na de intrekking van een 403-verklaring komt vast te staan dat de dochtervennootschap een gebrekkige prestatie heeft verricht waar schade uit voortvloeit.

---

53 Hiermee doel ik op het verstrijken van de verzettermijn van twee maanden zoals genoemd in artikel 2:404 lid 5 BW. Iedere schuldeiser kan individueel voorkomen dat zijn wilsrecht dan wel zijn vorderingsrecht teniet gaat. Een schuldeiser kan geen 'collectief verzet' aantekenen. Het verzet heeft geen werking ten aanzien van de rechtspositie van andere schuldeisers.

54 Bij verjaring geldt wel dat niet de vordering maar de mogelijkheid tot het instellen van een rechtsvordering teniet gaat. Dit wordt de zogenaamde zwakke werking van de verjaring genoemd. De rechtsvordering gaat teniet, maar het vorderingsrecht blijft intact. Zie ook Faber 2005, p. 86.

Er bestaat discussie over de omvang van de overblijvende aansprakelijkheid.[55] Ten aanzien van de vraag of schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die door de dochter zijn verricht voordat de 403-verklaring werd afgegeven onder de reikwijdte van de 403-verklaring vallen, zijn de meningen verdeeld.

Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat de heersende opvatting is dat schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die zijn verricht voordat de 403-verklaring werd gedeponeerd onder de reikwijdte van een 403-verklaring vallen en daarmee ook onder de overblijvende aansprakelijkheid van de moedervennootschap vallen.[56] Voor een uitgebreidere beschouwing omtrent de temporele reikwijdte van de 403-verklaring zij verwezen naar paragraaf 4.8.

Bartman, Dorrestein en Olaerts zien een onderscheid tussen de temporele reikwijdte die artikel 2:403 lid 1 sub f voorschrijft en de terminologie die wordt gebruikt in artikel 2:404 lid 2 BW:[57]

> "Wat is eigenlijk de omvang van moeders overblijvende aansprakelijkheid na intrekking? Gewoonlijk wordt – dikwijls stilzwijgend – aangenomen dat die gelijk is aan de op het moment van intrekking op haar dochter rustende, uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden. Wij delen die opvatting niet.
>
> Volgens art. 2:404 lid 2 BW is beslissend voor de vraag of een moedermaatschappij uit haar overblijvende aansprakelijkheid kan worden aangesproken of sprake is van schulden van haar dochter 'die voortvloeien uit rechtshandelingen welke zijn verricht voordat jegens de schuldeiser een beroep op de intrekking kan worden gedaan'. In dit verband kan men drie perioden onderscheiden: namelijk die van vóór het deponeren van de 403-verklaring bij het handelsregister (periode 1), die vanaf haar deponering tot de publicatie van haar intrekking (periode 2) en die van na publicatie van haar intrekking (periode 3). De moeder kan alleen in periode 2 geen beroep doen op de intrekking van haar 403-verklaring. Voor periode 3 geldt dat uiteraard wel. Voor periode 1 is het criterium van art. 2:404 lid 2 BW eenvoudig niet geschreven, er is dan immers nog geen sprake van een 403-verklaring. Moeder kan en hoeft in die periode derhalve geen beroep te kunnen doen op de intrekking daarvan om aansprakelijkheid jegens de schuldeisers van haar dochter te vermijden. Het criterium veronderstelt nu eenmaal het gedeponeerd zijn van een 403-verklaring. Dat betekent dat op haar ook geen overblijvende aansprakelijkheid kan rusten uit rechtshandelingen die zijn verricht in de periode voor deponering. Die periode telt niet mee voor de bepaling van de omvang van de overblijvende aansprakelijkheid. Dit geldt zelfs indien de ingetrokken verklaring dekking bood aan alle op het moment van deponeren bestaande (contractuele) verplichtingen van de dochter en zij in zoverre volledige terugwerkende

55 Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016/VI.6.3.

56 OK 23 juli 2014, *JOR* 2014/233, m.nt. Bartman (VLB/Koks). Zie eerder Hof Amsterdam, 26 juli 2001, *JOR* 2004/94, m.nt. Bartman (Hemony/Van derWoude); Rb. Roermond 25 oktober 2006, *JOR* 2006/289, m.nt. Bartman (Wiermans/Inalfa) en Hof 's-Hertogenbosch 7 april 2009, *JOR* 2009/160, m.nt. Bartman, *JIN* 2009/402, m.nt. Van 't Spijker/Hament (BIA Beheer/Van de Mortel c.s.). Anders Rb. Arnhem 10 oktober 2002, *JOR* 2003/31, m.nt. Bartman (Resila/Spectro).

57 Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, VI 6.3.

> kracht had. De temporele reikwijdte van de 403-verklaring beïnvloedt in zoverre niet de omvang van de overblijvende aansprakelijkheid."

Mij is niet duidelijk op welke grond deze benadering steunt. Daarbij maakt deze benadering de materie nodeloos ingewikkeld. Op basis van de theorie van Bartman, Dorrestein en Olaerts zijn er verschillende stukjes aansprakelijkheid die al dan niet kunnen worden beëindigd dan wel voor altijd blijven voortbestaan. Los van de praktische onwenselijkheid, geeft artikel 2:404 lid 2 BW – dat zeer generiek bepaalt dat de overblijvende aansprakelijkheid alle 'schulden'[58] betreft die voortvloeien uit rechtshandelingen die vóór de intrekking zijn verricht – geen aanleiding om dit onderscheid te maken:

> Artikel 2:404 lid 2 BW
> 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.

Uiteraard wordt de omvang van de aansprakelijkheid van de moedervennootschap die resteert na de intrekking van de 403-verklaring beïnvloed door de tekst van de 403-verklaring. Is in die tekst bijvoorbeeld een temporele beperking opgenomen, dan is de aansprakelijkheid van de moedervennootschap reeds vóór de intrekking van de 403-verklaring al op temporeel vlak beperkt. Is de 403-verklaring niet temporeel beperkt, dan omvat de overblijvende aansprakelijkheid eveneens de aansprakelijkheid van schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die voor het deponeren van de 403-verklaring door de dochtervennootschap zijn verricht. Ik zie geen reden om aan te nemen dat artikel 2:404 lid 2 niet voor die aansprakelijkheid is geschreven.[59] De moedervennootschap zou dan nooit van die aansprakelijkheid af kunnen komen. Ook niet voor schulden die vele jaren na het verbreken van de groepsband op zouden komen. Dit lijkt mij uiterst onwenselijk. Temeer omdat er een gerechtelijke toetsing openstaat voor schuldeisers die vrezen zonder verhaal achter te blijven. Zie voor de gedachte die de mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen rechtvaardigt paragraaf 5.8.2.

---

58 Het begrip schuld kan ruim worden opgevat. Het kan naar mijn idee een verplichting tot het gestand doen van iedere verbintenis inhouden. Dat kan onder meer zijn een doen of een nalaten, het voldoen van een geldsom of het overdragen van een recht of een goed.

59 Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, VI.6.3: "Die periode telt niet mee voor de bepaling van de omvang van de overblijvende aansprakelijkheid. Dit geldt zelfs indien de ingetrokken verklaring dekking bood aan alle op het moment van deponeren bestaande (contractuele) verplichtingen van de dochter en zij in zoverre volledige terugwerkende kracht had. De temporele reikwijdte van de 403-verklaring beïnvloedt in zoverre niet de omvang van de overblijvende aansprakelijkheid."

5.8 De beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid

5.8.1 De voorwaarden voor de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid

Na de intrekking van de 403-verklaring blijft de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die zijn verricht voor de intrekking van de 403-verklaring voortbestaan.[60] Zoals in de vorige paragraaf is beschreven, hangt de omvang van de overblijvende aansprakelijkheid af van de aansprakelijkheid die de moedervennootschap op basis van (de tekst van) de 403-verklaring op zich heeft genomen. De beëindiging van deze overblijvende aansprakelijkheid is de tweede stap op weg naar de volledige beëindiging van het 403-regime en de gevolgen daarvan.

De moedervennootschap zal aansprakelijkheid voor schulden van de voormalige dochtervennootschap die het concern heeft verlaten, wensen te beëindigen. Voor de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid dient een aparte procedure te worden doorlopen volgend op de intrekking van de 403-verklaring.[61] De beëindiging is geen automatisch gevolg van de intrekking van de 403-verklaring.

In artikel 2:404 lid 3 BW worden vier cumulatieve[62] voorwaarden voor de opheffing van de oude aansprakelijkheid genoemd. Dit zijn de volgende voorwaarden:

- de rechtspersoon[63] behoort niet meer tot de groep;
- een mededeling van het voornemen tot beëindiging heeft ten minste twee maanden lang ter inzage gelegen ten kantore van het handelsregister;

60 Hieronder vallen schulden uit reeds voor de intrekking verrichte rechtshandelingen. Zie in duidelijke bewoordingen *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11, p. 15: "Intrekking betekent dat geen nieuwe aansprakelijkheid ontstaat zodra jegens schuldeisers een beroep op intrekking kan worden gedaan. Uit artikel 31 van de Handelsregisterwet volgt dat als regel jegens hen een beroep op de intrekking kan worden gedaan nadat in de Staatscourant is bekend gemaakt dat de verklaring tot intrekking is neergelegd. 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."

61 De intrekking van een 403-verklaring is geregeld in artikel 2:404 lid 1 BW. Voor de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid dient een aparte procedure te worden doorlopen. Deze procedure is geregeld in artikel 2:404 lid 2 tot en met lid 6 BW. Voor de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid is vereist dat de 403-verklaring is ingetrokken. Er bestaat discussie over de vraag of deze beëindigingsprocedure (waar een verzetstermijn van twee maanden onderdeel van uitmaakt) reeds kan worden aangevangen voordat de 403-verklaring is ingetrokken, of dat slechts is vereist dat de 403-verklaring is ingetrokken wanneer de beëindigingsprocedure wordt afgerond.

62 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 586.

63 Met 'de rechtspersoon' wordt de (voorheen) vrijgestelde rechtspersoon bedoeld. Althans ik lees de wet niet anders. Daarmee zou het zijn uitgesloten dat wanneer alleen de moeder de groep verlaat (bijvoorbeeld door de moeder te vervangen), de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid mogelijk is.

- ten minste twee maanden zijn verlopen na de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad dat en waar de mededeling ter inzage ligt;
- tegen het voornemen heeft de schuldeiser niet tijdig verzet gedaan of zijn verzet is ingetrokken dan wel bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak ongegrond verklaard.

Wanneer niet aan een van die voorwaarden wordt voldaan, is het gevolg dat de overblijvende aansprakelijkheid is blijven bestaan, ook al wordt de procedure van artikel 2:404 lid 3 BW tot en met artikel 2:404 lid 6 BW – in dat geval zonder effect – doorlopen.[64]

5.8.2 De Nederlandse regeling inzake de beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid is uniek

De Europese groepsvrijstellingsregeling biedt de mogelijkheid tot het beëindigen van overblijvende aansprakelijkheid niet. De groepsvrijstellingsregelingen van andere lidstaten bieden de mogelijkheid tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid eveneens niet. De Nederlandse regeling die de moedervennootschap de mogelijkheid biedt om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen, is uniek.

5.8.3 Rechtvaardiging voor de mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen

De Nederlandse regeling om de overblijvende aansprakelijkheid te kunnen beëindigen mag dan uniek zijn, de gedachte dat de overblijvende aansprakelijkheid kan worden beëindigd, is niet zo vreemd.

De mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen, bestaat alleen wanneer de dochter het concern verlaat en de groepsband tussen de groep en de dochtervennootschap wordt verbroken.[65] Wanneer een dochtervennootschap het concern heeft verlaten, moet worden voorkomen dat een ex-moedervennootschap nooit van de aansprakelijkheid af zou kunnen komen. Het zou vreemd zijn wanneer een moedervennootschap die bijvoorbeeld in 2015 een dochtervennootschap heeft verkocht, in 2030 wordt aangesproken voor de huur die de betreffende dochtervennootschap in juni 2030 niet heeft betaald.

De regeling van de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid kent bij een juiste toepassing een vrij uitgebalanceerd systeem, omgeven met diverse

64 Van Zoest 2016, p. 59-60.

65 Een interessante vraag die tot op heden nog niet in de rechtspraak is beantwoord, is de vraag of de verbreking van de groepsband tussen de moedervennootschap en de groep ook heeft te gelden als een verbreking van de groepsband zoals bedoeld in artikel 2:404 lid 3 sub a BW.

waarborgen. Schuldeisers kunnen tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid in verzet komen (welk verzet gegrond zal worden verklaard als de schuldeisers het risico lopen onbetaald achter te blijven)[66] en de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid is alleen toegestaan wanneer de dochtervennootschap de groep van de moedervennootschap heeft verlaten. Tegen deze achtergrond kan worden beargumenteerd dat het opnemen van de mogelijkheid tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid verdedigbaar is. Daarbij komt deze mogelijkheid tegemoet aan een zeer legitieme praktijkbehoefte. Wanneer de mogelijkheid tot het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid niet zou bestaan, zou de voormalige moedervennootschap tot in lengte van dagen kunnen worden achtervolgd met schulden van de dochtervennootschap. Dit terwijl de moedervennootschap de regie over die dochtervennootschap reeds al lang is verloren.

De rechtvaardigingsgrond voor het bestaan van aansprakelijkheid van de moedervennootschap komt te vervallen wanneer de dochtervennootschap haar jaarrekening weer gaat publiceren. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap heeft in het kader van de groepsvrijstelling het karakter van een compensatiemaatregel.[67] Het compenseert het gebrek aan inzicht. Is het inzicht terug, dan bestaat er – op basis van de groepsvrijstelling en de daaraan ten grondslag liggende gedachte – geen grond meer om de hoofdelijke aansprakelijkheid te handhaven. Het uitgangspunt moet dan ook zijn dat weer terug wordt gekeerd naar de normale situatie waarin iedere rechtspersoon zijn eigen jaarstukken deponeert en iedere rechtspersoon zijn eigen verplichtingen voortvloeiend uit de door hemzelf verrichte rechtshandelingen nakomt. Brengt dit uitgangspunt onaanvaardbare gevolgen voor derden met zich mee, dan leidt de gedachte achter de derdenbescherming[68] tot de conclusie dat een uitzondering moet worden gemaakt op dit uitgangspunt.

Uiteraard leent het uitgangspunt dat de moedervennootschap zich van haar aansprakelijkheid kan ontdoen zo gauw de dochtervennootschap weer een jaarreke-

66 Zie artikel 2:404 lid 2 t/m lid 6 BW voor de verzetregeling.

67 *Kamerstukken II* 1969/70, 10698, nr. 4, p. 30. Zie voorts onder meer Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 583; Beckman 1995, p. 627-628 en Niels 2010, par. 3.2 en Spierings 2016, par. 6.2.1, nr. 250. Zwemmer spreekt van de compensatieratio, zie Zwemmer 2010. De Rechtbank Rotterdam heeft dit eens duidelijk verwoord als volgt: "4.1.1 De achtergrond van de 403-verklaring is dat derden de financiële positie van hun (beoogde) contractuele wederpartij moeten kunnen beoordelen, hetgeen niet kan gebeuren aan de hand van de jaarrekening van die wederpartij indien voor haar een groepsvrijstelling geldt. In dat geval is noodzakelijk dat de moeder, wier jaarrekening wel gepubliceerd wordt, mede – hoofdelijk – aansprakelijk is. Hierdoor wordt de onmogelijkheid om de financiële positie van de vrijgestelde dochter te beoordelen gecompenseerd.", zie Rb. Rotterdam, 16 april 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI1676 *r.o.* 4.1.1.

68 Uiteraard moeten belangen steeds worden gewogen. Het feit dat bekend is dat de aansprakelijkheid op basis van een 403-verklaring kan worden beëindigd en het feit dat de hoofdelijke aansprakelijkheid slechts dient ter compensatie voor een (mogelijk tijdelijk) gebrek aan inzicht,

ning dient te publiceren, zich voor misbruik. Schuldeisers kunnen eenvoudig worden verrast wanneer bij hernieuwde publicatie van de jaarstukken van de dochtervennootschap blijkt dat de dochtervennootschap niet in staat blijkt te zijn om haar schulden te voldoen en binnen korte tijd failliet zal gaan. Voor die bijzondere situatie, is het terecht dat schuldeisers in verzet kunnen komen en hun aanspraak jegens de moedervennootschap niet verliezen. Is er echter geen gegronde reden om aan te nemen dat de dochter die haar jaarstukken weer publiceert de rekeningen niet zal betalen dan dient het verzoek om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen te worden gehonoreerd. De aansprakelijkheid die een 403-verklaring biedt, geeft op deze wijze de waarborg die deze jaarrekeningenrechtelijke faciliteit verlangt. De aansprakelijkheid die een 403-verklaring biedt, vervangt niet de reguliere zekerheden die een schuldeiser bij een dochtervennootschap kan bedingen en behoort dat ook niet te doen.

5.8.4 Beëindiging overblijvende aansprakelijkheid bij beëindigen 403-regime: vanzelfsprekend?

De hoofdelijke aansprakelijkheid die de moedervennootschap op zich heeft genomen, is geen reguliere zekerheid maar een compensatie voor het gebrek aan inzicht in de jaarstukken van de dochtervennootschap.[69] Deze compensatie dient logischerwijs te eindigen wanneer de dochtervennootschap stopt met de toepassing van de vrijstelling en haar jaarstukken weer gaat publiceren. Het inzicht is weer terug en de ratio achter de compenserende aansprakelijkheid vervalt.

Hoewel bij de herleving van de jaarrekeningenplicht van de dochtervennootschap de reden voor de compenserende aansprakelijkheid van de moedervennootschap vervalt, wordt de overblijvende aansprakelijkheid bij de herleving van de jaarrekeningenplicht niet automatisch beëindigd. Dat was bij de voorloper van artikel 2:403 BW wel het geval. De overblijvende aansprakelijkheid eindigde automatisch na verloop van drie jaar, te rekenen vanaf het moment dat de dochter de groep had verlaten.[70]

---

is een wetenschap die aan een derde mag worden toegerekend. Dit is namelijk een wezenlijk onderdeel van en een van de grondgedachten achter de 403-regeling. Een door een derde gepretendeerd vertrouwen dat de hoofdelijke aansprakelijkheid voor altijd zal voortduren is naar mijn idee geen gerechtvaardigd vertrouwen.

69 De compensatiegedachte kan als algemeen aanvaarde grondslag voor de aansprakelijkheid van de moedervennootschap worden beschouwd. De compensatiegedachte blijkt uit de wetsgeschiedenis en is aanvaard in de literatuur. Zie onder meer Bartman & Dorresteijn 2009, p. 225 en Van Schilfgaarde e.a. & Winter 2013.

70 In de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11, p. 15) is over de oude regeling te lezen: "Indien de rechtspersoon echter ophoudt groepsmaat-schappij te zijn, eindigt deze aansprakelijkheid drie jaar nadien, volgens het geldende artikel 403, lid 2. Aan deze bepaling kleven twee bezwaren: de voor schuldeisers soms onbekende datum waarop de groepsband eindigt en, veel belangrijker, de onmogelijkheid voor schuldeisers om zich zo

Op basis van de huidige regeling, zoals neergelegd in artikel 2:403 BW en artikel 2:404 BW, dient voor de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid een speciale procedure te worden doorlopen.[71] Daarbij geldt dat deze beëindigingsprocedure uitsluitend succesvol kan worden doorlopen wanneer de dochtervennootschap de groep van de moedervennootschap heeft verlaten.[72] Wanneer de dochtervennootschap de groep niet verlaat, is de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid in het geheel niet mogelijk.[73] Ook niet na het verloop van jaren.

---

nodig teweer te stellen tegen het verlies van deze verhaalsmogelijkheid. Op aansporing van de Commissie Vennootschapsrecht en in overleg met het Nederlandse Genootschap van Bedrijfsjuristen is daarom een regeling ontworpen die aan beide bezwaren tegemoet komt door aan de schuldeisers eenverzetrechtte geven en de datum van het einde van de aansprakelijkheid te koppelen aan een openbare kennisgeving. Dit voorstel bewaart het evenwicht tussen de belangen van de schuldeisers die op de aansprakelijk-stelling zijn afgegaan en het belang van de maatschappij die zich aanspra-kelijk stelde dat de aansprakelijkheid niet nog tientallen jaren kan blijven doorlopen nadat alle banden met de betrokken ex-groepsmaatschappij zijn verbroken. Huurovereenkomsten bij voorbeeld blijven immers vaak lang in stand."

71 In de literatuur wordt betoogd dat de beëindigingprocedure van artikel 2:404 BW een onnodige verzwaring is; zie: Beckman 1995, p. 535-536 en p. 588.

72 In de rechtspraak is aan de orde geweest of een schuldeiser die bij het aangaan van de overeenkomst weet dat de groepsband verbroken is, een beroep kan doen op de 403-verklaring of dat de redelijkheid en billijkheid daaraan in de weg staat. Zie: Rb. Utrecht, 31 juli 1996, *JOR* 1996/96, *r.o.* 6.4: "Dat neemt niet weg dat zich omstandigheden kunnen voordoen die in het in dividuele geval tot gevolg hebben dat een beroep op de aansprakelijkverklaring in strijd met de redelijkheid en billijkheid is. Tot die omstandigheden zou kunnen behoren de wetenschap dat B.K.H., ten tijde van het aangaan van de transactie waaruit de vordering op B.K.H. voortvloeide, niet meer tot de Haverkort-Groep behoorde. Het door Haverkort B.V. dienaangaande in zijn algemeenheid gestelde is met betrekking tot individuele crediteuren niet feitelijk onderbouwd, zodat dit verweer in deze verzetprocedure niet gehonoreerd kan worden. Dat neemt niet weg dat bij de aansprakelijkheidstelling zelf deze omstandigheid alsnog met succes aan de orde kan worden gesteld." De vraag is of dit verweer daadwerkelijk succesvol zal zijn. Over het algemeen vindt een vrij formele benadering plaats en worden de regels strikt toegepast en is er voor een moedervennootschap, die na verbreking van de groepsband is vergeten om de 403-verklaring in te trekken, geen genade. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 15 april 1999, ECLI:NL:RBROT:1999:AG3616, *Ondernemingsrecht* 1999/50, m.nt. Winter; Rb. Utrecht 31 juli 1996, *JOR* 1996/96; Rb. Rotterdam 15 april 1999, *JOR* 1999/119; Rb. Almelo 24 juni 2008, RO 2008/65, *JOR* 2008/227, m.nt. Bartman; Rb. Rotterdam 16 april 2009, RO 2009/52, *JOR* 2009/61, m.nt. Van der Zanden en Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, *JOR* 2010/94, m.nt. Bartman. Zie voorts: Nass 2013.

73 *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11, p. 16: "Overeenkomstig de bestaande regel is voor het beëindigen van de aansprakelijkheid een eerste vereiste dat de groepsmaatschappij die hoofdschuldenares is, niet meer tot de groep behoort. Pas het doorsnijden van de groepsband geeft aanleiding om ook de nog overgebleven banden wegens de eens afgelegde maar later ingetrokken aansprakelijkstelling af te wikkelen. Omdat het vervullen van de andere vereisten voor de mede aansprakelijke maatschappij met betrekking tot schulden die uit rechtshandelingen voortvloeien geen gat brengt zolang de groepsband nog bestaat, brengt dit vereiste haar ertoe pas een mededeling tot beëindiging van haar aansprakelijkheid te doen in het vooruitzicht op het slaken van de groepsband."

Succesvol verzet van schuldeisers kan de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid beletten. Schuldeisers die menen dat de vermogenspositie van de dochter niet voldoende zekerheid biedt voor het verhaal van hun vordering, kunnen op individuele basis in verzet komen tegen de voorgenomen beëindiging. Het verzet heeft relatieve werking. Dat houdt in dat iedere schuldeiser zelf in verzet dient te komen wanneer hij meent dat de vermogenspositie van de dochter niet voldoende zekerheid biedt voor het verhaal van zijn vordering. Bij gegrondverklaring van het verzet van een schuldeiser eindigt de hoofdelijke aansprakelijkheid alleen niet ten aanzien van die schuldeiser.

De verzetregeling is opgenomen in artikel 2:404 lid 3 tot en met lid 6 BW:[74]

> Artikel 2:404 lid 3 t/m lid 6 BW
> 3. De overblijvende aansprakelijkheid wordt ten opzichte van de schuldeiser beëindigd, indien de volgende voorwaarden zijn vervuld:
> a. de rechtspersoon behoort niet meer tot de groep;
> b. een mededeling van het voornemen tot beëindiging heeft ten minste twee maanden lang ter inzage gelegen ten kantore van het handelsregister;
> c. ten minste twee maanden zijn verlopen na de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad dat en waar de mededeling ter inzage ligt;
> d. tegen het voornemen heeft de schuldeiser niet tijdig verzet gedaan of zijn verzet is ingetrokken dan wel bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak ongegrond verklaard.
> 4. Indien de schuldeiser dit verlangt moet, op straffe van gegrondverklaring van een verzet als bedoeld in lid 5, voor hem zekerheid worden gesteld of hem een andere waarborg worden gegeven voor de voldoening van zijn vorderingen waarvoor nog aansprakelijkheid loopt. Dit geldt niet, indien hij na het beëindigen van de aansprakelijkheid, gezien de vermogenstoestand van de rechtspersoon of uit anderen hoofde, voldoende waarborgen heeft dat deze vorderingen zullen worden voldaan.
> 5. Tot twee maanden na de aankondiging kan de schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt, tegen het voornemen tot beëindiging verzet doen door een verzoekschrift aan de rechtbank van de woonplaats van de rechtspersoon die hoofdschuldenaar is.
> 6. De rechter verklaart het verzet slechts gegrond nadat een door hem omschreven termijn om een door hem omschreven waarborg te geven is verlopen, zonder dat deze is gegeven.

Het is onder de huidige regeling van artikel 2:403 BW en artikel 2:404 BW en daarover te vinden jurisprudentie[75] allerminst vanzelfsprekend dat de moedervennootschap van de overblijvende aansprakelijkheid af zal komen. De positie van

74 Art. 2:404 BW is nieuw vastgesteld bij de Wet van 12 december 1985, *Stb.* 1985/656, en in werking getreden op 20 januari 1986 (zie KB van 1 januari 1986, *Stb.* 1986/3). De mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid te kunnen beëindigen, is weloverwogen door de wetgever in de vrijstellingsregeling opgenomen. *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11, p. 15: "Dit voorstel bewaart het evenwicht tussen de belangen van de schuldeisers die op de aansprakelijkstelling zijn afgegaan en het belang van de maatschappij die zich aansprakelijk stelde."

75 Blijkens recente jurisprudentie wordt verzet vrij snel gegrond verklaard. Zie onder meer Bartman & Van der Kraan 2017, p. 921-927.

schuldeisers lijkt aan terrein te winnen. Een verzoek tot verzet lijkt in steeds meer situaties te slagen[76] en aan de onderbouwing van de vorderingen, waarvoor zekerheid kan worden verlangd op straffe van gegrondverklaring van het verzet, lijken amper eisen te worden gesteld.[77] Bij het deponeren van de 403-verklaring zal er ernstig rekening mee moeten worden gehouden dat de overblijvende aansprakelijkheid niet zal kunnen worden beëindigd. Zelfs niet als de dochter het concern heeft verlaten en weer gewoon haar volledige jaarstukken publiceert.

5.8.5 Compenserende waarborg is geen regulier zekerheidsrecht

Het uitgangspunt is dat de overblijvende aansprakelijkheid kan worden beëindigd wanneer de toepassing van het groepsregime eindigt. Nadat het 403-regime wordt beëindigd, wordt teruggekeerd naar de 'natuurlijke' situatie: de schuldeiser heeft een vordering op de dochtervennootschap en de dochtervennootschap dient die vordering te voldoen. Bij een reguliere vordering is van een zekerheid die wordt verstrekt door een derde partij geen sprake. Een regulier persoonlijk of zakelijk zekerheidsrecht kan wel additioneel zijn bedongen. Een 403-verklaring heeft niet het doel en de strekking om een dergelijk regulier zekerheidsrecht te zijn en de aanwezigheid van een 403-verklaring staat er niet aan in de weg dat een reguliere zekerheid wordt bedongen.

Bij de beëindiging van de vrijstellingsregeling, zou naar mijn mening weer terug moeten worden gekeerd naar de 'natuurlijke situatie'. Slechts wanneer bij de herleving van de publicatieplicht blijkt dat de dochtervennootschap er financieel slecht voorstaat, zou hierop een uitzondering moeten worden gemaakt. Voor een goede werking van de groepsvrijstellingsregeling mag niet uit het oog worden verloren dat de zekerheid die een 403-verklaring een schuldeiser beoogt te geven een compensatie is voor een (tijdelijk) gebrek aan inzicht.[78] Niet meer en niet minder. Een 403-verklaring geeft geen garantie op een zekerheid die eindeloos zal voortduren. Op voorhand is bekend dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap kan worden beëindigd wanneer de vrijstelling niet meer wordt toegepast. Wil een contractspartij een gegarandeerde zekerheid hebben die niet kan worden beëindigd, dan kan hij dit natuurlijk altijd bedingen.

Niet vergeten moet worden dat de hoofdelijke aansprakelijkheid op basis van een 403-verklaring een onderdeel is van een meeromvattende regeling: een jaarrekeningrechtelijke faciliteit. Binnen die regeling is het één van de componenten die de vrijstellingsregeling in balans tracht te brengen. Het is een compensatie voor het gebrek aan inzicht zolang de vrijstelling wordt toegepast. Komt dat inzicht

76 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546.

77 Rb. Rotterdam 29 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7610, *JOR* 2015/295, m.nt. Bartman.

78 De hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap die wordt geboden in ruil voor het gebrek aan inzicht, wordt ook wel een compenserende waarborg genoemd.

terug en blijkt de dochter financieel gezond, dan vervalt de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap. Anders dan een regulier zekerheidsrecht heeft de hoofdelijke aansprakelijkheid, die een moedervennootschap dient te vertrekken in het kader van het groepsregime, niet dezelfde functie van een regulier zekerheidsrecht.[79] De hoofdelijke aansprakelijkheid op basis van een 403-verklaring is geen zekerheidsrecht zoals reguliere zekerheidsrechten welke geen onderdeel zijn van een jaarrekeningrechtelijke regeling. Indien aan de 403-aansprakelijkheid de status van een regulier zekerheidsrecht wordt toegedicht, dan kan dat de groepsvrijstellingsregeling uit balans brengen.

Een verstoring van het uitgebalanceerde systeem van de vrijstellingsregeling is ongewenst. De vrijstellingsregeling is om belangrijke praktische redenen in het leven geroepen. Alternatieve vrijstellingsregelingen zijn er niet. Alternatieve zekerheidsrechten zijn er wel. Te denken valt aan borgstelling, een garantie, een patronaatsverklaring, een *letter of comfort,* enzovoort.

Helaas lijkt de hoofdelijke aansprakelijkheid van de Nederlandse vrijstellingsregeling steeds meer te divergeren naar een regulier zekerheidsrecht[80] – voor alle mogelijke claims die een schuldeiser op basis van een bestaande rechtsverhouding kan bedenken[81] – waarop een schuldeiser altijd moet kunnen vertrouwen alsook op het voortduren daarvan. De Hoge Raad heeft in dit kader overwogen:[82]

> "Door een 403-verklaring stelt een rechtspersoon die financiële gegevens heeft geconsolideerd op de voet van art. 2:403 lid 1, aanhef en onder c, BW (hierna: moedermaatschappij), zich hoofdelijk aansprakelijk voor de uit rechtshandelingen van de tot een groep behorende rechtspersoon waarvan zij die financiële gegevens heeft geconsolideerd (hierna: groepsmaatschappij). Een derde die een overeenkomst sluit met een groepsmaatschappij als zojuist bedoeld, doet dit in de regel mede in vertrouwen op deze hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij en het voortduren daarvan. Uit de regeling van art. 2:404 BW en de hiervoor in 5.1.4 aangehaalde toelichtingen volgt dat dit vertrouwen ook bescherming verdient bij beëindiging van de (mogelijk) overblijvende aansprakelijk-

79 Zie bijvoorbeeld De Kluiver 2002, p. 100; "De regeling van artikel 2:403 BW heeft in zijn huidige opzet een beperkte betekenis. Deze is niet primair bescherming van crediteuren in ruime zin, maar het bieden van een mogelijkheid aan dochtervennootschappen om af te kunnen zien van de uitgebreide regels van het jaarrekeningenrecht."

80 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, SNS/Curatoren c.s. Zie over deze problematiek: Bartman & Van der Kraan 2017, p. 921-927. Over deze vraag kan uiteraard worden gediscussieerd. Zie bijvoorbeeld anders: Van Schilfgaarde in zijn noot bij HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, SNS/Curatoren c.s., *NJ* 2018/26, waarin hij een pleidooi lijkt te voeren waarbij belangen van schuldeisers voorop worden gesteld, alsof de zekerheid die aan een 403-verklaring wordt ontleend gelijk moet worden gesteld aan een reguliere zekerheid.

81 Zolang niet gezegd kan worden dat een claim 'onmiskenbaar ongegrond is (HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546), komt de moedervennootschap niet van haar aansprakelijkheid af', hetgeen een perverse prikkel kan vormen voor een schuldeiser om voor marginaal tot niet onderbouwde hoge vorderingen zekerheid te verlangen waarmee de schuldeiser zich ten onrechte in een gunstige onderhandelingspositie kan manoeuvreren (Rb. Rotterdam 29-09-2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7610, *JOR* 2015/295).

82 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, *r.o.* 5.1.5.

> heid. Een moedermaatschappij die deze aansprakelijkheid wil beëindigen, behoort dat niet te kunnen doen ten koste van de zekerheid van de schuldeiser voor de voldoening van een vordering waarvoor nog (mogelijke) aansprakelijkheid loopt."

De vraag is of de Hoge Raad met deze overweging het karakter van de vrijstellingsregeling en de compensatiegedachte achter de hoofdelijke aansprakelijkheid miskent. Het voortduren van de hoofdelijke aansprakelijkheid dient niet als een gegeven te worden beschouwd. Daarop kan dan ook niet worden vertrouwd. De vrijstellingsregeling heeft in beginsel juist een tijdelijk karakter.[83]

In *rechtsoverweging* 5.1.4 van voornoemde uitspraak van de Hoge Raad wordt verwezen naar de totstandkomingsgeschiedenis van art. 2:404 BW.[84] Uit de aangehaalde parlementaire geschiedenis blijkt dat is beoogd dat de regeling het evenwicht bewaart tussen het belang van de schuldeiser die op de 403-verklaring is afgegaan en het belang van de rechtspersoon die de 403-verklaring heeft afgelegd en die na het verbreken van de groepsband zijn aansprakelijkheid uit hoofde van deze verklaring wil beëindigen. Daarom mag de positie van de schuldeiser niet formeel of materieel verzwakken. Over het antwoord op de vraag of de benadering van de Hoge Raad bijdraagt aan het evenwicht of het evenwicht juist verstoort, kan verschillend worden gedacht. De parlementaire geschiedenis waar de Hoge Raad naar verwijst, ondersteunt zijn visie niet.

Naar mijn idee wordt het evenwicht juist gebracht door het feit dat de moedervennootschap niet tot in lengte van dagen kan worden achtervolgd door schulden van een dochtervennootschap die de groep al lang heeft verlaten en prima in staat is haar schulden zelf te voldoen.

De Hoge Raad toetst in zijn arrest niet de vraag of de vermogenspositie van de dochtervennootschap voldoende waarborgen biedt. Los van het feit dat dit *in casu* waarschijnlijk tot gerechtvaardigde zorgen van de schuldeisers zou leiden, zou de Hoge Raad dit criterium dat duidelijk in de wettekst is opgenomen, moeten noemen in zijn motivatie. Nu lijkt het erop dat de Hoge Raad de wetsgeschiedenis[85] prevaleert boven de uiteindelijke – toch niet erg onduidelijke – wettekst.

---

83 Dat de groepsvrijstelling een tijdelijk karakter heeft, wordt het best onderstreept door het bestaan van artikel 2:404 BW (de 403-verklaring kan op ieder moment worden ingetrokken en de overblijvende aansprakelijkheid moet kunnen worden beëindigd). In de bijbehorende parlementaire geschiedenis valt duidelijk de gedachte daarachter te lezen. De moeder dient niet tot in lengte van dagen te worden achtervolgd door aansprakelijkheden van een vennootschap waarvan zij is vervreemd, een reeds al lang uitgevaren dochter. Duidelijk is bovendien dat over de keus om de vrijstelling toe te passen, jaarlijks opnieuw door het bestuur en de aandeelhouders van de dochtervennootschap moet worden beslist. Is dit tijdelijke karakter erg voor een schuldeiser? Nee. Niet meer of minder dan anders het geval zou zijn, verkeert een schuldeiser bij het aangaan van een overeenkomst in de positie om een reguliere zekerheid te bedingen, zoals een pandrecht of een garantie.

84 *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11, p. 15-16.

85 Welke overweging overigens in algemene bewoordingen over een evenwichtige belangenafweging spreekt maar beslist niet aangeeft dat die belangenafweging in het voordeel van de schuldeiser dient te worden beslist.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad enigszins selectief gebruik heeft gemaakt van de wetsgeschiedenis. De totstandkomingsgeschiedenis van artikel 997 Rv, in welk artikel de processuele regels voor de verzetsprocedures op grond van onder andere 2:100 BW en 2:404 BW worden geregeld, vermeldt onder andere het volgende:

> "Het oordeel over het verzet zal veelal afhangen van de gegoedheid van de vennootschap. Dit vereist een kritische beoordeling van haar jaarrekening. Daarom is de rechter gekozen aan wie het oordeel over de jaarrekeningen is opgedragen."[86]

In het voornoemde arrest maakt de Hoge Raad deze afweging niet. Het lijkt erop dat de Hoge Raad een nieuw criterium heeft geïntroduceerd. Namelijk dat de positie van een schuldeiser niet formeel maar ook niet materieel mag verzwakken. Dit nieuwe criterium is ontleend aan de wetsgeschiedenis. Daarin valt het volgende te lezen:

> "Evenals in artikel 316 kunnen de schuldeisers na de bekendmaking een vervangende zekerheid of andere waarborg verlangen, indien het voornemen meebrengt dat hun positie niet alleen formeel, maar ook materieel wordt verzwakt."[87]

Ik denk dat de Hoge Raad aan deze passage een gewicht heeft toegekend dat zich niet verhoudt met de wettekst van artikel 404 lid 4 BW waarin duidelijk staat dat verzet slechts gegrond dient te worden verklaard indien de schuldeiser na het beëindigen van de aansprakelijkheid, gezien de vermogenstoestand van de rechtspersoon of uit andere hoofde, niet voldoende waarborgen heeft dat deze vorderingen zullen worden voldaan. Dat is wat anders dan de vraag of de positie van de schuldeiser met de beëindiging formeel en materieel wordt verzwakt. De positie van de schuldeiser zal door het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid sowieso formeel en materieel verzwakken. De schuldeiser verliest een aanspraakmogelijkheid en het vermogen waarop hij verhaal kan nemen, verkleint. Het formeel en materieel verzwakken van zijn positie is op basis van artikel 2:404 lid 4 BW niet voldoende om een alternatieve zekerheid of waarborg ook daadwerkelijk toegewezen te krijgen. Naast het feit dat de positie verzwakt, moet ook worden getoetst of de vermogenspositie van de dochtervennootschap alsnog niet voldoende waarborgen bieden dat de vordering van de schuldeiser zal worden voldaan. Aangezien die laatste toets enger is, zou die maatstaf de doorslag moeten geven. Het oordeel over het verzet zal vooral moeten afhangen van de gegoedheid van de dochtervennootschap.[88] Wordt slechts getoetst of de positie van de schuldeiser verzwakt en wordt vervolgens de toets aan de vermogenspositie van de dochtervennootschap achter-

86 Wetsontwerp 15 304: Uit de MvT van wetsontwerp 15304 d.d. 21 september 1978, dat geleid heeft tot de Wet van 15 mei 1981, *Stb.* 1981/332.

87 *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11, p. 16, toelichting bij het gewijzigde lid 4 van artikel 2:404 BW.

88 In overeenstemming met de parlementaire geschiedenis van artikel 997 Rv, zie MvT van wetsontwerp 15304 d.d. 21 september 1978.

wege gelaten,[89] dan brengt dat met zich dat het verzet van een schuldeiser altijd gegrond zal zijn. Het is altijd gunstiger om verhaal te kunnen halen bij twee vennootschappen in plaats van bij één vennootschap.[90] De moedervennootschap blijft hoofdelijke aansprakelijk – of dient een alternatieve waarborg te stellen[91] – ook al is de dochtervennootschap prima in staat om haar schulden zelf te voldoen. Hiermee worden de consequenties en de risico's die aan de toepassing van de vrijstellingsregeling kleven voor de moedervennootschap verzwaard. Daarmee wordt de regeling uit balans gebracht en wordt het gebruik daarvan mogelijk te bezwaarlijk. De regeling boet in aan bruikbaarheid terwijl aan die bruikbaarheid in de praktijk een sterke behoefte aan bestaat. De toepassing van een regeling die in een belangrijke praktische praktijkbehoefte voorziet[92] en een hoop (onnodige)[93] kosten bespaart, zou dan dan in het gedrang kunnen komen.

Het lijkt mij niet de bedoeling van de regeling dat de aansprakelijkheid voor schulden van een uitgevaren concerndochter tot in lengte van dagen als een zwaard van damocles boven het hoofd van de moedervennootschap blijft hangen. Niet mag worden vergeten dat een partij bij het aangaan van een contract met een dochtervennootschap nog steeds een regulier zekerheidsrecht kan bedingen. De 403-verklaring moet geen substitutie daarvan worden. Daarvoor is de groepsvrijstellingsregeling niet bedoeld.

89 Een punt van kritiek op de wettelijke regeling is dat de wetgever mogelijk voor lief heeft genomen dat het resultaat van de toetsing van de vermogenstoestand een momentopname is. De hoofdelijke aansprakelijkheid kan daarentegen voor een oneindig lange tijd voortduren. Op het moment waarop de vermogenstoestand wordt getoetst, is niet bekend hoe de dochtervennootschap er bijvoorbeeld een jaar later voorstaat. Anderzijds geldt dat een partij, die met een vennootschap contracteert, nooit weet hoe die vennootschap er een jaar na dato voor zal staan.

90 Indien er subsidiariteit bestaat, kan het nadelig zijn (als eerst verhaal moet worden gehaald bij de zwakkere schuldenaar) maar dat is bij hoofdelijkheid niet het geval. In een uitzonderlijk geval kan het hebben van een tweede schuldenaar nadelig zijn, wanneer deze bijkomende schuldenaar de vordering kan voldoen door verrekening.

91 Aangevoerd kan worden dat de moedervennootschap altijd van de hoofdelijke aansprakelijkheid af kan komen. Zo lang zij maar bereid is om een zekerheid te verstrekken, mogelijk met subsidiariteit. Bedacht moet worden dat een moedervennootschap daarvoor dan maar net genoeg middelen beschikbaar moet hebben. En als de moedervennootschap die middelen al heeft, legt de te verstrekken zekerheid een claim op haar aan te wenden werkkapitaal.

92 Hetgeen overigens ook vanuit het oogpunt van de concurrentie met andere rechtsstelsels als een relevante overweging mag worden beschouwd.

93 Onnodig omdat de vraag kan worden gesteld wat de waarde en het nut is van een jaarrekening van een dochtervennootschap die onderdeel uitmaakt van een groter geheel. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat dit weinig zin heeft. Partijen zullen zich meer laten leiden door de vraag hoe het concern er als geheel voorstaat en zijn juist gebaat bij een geconsolideerd overzicht.

5.8.6 Bewijslast rust op de moedervennootschap

Wanneer een schuldeiser zekerheid verlangt van de moedervennootschap die over wenst te gaan tot de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid – en zich met dit verzoek in een verzoekschriftprocedure tot de rechter wendt – is de moedervennootschap aan zet. Wil de moedervennootschap voorkomen dat zij een zekerheid dient te stellen of dat het verzet gegrond wordt verklaard, dan zal de moedervennootschap moeten aantonen dat de schuldeiser, zelfs wanneer de overblijvende aansprakelijkheid wordt beëindigd:

> "… gezien de vermogenstoestand van de rechtspersoon of uit anderen hoofde, voldoende waarborgen heeft dat deze vorderingen zullen worden voldaan."

De Ondernemingskamer heeft zich uitdrukkelijk uitgelaten over de verdeling van de bewijslast:[94]

> "Anders dan Akzo Nobel lijkt te betogen is het, indien tegen de voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid verzet wordt ingesteld, niet aan degene die het verzet doet om aan te tonen dat hij de waarborg van de "artikel 403-verklaring" nodig heeft voor de voldoening van zijn vordering(en) maar is het aan degene die de overblijvende aansprakelijkheid wil beëindigen om te stellen en, zonodig, aan te tonen dat degene die het verzet heeft gedaan ook zonder de instandhouding van de "artikel 403-verklaring" voldoende waarborgen heeft dat zijn vorderingen zullen worden voldaan. Weliswaar kan de opposant, ter motivering van zijn betwisting, gehouden zijn gegevens te verschaffen (vergelijk Hoge Raad 20 november 1987, NJ 1988, 500), maar die omstandigheid doet zich in deze zaak niet voor."

Het lijkt logisch dat de bewijslast op de moeder rust en niet op de schuldeiser. De schuldeiser had vanwege de vrijstelling geen zicht op de financiële positie van de vrijgestelde dochtervennootschap. Het ligt in de rede dat de moedervennootschap aantoont dat de financiële situatie van de dochtervennootschap geen aanleiding geeft om te twijfelen dat de vordering zal worden voldaan.

Het feit dat de bewijslast op de moedervennootschap rust, kan met de aanname dat de verzetstermijn pas aanvangt wanneer de groepsband wordt verbroken, in de praktijk problematisch zijn. Twee maanden na het verbreken van de groepsband kan de aansprakelijkheid op zijn vroegst eindigen en in twee maanden tijd kan er een hoop met de vermogenspositie van de dochtervennootschap gebeuren. Als de dochtervennootschap de groep heeft verlaten, heeft de moedervennootschap daar vaak geen enkele grip meer op. Zo kan de dochtervennootschap in twee maanden tijd zijn gestript van haar belangrijkste *assets* of kan de dochtervennootschap grote verplichtingen zijn aangegaan. Dit kan gebeuren buiten het gezichtsveld van de moedervennootschap en zonder dat de moedervennootschap, die mogelijk een gezonde dochtervennootschap heeft verkocht, daar controle over heeft.

---

94 Hof Amsterdam (OK), 31 juli 2001, *JOR* 2001/170 m.nt. Bartman, *r.o.* 4.12.

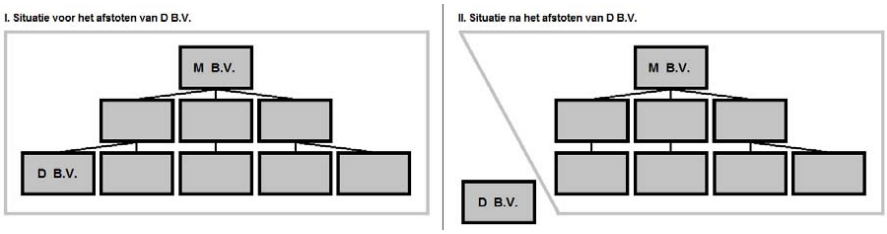
De moedervennootschap doet er verstandig aan om zich in het zicht van een verbreking van de groepsband voor te bereiden op vorenstaande situatie. De moedervennootschap kan in de overeenkomst, waarbij de aandelen worden overgedragen, een vrijwaring bedingen waarin is bepaald dat de moeder door de koper wordt gevrijwaard voor claims die nog voortvloeien uit de 403-verklaring. Een andere optie is om op te nemen dat de dochtervennootschap alle benodigde informatie aan de moedervennootschap zal verstrekken die de moedervennootschap nodig heeft om in een verzetsprocedure aan te tonen dat de dochter financieel sterk genoeg is om haar verplichtingen na te komen en dat de dochter financieel gezond zal blijven totdat de gevaren zijn geweken. De laatste optie zal een stuk lastiger zijn, dus een algehele vrijwaring valt (voor de moedervennootschap) te prefereren.

5.8.7 Het verbreken van de groepsband

5.8.7.1 De rechtspersoon dient niet meer tot de groep te behoren

In artikel 2:404 lid 3 sub a BW is bepaald dat de overblijvende aansprakelijkheid alleen mag worden beëindigd wanneer 'de rechtspersoon' niet meer tot 'de groep' behoort.[95] Om te kunnen vaststellen of aan deze voorwaarde is voldaan, zal allereerst moeten worden vastgesteld wat wordt bedoeld met 'de rechtspersoon' en met 'de groep'.

Het onderdeel van de regeling omtrent de verbroken groepsband, zoals opgenomen in artikel 2:404 lid 3 BW, spreekt van 'de rechtspersoon'. Met de rechtspersoon zoals genoemd in artikel 2:404 lid 3 sub a BW wordt de voorheen vrijgestelde dochtervennootschap bedoeld. Dat deze rechtspersoon wordt bedoeld, wordt in de regel niet in twijfel getrokken. Dat brengt vervolgens met zich, dat een letterlijke lezing van dit artikel leidt tot de conclusie dat de band die de dochtervennootschap had met de groep moet zijn verbroken. Schematisch zou dit er bijvoorbeeld als volgt uit kunnen zien:



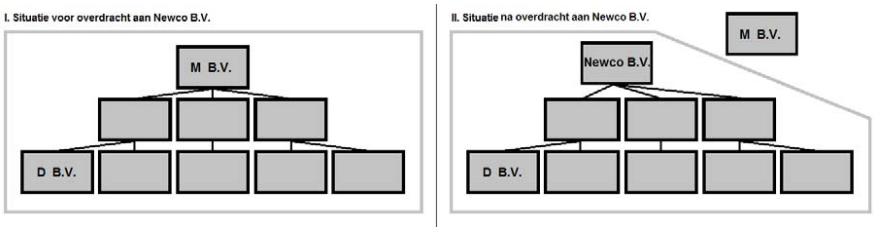
Figuur 2

95 De gedachte die achter het vereiste van de verbroken groepsband zit, wordt in de literatuur ter discussie gesteld. Houwen e.a. 1993, p. 856 en Beckman 1995, p. 99.

De vennootschappen binnen de lichtgrijze lijn zijn met elkaar verbonden en behoren tot dezelfde groep. Nadat dochtervennootschap D B.V. is afgestoten, blijft de groep in tact.[96] D B.V. behoort alleen niet meer tot de groep. D B.V. was de voorheen vrijgestelde vennootschap. Daaruit volgt de conclusie dat aan het vereiste van artikel 2:404 lid 3 sub a BW is voldaan: 'de rechtspersoon behoort niet meer tot de groep'.

Een transactie waarbij een dochtervennootschap wordt afgestoten, is een regelmatig voorkomende transactie. Indien het een dochtervennootschap is die de groep verlaat, zullen – naast de toetsing of daadwerkelijk sprake is van een verbreking van de groepsband – verder weinig discussies rijzen.

De situatie waarbij niet de dochtervennootschap maar de moedervennootschap de groep verlaat, leidt tot meer vragen. Als voorbeeld wordt de volgende situatie gegeven:



Figuur 3

In bovenstaande situatie wordt in feite het gehele concern overgenomen door een nieuwe eigenaar. De beslissing om een moedervennootschap in te wisselen voor een andere vennootschap kan natuurlijk verschillende motieven hebben. De moedervennootschap, M B.V., draagt haar aandelen in de verschillende groepsmaatschappijen over aan een nieuwe eigenaar, Newco B.V. Uiteraard zijn talloze varianten mogelijk. Voornoemde situatie kan zich ook op subholdingniveau voordoen. Vooral in internationale concerns kan het bijvoorbeeld voorkomen dat het jaarverslag van de Nederlandse tak op subholdingniveau wordt geconsolideerd.

De vraag die in bovenstaande situatie rijst, is of M B.V. zich na het verlaten van de groep kan ontdoen van haar overblijvende aansprakelijkheid. Het lijkt niet de bedoeling te zijn dat M B.V. na het verlaten van de groep aansprakelijk blijft voor schulden van (vennootschappen van) de groep waartoe zij niet meer behoort. Toch lijkt de wettelijke regeling zoals neergelegd in artikel 2:404 lid 3 sub a BW de beëindiging van aansprakelijkheid van M B.V. niet te faciliteren omdat het erop lijkt dat dit alleen mogelijk is als de dochtervennootschap 'de groep' verlaat. Niet

96 Zou de groep slechts uit M B.V. en D B.V. bestaan dan zou de hele groep uit elkaar vallen en er geen groep meer zijn. In dat geval verbreekt uiteraard tussen beide vennootschappen de groepsband.

is bepaald dat de dochtervennootschap de groep dient te verlaten waartoe de moedervennootschap behoort.

Zoals hiervoor werd omschreven, vereist artikel 2:404 lid 3 sub a BW dat 'de rechtspersoon' niet meer tot de groep behoort, waarbij het gaat om de rechtspersoon die voorheen was vrijgesteld (de dochtervennootschap) en dus niet gaat om de vennootschap die de 403-verklaring deponeerde (de moedervennootschap). Het vereiste om over te mogen gaan tot de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid is dus klaarblijkelijk dat de dochter moet loskomen van de groep. De groepsband tussen de dochter en de groep moet worden doorgesneden.

Na de verbreking van de groepsband, verhuizen de schuldeisers van de dochtervennootschap als het ware mee met de dochtervennootschap. De dochtervennootschap wordt zelfstandig, of misschien gaat de dochtervennootschap tot een nieuwe groep behoren. Wanneer de moedervennootschap de groep verlaat, is er iets wezenlijk anders aan de hand. De dochtervennootschap en haar schuldeisers verhuizen niet, maar blijven bij de groep. Het groepsvermogen waartoe de dochtervennootschap behoort, wordt echter (deels) gestript. Wordt beweerd dat de groepsband verbroken moet zijn tussen de moedervennootschap en de dochtervennootschap dan kan dit beide kanten op werken (óf de dochter verlaat de groep óf de moeder verlaat de groep). Het materiële effect van deze verschillende situaties is voor de schuldeisers niet hetzelfde. De aanname dat de wetgever bedoeld heeft dat de band tussen de moedervennootschap en de dochtervennootschap verbroken dient te zijn, kan niet zomaar worden aangenomen. Daarmee is niet gezegd dat het een onredelijke uitkomst kan zijn wanneer een moedervennootschap die de groep heeft verlaten, tot in lengte van dagen belast blijft met schulden van de groep waartoe zij niet meer behoort.

Kan de onwenselijke situatie worden voorkomen door aan artikel 2:404 lid 3 sub a BW een ruimere uitleg toe te kennen? Aan de uitleg van een wettekst wordt in de regel pas toegekomen wanneer de wettekst niet duidelijk is. Van artikel 2:404 lid 3 sub a BW kan niet worden gezegd dat de tekst daarvan niet duidelijk is, tenzij wordt verdedigd dat 'de rechtspersoon' op zowel de moedervennootschap als de dochtervennootschap slaat. Dit is echter nog niet eerder betoogd. In de literatuur wordt nader verduidelijkt dat het de dochtervennootschap betreft. Gesteld wordt bijvoorbeeld dat "de rechtspersoon waarvoor de ingetrokken aansprakelijkstellingsverklaring was afgelegd, niet meer tot de groep behoort".[97]

De dochtervennootschap lijkt overigens een band met de groep te kunnen hebben en te kunnen houden, ook wanneer de moedervennootschap de groep verlaat. Artikel 2:24b BW noemt de moedervennootschap, of een ander groepshoofd, niet als essentieel onderdeel om van een groep te kunnen spreken. Wie zou willen betogen dat een groep slechts voortbestaat voor zover (hetzelfde) groepshoofd tot de groep blijft behoren, zou bij voorkeur wegblijven bij het algemene

97 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 586.

groepsbegrip van artikel 2:24b BW, en aanvoeren dat het groepsbegrip in het kader van 2:403 en 2:404 een ander (eigen) groepsbegrip is.

Wanneer wordt aangenomen dat in artikel 2:404 lid 3 sub a BW met 'de groep' uitsluitend de groep wordt bedoeld waar de vennootschap die de 403-verklaring heeft afgegeven onderdeel van uitmaakt, dan worden twee verschillende criteria van het 403-regime met elkaar vermengd. Het bestaan van een groep (sec), is een zelfstandig vereiste dat bestaat naast het vereiste dat een 403-verklaring moet worden afgegeven. Wordt aan alle afzonderlijke vereisten van artikel 2:403 lid 1 BW voldaan, dan mag de vrijstelling worden toegepast. Wanneer wordt gesteld dat de groep (uitsluitend) de groep is waarbinnen de vennootschap zich bevindt die de aansprakelijkheidsverklaring heeft afgegeven, dan worden twee vereisten van de groepsvrijstelling met elkaar vermengd.

Dat de identiteit van de groep afhangt van de entiteit die aan het hoofd van de groep staat, lijkt dus niet het geval te zijn. Anders zou betoogd kunnen worden dat de groep geheel uit elkaar valt, of een andere wordt, wanneer het groepshoofd de groep verlaat.[98] Voor een dergelijke conclusie biedt het groepscriterium niet direct een aanknopingspunt.

Voor het bestaan van een groep is de aanwezigheid van een aantal elementen van belang. Een van de elementen is 'centrale leiding'. Om van een groep te kunnen spreken, moet de groep onder centrale leiding staan. In het voorbeeld dat eerder in deze paragraaf werd geschetst, wordt de centrale leiding van de groep overgenomen van M B.V. door Newco B.V., maar er blijft sprake van centrale leiding. Daarmee blijft de groep bestaan. In het voorbeeld worden aandelen overgedragen. In die situatie kan moeilijk worden betoogd dat op een ondeelbaar moment sprake is van de afwezigheid van centrale leiding en daarmee een korte verbreking van de groepsband. Dat de centrale leiding steeds moet worden gevoerd door hetzelfde groepshoofd is niet vereist. Wie die centrale leiding voert – en of dit wisselt – is voor het groepscriterium niet van belang. De conclusie is dat wanneer het groepshoofd wisselt, de groep blijft bestaan. De dochtervennootschap, D B.V., blijft tot de groep behoren. Dat de moedervennootschap is ingewisseld voor een nieuwe vennootschap lijkt daarop niet van invloed te zijn.

5.8.7.2 Situaties die kunnen leiden tot een verbreking van de groepsband

De meest voorkomende situatie waarin sprake zal zijn van een verbreking van de groepsband, zal de situatie zijn waarin de aandelen in de dochtervennootschap worden overgedragen aan een partij buiten de groep waardoor de zeggenschap in de dochtervennootschap wijzigt en de groepsband waarschijnlijk verbreekt. In een dergelijk geval geldt overigens dat de moedervennootschap niet moet vergeten de

98 Dit is natuurlijk wel het geval wanneer sprake is van een zeer kleine groep van enkele rechtspersonen (of zelfs slechts twee rechtspersonen), die uitsluitend via de (vertrekkende) moedervennootschap met elkaar zijn verbonden.

403-verklaring in te trekken.[99] Een verhanging van de dochtervennootschap binnen de groep, zal niet leiden tot een verbreking van de groepsband.

Worden aandelen in een vrijgestelde dochtervennootschap voor een deel (bijvoorbeeld 50) overgedragen om een *joint venture* tot stand te brengen waarbij een deel van de aandelen buiten de groep terecht komt, dan zal het van een aantal factoren afhankelijk zijn of de groepsband wordt verbroken of niet. Bekeken zal moeten worden of de (oude) moedervennootschap nog steeds in staat is om de centrale leiding uit te oefenen. Het is mogelijk dat de *joint venture*-vennootschap tot twee groepen behoort. Wanneer de oorspronkelijke moedervennootschap geen centrale leiding meer kan uitoefenen over de dochtervennootschap, dan zal de groepsband verbroken zijn en kan de overblijvende aansprakelijkheid in beginsel worden beëindigd.

Wanneer een dochtervennootschap failliet wordt verklaard, zal de moedervennootschap de centrale leiding over de dochtervennootschap verliezen.[100] Hierdoor zal de groepsband komen te vervallen. De moedervennootschap doet er verstandig aan de 403-verklaring en de overblijvende aansprakelijkheid in te trekken.

Wordt een dochtervennootschap geliquideerd, dan zal de groepsband worden verbroken. De vraag kan worden gesteld of de groepsband reeds verbreekt in de vereffeningsfase of pas daarna. Wanneer de moedervennootschap optreedt als vereffenaar, zal betoogd kunnen worden dat de groepsband nog in tact blijft en pas verbreekt wanneer de dochtervennootschap ophoudt te bestaan. De vervolgvraag is of na liquidatie de overblijvende aansprakelijkheid kan worden beëindigd. Wanneer het vermogen van de geliquideerde vennootschap binnen de groep blijft, verlaat het vermogen van de dochtervennootschap de groep niet. Hoewel er strikt genomen geen sprake meer is van een groepsband met de niet meer bestaande dochtervennootschap, is het verdedigbaar dat de overblijvende aansprakelijkheid niet kan worden beëindigd als het vermogen van de dochtervennootschap binnen de groep blijft.[101]

Bij een fusie of splitsing van de dochtervennootschap, kan de dochtervennootschap ophouden te bestaan. In dat geval zal formeel gezien de groepsband met de dochtervennootschap worden verbroken. Evenals bij liquidatie kan ervoor worden gekozen om een formalistische benadering of om een materiële benadering te hanteren. Wanneer door een fusie of splitsing het vermogen van de dochtervennootschap de groep niet verlaat, leidt een materiële benadering tot de conclusie dat de groepsband niet als verbroken kan worden beschouwd terwijl een formalistische benadering juist tot de conclusie leidt dat de groepsband met de dochtervennootschap wel is verbroken. De wet, parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie

99 Rb. Rotterdam 15 april 1999, *JOR* 1999/119.

100 De voornaamste bevoegdheden ten aanzien van het bestuur van de vennootschap zullen bij de curator liggen. Zie in dit kader van Wijngaarden 2006-I, p. 619 en Beckman 1995, p. 344-345.

101 Anders: Van Wijngaarden 2006-I, p. 620, die een meer formalistische benadering aahoudt in plaats van een materiële benadering.

bieden geen aanknopingspunten op dit vlak. De vraag of de groepsband in een situatie van fusie of splitsing als verbroken kan worden beschouwd en of dat vervolgens de mogelijkheid opent om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen, is onduidelijk.[102]

5.8.7.3 Misbruik: tijdelijke verbreking van de groepsband en naamswijziging

Om de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid zo soepel mogelijk te laten verlopen, kan de moedervennootschap op verschillende manieren een creatieve invulling geven aan de regels die de groepsvrijstellingsregeling stelt ontrent de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid.

De regeling voorkomt niet dat een moedervennootschap van de overblijvende aansprakelijkheid af kan komen wanneer een dochtervennootschap slechts tijdelijk de groep verlaat.

De beëindigingsmogelijkheid van de groepsvrijstellingsregeling voorkomt eveneens niet dat schuldeisers vrij eenvoudig op het verkeerde been kunnen worden gezet. De naam van de moedervennootschap kan worden gewijzigd voorafgaand aan de publicatie van het voornemen van de moedervennootschap om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. In de praktijk zijn hier voorbeelden van te vinden. Zo wordt bijvoorbeeld getwijfeld aan de achterliggende redenen van naamswijziging van 'ADG Dienstengroep SE' in 'Mercares SE'.[103] Moedervennootschap ADG Dienstengroep SE wilde van haar overblijvende aansprakelijkheid af en veranderde vier dagen voor het deponeren van de beëindigingsverklaring en de publicatie daarvan haar naam. De nieuwe naam zei de schuldeisers natuurlijk niets, zodat de informerende functie van het publiceren van dit voornemen tot beëindigen volledig verloren was gegaan.

Er kunnen ook andere kunstgrepen worden uitgehaald om te bewerkstelligen dat de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid zo onopgemerkt mogelijk plaatsvindt. Bijvoorbeeld door een advertentie te plaatsen in een landelijk verspreid dagblad met een zeer beperkte oplage en schuldeisers verder niet te informeren.

5.8.8 De mededeling van het voornemen tot beëindiging

5.8.8.1 Deponering bij het handelsregister en aankondiging in een landelijk verspreid dagblad

Om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen, dient er een mededeling tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid te worden gedeponeerd bij het

102 Zie uitgebreider over de samenloop van het groepsregime en fusie of splitsing het navolgende hoofdstuk.

103 Zie www.ftm.nl/artikelen/kamervragen-over-mogelijk-illegale-aansprakelijkheidstruc-tsn?share=1.

handelsregister en deze deponering moet worden aangekondigd in een landelijk verspreid dagblad. Zie artikel 2:404 lid 3 sub b en sub c BW:

> De overblijvende aansprakelijkheid wordt ten opzichte van de schuldeiser beëindigd, indien de volgende voorwaarden zijn vervuld:
> […]
> b. een mededeling van het voornemen tot beëindiging heeft ten minste twee maanden lang ter inzage gelegen ten kantore van het handelsregister;
> c. ten minste twee maanden zijn verlopen na de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad dat en waar de mededeling ter inzage ligt;

Deze mededeling wordt in de regel de beëindigingverklaring genoemd. In deze verklaring wordt het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid kenbaar gemaakt. Deze terminologie roept de vraag op of aan dit voornemen nog uitvoering moet worden gegeven, bijvoorbeeld door een definitief besluit tot beëindiging te nemen.[104] De wet regelt dit niet. Ik begrijp de voorwaarden van artikel 2:404 lid 3 aldus, dat wanneer aan de voorwaarden is voldaan de beëindiging van rechtswege intreedt. Maar betoogd zou kunnen worden dat de mededeling alleen de verzetstermijn triggert. Na ommekomst van een periode van twee maanden kan geen verzet meer worden aangetekend, maar moet het bestuur van de moedervennootschap nog een besluit nemen waarbij de overblijvende aansprakelijkheid wordt beëindigd. Er bestaat discussie over de vraag wanneer deze periode aanvangt, zie daarover de volgende paragraaf.

Het doel van de publicatie van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid in een landelijk verspreid dagblad is het informeren van schuldeisers.[105] Een terechte vraag blijft natuurlijk welke schuldeiser dagelijks alle landelijk verspreide dagbladen raadpleegt. De vraag stellen, is de vraag beantwoorden.[106] De kans dat schuldeisers de mededeling in het landelijk verspreid

104 Beckman vergelijkt de verzetsprocedure van art. 2:404 BW met de procedure die is voorgeschreven voor een kapitaalvermindering van een NV, artikel 2:100 BW. Zie H. Beckman, in: Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015, nr. 585. In die kapitaalverminderingsprocedure wordt door de algemene vergadering een daartoe strekkend besluit genomen. De wet bepaalt vervolgens dat het besluit niet van kracht wordt zolang verzet kan worden aangetekend. Het besluit in een kapitaalverminderingsprocedure is duidelijker omdat deze definitiever klinkt, hoewel ook dat besluit voorwaardelijk is. Schepel ziet een parallel met art. 25 van de Wet op de ondernemingsraden waarin is geregeld dat een rechtsgang openstaat tegen een voorgenomen besluit. Het besluit moet, indien die rechtsgang niet wordt gebruikt, nog wel definitief worden genomen. Zie voorts: Schepel 2016.

105 Zie de vorige paragraaf voor de ruimte die de regeling biedt om dit doel te omzeilen.

106 Zie in dit kader onder meer Maatman 1996, p. 930-932; Timmerman 1993, p. 328-329; Assink & Slagter 2013, p. 2690 en Van Zoest 2016, par. 3.3.

dagblad ontgaat, is niet gering.[107] Aan de schuldeiser, met name als dit een professionele partij is,[108] wordt wel een bepaalde onderzoeksplicht toegedicht.[109]

De hoofdregel is dat schuldeisers niet persoonlijk op de hoogte hoeven te worden gesteld. Slechts een enkele keer is anders geoordeeld. Daarvoor geldt dat er sprake moet zijn van zeer uitzonderlijke omstandigheden zodat via de redelijkheid en billijkheid tot een ander oordeel wordt gekomen. Bijvoorbeeld de situtie dat een dochter maar één schuldeiser heeft en dus duidelijk is dat de moedervennootschap de aansprakelijkheid jegens die ene schuldeiser wenst te beëindigen. In dat geval werd een kleine advertententie in een weinig gelezen dagblad met een kleine oplage in strijd met de redelijkheid en billijkheid geacht.[110] Een schuldeiser die niet verrast wil worden, doet er verstandig aan om bij de consoliderende vennootschap contractueel te bedingen dat hij persoonlijk op de hoogte wordt gesteld wanneer de consoliderende vennootschap voornemens is de bestaande aansprakelijkheid te beëindigen.

Naast de vereisten genoemd in artikel 2:404 lid 3 BW dient ook de 403-verklaring te zijn ingetrokken. De 403-verklaring moet zijn ingetrokken om tot een voltooide beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid te komen,[111] ook al is deze voorwaarde niet genoemd in artikel 2:404 lid 3 BW. Een oude vergeten 403-verklaring kan roet in het eten gooien. Het laatste redmiddel van de redelijkheid en billijkheid lijkt niet te kunnen baten.[112] Voo*r intercompany*-vorderingen is dit evenwel anders.[113]

---

107 Zie Rb. Den Bosch, 17 maart 1993 en Hof Amsterdam 29 juli 1993, ECLI:NL:GHAMS:1993:AD1931, *NJ* 1994/132 over het begrip landelijk verspreid dagblad in deze context. Of het landelijk verspreid dagblad een bruikbaar middel is om schuldeisers te informeren, wordt nogal eens in twijfel getrokken, zie bijvoorbeeld Maatman 1996, p. 930-932. Het toestemmingsvereiste in geval van schuldoverneming (artikel 6:155 BW) lijkt schuldeisers een betere bescherming te bieden en past mijn inziens ook beter bij de huidige tijdgeest. Vooral in het licht van het groeiende internationale handelsverkeer rijst de vraag of de huidige publicatieplicht wel genoeg recht doet aan het gestelde doel van crediteurenbescherming. Zie uitgebreider hierover Schutte-Veenstra 1996. Gepleit wordt voor een wettelijke informatieplicht die (meer) gericht is. Zie voorts Van den Ingh 1996.

108 Spierings 2012.

109 Zie Rb. Rotterdam, 30 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8032.

110 Zie Hof Amsterdam 29 juli 1993, ECLI:NL:GHAMS:1993:AD1931, *NJ* 1994/132.

111 Zie bijvoorbeld Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, *JOR* 2010/94. Zie ook Rb. Rotterdam 16 april 2009, *JOR* 2009, 161 (vernietigd in hoger beroep, zie Hof Amsterdam (OeK) 30 september 2010, *JOR* 2011/11). Zie ook Krol & De Neve 2015, p. 82-93 en Van Zoest 2016, p. 62-63.

112 Dat kan tot onredelijke uitkomsten leiden, hetgeen in de literatuur kritisch is ontvangen. Zie onder andere Bartman, Hof Amsterdam (OK) 30 september 2010, *JOR* 2011/11 m.nt. Bartman; Staal 2009, p. 211; Janssen 2010, p. 114 en Marquenie 2011. Minder groot voorstander van een redelijkheid en billijkheidscorrectie en strakker in de leer is Beckman 2010, p. 697-698.

113 Hof Amsterdam (OK) 30 september 2010, *JOR* 2011/11, m.nt. Bartman en Rb. Utrecht 10 november 2010, *LJN* BO3661.

5.8.8.2 *Eerste moment van deponeren voornemen tot beëindiging overblijvende aansprakelijkheid is onduidelijk*

De beëindigingsverklaring triggert de verzettermijn. De moedervennootschap zal natuurlijk zo snel mogelijk van de overblijvende aansprakelijkheid af willen en zal het begin van het verloop van deze termijn zo snel mogelijk willen laten aanvangen. Niet zelden wordt geanticipeerd op een aanstaande aandelentransactie waarbij een dochter wordt verkocht. Het meest wenselijk is dan dat op de dag dat de aandelen worden overgedragen ook de overblijvende aansprakelijkheid is komen te eindigen. De vraag is of dit kan.

Aangezien de mededeling van het voornemen tot beëindiging de verzetstermijn triggert, is de vraag wanneer deze termijn eindigt cruciaal voor schuldeisers die in verzet komen. Een duidelijke regeling zou geen overbodige luxe zijn. Helaas is daarvan geen sprake.

De verzetstermijn beloopt twee maanden, te rekenen vanaf het moment waarop in een landelijk verspreid dagblad bekend is gemaakt dat de moedervennootschap haar voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid bij het Handelsregister[114] heeft gedeponeerd. Duidelijk is dat de aanvang van deze termijn wordt bepaald door de publicatie van het neerleggen bij het Handelsregister van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. In de parlementaire geschiedenis wordt ten aanzien van artikel 404 lid 5 BW opgemerkt:[115]

> "Evenals in artikel 316 luidt de advertentie betreffende de nederlegging ten kantore van het handelsregister de verzettermijn in. De termijn, de gang van zaken en de gronden voor afwijzing en toewijzing van het verzet zijn dezelfde."

Daarmee is echter nog niet duidelijk of de advertentie al vooruitlopend op de verbreking van de groepsband mag worden geplaatst en zo ja, welk effect dat sorteert.[116]

---

114 Tegenwoordig kunnen de stukken naar een algemeen postbusnummer worden gestuurd. In de parlementaire geschiedenis valt nog te lezen: "De onderdelen b en c van lid 3 verplichten ertoe het voornemen tot beëindiging van de aansprakelijkheid bekend te maken door nederlegging ten kantore van het handelsregister en een advertentie in een landelijk dagblad. Evenals in artikel 403 moet dit het kantoor van het handelsregister zijn waar de rechtspersoon is ingeschreven jegens wiens schuldeisers de ingetrokken aansprakelijkheidstelling was afgelegd." Zie *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11, p. 16.

115 Nota naar aanleiding van het eindverslag (ontvangen 4 september 1984, *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11) p. 17.

116 Beckman meent dat de procedure pas kan worden gestart wanneer de groepsband is verbroken; zie: Beckman 1995, p. 614. Anders: IJsselmuiden, artikel 2:404, aantekening 4. Anders echter: Bartman & Dorresteijn 2009, p. 235 en Van Wijngaarden 2006.

Uit de wet blijkt niet of de groepsband reeds dient te zijn verbroken (en of bijvoorbeeld de 403-verklaring al moet zijn ingetrokken) wanneer het voornemen tot beëindiging wordt gedeponeerd en dit met een advertentie in de krant bekend wordt gemaakt. Het deponeren van de intrekkingsverklaring vooruitlopend op de verbreking van de groepsband of vooruitlopend op het intrekken van de 403-verklaring is misschien wel mogelijk, evenals de publicatie van dit feit in een landelijk verspreid dagblad, maar de vraag blijft dan of vanaf de datum van deponeren de verzettermijn van twee maanden al begint te lopen en in bredere zin wat het effect van een 'anticiperende' beëindigingsverklaring is.

Aangezien de wet geen duidelijke volgorde voorschrijft waarin aan de vereisten om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen moet worden voldaan, kan niet worden uitgesloten dat het voornemen tot beëindiging van (toekomstige) overblijvende aansprakelijkheid[117] reeds op voorhand kan worden gedeponeerd en dat dit het gewenste effect sorteert. De wet vormt strikt genomen geen beletsel. Toch wordt er veelal van uitgegaan dat de verzettermijn niet kan worden getriggerd vooruitlopend op de verbreking van de groepsband.[118]

5.8.8.3 Dwingende volgorde vereisten artikel 2:404 lid 3 BW?

In het licht van vorenstaande vraagstukken reist de vraag of aan de voorwaarden van artikel 2:404 lid 3 sub a t/m sub d BW in een dwingende volgorde moeten worden voldaan.

Wordt een dwingende volgorde aangehouden, dan geldt ten eerste dat de dochtervennootschap de groep moet hebben verlaten (sub a). Vervolgens moet de mededeling van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ten minste twee maanden lang ter inzage hebben gelegen ten kantore van het handelsregister (sub b) en moeten er ten minste twee maanden zijn verlopen na de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad dat en waar de mededeling ter inzage ligt (sub c). Vervolgens moet blijken dat geen van de schuldeisers tijdig in verzet is gegaan of dat eventueel aangetekend verzet is ingetrokken dan wel bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak ongegrond is verklaard (sub d).[119] Leest men deze bepaling zo dat de voorwaarden in een dwingende volgorde moeten worden nageleefd, dan zijn een hoop vragen opgelost. Praktisch is die benadering vanuit het oogpunt van juridische zekerheid zonder meer. Maar voor de praktijk

117 Zie ook Van Zoest 2016, p. 63. Met Van Zoest ben ik eens dat voor intrekking van de 403-verklaring nog geen overblijvende aansprakelijkheid bestaat. Maar de vraag kan worden gesteld of de formulering daarom is dat de moedervennootschap een verklaring dient af te leggen waarin zij haar voornemen tot beëindiging van voornemende aansprakelijkheid kenbaar maakt. Een verklaring waarin je iets beëindigt wat nog niet bestaat, is natuurlijk onzin. Maar een voornemen om iets te zullen gaan beëindigen wat mogelijk in de toekomst bestaat, is toch minder opmerkelijk.

118 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 30 september 2014, *JOR* 2014/326 m.nt. E. Loesberg (Pergen/Eneco).

119 Zie o.a. Van Zoest 2016; Schepel 2016 en Bungenberg 2015.

betekent dit dat de procedure om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen niet anticiperend op de verkoop van een dochtervennootschap kan worden gestart. Dat de voorwaarden in een dwingende volgorde moeten worden nageleefd, vloeit niet voort uit de wet. Mocht alsnog worden aangenomen dat de volgorde dwingend is, dan rijst de vraag wat de consequenties zijn wanneer de vereisten niet in deze volgorde worden voldaan.

De meningen in de literatuur over de vraag of de voorwaarden van atikel 2:404 lid 3 BW een dwingende volgorde kennen, zijn verdeeld.[120] Rechtspraak op dit gebied is schaars.[121] De Rechtbank Rotterdam heeft zich eenmalig over deze kwestie uitgelaten.[122] De rechtbank zag geen bezwaar in het deponeren van een voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid en het publiceren van dit feit in een landelijk verspreid dagblad voordat de dochter de groep had verlaten. Daarmee wordt het bestaan van een dwingende volgorde door de rechtbank dus niet aangenomen. Hoewel de rechtbank daar niet naar verwijst, vindt deze opvatting steun in de parlementaire geschiedenis. In de parlementaire geschiedenis is hierover het volgende te lezen:

> "Overeenkomstig de bestaande regel is voor het beëindigen van de aansprakelijkheid een eerste vereiste dat de groepsmaatschappij die hoofdschuldenares is, niet meer tot de groep behoort. Pas het doorsnijden van de groepsband geeft aanleiding om ook de nog overgebleven banden wegens de eens afgelegde maar later ingetrokken aansprakelijkstelling af te wikkelen. Omdat het vervullen van de andere vereisten voor de mede aansprakelijke maatschappij met betrekking tot schulden die uit rechtshandelingen voortvloeien geen gat brengt zolang de groepsband nog bestaat, brengt dit vereiste haar ertoe pas een mededeling tot beëindiging van haar aansprakelijkheid te doen in het vooruitzicht op het slaken van de groeps-band."[123]

Op basis van de beschikbare jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis, zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de volgorde waarin aan de voorwaarden van artikel 2:404 lid 3 BW dient te worden voldaan niet dwingend is.

120 Auteurs die impliciet dan wel expliciet betogen dat de volgorde niet dwingend is, zijn onder andere Bartman in zijn annotatie bij Rb. Rotterdam 29 september 2015, *JOR* 2015/295; Van Zoest 2016; Snijder-Kuipers & Eliëns 2014, p. 1176-1180. Auteurs die van mening zijn dat de volgorde wel dwingend in acht zou moeten worden genomen zijn onder andere Beckman 2015-II in zijn commentaar bij artikel 2:404 BW en Schepel 2016.

121 Zie Rb. Rotterdam 29 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7610, *JOR* 2015/295 m.nt. Bartman, waaruit lijkt voort te vloeien dat de Rechtbank Rotterdam niet struikelt over het niet in acht nemen van de volgorde waarin de voorwaarden zijn opgesomd in artikel 2:404 lid 3 BW.

122 Rb. Rotterdam 29 september 2015, *JOR* 2015/295, m.nt. Bartman.

123 Zie *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11, p. 16.

5.8.8.4 Prematuur verzet

Een schuldeiser die reeds voor de publicatie van het deponeren van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid verzet aantekent, kan door de rechter ontvankelijk worden verklaard.[124] Er wordt dan ook wel gesproken van een 'prematuur verzet'.

In een kwestie die ter beoordeling voorlag aan de Rechtbank Rotterdam[125] had de moedervennootschap op 10 april 2015 bij de Kamer van Koophandel de verklaring gedeponeerd dat zij voornemens was de overblijvende aansprakelijkheid voortvloeiende uit een eerder gedeponeerde 403-verklaring in te trekken. In deze verklaring heeft de moedervennootschap verklaard dat zij de overblijvende aansprakelijkheid wenste te beëindigen ingaande op het eerstvolgende moment voor zover dat was toegelaten op basis van artikel 2:404 BW. Op 13 april 2015 plaatste de moedervennootschap haar mededeling van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid in het dagblad *Trouw*. Vervolgens verliet de dochtervennootschap de groep op 12 juni 2015. Een van de schuldeisers van de dochtervennootschap kwam op 9 juni 2015 in verzet tegen het voornemen om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. Zou het zo zijn dat de voorwaarden van artikel 2:404 lid 3 BW in een dwingende volgorde moeten worden nageleefd, dan zouden aan de door de moedervennootschap gedeponeerde verklaring en de door de moedervennootschap geplaatste advertentie geen werking hebben.[126] Deze voorwaarden, opgenomen onder sub b en sub c van artikel 2:404 lid 3 BW, hadden in geval van een dwingende volgorde pas vervuld kunnen worden nadat de groepsband zou zijn verbroken, de voorwaarde onder sub a van artikel 2:404 lid 3 BW.

Bartman komt in dit kader met een oplossing die aansluit bij de praktijk en daardoor op het eerste gezicht praktisch lijkt.[127] Hij meent dat, wanneer de dochtervennootschap de groep heeft verlaten *dan wel op korte termijn gaat verlaten*, aan de voorwaarde van artikel 2:404 lid 3 sub a BW is voldaan en dat dan een verklaring tot het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid gedeponeerd en gepubliceerd kan worden. De benadering van Bartman zou goed aansluiten bij de werkwijze in de praktijk waarbij alle formaliteiten voor het afstoten van een dochter en het afwikkelen van de groepsvrijstelling zoveel mogelijk op voorhand worden geregeld. De toevoeging die Bartman maakt, "dan wel op korte termijn gaat verlaten", is niet terug te voeren op de wet en in zoverre een innovatieve gedachte. Een keerzijde van dit criterium is wel dat hiermee een onduidelijkheid wordt gecreëerd. Wat is precies een korte termijn? Mogelijk een

124 De Rechtbank Utrecht heeft met een 'anticiperend verzet' ingestemd. Het verzet was al twee weken voor de bekendmaking aangetekend. De rechtbank gaat hieraan voorbij, zonder daar veel woorden aan vuil te maken. Rb. Utrecht, 10 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010: BO3661, *JOR* 2011/ 6, m.nt. Bartman.

125 Rb. Rotterdam 29 september 2015, *JOR* 2015/295, m.nt. Bartman.

126 In gelijke zin: Schepel 2016.

127 Zie zijn noot bij Rb. Rotterdam 29 september 2015, *JOR* 2015/295.

vraag die in de toekomst verder wordt uitgekristallseerd wanneer het criterium van Bartman navolging gaat vinden.

De publicatie van een voornemen tot beëidiging van de overblijvende aansprakelijkheid in het zicht van de verbreking van de groepsband kan wellicht geen kwaad, met dien verstande dat prematuur verzet (het in verzet komen voordat de dochtervennootschap de groep heeft verlaten) moet zijn toegestaan. Wordt een prematuur verzet – verzet dat wordt ingesteld voordat de groepsband is verbroken – afgewezen, dan wordt van schuldeisers verlangd dat zij nauwlettend in de gaten houden wanneer de dochtervennootschap de groep verlaat. Dit is niet werkbaar. Het groepscriterium is daarvoor te vaag[128] en bovendien zijn de kenmerken, die erop duiden dat de band van de dochter met de groep wordt doorgesneden, voor buitenstaanders niet waarneembaar.

Helaas kleven er wel wat nadelen aan de mogelijkheid van prematuur verzet. Verlaat de dochter de groep uiteindelijk niet, dan was verzet niet nodig en heeft een schuldeiser onnodig actie ondernomen en heeft de schuldeiser in dat verband onnodig kosten moeten maken.[129]

De vraag of prematuur verzet wordt gehonoreerd, is overigens nog geen uitgemaakte zaak. De Rechtbank Utrecht heeft verzoekers bij een prematuur verzet ontvankelijk verklaard[130] maar de vraag is of elke rechtbank zal concluderen dat een verzoeker in zijn premature verzet ontvankelijk is. Door een andere rechtbank zou gesteld kunnen worden dat zolang de dochter nog tot de groep behoort er nog geen sprake is van een mogelijkheid tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. In dat geval staat er ook geen mogelijkheid open om daar verzet tegen aan te tekenen.

5.8.8.5 Schuldeiser niet op de hoogte: te laat is te laat?

Wanneer verzet te laat wordt ingediend, kan een verzoeker onder bijzondere omstandigheden toch nog ontvankelijk worden verklaard. Er moet dan wel sprake zijn van een situatie die in strijd kan worden geacht met de redelijkheid en billijkheid wanneer het verzoek wordt afgewezen. Zo kan bijvoorbeeld een uitzondering worden gemaakt op de fatale termijn wanneer sprake is van misbruik van recht.[131]

128 Aanhaken bij de aandelenoverdracht om vast te stellen of de dochter de groep heeft verlaten is te riskant omdat een aandeelhoudersband geen onderdeel vormt van het groepscriterium. Anders: Van Zoest 2016, p. 60 en p. 62.

129 Van Zoest lijkt deze nadelen niet te onderkennen. Hij stelt dat de vraag of de groepsband op het moment van verzet al verbroken is of niet voor de crediteuren niet ter zake doet. Van Zoest 2016, p. 62.

130 Rb. Utrecht, 10 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO3661, *JOR* 2011/ 6, m.nt. Bartman.

131 Zie Rotterdam 30 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8032, *JOR* 2014/326. Zie in dit kader voorts Hof Amsterdam 23 juli 1993, ECLI:NL:GHAMS:2014:2887, *NJ* 1994/132 (Teeuwissen/Teletrade). Zie ook Bungenberg 2015.

Een moedervennootschap kan uiteraard het zekere voor het onzekere nemen en ervoor kiezen om de schuldeisers individueel op de hoogte te stellen.[132] Daarmee lokt de moedervennootschap mogelijk verzet uit, dus een erg aantrekkelijke optie is dit voor de moedervennootschap niet. De moedervennootschap is slechts onder zeer bijzondere omstandigheden gehouden om schuldeisers individueel op de hoogte te stellen van het voornemen om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen.[133] De omstandigheden in de uitspraak die tot dit oordeel leidden, waren dermate uitzonderlijk dat niet kan worden gesproken van een algemene verplichting om schuldeisers individueel op de hoogte te stellen.[134]

Een schuldeiser die niet in verzet is gegaan en die ontdekt dat de verzettermijn reeds is verstreken, is niet altijd zijn aanspraak jegens de moedervennootschap kwijt. Ook zonder dat tijdig verzet is aangetekend, kan onder omstandigheden de beëindiging van de aansprakelijkheid in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. Wanneer de moedervennootschap reeds door de schuldeiser aansprakelijk is gesteld en de moedervennootschap daarna de procedure van artikel 2:404 BW instelt, behoeft de schuldeiser geen verzet meer aan te tekenen. De vraag is of hieruit de conclusie kan worden getrokken dat de vordering van de schuldeiser, die gebruik heeft gemaakt van zijn recht om de moedervennootschap aan te spreken, nog behoort tot de overblijvende aansprakelijkheid. Dat de schuldeiser het niet eens is met het beëindigen van de aansprakelijkheid lijkt in dat geval onmiskenbaar duidelijk en de redelijkheid en billijkheid staan de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid dan in de weg. De Rechtbank Rotterdam oordeelde in dit verband:[135]

> "Beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid van Netagco jegens Lely op grond van artikel 2:404, lid 3, BW zou in de hiervoor vermelde omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Uit die feiten en omstandigheden blijkt immers dat Netagco relatief korte tijd voordat zij toepassing gaf aan de regeling voor beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid, op grond van die aansprakelijkheid door Lely tot betaling was gesommeerd en Lely, nog tijdens de periode waarin verzet tegen het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid kon worden gedaan, Netagco terzake had gedagvaard. Uit deze omstandigheden moet het Netagco onmiskenbaar duidelijk zijn geweest dat Lely het met de beëindiging van de aansprakelijkheid niet eens zou zijn en Lely slechts omdat zij van de desbetreffende mededeling van Netagco geen kennis had genomen, daartegen geen verzet had gedaan."[136]

132 Dit vervangt de algemene mededelingsplicht in een landelijk verspreid dagblad echter niet, althans er is geen jurisprudentie waaruit dit blijkt.

133 Zie Hof Amsterdam 23 juli 1993, ECLI:NL:GHAMS:2014:2887, *NJ* 1994/132 (Teeuwissen/Teletrade). Zie hierover voorts Van Zoest 2014, p. 1-4.

134 In gelijke zin: Spierings 2012. Anders: Ramanna 2008, p. 17-21.

135 Rb. Rotterdam 15 april 1999, HA ZA 97-2298, ECLI:NL:RBROT:1999:AG3616. Zie Winter 1999.

136 Rb. Rotterdam 15 april 1999, HA ZA 97-2298, ECLI:NL:RBROT:1999:AG3616 *r.o.* 6.4.

5.8.8.6 Dwingende volgorde van artikel 2:404 lid 3 BW is star maar wel het meest duidelijk

Het lijkt het meest aannemelijk dat de volgorde waarin aan de voorwaarden van artikel 2:404 lid 3 BW dient te worden voldaan niet dwingend is.[137] Naar mijn idee levert de dwingende volgorde echter wel een systeem op waarmee de rechtszekerheid het best is gediend. Het praktische voordeel dat wordt behaald met het toestaan van een andere volgorde weegt naar mijn idee niet op tegen de nieuwe haken en ogen die daarmee worden gecreëerd.

Wordt aangenomen dat de volgorde dwingend is, dan zit de moedervennootschap die haar dochter verkoopt wel nog zeker twee maanden in onzekerheid. Resterende claims van schuldeisers van de uitgevaren dochter kunnen nog steeds op haar bordje terechtkomen. Is sprake van een verkoop van de dochter dan zou in de overeenkomst tot verkoop van de aandelen een vrijwaring opgenomen kunnen worden, inhoudende dat de koper van de aandelen de moeder vrijwaart van claims die nog tegen haar kunnen worden ingesteld op basis van de ingetrokken 403-verklaring.

5.8.8.7 Dwingende volgorde: ook eerst de 403-verklaring intrekken?

Ten aanzien van de vraag of de beëindigingsprocedure reeds kan worden gestart voordat de 403-verklaring is ingetrokken, geldt eveneens dat de wet daar niet duidelijk over is.

Betoogd kan worden dat sprake is van overblijvende aansprakelijkheid nadat de 403-verklaring is ingetrokken. Er moet overblijvende aansprakelijkheid bestaan om deze te kunnen beëindigen maar moet deze ook al reeds bestaan op het tijdstip waarop het voornemen om *toekomstige* overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen, wordt gedeponeerd?

Wanneer het mogelijk zou zijn om, vooruitlopend op de intrekking van de 403-verklaring, een voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid te kunnen deponeren (en de verzetstermijn te laten aanvangen) dan zou de verzetregeling deels worden ondermijnd. Wordt bijvoorbeeld twee maanden vóór het intrekken van de 403-verklaring het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid gedeponeerd, dan hebben schuldeisers die in de laatste twee maanden een vordering op de dochtervennootschap verkrijgen die voortvloeit uit een rechtshandeling, minder dan twee maanden de tijd om tegen de beëindiging van de aansprakelijkheid van die betreffende vordering in verzet te komen. Wordt de 403-verklaring nog later ingetrokken (bijvoorbeeld omdat de intrekking wordt vergeten of anderszins is vertraagd) dan valt een deel van de vorderingen mogelijk zelfs buiten de verzetperiode.

137 Zie paragraaf 5.8.8.3.

In dit kader zij erop gewezen dat de overblijvende aansprakelijkheid alle vorderingen omvat die kunnen opkomen tot het moment van beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid, voor zover die vorderingen voortvloeien uit rechtshandelingen die zijn verricht voor de intrekking van de 403-verklaring. Zie in dit verband Bartman, in zijn noot onder de uitspraak van het Hof Amsterdam, 9 december 2015:[138]

> "Terzijde: met deze beëindigingsaankondiging wekken SNS REAAL en SNS Bank de suggestie alsof gedurende de verzettermijn van twee maanden – in casu de maanden januari en februari 2014 – geen nieuwe overblijvende aansprakelijkheid kan ontstaan. Dat is echter onjuist. In die periode opkomende termijnverplichtingen die voortvloeien uit voordien door de dochter verrichte, "gedekte" rechtshandelingen worden eveneens gerekend onder de overblijvende aansprakelijkheid. Dat geldt zelfs voor dergelijke verplichtingen tegenover degene die verzet tegen het de beëindigingsvoornemen heeft aangetekend, welke opkomen buiten de verzettermijn maar tijdens de verzetprocedure. In alle gevallen betreft het immers "schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen welke zijn verricht voordat jegens de schuldeiser een beroep op de intrekking kan worden gedaan", in de zin van art. 2:404 lid 2 BW. Zoals de formule luidt: OA = P + TK + V. Oftewel, de overblijvende aansprakelijkheid bestaat uit de aansprakelijkheid ontstaan gedurende de tijd van publicatie van de 403-verklaring, plus die als gevolg van haar eventuele terugwerkende kracht, plus die ontstaan gedurende de verzetperiode. Ik verwijs in dit verband naar mijn noot bij Hof Amsterdam, 23 juli 2014, «JOR» 2014/233 (Van Lieshout Beleggingen/Koks)."

5.8.9 Aan wie komt het verzetsrecht toe?

5.8.9.1 Algemeen

Artikel 2:404 lid 5 BW bepaalt wie het recht heeft om tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid in verzet te komen:

> Artikel 2:404 lid 5 BW
> Tot twee maanden na de aankondiging kan de schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt, tegen het voornemen tot beëindiging verzet doen door een verzoekschrift aan de rechtbank van de woonplaats van de rechtspersoon die hoofdschuldenaar is.

De vraag wie op basis van artikel 2:404 lid 5 BW het recht heeft om in verzet te komen, heeft de rechtspraak en de literatuur behoorlijk beziggehouden. In deze discussie stond de vraag centraal hoe hard een vordering moet zijn die een partij op de dochtervennootschap pretendeert te hebben om te kwalificeren als schuldeiser van een vordering waarvoor nog aansprakelijkheid loopt zoals bedoeld in artikel

138 Hof Amsterdam 9 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5141, *JOR* 2016/7.

2:404 lid 4 BW. Het hebben van een (voldoende) harde vordering is nodig om ontvankelijk te worden verklaard in de verzetsprocedure.

De discussie omtrent de hardheid van de vordering doet denken aan de discussie die eerder werd gevoerd omtrent de vraag of een pandhouder met een pandrecht op een vordering van de dochtervennootschap een beroep kon doen op een door de moedervennootschap afgegeven 403-verklaring. Indien dat het geval zou zijn, zou de pandhouder dan ook verzet kunnen aantekenen tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid net zoals een schuldeiser?

In de navolgende paragrafen zal nader in worden gegaan op de vraag welke partijen worden aangemerkt als schuldeiser in de zin van artikel 2:404 lid 5 BW.

5.8.9.2 Het verzetrecht van schuldeisers

5.8.9.2.1 Algemeen

Wanneer moet worden beoordeeld of een partij op basis van artikel 2:404 lid 5 BW het recht heeft om tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid in verzet te komen, dienen verschillende vragen te worden beantwoord. De volgende vragen die aan deze beoordeling ten grondslag liggen kunnen worden onderscheiden:

- Is de partij die in verzet komt een normadressaat van artikel 2:404 lid 5 BW; is de partij aan te merken als een schuldeiser in de zin van 2:404 lid 5 BW?
- Heeft de partij een voldoende 'harde vordering'; een vordering waarvoor nog aansprakelijkheid loopt?

In de navolgende paragrafen zal nader op deze vragen worden ingegaan.

5.8.9.2.2 Reguliere schuldeisers

Het leidt geen twijfel dat reguliere schuldeisers van de dochtervennootschap die een vordering hebben die voortvloeit uit een rechtshandeling op basis van een 403-verklaring tevens kunnen worden aangemerkt als schuldeisers van de moedervennootschap. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan partijen die een overeenkomst met de dochtervennootschap hebben gesloten en uit dien hoofde een opeisbare vordering op de dochtervennootschap hebben. Deze schuldeisers, die schuldeisers zijn in de zin van artikel 997 lid 4 Rv, zijn zonder twijfel normadressaat van artikel 2:404 lid 5 BW. De Hoge Raad heeft in dit kader nader overwogen:[139]

> "De regeling van verzet in art. 2:404 BW is mede ontleend aan de regeling van verzet tegen kapitaalvermindering. (Kamerstukken II 1983-1984, 16551, nr. 11, p. 15-16). In de memorie van toelichting op art. 2:100 BW, waarin de regeling van verzet tegen kapitaalvermindering bij de naamloze vennootschap is opgenomen, is het volgende vermeld. Is de vordering opeisbaar, dan zal de schuldeiser uiteraard betaling verlangen

139 HR 31 maart 2017 ECLI:NL:HR:2017:546, *r.o.* 5.1.4.

> en, om verzet te voorkomen, krijgen, indien zijn vordering niet betwist is. Is de vordering wel betwist, dan wordt deze in feite pas inbaar na een
> rechterlijk vonnis of een schikking, die beide nog enige tijd op zich kunnen laten wachten. Het zou daarom onredelijk zijn de schuldeiser die een betwiste vordering heeft, een aanspraak op zekerheidstelling te onthouden, tenzij de rechter die over het verzet oordeelt de betwiste vordering bij voorbaat niet erkent. Het recht van verzet komt aan alle schuldeisers toe. (Kamerstukken II 1978-1979, 15304, nr. 3, p. 46)."

Kort samengevat heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een betwisting van de vordering niet tot het resultaat leidt dat een schuldeiser niet in verzet zou kunnen komen. Uiteraard zal daarnaast beoordeeld moeten worden of de partij die in verzet komt een vordering heeft die voldoende 'hard' is. De maatstaf die in dit kader door de Hoge Raad wordt gehanteerd, is de volgende:[140]

> "5.1.6 Gelet op het voorgaande en in aanmerking genomen dat in de verzetprocedure niet over de toewijsbaarheid van de vordering van de schuldeiser wordt beslist, dient de rechter, in een geval waarin het bestaan en de omvang van de vordering zijn betwist, het verzet gegrond te verklaren, tenzij en voor zover hij de vordering onmiskenbaar ongegrond acht. Aan zijn daarop betrekking hebbende oordeel zijn slechts beperkte motiveringseisen te stellen."

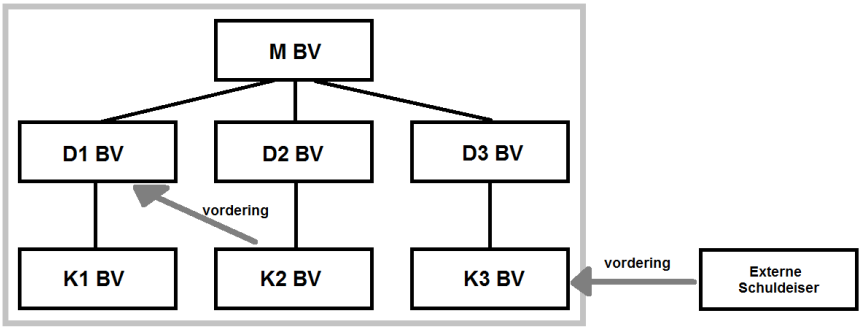
Volgens deze uitspraak dient sprake te zijn van een vordering die niet onmiskenbaar ongegrond is. Op de hardheid van de vordering wordt nog nader ingegaan in paragraaf 5.8.7.

5.8.9.2.3 Schuldeisers met intercompany-vorderingen

De hoofdelijke aansprakelijkheid is als onderdeel van de vrijstellingsregeling in het leven geroepen om als compensatie te dienen voor het gebrek aan inzicht in de jaarcijfers. Dat gebrek aan inzicht ontstaat bij de toepassing van de vrijstelling. De vraag kan worden gesteld of de hoofdelijke aansprakelijkheid ook kan worden ingeroepen voor *intercompany*-vorderingen. Als er intern toegang is tot alle financiële informatie, lijkt een compenserende zekerheid voor een gebrek aan inzicht niet nodig te zijn. De ratio volgend, lijkt de hoofdelijke aansprakelijkheid niet te zijn bedoeld voor *intercompany*-vorderingen.

Een concern zou eruit kunnen zien zoals hieronder is weergegeven. Het lichtgrijze kader geeft de groepsband weer. Er is een moedervennootschap (M BV) die drie dochtervennootschappen heeft (D1 BV, D2 BV en D3 BV). Iedere dochtervennootschap houdt aandelen in een kleindochtervennootschap.

140 HR 31 maart 2017 ECLI:NL:HR:2017:546, *r.o.* 5.1.6. Zie hierover onder meer Bartman & Van der Kraan 2017, p. 921-927.



Figuur 4

Wanneer M BV voor alle dochtervennootschappen en alle kleindochtervennootschappen een 403-verklaring heeft afgegeven, zal de externe schuldeiser – mits zijn vordering voortvloeit uit een door K3 BV verrichte rechtshandeling – M BV kunnen aanspreken. Naast de vordering van de externe schuldeiser, is er ook een vordering van K2 BV op D1 BV. Dit is een zogenaamde *intercompany*-vordering. De vraag is of K2 BV een schuldeiser is die een beroep kan doen op de 403-verklaring die M BV heeft afgegeven ten behoeve van K2 BV. Daarnaast is de vraag of K2 BV in verzet kan gaan wanneer M BV de 403-verklaring intrekt.

Ten aanzien van de vraag of niet externe schuldeisers (schuldeisers binnen de groep) een beroep kunnen doen op een 403-verklaring, is de jurisprudentie niet eenduidig. Op basis van een uitspraak van de Rechtbank Utrecht zou voorts de conclusie kunnen worden getrokken dat het verzet niet toekomt aan niet-externe crediteuren, zoals middellijk aandeelhouders.[141]

De Ondernemingskamer heeft zich in 2010 enkele malen mogen buigen over de vraag of zogenaamde *intercompany*-vorderingen onder de reikwijdte van een 403-verklaring vallen. In haar eerste uitspraak geeft de Ondernemingskamer aan dat dat zo is.[142] Enkele maanden later komt de Ondernemingskamer daarop terug.[143] Deze opmerkelijke draai van de Ondernemingskamer heeft kritische reacties in de literatuur opgeroepen.[144]

141 Rb. Utrecht 10 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO3661, *JOR* 2011/6, m.nt. Bartman.
142 Hof Amsterdam (OK), 12 januari 2010, *JOR* 2010/94.
143 Hof Amsterdam (OK) 30 september 2010, *JOR* 2010/306.
144 Zie Bartman in zijn annotaties bij beide uitspraken van de Ondernemingskamer; Hof Amsterdam (OK), 12 januari 2010, *JOR* 2010/94 en Hof Amsterdam (OK) 30 september 2010, *JOR* 2010/306. Kritisch over de twee uitspraken: Ten Voorde 2011. Zie voorts bijvoorbeeld Stücken, 2011, p. 98-101.

In de eerste zaak waarin de Ondernemingskamer een oordeel gaf,[145] had de moedervennootschap op 30 januari 1990 een 403-verklaring afgegeven. In 1998 verkocht de moedervennootschap een aantal dochtervennootschapen welke vervolgens de groep verlieten. De moeder vergat de 403-verklaring in te trekken. Op 21 november 2007 werd een van de verkochte dochters failliet verklaard. De curator constateerde dat de failliete dochter nog enkele vorderingen (voormalige *intercompany*-vorderingen) open had staan op andere verkochte dochters. Aangezien de 403-verklaring voor de verkochte dochtervennootschappen nog niet was ingetrokken, sprak de curator de moedervennootschap aan die de dochtervennootschappen al bijna tien jaar eerder had verkocht. De moedervennootschap trok daarop snel de 403-verklaring in en publiceerde het voornemen om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. De curator startte de verzetprocedure. De moedervennootschap stelde in de verzetprocedure dat de *intercompany*-vorderingen niet onder de 403-verklaring vielen, omdat de 403-verklaring alleen zekerheid beoogde te bieden aan 'normale handelscrediteuren'. De rechtbank verwierp deze stelling.[146] Volgens de rechtbank vallen *intercompany*-vorderingen evengoed onder een 403-verklaring. De moedervennootschap ging in hoger beroep bij de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer heeft onder meer het volgende overwogen ten aanzien van de vraag of een 403-verklaring ook ziet op vorderingen uit hoofde van rekeningcourantverhoudingen tussen concernvennootschappen onderling:[147]

> "Evenals externe schuldeisers, behoeven groepsmaatschappijen de waarborg van de aansprakelijkstelling van de moedermaatschappij indien zij door het ontbreken van een jaarrekening die voldoet aan de inrichtingsvereisten van titel 9 van Boek 2 BW minder inzicht hebben in de financiële positie van een andere groepsmaatschappij. Daarbij speelt mee dat groepsmaatschappijen niet altijd via andere weg volledig inzicht hebben in elkaars financiële positie. De aansprakelijkstelling door Hoeveholding moet daarom geacht worden ook betrekking te hebben op de rekeningcourantvorderingen."

Zowel de rechtbank als de Ondernemingskamer zien geen ruimte voor een corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid. De rechtszekerheid staat voorop en brengt met zich dat de belangen van schuldeisers die een beroep op de 403-verklaring kunnen doen boven de belangen van een moedervennootschap gaan die vergeet om een 403-verklaring in te trekken. Dat er sprake is van een *intercompany*-vordering doet daar kennelijk niets aan af.

In de daarop volgende kwestie waarin de Ondernemingskamer in hoger beroep had te oordelen over de vraag of *intercompany*-vorderingen onder de reikwijdte van een 403-verklaring vallen, had de moedervennootschap eind 2001 een 403-verklaring voor een van haar dochtervennootschappen afgegeven. In 2004 wordt deze dochter verkocht. De dochter verlaat de groep en gaat tot een andere groep

145 Hof Amsterdam (OK), 12 januari 2010, *JOR* 2010/94.

146 Rb. Almelo 24 juni 2008, *JOR* 2008/227.

147 Hof Amsterdam (OK), 12 januari 2010, *JOR* 2010/94, *r.o.* 3.5. In eerste aanleg oordeelde de rechtbank Almelo over deze zaak. Zie Rb. Almelo 24 juni 2008, *JOR* 2008/227.

behoren. Ook hier wordt de 403-verklaring vergeten en deze wordt per abuis niet ingetrokken. Nadat de dochter is verkocht, verkrijgen enkele vennootschappen van de nieuwe groep waartoe de dochter gaat behoren vorderingen op de voormalige dochtervennootschap. Deze vennootschappen spreken vervolgens de voormalige moedervennootschap aan op basis van de vergeten 403-verklaring. Hierop trekt de voormalige moedervennootschap de 403-verklaring in en deponeert zij het voornemen om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. De schuldeisers (vennootschappen uit de nieuwe groep waartoe de ex-dochter is gaan behoren) komen in verzet. En met succes. De rechtbank is van oordeel dat het feit dat de Bos Gijze-groep op de hoogte is van het verbreken van het groepsverband niet betekent dat geen beroep meer kan worden gedaan op de 403-verklaring.[148] Niet kan worden afgeleid dat de moeder die de 403-verklaring niet heeft ingetrokken, geen aansprakelijkheid meer wenste te aanvaarden en dat een beroep op de 403-verklaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Voorts oordeelt de rechtbank dat het feit dat de schuldeisers en de ex-dochter tot dezelfde groep behoren (en dus sprake is van *intercompany*-vorderingen) geen reden is om te oordelen dat voor deze vorderingen geen overblijvende aansprakelijkheid zou bestaan. De schuldeisers gaan in hoger beroep bij Ondernemingskamer.[149]

De Ondernemingskamer is het dit keer niet met de rechtbank eens. De Ondernemingskamer oordeelt kort gezegd dat de strekking van een 403-verklaring zich niet verenigt met het verstrekken van zekerheid in verband met *intercompany*-vorderingen:[150]

> "Hierbij is in de beschouwing te betrekken dat BosGijze c.s., gelet op de feitelijk bestaande personele unie – in de persoon van Van den Bos – in het bestuur van Van den Bos Holding en alle betrokken dochtervennootschappen onderscheidenlijk zustervennootschappen (BosGijze c.s. en de Vennootschap), zonder meer geacht moeten worden daarvan op de hoogte te zijn geweest. Een redelijke en op de praktijk toegesneden wetstoepassing die recht doet aan de aard en strekking van de 403-verklaring brengt alsdan mee dat moet worden vastgesteld dat de *intercompany*-vorderingen niet onder de reikwijdte van de door JLL afgegeven en gedeponeerde 403-verklaring vallen en dat BosGijze c.s. niet zijn aan te merken als schuldeisers voor wier vorderingen nog ten laste van JLL aansprakelijkheid loopt in de zin van artikel 2:404 lid 5 BW. De Ondernemingskamer is in dit verband van oordeel dat de rechtszekerheid in casu geenszins wordt tekort gedaan. BosGijze c.s. waren immers ten tijde van het ontstaan van de *intercompany*-vorderingen volledig op de hoogte van de bestaande concernverhoudingen. Voor haar moet het derhalve, anders dan voor externe crediteuren, ook zonder meer duidelijk zijn geweest dat JLL niet als moedervennootschap in de hier bedoelde zin kon gelden. Het gaat niet aan om onder deze omstandigheden een beroep op de 403-verklaring te doen."

148 Rb. Rotterdam 16 april 2009, *JOR* 2009/161.
149 Hof Amsterdam (OK) 30 september 2010, *JOR* 2010/306.
150 Hof Amsterdam (OK) 30 september 2010, *JOR* 2010/306.

Verderop in de beschikking valt te lezen dat de Ondernemingskamer de onderbouwing van haar standpunt, dat in dit geval af dient te worden geweken van de wettelijke regels inzake de intrekking en de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid, niet ontleent aan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.[151] De Ondernemingskamer is van mening dat de parlementaire geschiedenis voldoende ruimte geeft om de wettelijke regeling van artikel 2:404 BW dusdanig te interpreteren, dat de betreffende *intercompany*-vorderingen in onderhavig geval niet onder de (overblijvende) aansprakelijkheid van de ex-moedervennootschap vallen omdat het verbreken van de groepsband voldoende kan zijn om de overblijvende aansprakelijkheid te doen eindigen:

> "3.14. De Ondernemingskamer vindt voor haar oordeel mede steun in de wetsgeschiedenis van artikel 2:404 BW. Aanvankelijk (zie artikel 2:403 lid 2 (oud) BW) eindigde de aansprakelijkheid drie jaar nadat de dochtervennootschap was opgehouden groepsmaatschappij te zijn. Bij Wet van 12 december 1985, Stb. 456, werd de beëindiging van de aansprakelijkstelling overgebracht naar artikel 2:404 BW. Blijkens de Memorie van Toelichting van de Aanpassingswet Vierde EG-richtlijn (kamerstuk 16 551, nr. 11) kleefde aan de bestaande opzet onder meer het bezwaar dat voor schuldeisers de datum waarop de groepsband eindigt soms onbekend is. Daarom is een regeling ontworpen die de datum van het einde van de aansprakelijkheid koppelt aan een openbare kennisgeving. Zulks illustreert dat in beginsel het niet (langer) zijn van groepsmaatschappij op zichzelf voldoende kan worden geacht om de aansprakelijkheid te beëindigen."

Voorts ziet de Ondernemingskamer ook in artikel 25 lid 1 Handelsregisterwet een grond om van de regeling van artikel 2:404 BW af te wijken. Hieruit zou voortvloeien dat derden die van bepaalde feiten en omstandigheden op de hoogte zijn, geen beroep kunnen doen op het feit dat bepaalde stukken niet zijn gedeponeerd:

> "3.15. Voor het oordeel dat ten aanzien van BosGijze c.s. (en, meer in het algemeen, iedere groepsmaatschappij van de koper van de betreffende debiteurvennootschap) de aansprakelijkheid zou behoren te eindigen pleit voorts de omstandigheid dat artikel 25 lid 1 van de Handelsregisterwet 2007 met betrekking tot feiten die door inschrijving of deponering moeten worden bekendgemaakt, bepaalt dat daarop "tegenover derden die daarvan onkundig waren geen beroep (kan) worden gedaan zolang de inschrijving of deponering (...) niet hebben plaatsgevonden". Naar hiervoor is geoordeeld, kan niet worden gezegd dat BosGijze c.s. voor wat betreft de intercompany vorderingen onkundig waren van het feit dat de Vennootschap uit de groep van JLL was getreden. Voor dit soort situaties is bekendmaking doormiddel van het Handelsregister derhalve noodzakelijk noch bedoeld."

151 Spierings is van mening dat de beschikking wel is gebaseerd op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Spierings 2016. Anders: Marquenie, die stelt: "Hoewel de uitkomst van de beschikking van de OK wenselijk lijkt, had de OK ook (en misschien ook beter?) kunnen oordelen dat een beroep op artikel 2:403 BW in dit geval in strijd was met de redelijkheid en billijkheid." Marquenie 2011.

De manier waarop de Ondernemingskamer dit artikel gebruikt om haar standpunt te onderbouwen, komt op mij enigszins gekunsteld over.[152] Ik hou het erop dat de Ondernemingskamer de feiten en omstandigheden van dien aard vond, dat het honoreren van het verzet in deze situatie tot een onredelijke uitkomst zou leiden, in plaats van uit deze uitspraak af te leiden dat *intercompany*-vorderingen niet onder de reikwijdte van een 403-verklaring vallen. De volgende overweging sterkt mij in deze gedachte:

> "3.16. Het voorgaande oordeel houdt overigens geenszins in dat intercompany vorderingen als de onderhavige (tussen concernvennootschappen/zustervennootschappen) nimmer vorderingen kunnen zijn waarvoor een 403-verklaring dan wel een overblijvende aansprakelijkheid als hiervoor bedoeld kan gelden. In voorkomend geval zal dan echter de moedervennootschap die ingevolge die aansprakelijkstelling gebonden moet worden geacht, de (gezamenlijke) moedervennootschap van de betrokken concernvennootschappen/zustervennootschappen (moeten) betreffen."

In zijn annotatie bij deze beschikking van de Ondernemingskamer spreekt Bartman zijn verwondering uit:

> "De OK (…) vernietigt de beschikking in eerste aanleg. Dat is opmerkelijk omdat zij nog begin dit jaar uitspraak deed in een sterk vergelijkbare, ja zelfs nog straffere casuspositie – de 403-dochter was al bijna tien jaar geleden verkocht – en toen nog moeiteloos beleed dat het belang van de vergeetachtige moeder moet wijken voor de rechtszekerheid. Zelf van een ad hoc billijkheidscorrectie wilde de OK niet weten (OK 12 januari 2010, «JOR» 2010/94 (Hoeveholding/Severiens q.q., r.o. 3.9.). Thans wordt Hoeveholding's meest vergaande grief in die procedure, namelijk dat de bescherming van de 403-verklaring zich niet uitstrekt tot intercompany vorderingen binnen de groep van de koper, alsnog (zij het ten gunste van JLL) door de OK gehonoreerd, waar zij die eerder zo stellig verwierp (*r.o.* 3.13). Welk een onrustig bezit vormt toch ons ondernemingsrecht! Dat moet wel even slikken zijn voor Hoeveholding en haar raadsman."

De wenselijkheid van de uitkomst laat Bartman doorklinken in zijn noot. Mijn inziens terecht stelt hij ter discussie of de redenering en de onderbouwing juist is. De moedervennootschap ontkomt immers aan haar aansprakelijkheid terwijl de grondslag voor die aansprakelijkheid gewoon vaststaat. Er ligt een verklaring van de moedervennootschap dat zij zich aansprakelijk verklaart en die verklaring heeft zij nooit ingetrokken. Daarbij zijn er nog eens – bij wet – strikte voorschriften gegeven over hoe een dergelijke verklaring ingetrokken moet worden en hoe de overblijvende aansprakelijkheid dient te worden beëindigd. In een dergelijk geval lijkt slechts nog de redelijkheid en billijkheidscorrectie een uitkomst te kunnen bieden, maar de redelijkheid en billijkheid blijkt geen pijler te zijn waarop de uitspraak berust:

152 Evenzo Beckman, hij noemt het misplaatst, Beckman 2010, p. 697-698.

> "3. Ofschoon ik het met de uitkomst van deze beschikking zeker eens ben, heb ik toch sterke twijfels over de juistheid van kernoverwegingen 3.13-3.16. Is het nu werkelijk zo dat de regels die gelden voor beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid van art. 2:404 BW lid 3 BW (deponeren beëindigingsverklaring, publiceren in dagblad, verloop verzettermijn, soms een vervangende waarborg stellen) – en de waarborgfunctie die zij bieden – niet gelden tegenover nieuwe groepsmaatschappijen van de uitgevaren 403-dochter? Is het enkele feit dat zij een nieuwe moeder heeft voldoende voor die beëindiging, zoals de OK oordeelt aan het eind van r.o. 3.14, en wel meteen na de overname? De OK komt tot deze nogal opzienbarende uitleg met een beroep op de wetsgeschiedenis; een openbare kennisgeving is doorgaans nodig omdat "voor schuldeisers de datum waarop de groepsband eindigt soms onbekend is". Maar, zo redeneert de OK, waar de vennootschap tot een nieuwe groep is gaan behoren, is het haar nieuwe concerngenoten wel duidelijk dat zij haar oude groepsband heeft geslaakt en is een beëindigingsverklaring dus niet nodig. Exit het grootste gedeelte van art. 2:404 BW.
> 4. Ik betwijfel of deze argumentatie stand houdt in cassatie."[153]

Voorts vraagt ook Bartman zich af of de Ondernemingskamer niet beter via de weg van de redelijkheid en billijkheid tot de uitkomst van de beschikking had kunnen komen.[154]

Aansprakelijkheid van de moedervennootschap op basis van een 403-verklaring voor *intercompany*-vorderingen lijkt in uitzonderingsgevallen te kunnen worden uitgesloten. Wanneer een uitgevaren dochter binnen haar nieuwe groep nieuwe schulden aangaat, lijkt het onaanvaardbaar om de oude moeder, die vergeten is een 403-verklaring in te trekken, aan te spreken. Maar als uitgangspunt geldt dat *intercompany*-vorderingen onder de reikwijdte van een 403-verklaring vallen.

5.8.9.2.4 Schuldeisers met vorderingen uit de oprichtingsfase

In artikel 2:203 BW is een regeling opgenomen die het mogelijk maakt om reeds in naam van een nog op te richten BV te handelen. In artikel 2:203 BW is onder meer het volgende bepaald:

> "1. Uit rechtshandelingen, verricht namens een op te richten vennootschap, ontstaan slechts rechten en verplichtingen voor de vennootschap wanneer zij die rechtshandelingen na haar oprichting uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigt of ingevolge lid 4 wordt verbonden.
> (…)
> 4. De oprichters kunnen de vennootschap in de akte van oprichting slechts verbinden door het uitgeven van aandelen, het aanvaarden van stortingen daarop, het aanstellen van bestuurders, het benoemen van commissarissen, het verrichten van rechtshandelingen als bedoeld in artikel 204 lid 1 en het betalen van kosten die met de oprichting verband

153 Bartman bij Hof Amsterdam (OK) 30 september 2010, *JOR* 2010/306.

154 In een latere uitspraak van een lagere rechter in een vergelijkbare situatie lijkt de lagere rechter zich te conformeren aan de opvatting dat redelijkheid en billijkheid een exceptie kan vormen. Deze lagere rechter volgt niet de redenering van de Ondernemingskamer dat de wetsgeschiedenis en artikel 25 Handelsregisterwet aanleiding geven om artikel 2:404 BW buiten toepassing te laten. Zie Rb. Utrecht, 10 november 2011, *JOR* 2011/6 m.nt. Bartman.

houden. Indien een oprichter hierbij onvoldoende zorgvuldigheid heeft betracht, zijn de artikelen 9 en 248 van overeenkomstige toepassing."

Wanneer er namens een BV in oprichting wordt gehandeld, deze rechtshandelingen door de eenmaal opgerichte BV worden bekrachtigd en deze eenmaal opgerichte BV wordt vrijgesteld op basis van artikel 2:403 BW, kan de vraag opkomen of schuldeisers, die een vordering hebben die voortvloeient uit een rechtshandeling die is verricht voor de oprichting, een beroep kunnen doen op deze later afgegeven 403-verklaring.

Het Gerechtshof 's-Gravenhage mocht zich (in een hoger beroep op een vonnis gewezen in kortgeding) uitlaten over de vraag of een schuldeiser die in de voorfase met een nog op te richten BV had gecontracteerd, een beroep kon doen op de 403-verklaring.[155] Het hof heeft geoordeeld dat er inderdaad sprake is van een vordering op de moedervennootschap, aangezien de bekrachtiging die door de BV bij of na oprichting geschiedt, een rechtshandeling is. Uit die bekrachtiging vloeit de gebondenheid van de BV en daarmee de schuld voor de BV voort. Dat de in de oprichtingsfase verrichte rechtshandeling niet door, maar slechts in naam van de BV geschiedde, doet daar niet aan af. Volgens het hof is het de bekrachtigingshandeling van (het bestuur van) Safety-Bell na haar oprichting, waaruit de schuld voor de opgerichte BV is 'voortgevloeid'. De relevante passages luiden als volgt:

"4.4. Het hof overweegt over dit geschilpunt als volgt. Partijen verschillen over de inhoud van de 403-verklaring, zodat deze moet worden uitgelegd. Bij de uitleg moet in het oog worden gehouden dat het gaat om een niet tot een bepaalde partij gerichte, eenzijdige rechtshandeling, waaruit rechtstreekse aansprakelijkheid van de moedermaatschappij (in casu: Hillson Holding) tegenover crediteuren van een verbonden vennootschap ontstaat (HR 28 juni 2002 («JOR» 2002/136, m.nt. Bartman; red.), ECLI:NL:HR:2002:AE4663, Akzo/ING). Een dergelijke verklaring wordt uitgelegd naar objectieve maatstaven (HR 20 maart 2015 («JOR» 2015/140, m.nt. Josephus Jitta; red.), ECLI:NL:HR:2015:661 SNS REAAL, r.o. 4.34.2) Daarbij komt het vooral aan op de uitleg van de tekst van de aansprakelijkheidsverklaring. Het wettelijk kader, en de daarin gestelde eisen aan de aansprakelijkheidsverklaring in artikel 2:403 BW, kunnen bij die uitleg ook een rol spelen.

4.5. Naar het oordeel van het hof is Hillson Holding hoofdelijk verbonden voor de schuld aan [verkoper] uit hoofde van de koopovereenkomst met Safety-Bell. De bekrachtiging door Safety-Bell, kort na haar oprichting, van een namens haar in het oprichtingsstadium gesloten overeenkomst moet worden aangemerkt als 'de rechtshandeling' waaruit voor Safety-Bell een schuld jegens [verkoper] voortvloeide. Tot aan de bekrachtiging doo Safety-Bell bestond de koopovereenkomst tussen [verkoper] en de namens Safety-Bell-in oprichting handelende persoon; dat was (de rechtsvoorganger van) Hillson Holding. Zij was, in die hoedanigheid, voorwaardelijk gebonden totdat Safety-Bell de rechtshandeling zou bekrachtigen (zie artikel 2:203 lid 2 BW). Het is de bekrachtigingshandeling van (het bestuur van) Safety-Bell, na haar oprichting, waaruit de schuld voor de opgerichte BV is 'voortgevloeid'. Dat het gevolg van de bekrachtiging was dat Safety-Bell met

155 Hof Den Haag, 5 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2477, *JOR* 2018/2.

terugwerkende kracht in de positie trad van de 'handelende persoon' (Hillson Holding) als wederpartij bij de koopovereenkomst, doet er niet aan af dat het de bekrachtigingshandeling van Safety-Bell was die schuld van Safety-Bell, als koper, tegenover [verkoper], als verkoper, heeft doen ontstaan."

5.8.9.2.5 Schuldeisers met een schadeclaim, zonder overeenkomst

Naar aanleiding van de schade welke is ontstaan door de gasboringen in Groningen kan de vraag opkomen of partijen die schade hebben geleden door toedoen van dochtervennootschappen van Shell, waaronder de NAM, een beroep kunnen doen op een 403-verklaring die door Shell is afgegeven. De vraag is in het bijzonder of een beroep mogelijk is wanneer 403-verklaring is ingetrokken maar de schade reeds is ontstaan in de periode vóór de intrekking. Is er daarmee al een vordering tot schadevergoeding ontstaan vóór de intrekking? En is deze vordering daarmee alsnog door de reeds ingetrokken 403-verklaring gedekt?

Dat de gedupeerde Groningers als schuldeisers van de NAM zullen worden aangemerkt, zal niet het lastigste discussiepunt vormen. Maar nu Shell de 403-verklaring heeft ingetrokken en er nog geen vaststellingsovereenkomsten zijn gesloten met de gedupeerden, is een belangrijke vraag of de schade wel voortvloeit uit een rechtshandeling. Mocht de NAM zich – bijvoorbeeld in een exploitatieovereenkomst – reeds vóór de intrekking van de 403-verklaring contractueel verplicht hebben bepaalde zorgvuldigheidsnormen na te leven of bijvoorbeeld bepaalde schadeposten, indien die zich voordoen, te zullen betalen, dan zou betoogd kunnen worden dat de schade voortvloeit als gevolg van de niet correcte nakoming van een overeenkomst. Er is geen discussie over de vraag of vorderingen uit hoofde van niet-nakoming of niet correcte nakoming onder de materiële reikwijdte van een 403-verklaring vallen; dat is het geval. De gedupeerden zijn waarschijnlijk geen partij bij een contract. Het partij-zijn bij de rechtshandeling waar de vordering uit voortvloeit is strikt genomen niet vereist om een beroep te doen op een 403-verklaring. Vereist is slechts dat er sprake is van een schuld die voortvloeit uit een rechtshandeling (of niet correcte nakoming daarvan). Mocht worden betoogd dat de schuldeisers partij moeten zijn bij een dergelijke rechtshandeling, dan kan eventueel de vraag worden gesteld of in het contract een derdenbeding te lezen valt. Indien dat niet zo is, dan kan nog worden bezien of sprake is van een contractuele zorgplicht jegens derden.[156] Het zoeken naar een link met een rechtshandeling is essentieel om bij de moedervennootschap aan te kunnen kloppen want een vordering uit hoofde van een onrechtmatige daad valt niet onder de reikwijdte van een 403-verklaring.

156 Zie voor een nadere uitzetting over de grens tussen contractuele en buitencontractuele zorgplichten bijvoorbeeld Du Perron 1999, nr. 295. Du Perron stelt onder meer dat een zorgplicht van een partij jegens een derde zuiver contractueel worden genoemd indien zij uitsluitend berust op de overeenkomst van partijen, hetzij doordat zij daarin uitdrukkelijk is neergelegd, hetzij doordat zij daarin ligt besloten.

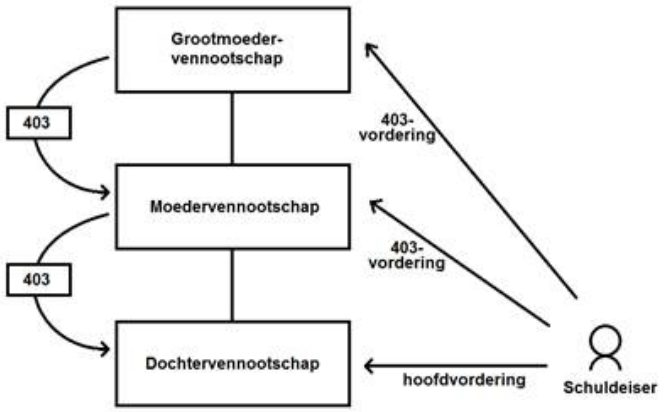
Aangezien een 403-verklaring een ongerichte rechtshandeling (generieke verklaring) is, zouden schuldeisers die op basis van een derdenbeding een vordering hebben op een dochtervennootschap, een beroep kunnen doen op de 403-verklaring.[157]

5.8.9.2.6 Schuldeisers met gelaagde verhaalsmogelijkheden

Uiteraard kan de topholding binnen een groep de enige entiteit zijn die een geconsolideerde jaarrekening opstelt en een 403-verklaring afgeeft voor zowel dochtervennootschappen als kleindochtervennootschappen. Maar er zijn ook groepen waar op meerdere niveaus geconsolideerde jaarrekeningen worden opgesteld en waar op meerdere niveaus 403-verklaringen zijn afgegeven. Soms zijn er in het verleden 403-verklaringen afgegeven op verschillende niveaus en zijn deze verklaringen nooit ingetrokken. De aanwezigheid van 403-verklaringen op meerdere niveaus brengt een aantal vraagstukken met zich.

Wanneer wordt aangenomen dat aansprakelijkheid van een moedervennootschap direct ontstaat wanneer een moedervennootschap een 403-verklaring heeft gedeponeerd en er op de vrijgestelde vennootschap een vordering ontstaat die voortvloeit uit een rechtshandeling, dan kan dit in een concernstructuur die uit meerdere lagen is opgebouwd en waarbij op verschillende niveau's een 403-verklaring is afgegeven een mogelijk ongewenste situatie ontstaan.

Een voorbeeld van een situatie waarin sprake is van zogenaamde 'gelaagde 403-aansprakelijkheden' kan als volgt worden geschetst:



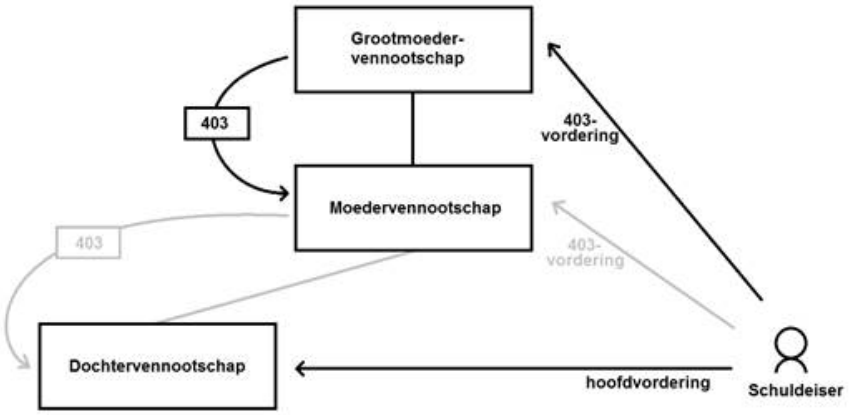
Figuur 5

157 Vergelijk Bartman in zijn noot bij R. Roermond, sector kanton, locatie Venlo, 20 februari 2008, *JOR* 2008/92.

In deze situatie geldt dat de Moedervennootschap een 403-verklaring heeft afgegeven voor de Dochtervennootschap. De Grootmoedervennootschap heeft op haar beurt een 403-verklaring afgegeven voor de Moedervennootschap. In de geschetste situatie heeft de Schuldeiser een vordering op de Dochtervennootschap, welke vordering voortvloeit uit een door de Dochtervennootschap verrichte rechtshandeling. Wordt ervan uitgegaan dat er direct een vorderingsrecht ontstaat wanneer een 403-verklaring is gedeponeerd, zonder dat aanvaarding door de Schuldeiser nodig is, dan ontstaan in een keten waarin meerdere 403-verklaringen zijn gedeponeerd direct meerdere vorderingsrechten. Het vorderingsrecht op de Grootmoedervennootschap ontstaat direct vanwege het feit dat er direct een vorderingsrecht op de Moedervennootschap ontstaat. Die vordering op de Moedervennootschap ontstaat omdat de Moedervennootschap een 403-verklaring voor de Dochtervennootschap deponeerde. Daarmee vloeit de vordering op de Moedervennootschap voort uit een door de Moedervennootschap verrichte rechtshandeling, aangezien het deponeren van een 403-verklaring een (eenzijdig ongerichte) rechtshandeling is. Op basis van de 403-verklaring die de Grootmoedervennootschap voor de Moedervennootschap deponeerde, is de Grootmoedervennootschap aansprakelijk voor de vordering van de Schuldeiser op de Moedervennootschap.

Het mogelijk ongewenste effect van een reeks vorderingsrechten die direct ontstaat, is dat deze eenmaal ontstane vorderingsrechten niet meer zomaar (kunnen) verdwijnen. Op basis van de regels van hoofdelijkheid zijn de ontstane vorderingsrechten zelfstandige en onafhankelijke vorderingsrechten. Deze vorderingsrechten blijven bestaan, ook als de dochtervennootschap de groep verlaat en de 403-verklaring wordt ingetrokken. Daarop bestaat een correctiemechanisme, de mogelijkheid van artikel 2:404 lid 3 BW om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen.

In de situatie van gelaagde 403-aansprakelijkheden biedt de regeling om de overblijvende aansprakelijkheid te kunnen beëindigen slechts in beperkte mate soelaas. Wanneer de Dochtervennootschap het concern verlaat en de groepsband tussen de Dochtervennootschap en de groep is verbroken, kan de overblijvende aansprakelijkheid van de Moedervennootschap worden beëindigd wanneer de Moedervennootschap haar 403-verklaring intrekt. De volgende situatie ontstaat:



Figuur 6

Voor de Grootmoeder gaat dit niet op. De Grootmoeder heeft een 403-verklaring gedeponeerd voor de Moedervennootschap. Ten eerste geldt dat die 403-verklaring niet wordt ingetrokken, zodat de aansprakelijkheid die voortvloeit uit die 403-verklaring sowieso doorloopt. Van overblijvende aansprakelijkheid, zoals bedoeld in artikel 2:404 lid 3 BW, is op het niveau van de Grootmoedervennootschap geen sprake. Zelfs wanneer op het niveau van de Grootmoedervennootschap wel sprake zou zijn van overblijvende aansprakelijkheid, wat het geval zou zijn wanneer de Grootmoedervennootschap ook overgaat tot de intrekking van de 403-verklaring die zij voor de Moedervennootschap deponeerde, zelfs dan zou de Grootmoedervennootschap niet van de vordering van de schuldeiser afkomen omdat de Moedervennootschap, waarvoor zij de 403-verklaring deponeerde waar de betreffende overblijvende aansprakelijkheid uit voortvloeit, de groep niet verlaat. Wordt de groepsband met de vennootschap waarvoor de 403-verklaring werd afgegeven niet verbroken, dan kan de overblijvende aansprakelijkheid niet worden beëindigd, zie artikel 2:404 lid 3 sub a BW. De vordering van de Schuldeiser blijft op het concern drukken. Ondanks dat de Dochtervennootschap op wie de hoofdvordering rust de groep heeft verlaten en ondanks de faciliteit van artikel 2:404 lid 3 BW om de overblijvende aansprakelijkheid te kunnen beëindigen. Die faciliteit blijkt voor een concern dat bestaat uit meerdere lagen en waar op meerdere lagen de vrijstelling wordt toegepast, niet toereikend te zijn.

5.8.6.3 Het verzetrecht van pandhouders

5.8.6.3.1 Algemeen

De problemen die de hoofdelijke aansprakelijkheid met zich brengt, manifesteren zich onder andere in de situatie waarin een vordering op de dochtervennootschap is verpand en de moedervennootschap wenst over te gaan tot de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Het feit dat hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap separate vorderingsrechten schept, kan een pandhouder in een lastig parket brengen.

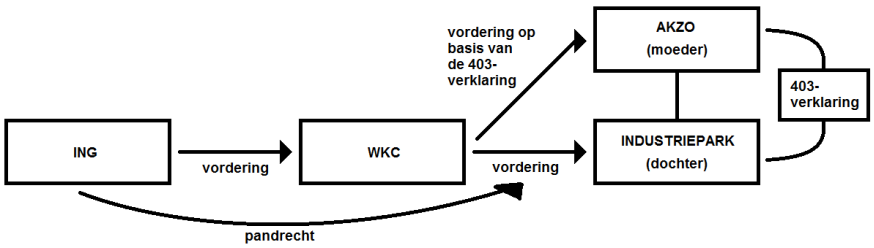
In de kwestie inzake ING/Akzo[158] deed zich de vraag voor wat de positie van een pandhouder met een pandrecht op een vordering op de dochtervennootschap was ten opzichte van de moedervennootschap. De uitspraak van de Hoge Raad in de kwestie rondom ING/Akzo, is een uitspraak die heeft gezorgd voor verschillende 403-problemen. Deze uitspraak is gedaan in het licht van de vraag of een pandhouder bevoegd was om in verzet te komen tegen de voorgenomen beëindiging van de uit een 403-verklaring voortvloeiende overblijvende aansprakelijkheid.

De uitkomst van de kwestie rondom ING/Akzo is kritisch ontvangen. De betreffende uitspraak zal in de navolgende paragraaf aan de orde komen. Omdat de uitspraak alweer een kleine twintig jaar oud is, zal na de bespreking van het ING/Akzo-arrest naar de positie van een pandhouder worden gekeken in het licht van recentere jurisprudentie.

5.8.9.3.2 De kwestie ING/Akzo

In de kwestie die speelde tussen Akzo en ING ging het om een pandrecht van ING op vorderingen die WKC had op een vrijgestelde dochtervennootschap van Akzo. Toen Akzo haar overblijvende aansprakelijkheid wenste te beëindigen, kwam ING daartegen in verzet. Akzo verweerde zich daartegen en stelde dat ING niet ontvankelijk was om in verzet te komen omdat ING geen schuldeiser van de dochtervennootschap was. ING had slechts een pandrecht op de vorderingen van de dochtervennootschap. Daarmee was ING geen schuldeiser, maar slechts pandhouder en niet meer dan dat. Vereenvoudigd schematisch weergegeven, was de situatie als volgt:

158 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663.



Figuur 7

In eerste aanleg had de Rechtbank Arnhem te oordelen over de vraag of ING als pandhouder van vorderingen op de dochtervennootschap gerechtigd was om in verzet te komen tegen de beëindiging van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap.[159] De rechtbank overwoog onder andere als volgt:

> "5. Als pandhouder van de vorderingen van WKC VOF op Industriepark uit hoofde van de energielevering kan ING niet worden aangemerkt als "de schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt", als bedoeld in artikel 2:404 lid 5 BW. Aan de pandhouder van een vordering komen weliswaar bevoegdheden toe die ook aan de hoofdgerechtigde tot de vordering toekomen, zoals de bevoegdheid tot inning (artikel 3:246 BW) of ter zake van de keuzebevoegdheid bij alternatieve verbintenissen (artikel 6:19 lid 3 BW), maar dit maakt hem nog niet tot die hoofdgerechtigde. Ook een redelijke wetsuitleg van "schuldeiser" in artikel 2:404 BW leidt niet tot de opvatting dat daaronder ook de pandhouder moet worden verstaan. De strekking van de aansprakelijkheidsverklaring van artikel 2:403 lid l onder f BW is immers in die zin beperkt dat zij enkel beoogt potentiële crediteuren die ingevolge de toepassing van de regeling tot vrijstelling van inrichting van de jaarrekening overeenkomstig de voorschriften van titel 9 van boek 2 BW hun beslissing om al dan niet met de dochtervennootschap te contracteren niet meer op de jaarstukken van de vrijgestelde dochtervennootschap kunnen baseren, een vorm van zekerheid ter compensatie te bieden. De pandhouder ontleent aan die strekking geen belang.
>
> 6. De vraag is dan nog of een belang van ING in die zin aanwezig kan worden geacht dat het haar rechtens niet onverschillig kan zijn als de "overblijvende aansprakelijkheid" van Akzo zou komen te vervallen. Alsdan zou er immers aanleiding kunnen zijn om haar als pandhouder onder omstandigheden bevoegd te kunnen achten het recht tot verzet van de hoofdgerechtigde tegen de beëindiging van de "overblijvende aansprakelijkheid" uit te oefenen. Weliswaar kan de pandhouder zich bij uitwinning wel op aan de vordering verbonden – afhankelijke – zekerheidsrechten als pand, hypotheek en borgtocht verhalen, maar zulk een recht van verhaal komt hem, anders dan ING tijdens de mondelinge

159 Rb. Arnhem, 1 februari 2001, *JOR* 2001/88, m.nt. Bartman.

> behandeling heeft betoogd, niet toe ten opzichte van een naast de hoofdschuldenaar verbonden hoofdelijk medeschuldenaar als Akzo. Daarvoor toch zou nodig zijn dat WKC VOF haar vorderingen jegens Akzo ook aan ING in pand zou hebben gegeven, hetgeen niet is gebeurd."

Hoewel de laatste volzin van *rechtsoverweging* 5 mij niet juist lijkt,[160] is de strekking duidelijk. ING heeft als pandhouder van de vordering van WKC op Industriepark niet het recht om tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid in verzet te komen. De rechtbank overweegt dat wanneer ook de vordering van WKC op Akzo (de '403-vordering') door WKC aan ING was verpand, ING wel gerechtigd was om in verzet te komen omdat aan de pandhouder van een vordering de bevoegdheden toekomen die ook aan de hoofdgerechtigde tot de vordering toekomen.

ING legt zich niet neer bij de beschikking van de rechtbank en gaat in hoger beroep bij de Ondernemingskamer. In hoger beroep wordt door de Ondernemingskamer onder andere het volgende overwogen:[161]

> "4.9. De strekking van de "artikel 403-verklaring" is bescherming te bieden aan potentiële schuldeisers die ingevolge de toepassing van de vrijstellingsregeling als bedoeld in artikel 2:403 lid 1 BW hun beslissing om al of niet met de dochtervennootschap te contracteren niet meer op de jaarstukken van die dochter kunnen baseren.[162] De bescherming bestaat erin dat de vennootschap die zich op vrijstelling beroept (hierna, om redenen van eenvoud, aan te duiden als: de moedervennootschap) in een bij het Handelsregister gedeponeerde verklaring heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de dochter voortvloeiende schulden. In de wet worden de aard en de rechtsgevolgen van deze hoofdelijke aansprakelijkheid niet (verder) uitgewerkt.[163]

160 Aangezien ook bestaande schuldeisers die reeds voor de afgifte van de 403-verklaring met de dochtervennootschap hebben gecontracteerd, dienen te worden gecompenseerd voor het gebrek aan inzicht waarmee zij – ongevraagd – worden geconfronteerd.

161 Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2001, *JOR* 2001/170 m.nt. Bartman.

162 De Ondernemingskamer gaat voorbij aan het feit dat een 403-verklaring tevens bescherming biedt aan de groep schuldeisers die ten tijde van het deponeren van de 403-verklaring reeds een vordering op de dochtervennootschap hebben, daar waar de Ondernemingskamer overweegt dat de strekking van de 403-verklaring is om potentiële schuldeisers van de dochtervennootschap te bewegen om met de dochtervennootschap te contracteren. De strekking van de 403-verklaring wordt hiermee door de Ondernemingskamer aldus onjuist, althans onvolledig, weergegeven.

163 Een belangwekkende passage: "In de wet worden de aard en de rechtsgevolgen van deze hoofdelijke aansprakelijkheid niet (verder) uitgewerkt." Aangezien de rechtsgevolgen van de reguliere hoofdelijke aansprakelijkheid wel verder in de wet worden uitgewerkt, lijkt de Ondernemingskamer er hier van uit te gaan dat 'deze' hoofdelijke aansprakelijkheid, de hoofdelijke aansprakelijk die voortvloeit uit een 403-verklaring, een andere is dan de hoofdelijke aansprakelijkheid zoals die in de wet is geregeld. Dat de Ondernemingskamer deze mening is toegedaan, blijkt ook wel uit het feit dat de Ondernemingskamer de hoofdelijke aansprakelijkheid die voortvloeit uit een 403-verklaring eerder in verband brengt met borgtocht.

> 4.10. Anders dan Akzo heeft betoogd gaat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap niet zover dat de contractant van de dochtervennootschap de moedervennootschap onmiddellijk en rechtstreeks tot nakoming kan aanspreken. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer wordt aan de door de wet beoogde bescherming van de contractant van de dochtervennootschap voldoende recht gedaan indien de moedervennootschap ten gevolge van de "artikel 403-verklaring" jegens de contractant van de dochtervennootschap komt te verkeren in een positie als had zij zich ten behoeve van de dochter, ten aanzien van de in artikel 2:403 BW genoemde schulden, jegens de contractant tot borg gesteld. Aldus beschouwd is het recht dat de contractant jegens de moedervennootschap aan artikel 2:403 BW ontleent, een afhankelijk recht als bedoeld in de artikelen 3:7 en 3:82 BW, dat, indien daartoe gronden zijn, ook door de pandhouder van de vordering uitgeoefend kan worden.
>
> 4.11. Alvorens het verzet tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid in te stellen heeft ING aan Industriepark en Akzo Nobel mededeling heeft gedaan van het ten behoeve van haar gevestigde pandrecht. Hierdoor werd zij blijkens punt 6 van de pandakte bevoegd "de vordering te innen en in en buiten rechte nakoming van de vordering te eisen". Voor zover zij niet reeds op grond hiervan voldoet aan de hoedanigheid van schuldeiser als bedoeld in artikel 2:404 lid 3 onder d BW, brengt een redelijke uitleg van artikel 2:404 BW, gelezen in samenhang met artikel 3:245 BW, in ieder geval met zich dat ING ter bescherming van de aan haar verpande toekomstige vorderingen verzet op de voet van artikel 2:404 lid 5 BW kan instellen. Hieraan kan de in artikel 3:245 BW vervatte eis dat de schuldeiser in het geding wordt opgeroepen niet afdoen omdat WKC ondubbelzinnig te kennen heeft gegeven haar rechten uit hoofde van artikel 2:404 BW niet te willen inroepen."

Voor de vraag of een pandhouder van een vordering op de dochtervennootschap de moedervennootschap kan aanspreken op grond van de door haar afgegeven 403-verklaring is van belang dat de Ondernemingskamer de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap als een afhankelijk recht beschouwt. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap zou derhalve afhankelijk zijn van de vordering die WKC op de dochter, Industriepark, heeft.

Hoewel juridisch-technisch wel wat op deze praktische benadering valt aan te merken, is de redenering begrijpelijk. Gevoelsmatig is de zekerheid die een moedervennootschap aan de schuldeisers van de dochtervennootschap verstrekt een waarborg.

De oplossing van de Ondernemingskamer is praktisch. Door de 403-vordering aan te merken als een afhankelijk recht, kan de conclusie worden getrokken dat een pandhouder bevoegd is de moedervennootschap aan te spreken en om die reden kan de pandhouder als normadressaat van artikel 2:404 lid 5 BW worden aangemerkt. De pandhouder mag vervolgens in verzet komen om zijn recht te beschermen.

Akzo legt zich niet neer bij de uitspraak van de Ondernemingskamer en gaat in cassatie. De Hoge Raad kiest vervolgens voor een meer technische benadering en overweegt onder andere het volgende:

"3.3 De Hoge Raad zal eerst de onderdelen 4 en 6 van het middel behandelen. Het slagen van deze onderdelen, die bestrijden dat ING in haar hoedanigheid van pandhouder kan worden aangemerkt als de schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt in de zin van art. 2:403 en 404 BW, heeft tot gevolg dat de beschikking van de Ondernemingskamer niet in stand kan blijven en de beslissing van de Rechtbank moet worden bekrachtigd, zodat de overige onderdelen geen bespreking behoeven.

3.4.1 Onderdeel 4 keert zich met rechts- en motiveringsklachten tegen de oordelen als hiervoor in 3.2 onder c en d vermeld. Een aantal van de in het onderdeel vervatte klachten treft doel op grond van het navolgende.

3.4.2 Art. 2:403 lid 1 bepaalt dat een tot een groep behorende rechtspersoon de jaarrekening niet behoeft in te richten overeenkomstig de voorschriften van titel 9 van boek 2 BW, mits is voldaan aan de in het eerste lid vermelde voorwaarden. Een van deze voorwaarden – als vermeld onder f van het artikellid – is dat een andere rechtspersoon of vennootschap, in wiens jaarrekening de gegevens zijn geconsolideerd (hierna aan te duiden als de moedermaatschappij), schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon (verder te noemen de dochtermaatschappij) voortvloeiende schulden. Wat deze verklaring – waarvan de betekenis moet worden begrepen tegen de hiervoor vermelde achtergrond dat zij dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van een geconsolideerde jaarrekening – in een concreet geval inhoudt moet worden vastgesteld door uitleg daarvan. Daarbij zal in beginsel vooral moeten worden gelet op de aard van deze verklaring, zoals hierna in 3.4.3 aangeduid. De strekking van de verklaring zoals deze volgt uit de hiervoor vermelde context van de wet, kan ook een rol spelen bij deze uitleg. Door de strekking in rov. 4.9 voorop te stellen is de Ondernemingskamer echter uitgegaan van een onjuiste maatstaf.

3.4.3 De hier bedoelde verklaring die de moedermaatschappij heeft afgelegd, is een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling op grond waarvan rechtstreeks aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ontstaat. Anders dan de Ondernemingskamer heeft geoordeeld, kan de "contractant" jegens de moedermaatschappij geen recht ontlenen aan art. 2:403, doch uitsluitend aan de door deze gedeponeerde verklaring.

3.4.4 In cassatie moet ervan worden uitgegaan dat de verklaring in het onderhavige geval slechts inhoudt dat Akzo Nobel zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de uit rechtshandelingen van Industrie Park voortvloeiende schulden.

3.4.5 Nu een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid niet een afhankelijk recht in het leven roept, getuigt het oordeel van de Ondernemingskamer dat het recht dat de contractant verkrijgt jegens de moedermaatschappij, een afhankelijk recht – als bedoeld in de artikelen 3:7 en 3:82 BW – is, van een onjuiste rechtsopvatting.

3.4.6 Uit het voorafgaande volgt dat ook het oordeel van de Ondernemingskamer dat Akzo Nobel in een positie is komen te verkeren "als had zij zich ten behoeve van de dochter (...) jegens de contractant tot borg gesteld", geen stand kan houden. Voor zover de Ondernemingskamer dit oordeel heeft gebaseerd op een uitleg van de door Akzo Nobel afgelegde verklaring, is haar oordeel in het licht van de bewoordingen ervan die niets omtrent borgtocht inhouden, onbegrijpelijk. Voor zover de Ondernemingskamer dit oordeel heeft gebaseerd op de strekking van art. 2:403, berust haar oordeel op een onjuiste

> rechtsopvatting, nu hoofdelijke aansprakelijkheid, ook in het kader van deze bepaling, niet op één lijn gesteld kan worden met borgtocht.
>
> (…)
>
> 3.5.3 Het recht van instellen van verzet op de voet van art. 2:404 lid 5 komt – in de bewoordingen van dit artikellid – toe aan "de schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt". De gedingstukken laten geen andere conclusie toe dan dat ING niet als zodanig kan worden beschouwd.
>
> 3.5.4 Voor zover de Ondernemingskamer haar oordeel heeft gebaseerd op een "redelijke uitleg van art. 2:404" in verband met art. 3:245, getuigt haar oordeel van een onjuiste rechtsopvatting. De in deze laatste bepaling bedoelde rechtsvorderingen strekken immers tot bescherming van het verpande goed. Het doen van verzet als hier bedoeld kan niet worden aangemerkt als een zodanige rechtsvordering, omdat beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid van Akzo Nobel het pandrecht van ING op de vorderingen van WKC op IndustriePark in stand laat en er geen pandrecht is gevestigd ten behoeve van ING op vorderingen van WKC op Akzo Nobel.
>
> 3.6 Het vorenoverwogene leidt tot de slotsom dat de Rechtbank ING terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard in haar verzoek, zodat de beschikking van de Rechtbank in het daartegen gerichte hoger beroep moet worden bekrachtigd. De Hoge Raad kan daarom zelf de zaak afdoen als hierna aangegeven."

De Hoge Raad heeft daarmee beslist dat een partij, die een pandrecht heeft op een vordering van de vrijgestelde dochtervennootschap, geen rechten ontleent aan een door de moedervennootschap afgegeven 403-verklaring. De pandhouder is volgens de Hoge Raad geen 'schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt'. Het verzet van de pandhouder wordt daarom ongegrond verklaard. De Hoge Raad geeft in *rechtsoverweging* 3.5.4 wel een hint naar hoe dit probleem van een pandhouder opgelost had kunnen worden. De Hoge Raad geeft aan dat "er geen pandrecht is gevestigd ten behoeve van ING op vorderingen van WKC op Akzo Nobel". Met andere woorden, althans zo begrijp ik de Hoge Raad: als ING ook een pandrecht had op de 403-vorderingen, dan had ING als pandhouder wel de moedervennootschap kunnen aanspreken en tevens in verzet kunnen komen.

Ter onderbouwing van zijn conclusie heeft de Hoge Raad aangegeven dat de vordering van de schuldeiser uit hoofde van een 403-verklaring op de moedervennootschap niet afhankelijk is van de vordering van de schuldeiser op de dochtervennootschap. In artikel 3:7 BW wordt een afhankelijk recht omschreven als "een recht dat aan een ander recht zodanig verbonden is, dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan". Het recht waar het afhankelijke recht van afhankelijk is, wordt het hoofdrecht genoemd. Afhankelijke rechten zijn het recht van pand, hypotheek of borgtocht verbonden aan een vorderingsrecht; het recht van erfdienstbaarheid

verbonden aan de eigendom van een heersend erf en een recht van mede-eigendom verbonden aan bepaalde onroerende zaken.[164]

Wordt gekeken naar de categorisering van afhankelijke rechten, dan valt op dat het recht van erfpacht en het recht van vruchtgebruik wel onder de voornoemde definitie van 'afhankelijk recht' vallen maar toch niet tot de afhankelijke rechten worden gerekend.[165] Het onderscheid is dat erfpacht en vruchtgebruik niet in dezelfde hand zijn als het hoofdrecht waarvan zij afhankelijk zijn. Bij de rechten die tot de afhankelijke rechten worden gerekend, geldt dat dit wel het geval is. Tegenover afhankelijke rechten staan zelfstandige rechten. De afhankelijke rechten zijn steeds in dezelfde hand terwijl zelfstandige rechten naar hun aard steeds in verschillende handen zijn.[166] Afhankelijke rechten volgen het recht waaraan zij verbonden zijn, zie artikel 3:82 BW. Gaat het hoofdrecht teniet, dan gaat het afhankelijke recht ook teniet. Gaat het hoofdrecht over, dan gaat het afhankelijke recht ook mee over. Een afhankelijk recht is niet zelfstandig overdraagbaar.[167]

Terug naar de kwestie tussen ING en Akzo, waar de hoofdvraag was of ING als pandhouder gerechtigd was om verzet aan te tekenen. Door in dat kader te bepalen dat een vordering op basis van een 403-verklaring geen afhankelijk recht is en dus niet in die zin verbonden is aan de vordering op de dochtervennootschap, vloeit voort dat de 403-vordering een zelfstandig recht is. Daarmee is een 403-vordering zelfstandig overdraagbaar en kan een 403-vordering in andere handen zijn dan de vordering op de dochtervennootschap.

Deze uitspraak van de Hoge Raad heeft heel wat pennen in beweging gebracht.[168] Het arrest heeft – naast de ongelukkige keuze van de wetgever om in artikel 2:403 lid 1 sub f te spreken van hoofdelijke aansprakelijkheid – naar mijn idee nog steeds te gelden als de grootste oorzaak van een hoop 403-problemen. Hoewel de Hoge Raad aangeeft dat er ruimte is om de strekking van de 403-verklaring uit te leggen in de context van de wet en tegen de achtergrond dat zij dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van een geconsolideerde

164 Van Cassel-van Zeeland, art. 3:7 BW, aant. 4 (digitale editie).

165 Van Cassel-van Zeeland, art. 3:7 BW, aant. 4 (digitale editie): "Er komen echter ook beperkte rechten voor die niet afhankelijke rechten zijn en dat geldt met name voor vruchtgebruik, erfpacht en opstalrecht."

166 Te denken valt enerzijds aan een vordering van een bank op een kredietnemer en het daaraan gekoppelde recht van hypotheek (beide in handen van de bank). Anderzijds geldt dat bij het recht van erfpacht dat een particulier heeft op een stuk grond van de gemeente. Beide rechten zijn in verschillende handen.

167 Zie bijvoorbeeld Huijgen 2013.

168 De opvatting dat de 403-vordering een borgtocht-achtig karakter dient te hebben (althans dat dit wenselijk zou zijn) in plaats van een hoofdelijk karakter zodat de vordering op de moedervennootschap een afhankelijk en subsidiair karakter heeft, vindt veel steun in de literatuur. Zie in dit verband: Schoordijk 2003, p. 59-82; De Neve 2002; Bartman 2004, p. 51; Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, *JOR* 2007/103, sub 3.2, m.nt. Faber; Biemans 2011, p. 306; Rongen 2012, p. 1303/1304; Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012, *JOR* 2012/165, sub 4, m.nt. Bertrams en Timmerman & De Winter 2013, p. 360-361.

jaarrekening,[169] houdt de Hoge Raad er toch een zeer formalistische benadering op na die niet lijkt aan te sluiten bij de praktijk en de ratio van de vrijstellingsregeling.

Maeijer vraagt zich af of het resultaat waartoe de Hoge Raad komt wel bevredigend en redelijk is.[170] Hij betoogt dat de pandhouder zich waarschijnlijk niet bewust was van deze gevolgen en dat de pandhouder ter waarborging van zijn positie in het bijzonder lette op de aansprakelijkheidsverklaring. De mogelijkheid om tevens een pandrecht te vestigen op de 403-verklaring noemt hij zelfs "toch wat bizar". Verder betoogt Maeijer dat de pandhouder onder het oude recht als cessionaris bij een fiducia cum creditore wel het recht tot verzet tegen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid zou hebben gehad en hij verwijst vervolgens naar de parlementaire geschiedenis waarin de verzekering werd gegeven dat met de regeling van een bezitloos pandrecht praktisch hetzelfde resultaat kan worden bereikt als met zekerheidseigendom, zodat bestaande financieringspatronen ondanks de wetstechnische andere opzet van de nieuwe regeling onder het nieuwe recht zonder moeilijkheden kunnen worden gecontinueerd.[171] Maeijer betoogt dat zonder het nieuwe wettelijk systeem of de geaardheid van het pandrecht tekort te doen, de subsidiaire redenering van de Ondernemingskamer had kunnen worden gevolgd. Hij doelt op de redenering dat een redelijke uitleg van artikel 2:404 BW, gelezen in samenhang met artikel 3:245 BW, met zich brengt dat de pandhouder ter bescherming van de aan hem verpande toekomstige vorderingen verzet op de voet van lid 5 van artikel 2:404 BW zou moeten kunnen instellen. Maar door de zinsnede "ter bescherming van het verpande goed" zoals opgenomen in artikel 3:245 BW te eng uit te leggen en vervolgens te redeneren dat beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid het pandrecht van de pandhouder in stand houdt, komt de Hoge Raad tot een ander oordeel. Maeijer meent dat een pandhouder moet kunnen ageren wanneer de economische waarde van de verpande goederen gevaar loopt, hetgeen door het verdwijnen van de overblijvende aansprakelijkheid zonder meer het geval is. Deze ruimere uitleg past binnen de parlementaire geschiedenis.[172]

Het is interessant dat Maeijer het arrest benadert vanuit de rechtspositie van een pandhouder. De procedure draait immers ook om de vraag of een pandhouder

169 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *r.o.* 3.4.2: "Wat deze verklaring – waarvan de betekenis moet worden begrepen tegen de hiervoor vermelde achtergrond dat zij dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van een geconsolideerde jaarrekening – in een concreet geval inhoudt moet worden vastgesteld door uitleg daarvan. Daarbij zal in beginsel vooral moeten worden gelet op de aard van deze verklaring, zoals hierna in 3.4.3 aangeduid. De strekking van de verklaring zoals deze volgt uit de hiervoor vermelde context van de wet, kan ook een rol spelen bij deze uitleg."

170 Maeijer in zijn annotatie bij het arrest, HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447 onder punt 4 van zijn noot.

171 Zie *Parl. Gesch.* Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6) p. 1197 en in dit verband HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471 m.nt. Kleijn sub 1.

172 *Parl. Gesch.* Boek 3, p. 769 e.v.

als verzetsgerechtigde kan worden aangemerkt. Vanuit het perspectief van de kwestie die ter beoordeling voorlag, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een pandhouder geen verzet moet kunnen instellen omdat geen sprake is van een afhankelijk recht. Het oordeel dat geen sprake is van een afhankelijk recht heeft niet alleen consequenties voor de mogelijkheden om in verzet te komen. Deze conclusie is verstrekkender en brengt veel meer consequenties met zich. Met name voor situaties die in deze casus niet aan de orde waren.

Bartman gaat in zijn annotatie[173] bij het arrest dieper in op de kwalificatie van de 403-vordering en de consequenties daarvan. Hij concludeert echter dat de kwalificatie van het 403-recht niet veel uitmaakt voor de beantwoording van de vraag of een schuldeiser van de dochtervennootschap als verzetgerechtigde moet worden aangemerkt. Naar zijn mening staat vast dat de intrekking van de 403-verklaring *in casu* geen aantasting betekende van de rechtspositie van de ING omdat de ING geen pandrecht op de 403-vordering had bedongen. Bartman concludeert dat de redenatie van de Ondernemingskamer, namelijk dat een redelijke uitleg van artikel 2:404 BW, gelezen in samenhang met artikel 3:245 BW, leidt tot een verzetrecht voor de pandhouder wel moest falen omdat er voor de ING eenvoudig niets te beschermen viel dat door de intrekkingsverklaring werd bedreigd.

Naast Maeijer en Bartman zijn er meer kritische geluiden te horen.[174] Zo schreef Wibier:[175]

> "De kritiek op de ING/Akzo-beschikking van de Hoge Raad concentreert zich naar mijn mening op een ondergeschikt punt van die beschikking. Voor de praktijk en ook vanuit het perspectief van systematische zuiverheid is het vooral van belang dat de vordering op de 403-vennootschap en de vordering uit hoofde van de 403-verklaring niet in verschillende handen terecht kunnen komen. Daarnaast is het van belang dat diegenen die de vordering op de 403-vennootschap mag innen, tevens bevoegd is om de moeder aan te spreken. Ik denk daarbij in de eerste plaats aan de inningsbevoegde pandhouder, maar hetzelfde geldt voor een inningsbevoegde vruchtgebruiker."

In latere rechtspraak heeft de Hoge Raad vastgehouden aan zijn benadering. De Hoge Raad heeft recenter geoordeeld over de vraag of een schikking, die een schuldeiser met de dochtervennootschap aangaat, gevolgen heeft voor de vordering die de schuldeiser op de moedervennootschap heeft.[176] De Hoge Raad trok een duidelijke lijn. Een schikking met de dochtervennootschap is geen schikking met de moedervennootschap. Aangezien de vorderingsrechten zelfstandig zijn, behoudt de schuldeiser die een schikking trof met de dochtervennootschap zijn volledige vordering op de moedervennootschap. De vordering op de moedervennootschap

173 Bartman in zijn annotatie bij het arrest, HR 28 juni 2002, *JOR* 2002/136.

174 De Neve 2002, p. 235-242, m.n. p. 241-242 en de noot van Verdaas onder Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, *JOR* 2007/2 en Faber in zijn noot bij Hoge Raad, 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, *JOR* 2015/191. Bartman wederom kritisch: Bartman 2004, p. 48-52.

175 Wibier 2008, par. 4.

176 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, *JOR* 2015/191.

mag slechts worden verminderd met het bedrag dat de dochtervennootschap heeft betaald aan de schuldeiser. De Hoge Raad overweegt onder meer het volgende:[177]

> "3.6.2. In het hiervoor in 3.5 overwogene ligt besloten dat de onderhavige 403-verklaring volgens het hof niet meer of anders inhoudt dan dat Bia Beheer zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de uit rechtshandelingen van Mastertools voortvloeiende schulden. Zoals ook het hof overweegt, is in HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, NJ 2002/447, («JOR» 2002/136, m.nt. Bartman; red.), (Akzo Nobel/ING) beslist dat hoofdelijke aansprakelijkheid, ook die in het kader van art. 2:403 BW, niet op één lijn kan worden gesteld met borgtocht. Het door de klachten verdedigde standpunt stuit hierop af.
>
> In verband met de hoofdelijke aansprakelijkheid van Bia Beheer zijn de art. 6:7 e.v. BW van toepassing, hetgeen meebrengt dat haar aansprakelijkheid berust op een zelfstandige verbintenis jegens Lentink, waarvan zelfstandig nakoming kan worden gevorderd. In dit verband is van belang dat het middel niet opkomt tegen het in rov. 4.16.1 besloten liggende oordeel van het hof dat de door Lentink en mr. Gerrits q.q. getroffen dading niet meebrengt dat Lentink op de voet van art. 6:9 lid 1 BW afstand heeft gedaan van haar vorderingsrecht jegens Bia Beheer. Zoals het hof vervolgens heeft overwogen, heeft deze dading ingevolge art. 6:7 lid 2 BW slechts tot gevolg dat de schuld van Bia Beheer is verminderd met het door mr. Gerrits q.q. betaalde bedrag van € 25.000,--. Aan een en ander heeft het hof in de slotzin van rov. 4.16.1 terecht de conclusie verbonden dat het verweer van mr. Eikendal q.q. faalt."

Ook dit arrest is kritisch ontvangen. Faber schrijft in zijn noot onder het arrest onder meer dat de keuze van de Hoge Raad "minder gelukkig" is:[178]

> "2. De aard en het rechtskarakter van de 403-vordering. De aansprakelijkheid van de moedermaatschappij jegens een schuldeiser van de dochtermaatschappij uit hoofde van de 403-verklaring is volgens de Hoge Raad – overeenkomstig de letterlijke tekst van art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW – een vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid. Zie HR 28 juni 2002, «JOR» 2002/136, m.nt. Bartman (Akzo Nobel/ING). Ook in het onderhavige arrest kiest de Hoge Raad voor deze benadering. Een schuldeiser van de dochtermaatschappij heeft derhalve de keuze of hij voor de betaling van zijn vordering de dochtermaatschappij dan wel de moedermaatschappij aanspreekt, met dien verstande dat nakoming door de een ook de ander bevrijdt (vgl. art. 6:7 BW). Van enigerlei subsidiariteit, zoals het geval is bij borgtocht (vgl. art. 7:855 lid 1 BW), is geen sprake. De door de Hoge Raad gemaakte keuze achten wij minder gelukkig. In de onderlinge verhouding tussen de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij staat vast dat de schuld louter de dochtermaatschappij aangaat. Met een subsidiair verhaalsrecht van de schuldeiser jegens de moedermaatschappij wordt voldoende gecompenseerd dat schuldeisers die contracteren met de dochtermaatschappij, wegens het ontbreken van een eigen jaarrekening geen inzicht hebben in de financiële situatie van de dochtermaatschappij."

177 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, *JOR* 2015/191, *r.o.* 3.6.2.
178 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, *JOR* 2015/191.

Aan zijn keuze om het vorderingsrecht op de moedervennootschap en de dochtervennootschap als twee separate, zelfstandige vorderingsrechten te kwalificeren, lijkt de Hoge Raad niet te willen tornen. De specifieke achtergrond van de 403-vordering geeft voor de Hoge Raad geen reden om af te wijken van de reguliere regels inzake hoofdelijkheid.[179]

Uit de recente ontwikkelingen in de rechtspraak[180] valt af te leiden dat de kwalificatie van de rechten die de pandgever heeft om zijn vordering geïnd te krijgen, geen rol speelt bij de beantwoording van de vraag of de betreffende bevoegdheden door een pandhouder kunnen worden uitgeoefend. Wat bepalend lijkt te zijn, is of de bevoegdheden strekken tot inning van de vordering of het verhalen van die vordering. De hoofdelijke aansprakelijkheid van zowel de dochtervennootschap als de moedervennootschap leidt ertoe dat de schuldeiser uitgebreidere verhaalsmogelijkheden heeft ten aanzien van zijn vordering. Tegen de achtergrond van de recente ontwikkelingen in de rechtspraak valt niet in te zien waarom de pandhouder die bevoegdheid niet ook uit zou kunnen oefenen. De mogelijkheid om zowel verhaal te kunnen nemen op het vermogen van de dochtervennootschap als ook op het vermogen van de moedervennootschap vergroot de mogelijkheden om de vordering geïnd te krijgen. Vanuit de positie van de pandhouder bezien, zou het recht om deze verhaalsmogelijkheid van de pandgever aan te kunnen wenden, kunnen worden beschouwd als een recht dat de pandnemer ook toekomt, als voortvloeiend uit zijn recht om de vordering te innen.[181]

Aan de mogelijkheid van een pandhouder met een pandrecht op een vordering op een dochtervennootschap om de moedervennootschap aan te spreken, staan de arresten ING/Akzo[182] en Bia Beheer[183] niet in de weg. In ING/Akzo was niet de vraag of de pandhouder de moedervennootschap aan kon spreken maar of hij kwalificeerde als schuldeiser in de zin van artikel 2:404 lid 5 BW. Die bepaling regelt niet de aansprakelijkheid van de moedervennootschap maar regelt de mogelijkheid om in verzet te gaan. In Bia Beheer is uitgemaakt dat er in geval van hoofdelijke aansprakelijkheid twee separate vorderingsrechten zijn.

De slotconclusie van dit onderdeel is dan ook dat de Hoge Raad pandhouders met slechts een pandrecht op een vordering van de dochter nadrukkelijk buiten de deur houdt voor wat betreft de verzetprocedure. In het licht van de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie kan een pandhouder wellicht een kans wagen

179 Er bestaat wel discussie in de literatuur over het karakter van hoofdelijkheid. De vraag is of de hoofdelijkheid met zich brengt dat sprake is van één vordering met twee (of meer) hoofdelijk verbonden schuldenaren of dat er juist meerdere zelfstandige vorderingsrechten zijn (evenveel vorderingsrechten als schuldenaren). Artikel 6:6 en 6:7 BW scheppen hierover in ieder geval geen duidelijkheid.

180 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, *JOR* 2015/191 en HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833 *NJ* 2017/2.

181 Artikel 3:246 BW.

182 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *JOR* 2002/136.

183 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, *JOR* 2015/191.

om een beroep te doen op de 403-verklaring.[184] Hierop zal nader worden ingegaan in de navolgende paragrafen.

5.8.9.3.3 De reikwijdte van de inningsbevoegdheid van een pandhouder in het licht van recente ontwikkelingen

Het ING/Akzo-arrest is alweer bijna twintig jaar oud. Inmiddels heeft de rechtsontwikkeling niet stilgestaan. Over de positie van de pandhouder is het een en ander te doen geweest.

Artikel 3:246 lid 1 BW geeft een pandhouder de bevoegdheid om de vordering waarop het pandrecht rust, te innen:

> Artikel 3:246 lid 1 BW
> 1. Rust het pandrecht op een vordering, dan is de pandhouder bevoegd in en buiten rechte nakoming daarvan te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Deze bevoegdheden blijven bij de pandgever, zolang het pandrecht niet aan de schuldenaar van de vordering is medegedeeld.

Zoals in de bepaling is vermeld, komt de inningsbevoegdheid aan de pandhouder toe wanneer de verpanding aan de debiteur is medegedeeld. Voordat die mededeling is gedaan, is de pandgever – de rechthebbende van de vordering – zelf nog inningsbevoegd.

Op basis van recente ontwikkelingen in de jurisprudentie lijkt de tendens dat de inningsbevoegdheid van de pandhouder ruim – misschien wel steeds ruimer – moet worden opgevat. Daarmee krijgt een pandhouder een sterkere positie.[185]

Naast de inningsbevoegdheid, die de pandhouder het recht geeft een betaling in ontvangst te nemen en af te dwingen, zijn er diverse aanvullende bevoegdheden die een pandhouder ten dienste staan. Zo kan een pandhouder een vordering opeisbaar maken door opzegging.

De aanvullende bevoegdheden die aan de pandhouder toekomen, hangen samen met zijn inningsbevoegdheid. De bevoegdheden zijn gericht om door gebruikmaking van zijn pandrecht verhaal te kunnen halen teneinde zijn gesecureerde vordering voldaan te krijgen.

In lijn met vorenstaande kan de pandhouder tevens de aan de verpande vordering verbonden zekerheidsrechten en andere nevenrechten uitoefenen.[186] De bevoegdheden die een pandhouder in dat kader toekomen, zijn ruim. Onlangs heeft de Hoge Raad beslist dat een openbaar pandhouder kan worden aangemerkt als een schuldeiser in de zin van artikel 1 lid 1 Fw.[187] De pandhouder is aldus – onder omstandigheden – bevoegd om het faillissement van de debiteur van de verpande vordering aan te vragen:

---

184 In HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, *JOR* 2015/191 is de pandhouder al wel als schuldeiser aangemerkt in de zin van artikel 1 lid 1 Fw.

185 Zie de hierna aangehaalde jurisprudentie.

186 HR 18 december 2015, *NJ* 2016/34 en vgl. HR 11 maart 2005, *NJ* 2006/362.

187 HR 9 december 2016, *NJ* 2017/2.

> Artikel 1
> 1. De schuldenaar, die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, wordt, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van een of meer zijner schuldeisers, bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement verklaard.

Een pandhouder kan uit hoofde van zijn inningsbevoegdheid praktisch gezien bijna alles doen om zijn zekerheid te effectueren.[188] Toch kan een pandhouder niet volledig op een lijn worden gesteld met de oorspronkelijke schuldeiser.[189] De vraag is waar de grens ligt en waar de 403-vordering zich in dat spectrum bevindt.

5.8.9.3.4 Bevoegdheden die strekken tot het innen van de vordering of het verhalen daarvan

Gezien de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie kan worden geconcludeerd dat een pandhouder niet slechts de aan een verpande vordering verbonden afhankelijke rechten[190] of nevenrechten[191] toekomen.[192] Volgens de recente ontwikkelingen is de bevoegdheid van de pandhouder ruimer en kan een pandhouder tevens andere aan een vordering gekoppelde rechten uitoefenen.[193]

Uit een arrest van de Hoge Raad[194] kan worden afgeleid dat de kwalificatie van de aan een pandrecht gekoppelde rechten niet als uitgangspunt wordt genomen om te bepalen of die rechten door een pandhouder kunnen worden uitgeoefend. Bepalend is of de uitoefening van bepaalde aan een verpande vordering gekoppelde schuldeisersbevoegdheden zijn gericht op de inning van de verpande vordering en of deze bevoegdheden daarmee vallen onder de mogelijkheden die een pandhouder heeft of moet hebben om verhaal te kunnen halen. In een later arrest maakt de Hoge Raad onderscheid tussen:

- schuldeisersbevoegdheden die betrekking hebben op de vordering;
- schuldeisersbevoegdheden die strekken tot het innen van de vordering en verhalen van de vordering op het vermogen van de schuldenaar.[195]

Schuldeisersbevoegdheden die betrekking hebben op het vorderingsrecht, komen in principe niet toe aan de pandhouder, tenzij de wet anders bepaalt. De bevoegd-

188 Krzemiński 2018, p. 503.
189 Voor schuldeisersbevoegdheden die bij de pandgever blijven rusten zie bijvoorbeeld HR 21 februari 2014, *NJ* 2015/82.
190 Zie artikel 3:7 BW.
191 Zie artikel 6:142 BW.
192 Er zijn diverse auteurs die deze opvatting hebben (of hadden): zie onder meer: Stein, aant. 2.1.9; Steneker 2012; Rongen 2012, p. 1285; Biemans 2011, hoofdstuk 5 en Verdaas 2008, p. 277 e.v. en 295 e.v.
193 Houdijk & Breeman 2016 en Krzemiński 2018, p. 503.
194 HR 18 december 2015, *NJ* 2016/34.
195 HR 9 december 2016, *NJ* 2017/2.

heden die strekken tot het innen van de vordering en het verhalen daarvan komen wel toe aan de pandhouder.[196]

Concluderend kan worden gesteld dat schuldeisersbevoegdheden toekomen aan een pandhouder wanneer die bevoegdheden strekken tot het innen van de vordering of het verhalen daarvan.[197] Het lijkt niet bepalend te zijn hoe die bevoegdheden of rechten worden geclassificeerd. De rechten die een pandhouder toekomen, kunnen afhankelijke rechten of nevenrechten zijn maar beslissend is dat niet. Dat brengt met zich dat bijvoorbeeld ook niet-afhankelijke zekerheidsrechten zoals persoonlijke zekerheidsrechten die strekken tot het innen van de verpande vordering of het halen van verhaal zouden kunnen worden uitgeoefend door een pandhouder.[198]

5.8.9.3.5 Een 403-vordering strekt tot het innen van een vordering of het verhalen daarvan

Gezien de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie, lijkt de kwalificatie van een recht dat een oorspronkelijk schuldeiser een bevoegdheid geeft om zijn vordering te innen of verhaal te halen niet van doorslaggevend belang te zijn bij de beantwoording van de vraag of die bevoegdheid door een pandhouder kan worden uitgeoefend. Het feit dat een 403-vordering als een niet-afhankelijk recht maar als een zelfstandig recht kwalificeert, vormt vanuit die optiek geen beletsel voor een pandhouder om de moedervennootschap aan te spreken op basis van een 403-verklaring. Dit kan de pandhouder vervolgens doen via de band van de oorspronkelijke schuldeiser. Wanneer een pandhouder zijn bevoegdheid ontleent aan de bevoegdheid die de oorspronkelijk schuldeiser toekwam op basis van een 403-verklaring, is het niet nodig dat een pandhouder zelfstandig een beroep kan doen op een 403-verklaring. De mogelijkheid om de 403-vordering van de oorspronkelijk schuldeiser te kunnen inroepen, zou in lijn met de hiervoor geschetste recente ontwikkelingen in de jurisprudentie voort kunnen vloeien uit het recht van een pandhouder om een vordering te innen en te verhalen op basis van artikel 3:246 lid 1 BW.

Als wordt geconcludeerd dat een pandhouder de bevoegdheid heeft om een 403-vordering jegens de moedervennootschap te kunnen instellen, is het nog de vraag of de pandhouder ook de mogelijkheid heeft om in verzet te komen wanneer de moedervennootschap over wenst te gaan tot de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Hierbij is van belang of de pandhouder rechtstreeks een beroep kan doen op de 403-verklaring, en dus zelf een schuldeiser van de moedervennoot-

196 HR 9 december 2016, *NJ* 2017/2, ECLI:NL:2016:2833, *r.o.* 3.3.3-3.3.4. In gelijke zin: A-G Timmerman, randnr. 3.6 en 3.8. Zie voor de conclusie van de A-G: HR 9 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1002.

197 Verhaal zal als eerst worden gehaald op het vermogen van de schuldenaar, maar er kan ook verhaal worden gehaald op het vermogen van een derde als daar een rechtsgrond voor bestaat.

198 In gelijke zin: Faber en Vermunt in nr. 3 van hun noot bij HR 18 december 2015, *JOR* 2016/105; Krzemiński 2018, p. 504 en Houdijk & Breeman 2016.

schap wordt of dat een pandhouder een afgeleide bevoegdheid heeft om de moedervennootschap aan te spreken. Is de bevoegdheid afgeleid van de 403-vordering die de oorspronkelijke schuldeiser heeft, dan zal een ruime interpretatie van het begrip 'schuldeiser' (zoals bedoeld in artikel 2:404 lid 5 BW) nodig zijn om de pandhouder de bevoegdheid te geven om verzet aan te tekenen. Een andere constructie zou zijn dat de pandhouder niet zelf via de 403-vordering van de oorspronkelijke schuldeiser bevoegd is om in verzet te komen, maar dat de pandhouder bevoegd is om het verzetrecht van de schuldeiser uit te oefenen. De bevoegdheid die een pandhouder dan uitoefent, is de bevoegdheid van een schuldeiser en dat past dan binnen de kaders van artikel 2:404 lid 5 BW.

5.8.9.3.6 De rechtsvordering ter bescherming van het verpande goed

Indien de inningsbevoegdheid van een pandhouder niet met zich brengt dat een pandhouder het recht heeft om in verzet te treden, dan resteert de vraag of artikel 3:245 BW de pandhouder een basis zou kunnen bieden om het recht van verzet te mogen uitoefenen. De Hoge Raad heeft dit circa twintig jaar geleden afgewezen, maar de vraag is of de ruimere inningsbevoegdheid die de pandhouder volgens de recente ontwikkelingen toekomt van invloed zou kunnen zijn op de uitwerking van artikel 3:245 BW.

Op grond van artikel 3:245 BW kan worden beredeneerd dat een pandhouder – die een pandrecht heeft op een vordering van een vrijgestelde dochtervennootschap – de moedervennootschap moet kunnen aanspreken op basis van een 403-verklaring vanwege zijn ruime inningsbevoegdheid en verzet moet kunnen aantekenen tegen het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid van de moedervennootschap;

> Artikel 3:245 BW:
> Tot het instellen van rechtsvorderingen tegen derden ter bescherming van het verpande goed is zowel de pandhouder als de pandgever bevoegd, mits hij zorg draagt dat de ander tijdig in het geding wordt geroepen.

Geredeneerd kan worden dat de afgeleide mogelijkheid van een pandhouder om de moedervennootschap aan te spreken een bescherming biedt voor het verpande goed, de hoofdvordering. Het voorkómen dat deze bescherming komt te vervallen, zou dan eveneens moeten vallen onder de bescherming van het verpande goed. Uiteraard is hier discussie over mogelijk.

5.8.9.4 Het verzetrecht van enkele bijzondere verzetgerechtigden

Naast de reeds geschetste – meer fundamenteel van aard zijnde – onduidelijkheden die binnen het 403-regime leven ten aanzien van de vraag welke partijen als schuldeiser en als verzetgerechtigde aan kunnen worden gemerkt, is er nog een aantal bijzondere gevallen. In de jurisprudentie is een aantal situaties aan de orde geweest waarin sprake was van 'bijzondere' categorieën schuldeisers.

Een bijzondere groep schuldeisers die heeft getracht om gebruik te maken van het verzetrecht, zijn de curatoren. Bij in verzet komende curatoren heeft de recht-

spraak nog eens bevestigd dat het verzetrecht toekomt aan iedere schuldeiser individueel. Het verzet heeft dan ook relatieve werking en geen absolute werking. Aan een curator, die optreedt voor de gehele groep schuldeisers komt het recht van verzet daarom niet toe.[199] Het standpunt van de Ondernemingskamer daaromtrent is duidelijk:[200]

> "Ingevolge artikel 68 lid 1 Faillissementswet is de curator, als wettelijke vertegenwoordiger van de gezamenlijke schuldeisers, belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel en kan hij daartoe in rechte optreden. De curator kan in beginsel slechts vorderingen instellen die aan de gefailleerde toekomen. Het instellen van een vordering jegens een derde ten behoeve van de gezamenlijke handelscrediteuren van Ster Koeriers op grond van de 403-verklaring valt buiten de bevoegdheid van de curator."

5.8.10 Hardheid vordering: niet onmiskenbaar ongegrond

5.8.10.1 Algemeen

Met de hardheid van een vordering wordt gedoeld op de waarschijnlijkheid dat een vordering daadwerkelijk bestaat en wat de omvang daarvan is. Wanneer partijen twisten over de verschuldigdheid en de hoogte van een vordering, is het lastig om te bepalen of een vordering daadwerkelijk zal kunnen worden afgedwongen. Er dient een bepaalde mate van aannemelijkheid te zijn dat een vordering succesvol zal kunnen worden afgedwongen. In het kader van het verzetrecht van artikel 2:404 lid 5 BW dient te worden bepaald of een schuldeiser, die stelt een vordering te hebben, daadwerkelijk een vordering heeft en wat de hoogte daarvan is. Aangezien de moedervennootschap een zekerheid zal moeten stellen voor die vordering op straffe van de gegrondverklaring van het verzet, kunnen de consequenties veel impact hebben. Het is onwenselijk dat een moedervennootschap zekerheid moet stellen voor onrealistisch hoge claims. Aan de andere kant dient te positie van de schuldeiser te worden beschermd. Want is de overblijvende aansprakelijkheid eenmaal beëindigd en biedt het vermogen van de dochtervennootschap weinig tot geen verhaal, dan kan een schuldeiser met lege handen achterblijven.

Verschillende gerechten hebben de gelegenheid gehad om zich uit te laten over de vraag hoe hard een vordering van een eisende partij moet zijn om als verzets-

---

199 Hof Amsterdam 12 januari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL5958, *JOR* 2010/94. Zie ook Rb. Utrecht 31 juli 1996, ECLI:NL:RBUTR:1996:AG2929, *JOR* 1996/96; Zie *r.o.* 5.2: "De curator is slechts bevoegd in zijn hoedanigheid voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers op te komen. Daarvan is sprake als de boedel bij zijn optreden baat zal vinden. Dat geval doet zich hier niet voor. Als het verzet gegrond wordt verklaard en Haverkort B.V. te zijner tijd tot betaling dient over te gaan, komen die betalingen toe aan de individuele schuldeisers en niet aan de boedel. Dat de schulden in het faillissement door die betalingen zullen afnemen is niet aan te merken als een belang van de gezamenlijke schuldeisers/de boedel in evengenoemde zin."

200 Hof Amsterdam 12 januari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL5958, *JOR* 2010/94, *r.o.* 3.2.

gerechtigde te worden aangemerkt. De Rechtbank Rotterdam,[201] de Ondernemingskamer[202] en de Hoge Raad[203] kregen in korte tijd de gelegenheid om invulling te geven aan het begrip 'schuldeiser' zoals bedoeld in artikel 2:404 lid 4 en lid 5 BW.

5.8.10.2 De samenhang tussen de begrippen vorderingsrecht en schuldeiser

Zonder vordering kan niet worden gesproken van een schuldeiser. De kwalificaties 'schuldeiser' en 'vordering' hangen met elkaar samen. Het begrip schuldeiser komt niet alleen voor in artikel 2:404 lid 4 en lid 5 BW maar wordt ook genoemd in de toepasselijke procesrechtelijke regels. Het begrip schuldeiser wordt genoemd in artikel 997 Rv. Deze bepaling hanteert een ruimere definitie van het begrip schuldeiser dan artikel 2:404 lid 4 en 5 BW.

5.8.10.3 Het schuldeisersbegrip en de hardheid van een vordering in het licht van de verzetregeling

Volgens artikel 997 Rv dienen verzoekschriften van schuldeisers onderscheidenlijk wederpartijen[204] in behandeling te worden genomen. De tekst van artikel 997 Rv lid 1 luidt als volgt:

> "Het verzet van een schuldeiser onderscheidenlijk een wederpartij overeenkomstig de artikelen 100 lid 3, 182 lid 3, 316 lid 2, 334l, of 404 lid 5 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt door de rechter met de meeste spoed behandeld. Indien verschillende verzoekschriften zijn ingediend, wordt op alle tezamen beschikt."

Over de uitleg van het begrip schuldeiser zoals bedoeld in deze bepaling is in de rechtspraak[205] onder andere te vinden dat ook een schuldeiser met een betwiste vordering onder het begrip schuldeiser van art. 997 Rv jo art. 2:100 BW valt.[206] tenzij de rechter die over het verzet oordeelt, de betwiste vordering bij voorbaat niet erkent. Dit oordeel werd gegeven onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.[207] In dat licht oordeelde de Rechtbank 's-Gravenhage onder meer het volgende:

---

201 Rb. Rotterdam 29 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7610.

202 Hof Amsterdam (OK) 9 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5141.

203 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546.

204 Het in artikel 997 Rv gebruikte begrip 'wederpartij' ontleend is aan art. 2:334l BW. In dat artikel wordt namelijk aan een ruimere groep de mogelijkheid gegeven om in verzet te komen. Artikel 2:334l BW bevat de verzetregeling bij splitsing en geeft 'iedere wederpartij bij een rechtsverhouding' de mogelijkheid om in verzet te komen tegen het splitsingsvoorstel. Zie Vlas losbl., art. 997 Rv, aant. 5.

205 Rb. 's-Gravenhage 7 juli 1982, *NJ* 1983/637, m.nt. Maeijer.

206 Zie hierover ook Vlas, art. 997 Rv, aant. 5.

207 MvT bij Wet van 15 mei 1981, *Stb.* 1981/332.

> "dat de wetgever het blijkens de MvT bij bedoelde wijzigingswet onredelijk heeft geoordeeld een schuldeiser, die een betwiste vordering heeft, een aanspraak op zekerheidsstelling (als voorzien bij art. 100) te onthouden, tenzij de rechter die over het verzet oordeelt de betwiste vordering bij voorbaat niet erkent;"

En voorts:

> "dat de Rb. (…) niet op voorhand tot de conclusie komt, dat de vordering van verzoeker kennelijk van iedere grond is ontbloot, zonder dat daarmee thans een oordeel over der partijen kansen in die zaak is gegeven;"

Tegen deze beschikking van de rechtbank is hoger beroep ingesteld. In hoger beroep had de Ondernemingskamer te oordelen over deze casus. De Ondernemingskamer bekrachtigde de beschikking van de rechtbank waarbij het verzet van de schuldeiser gegrond werd verklaard.[208] De Ondernemingskamer overwoog onder andere het volgende:

> "Ook een schuldeiser, wiens vordering wordt betwist, is als schuldeiser in voormelde zin aan te merken. Dit lijdt uitzondering indien de betwiste vordering aan de rechter die over het verzet oordeelt op voorhand ongegrond voorkomt."

Maeijer geeft in zijn noot aan dat de benaderingen van de rechtbank en de Ondernemingskamer wel wat van elkaar verschillen:

> "De OK heeft dan nog een iets andere benadering dan de Rb. Een schuldeiser met een betwiste vordering wordt door de OK aangemerkt als 'schuldeiser' in de zin van art. 2:209 (en dus ook van art. 100) BW, tenzij de betwiste vordering op voorhand ongegrond voorkomt (vgl. de formulering in art. 76 Rv betreffende verstek tegen de gedaagde). De Rb. hanteerde de formule: (...) tenzij de betwiste vordering kennelijk van iedere grond is ontbloot (…)."

Voornoemde overwegingen hebben betrekking op artikel 997 Rv in samenhang met artikel 2:100 BW (en het toenmalige artikel 2:209 BW, welk artikel met de flexibilisering van het BV-recht uit de wet is verdwenen). De verzetregeling van artikel 2:404 lid 4 BW is wel ontleend aan deze regeling. In het kader van de vraag of een schuldeiser een voldoende harde vordering heeft en of een schuldeiser ontvankelijk is,[209] heeft de Hoge Raad het volgende overwogen:[210]

---

208 Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 1982, *NJ* 1983/637 m.nt. Maeijer (eerste aanleg en hoger beroep worden in dezelfde aflevering van het *NJ* door Maeijer behandeld).

209 Is een schuldeiser eenmaal 'binnen', dus toegelaten tot de verzetsprocedure, dan dient alsnog te worden beoordeeld of de vermogenstoestand van de dochtervennootschap voldoende waarborgen biedt. Dat is een ander vraagstuk dat tevens in het arrest van de Hoge Raad aan de orde komt.

210 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, *r.o.* 5.1.4.

> "Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 2:404 BW blijkt dat is beoogd dat de regeling het evenwicht bewaart tussen het belang van de schuldeiser die op de 403-verklaring is afgegaan, en het belang van de rechtspersoon die de 403-verklaring heeft afgelegd en die na het verbreken van de groepsband zijn aansprakelijkheid uit hoofde van deze verklaring wil beëindigen. Een schuldeiser kan na bekendmaking van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid vervangende zekerheid of een andere waarborg verlangen, indien het voornemen meebrengt dat zijn positie niet alleen formeel, maar ook materieel wordt verzwakt. De regeling van verzet in art. 2:404 BW is mede ontleend aan de regeling van verzet tegen kapitaalvermindering. (Kamerstukken II 1983/84, 16 551, 11, p. 15-16)."

Hetgeen in bovenstaand citaat aan de orde wordt gesteld, ziet naar mijn idee niet op de vraag of een schuldeiser ontvankelijk is of niet. Het citaat heeft betrekking op de in een verzetsprocedure centraal staande toets, namelijk of een schuldeiser (die reeds tot verzet is toegelaten) een redelijke grond heeft om een vervangende zekerheid te verlangen. Het evenwicht waar de Hoge Raad naar verwijst, wordt is de parlementaire geschiedenis nog nader toegelicht:

> "Dit voorstel bewaart het evenwicht tussen de belangen van de schuldeisers die op de aansprakelijkstelling zijn afgegaan en het belang van de maatschappij die zich aansprakelijk stelde dat de aansprakelijkheid niet nog tientallen jaren kan blijven doorlopen nadat alle banden met de betrokken ex-groepsmaatschappij zijn verbroken. Huurovereenkomsten bij voorbeeld blijven immers vaak lang in stand."[211]

Duidelijk is juist dat de schuldeisers wel verzet aan kunnen tekenen en – wanneer de vermogenspositie van de dochtervennootschap tot terechte zorgen leidt – een aanvullende zekerheid mogen verlangen, maar dat het uitgangspunt anderzijds niet moet zijn dat de moedervennootschap in het geheel niet van de overblijvende aansprakelijkheid af zou kunnen komen. Volgens artikel 2:404 lid 4 BW heeft een schuldeiser geen recht op een zekerheid of een waarborg wanneer de vermogenstoestand van de dochtervennootschap daartoe geen aanleiding geeft of er andere waarborgen zijn.

In de memorie van toelichting op art. 2:100 BW, waarin de regeling van verzet tegen kapitaalvermindering bij de naamloze vennootschap is opgenomen, is het volgende vermeld:

> "Is de vordering opeisbaar, dan zal de schuldeiser uiteraard betaling verlangen en, om verzet te voorkomen, krijgen, indien zijn vordering niet betwist is. Is de vordering wel betwist, dan wordt deze in feite pas inbaar na een rechterlijk vonnis of een schikking, die beide nog enige tijd op zich kunnen laten wachten. Het zou daarom onredelijk zijn de schuldeiser die een betwiste vordering heeft, een aanspraak op zekerheidstelling te onthouden, tenzij de rechter die over het verzet oordeelt de betwiste vordering bij voorbaat niet erkent. Het recht van verzet komt aan alle schuldeisers toe."[212]

211 *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11, p. 15.
212 *Kamerstukken II* 1978/79, 15304, nr. 3, p. 46.

De vraag is of de samenhang tussen 997 Rv en 2:100 lid 2 BW een dusdanig andere situatie oplevert dan de samenhang tussen 997 Rv en 2:404 lid 4 BW dat het trekken van een parallel op dit vlak mank gaat. Wanneer de bepalingen naast elkaar worden gelegd, worden de verschillen zichtbaar:

> Artikel 2:100 lid 2 BW:
> De vennootschap moet, op straffe van gegrondverklaring van een verzet als bedoeld in het volgende lid, voor iedere schuldeiser die dit verlangt zekerheid stellen of hem een andere waarborg geven voor de voldoening van zijn vordering. Dit geldt niet, indien de schuldeiser voldoende waarborgen heeft of de vermogenstoestand van de vennootschap voldoende zekerheid biedt dat de vordering zal worden voldaan.

> Artikel 2:404 lid 4 BW:
> Indien de schuldeiser dit verlangt moet, op straffe van gegrondverklaring van een verzet als bedoeld in lid 5, voor hem zekerheid worden gesteld of hem een andere waarborg worden gegeven voor de voldoening van zijn vorderingen waarvoor nog aansprakelijkheid loopt. Dit geldt niet, indien hij na het beëindigen van de aansprakelijkheid, gezien de vermogenstoestand van de rechtspersoon of uit anderen hoofde, voldoende waarborgen heeft dat deze vorderingen zullen worden voldaan.

Het meest opvallende verschil wordt mijn inziens gevonden in de passage "vorderingen waarvoor nog aansprakelijkheid loopt". Dat klemt met eventuele vorderingen die in de toekomst kunnen ontstaan. Mag uit deze zinssnede worden afgeleid dat de toegang tot de verzetsprocedure is afgebakend en dat uitsluitend schuldeisers met bestaande vorderingen toegelaten mogen worden? Ten aanzien van deze passage gaat de parallel met artikel 2:100 lid 2 BW naar mijn idee mank, omdat artikel 2:100 lid 2 BW deze passage niet kent. Verwijzen naar de wetsgeschiedenis van artikel 2:100 BW levert in zoverre geen sterk argument op. Helaas is in de toelichting op artikel 2:404 lid 4 niet terug te vinden waarom deze passage is toegevoegd.

In zijn arrest van 31 maart 2017[213] heeft de Hoge Raad zich onder meer uitgelaten over de vraag of een toekomstige vordering heeft te gelden als een vordering waarvoor nog aansprakelijkheid loopt, zoals bedoeld in artikel 2:404 lid 4 BW. In deze zaak werd het verzet geïnitieerd door curatoren in enkele Nederlandse investeringsmaatschappijen die menen een vordering te hebben uit hoofde van een schending van een bancaire zorgplicht door de dochtervennootschap bij het opzeggen van een kredietovereenkomst. Daarnaast werd verzet ingesteld door een schuldeiser die stelde een vordering op de dochtervennootschap te hebben uit hoofde van garanties die waren opgenomen in een investeringsovereenkomst met de vrijgestelde dochtervennootschap.

Zowel de rechtbank in eerste aanleg als de Ondernemingskamer in appel verklaren de schuldeisers ontvankelijk in hun verzet en achten dit verzet tevens gegrond. De rechtbank en de Ondernemingskamer zijn van oordeel dat de schuld-

213 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, SNS/Curatoren c.s.

eisers een vordering hebben waarvoor nog aansprakelijkheid loopt zoals bedoeld in artikel 2:404 lid 5 BW, dan wel als schuldeiser kunnen worden aangemerkt in de zin van artikel 997 lid 1 Rv. In essentie is de vraag hoe 'hard' een vordering moet zijn om een schuldeiser als verzetgerechtigde aan te kunnen merken.

De rechtbank is niet uitvoerig ingegaan op de vraag of de vorderingen, zoals die door de schuldeisers naar voren zijn gebracht in de verzetprocedure, vorderingen zijn in de zin van artikel 2:404 lid 5 BW en artikel 997 lid 1 Rv. Ten aanzien van de schadeclaim voortvloeiend uit de schending van een bancaire zorgplicht heeft de rechtbank het volgende overwogen:

> "3.5. De rechtbank is van oordeel dat derden onder "uit de rechtshandelingen van Propertize voortvloeiende schulden" redelijkerwijs ook kunnen begrijpen verplichtingen tot vergoeding van schade indien en voor zover deze zijn terug te voeren op en niet zouden kunnen zijn ontstaan zonder – rechtshandelingen van Propertize. Bij het verrichten van rechtshandelingen, zoals het sluiten van een overeenkomst, moet er immers rekening mee worden gehouden dat die rechtshandelingen, in combinatie met latere rechtshandelingen of feitelijke handelingen (dan wel nalaten daarvan), schade tot gevolg kunnen hebben. De rechtbank sluit met deze ruime uitleg van de reikwijdte van een verklaring als de onderhavige aan bij de parlementaire geschiedenis en bij jurisprudentie in dit kader.
>
> 3.6. Curatoren stellen dat de gefailleerde vennootschappen een vordering tot vergoeding van schade op Propertize hebben die voortvloeit uit rechtshandelingen van Propertize en lichten dit als volgt toe. Propertize en de gefailleerde vennootschappen hebben kredietovereenkomsten gesloten. Propertize heeft om die reden een bancaire zorgplicht jegens de gefailleerde vennootschappen. Propertize is tekortgeschoten in de nakoming van die zorgplicht ten gevolge waarvan de gefailleerde vennootschappen niet meer in staat waren aan hun financiële verplichtingen te voldoen en zijn gefailleerd. De gefailleerde vennootschappen hebben hierdoor schade geleden ter hoogte van het totale boedeltekort van 157 miljoen euro.
>
> 3.7. De rechtbank acht, anders dan SNS Bank en Propertize, deze toelichting op de gestelde vordering toereikend voor een bevestigend antwoord op de vraag of de gefailleerde vennootschappen mogelijk een vordering van die omvang op Propertize hebben die voortvloeit uit rechtshandelingen van Propertize. De gestelde schade is immers terug te voeren op het sluiten van de kredietovereenkomsten.
>
> (…)
>
> 3.9. Uit het voorgaande volgt dat de door Curatoren gestelde vordering van 157 miljoen euro onder de reikwijdte van de aansprakelijkheidsverklaring van SNS Bank valt."[214]

Aan de aannemelijkheid van de schade en de hoogte daarvan wordt niet veel aandacht besteed. Op de hardheid van de vordering wordt niet ingegaan. De rechtbank brengt de discussie terug naar de vraag of een vordering voortvloeiend

214 Rb. Midden-Nederland, 7 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1642, *JOR* 2014/260, *r.o.* 3.5 tot en met 3.9.

uit de schending van een bancaire zorgplicht onder de reikwijdte van een 403-verklaring valt.

Dan de vorderingen uit hoofde van een door de dochtervennootschap afgegeven garantie. De garantie was dusdanig vormgegeven dat de dochter garant stond in het geval een derde partij haar verplichtingen uit een aannemingsovereenkomst niet correct na zou komen. Dat deze derde partij niet correct na zou komen stond niet vast. Dat zou mogelijkerwijs in de toekomst het geval kunnen zijn. Er was derhalve sprake van een voorwaardelijke vordering ofwel een subsidiaire verplichting. Ten aanzien van deze vordering overwoog de rechtbank het volgende:

> "3.13. De vorderingen van CRI vallen, anders dan Propertize/PRPZ menen, onder de reikwijdte van de aansprakelijkheidsverklaringen, ook al hebben die vorderingen een voorwaardelijk karakter. Een ruime uitleg van de reikwijdte van dit soort verklaringen brengt dit mee. De rechtbank verwijst naar hetgeen zij onder rechtsoverweging 3.5 op dit punt overwoog. Bij het overeenkomen van garantstellingen moet er rekening mee worden gehouden dat daarop een beroep wordt gedaan; indien aan de garantstellingen voorwaarden zijn verbonden, moet er rekening mee worden gehouden dat die voorwaarden worden vervuld."[215]

Wederom gaat de rechtbank geheel voorbij aan de vraag of sprake is van een vordering zoals bedoeld in artikel 2:404 lid 5 BW en artikel 997 Rv. De rechtbank beslist dat de vorderingen voortvloeien uit rechtshandelingen en daarmee binnen de reikwijdte van de 403-verklaring vallen. Om die reden, zo begrijp ik het oordeel van de rechtbank, zijn de schuldeisers ontvankelijk en gerechtigd om in verzet te komen tegen het voornemen van de moedervennootschap om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen.

In de hoger-beroepprocedure bij de Ondernemingskamer worden onder meer de volgende grieven aangevoerd:

> "3.4. Volgens Propertize heeft de rechtbank in deze overwegingen (i) de 403-verklaring van SNS Bank onjuist uitgelegd en de vorderingen van curatoren, die zijn gebaseerd op schending van een bancaire zorgplicht, ten onrechte aangemerkt als vorderingen die voortvloeien uit de kredietovereenkomsten en daarmee onder het bereik van de 403-verklaring vallen, en (ii) de vorderingen van curatoren niet summierlijk op ondeugdelijkheid getoetst en ten onrechte begroot op het totale boedeltekort van € 157 miljoen.
>
> 3.5. SNS Bank heeft als "beroepsgrond 1" aangevoerd (i) dat de 403-verklaring is beperkt tot schulden uit rechtshandelingen en niet geldt voor schulden uit de wet, (ii) dat curatoren hun vordering summierlijk moeten aantonen en dat hebben nagelaten nu zij niet duidelijk maken onder welke overeenkomsten Propertize tekortgeschoten zou zijn en wat die vermeende tekortkomingen zouden inhouden en (iii) dat curatoren de omvang van een vermeende vordering in het geheel niet hebben aangetoond en niet (summierlijk) hebben

215 Rb. Midden-Nederland, 7 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1642, *JOR* 2014/260, *r.o.* 3.13.

> aangetoond dat de vermeende tekortkomingen van Propertize hebben geleid tot schade. Curatoren hebben zich tegen deze stellingen verweerd."[216]

De Ondernemingskamer maakt, anders dan de rechtbank, wel het onderscheid tussen de (materiële) reikwijdte van de 403-verklaringen enerzijds en de vraag of de schuldeisers wel ontvankelijk zijn anderzijds:

> "3.6. De Ondernemingskamer overweegt als volgt. De onder 2.3 weergegeven verklaring houdt in dat SNS Bank N.V verklaart zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van Propertize voortvloeiende schulden, in de zin van artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Bij de beoordeling van de grieven zijn in dat verband twee te onderscheiden vragen aan de orde: (a) de vraag of de vordering van de curatoren onderscheidenlijk CRI, gelet op de gestelde grondslag daarvan, onder het bereik van de 403-verklaring valt en (b) of de desbetreffende vordering voldoende "hard" is, dat wil zeggen of er voldoende feiten en omstandigheden voorhanden zijn ter ondersteuning van de gestelde grondslag. De derde vraag, die naar de omvang van de vordering, doet slechts ter zake in het kader van de beoordeling (hierna, onder 3.19 en volgende) of voldoende waarborgen in de zin van artikel 2:404 lid 4 BW aanwezig zijn."[217]

Ook geeft de Ondernemingskamer er blijk van dat de gestelde hoogte van de vorderingen een rol speelt, maar slechts in het kader van de beoordeling of de dochtervennootschap voldoende waarborgen biedt. Daarop valt nog wel wat af te dingen. Wanneer het vermogen van de dochtervennootschap niet voldoende waarborgen biedt voor een vordering van 1 miljoen, maakt het voor de moedervennootschap nog steeds een groot verschil of zij een waarborg moet verstrekken voor 1 miljoen of bijvoorbeeld 5 miljoen. In het kader van de hardheid van de gestelde vordering op basis van de schending van de bancaire zorgplicht overweegt de Ondernemingskamer onder meer het volgende (cursivering toegevoegd, JK):

> "3.7. In de onderhavige procedure worden beide eerstbedoelde vragen slechts onder ogen gezien voor zover dat strookt met de aard van deze procedure, meer in het bijzonder in het kader van de beoordeling of de curatoren respectievelijk CRI voldoende zekerheid behouden indien de overblijvende aansprakelijkheid van SNS Bank uit hoofde van de ingetrokken 403-verklaring eindigt. Beide vragen zijn, ten aanzien van de vordering van de curatoren, ten gronde aan de orde in de procedure die door de curatoren is ingeleid bij dagvaarding van 2 juni 2015 (zie hierboven sub 2.13).Daarmee strookt dat voldoende is dat, wat betreft de sub a bedoelde vraag, de gestelde grondslag van de vorderingen naar het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer onder de reikwijdte van de 403-verklaring valt en, wat betreft de sub b bedoelde vraag, *of er tenminste een reële, zij het mogelijk geringe, kans is dat de desbetreffende vordering in rechte zal worden toegewezen. In dat laatste verband volstaat, gelet op de aard van deze procedure en het ontbreken van een wettelijk criterium, een oppervlakkige toets die minder ver gaat dan*

216 Hof Amsterdam (OK), 9 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5141, *r.o.* 3.4 en *r.o.* 3.5.
217 Hof Amsterdam (OK), 9 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5141, *r.o.* 3.6.

de door Propertize en SNS Bank bepleite opvatting dat curatoren hun vordering summierlijk aannemelijk moeten maken.

3.8. Curatoren hoeven slechts zodanig concrete stellingen te betrekken dat kan worden beoordeeld of, in het verband van de sub a bedoelde vraag, de grondslag van de vorderingen van de gefailleerde vennootschappen gelegen is in enige overeenkomst/*rechtshandeling en niet in een verbintenis uit de wet en, in het verband van de sub b bedoelde vraag, dat een reële kans op toewijzing bestaat. Meer kan van hen, gelet op de aard van deze procedure, waar immers de vorderingen zelf niet ter beoordeling voorliggen, niet verlangd worden.*

(…)

3.11. De vraag naar de "hardheid" van de vorderingen van curatoren is lastiger te beantwoorden; of deze toewijsbaar zijn en zo ja tot welk bedrag is thans vanzelfsprekend onzeker. Mede gelet op gemelde dagvaarding, waarin de vordering ampel is toegelicht, acht de Ondernemingskamer *de kans dat de vordering (tenminste deels) wordt toegewezen op voorhand niet zeer klein en daarmee reëel.* Hoewel in het kader van dit deel van de beoordeling de omvang niet van belang is moet het algemene uitgangspunt zijn dat de schuldeiser met de mogelijke beëindiging van de hoofdelijke aansprakelijkheid niet in een ongunstigere positie mag komen te verkeren dan die waarin hij verkeerde uit hoofde van de 403-verklaring. Om aan die positie geen afbreuk te doen is de Ondernemingskamer van oordeel dat, als eenmaal is vastgesteld *dat een niet zeer kleine kans bestaat dat de schuldeiser een vordering heeft* die onder het bereik van de 403-verklaring valt, het bedrag waarvoor de waarborg dient te worden gegeven in beginsel moet worden gesteld op het maximaal gevorderde bedrag aan schadevergoeding. De oppervlakkige toets die thans moet worden aangelegd en het kader waarin deze discussie gevoerd wordt – welk kader in de weg staat aan uitvoerig debat en bewijslevering zoals wel mogelijk is in de inmiddels ingeleide bodemprocedure – laat ook geen fijnzinnige beoordeling van de hoogte van de vordering toe. Een uitzondering op dit beginsel is slechts aan de orde als het gevorderde bedrag evident onrealistisch hoog is. Dat laatste is hier, naar het oordeel van de Ondernemingskamer, gelet op de dagvaarding, niet het geval.

3.12. De Ondernemingskamer zal daarom in de onderhavige procedure uitgaan van een vordering van de curatoren op Propertize (ter grootte van maximaal het boedeltekort van € 157 miljoen) die valt onder de reikwijdte van de (ingetrokken) 403-verklaring. De in 3.3 genoemde grieven zijn daarmee verworpen."[218]

De Ondernemingskamer is scheutig met de verschillende formules die als uitgangspunt gebruikt kunnen worden om te beoordelen of een vordering voldoende hard is. Zowel qua hardheid als qua omvang van de vorderingen hoeft een schuldeiser maar betrekkelijk weinig te stellen en aannemelijk te maken om ontvankelijk te worden verklaard in de verzetprocedure en om zijn verzoek daarin toegewezen te krijgen. De vraag is of dit wel een evenwichtige toepassing is van de verzetrege-

218 Hof Amsterdam (OK), 9 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5141, *r.o.* 3.7, 3.8, 3.11 en 3.12.

ling die in het kader van de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid is beoogd. Bij de invoering van de mogelijkheid om in verzet te komen tegen een voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid is nadrukkelijk overwogen dat de moedervennootschap niet in lengte van dagen achtervolgd moet worden door de hoofdelijke aansprakelijkheid:

> "Dit voorstel bewaart het evenwicht tussen de belangen van de schuldeisers die op de aansprakelijkstelling zijn afgegaan en het belang van de maatschappij die zich aansprakelijk stelde dat de aansprakelijkheid niet nog tientallen jaren kan blijven doorlopen nadat alle banden met de betrokken ex-groepsmaatschappij zijn verbroken. Huurovereenkomsten bij voorbeeld blijven immers vaak lang in stand."[219]

Naar mijn mening is de gedachte van de wetgever duidelijk. Het zou een oneven-wichtige uitkomst zijn, wanneer de moedervennootschap tot in lengte van jaren achtervolgd wordt met schulden van een reeds al lang uitgevaren dochtervennoot-schap. Daarbij is de hoofdelijke aansprakelijkheid nooit afgegeven met de bedoeling een reguliere garantie te zijn, maar ter compensatie voor een in het verleden niet gepubliceerde jaarrekening.

De Ondernemingskamer merkt op dat in een civiele procedure een fijnzinnig oordeel zal moeten worden gegeven over (de hoogte van) de vordering. Hoewel een vordering tot definitieve toewijzing van een schadeclaim wordt ingeleid met een dagvaarding binnen een dagvaardingsprocedure, heb ik geen aanwijzingen gevonden die erop wijzen dat een grondiger analyse van de verschuldigdheid van een gepretendeerde vordering niet binnen de verzetprocedure zou passen. In het kader van het verzet is het van belang duidelijkheid te hebben over het bestaan en de hoogte van de vordering. Als de kwestie dan toch bij een rechter ter beoorde-ling ligt, zou het proceseconomisch niet eens een slecht idee zijn om de vordering en de hoogte daarvan te beoordelen. Dat sluit bovendien aan bij een van de achter-liggende gedachten van de wetgever:

> "Overgang van het ene concern naar het andere of naar particuliere eigenaren moet snel in kannen en kruiken zijn ook in het belang van de dochtermaatschappij zelf. Het door-gaan van de overneming hangt echter af van de prijs en die weer van de omvang van de aansprakelijkheid die op de verkoper blijft rusten. Het is daarom evenals bij fusie van belang dat de regeling het mogelijk maakt daarover op korte termijn klaarheid te verkrijgen."[220]

Daar kan natuurlijk tegenin worden gebracht dat de verzetprocedure als spoedproce-dure moet kunnen worden doorlopen en dat om die reden voor een definitieve vaststelling geen plaats zou zijn. Dat staat nog niet in de weg dat de toetsing grondiger gebeurt dan in onderhavige casus. De vraag is voorts of de verzetproce-dure van artikel 2:404 BW een spoedprocedure zou moeten zijn, als dat betekent

219 *Kamerstukken II* 1983/84, 16551 nr. 11, p. 15.
220 *Kamerstukken II* 1983/84, 16551 nr. 11, p. 16.

dat over de ontvankelijkheid en over de zaak inhoudelijk niet goed kan worden geoordeeld. Overigens dateert de eerste beschikking van 7 mei 2014. De beschikking van de Ondernemingskamer kwam anderhalf jaar later. Cassatie is niet gebruikelijk, maar dat voegde wederom een dik jaar toe.

Ten aanzien van de voorwaardelijke vorderingen uit hoofde van de door de dochtervennootschap afgegeven garantie, overweegt de Ondernemingskamer het volgende (cursivering toegevoegd, JK):

> "3.15. De Ondernemingskamer overweegt dat bij de beoordeling van de grieven, gelijk onder 3.6 is overwogen voor wat betreft de vorderingen van de curatoren, eerst aan de orde is (a) of de vordering van CRI gelet op de gestelde grondslag daarvan, onder het bereik van de 403-verklaring valt en (b) of die vordering voldoende "hard" is dat wil zeggen of er voldoende feiten en omstandigheden voorhanden zijn ter ondersteuning van de gestelde grondslag.
>
> 3.16. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer moeten beide vragen positief worden beantwoord. Dat een vordering uit een contractuele garantie een uit een rechtshandeling voortvloeiende schuld is, is niet voor serieuze betwisting vatbaar. Het komt aan op het voorwaardelijk karakter. In artikel 23 lid 1 van de Koopovereenkomst staat dat Propertize garant staat voor de verplichtingen van de verkoper jegens CRI. Het maximumbedrag van de garantie bedraagt op dit moment € 10 miljoen. De garantie komt op 8 september 2025 te vervallen. Artikel 24 van de Koopovereenkomst geeft een regeling voor de volgorde van de vorderingen. Indien CRI de verkoper heeft aangesproken en deze in verzuim blijft in de nakoming van zijn verplichtingen, is CRI gerechtigd Fortress Projectontwikkeling en PRPZ, elk hoofdelijk, aan te spreken uit hoofde van de in artikel 23 lid 2 opgenomen garantstelling, aldus de tekst van de Koopovereenkomst. *Naar het oordeel van de Ondernemingskamer doet dit voorwaardelijke karakter van de vordering op Propertize en PRPZ er niet aan af dat de vorderingen van CRI onder de 403-verklaringen vallen. Voor een andersluidende uitleg – namelijk dat voorwaardelijke schulden niet onder de 403- verklaring zouden vallen – hebben Propertize en PRPZ geen dan wel onvoldoende aanknopingspunten geboden. Een dergelijke uitleg volgt niet uit de bewoordingen van de 403-verklaring en strookt niet met de ratio daarvan.*
>
> 3.17. Dat de vordering "hard" (zij het voorwaardelijk) is staat niet ter discussie, nu deze expliciet contractueel geregeld is.
>
> (…)
>
> De conclusie luidt dat de voorwaardelijke vorderingen van CRI onder de 403-verklaringen vallen van SNS Bank en SNS Reaal en dat die vorderingen voldoende "hard" zijn. In zoverre zijn de betreffende grieven tevergeefs voorgesteld."[221]

Ten aanzien van de voorwaardelijke vorderingen maakt de Ondernemingskamer niet de koppeling met artikel 2:404 lid 5 BW waarin wordt aangegeven dat verzet

221 Hof Amsterdam (OK), 9 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5141, *r.o.* 3.15, 3.16 en 3.17.

mogelijk is indien sprake is van een "vordering waarvoor nog aansprakelijkheid loopt". Ook wordt niet getoetst aan artikel 997 Rv. Slechts wordt gesteld dat een voorwaardelijk karakter geen afbreuk doet aan het feit dat een vordering onder de materiële reikwijdte van de 403-verklaring valt. De vraag naar de ontvankelijkheid van de schuldeiser wordt daarmee op dit vlak in feite overgeslagen.

Naar aanleiding van deze beschikking van de Ondernemingskamer wordt cassatie ingesteld. De relevante overwegingen van de Hoge Raad ten aanzien van de vraag wat de vereiste hardheid van een vordering is om in verzet te kunnen komen, zijn de volgende (cursivering toegevoegd, JK):

> "5.1.4 Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 2:404 BW blijkt dat is beoogd dat de regeling het evenwicht bewaart tussen het belang van de schuldeiser die op de 403-verklaring is afgegaan, en het belang van de rechtspersoon die de 403-verklaring heeft afgelegd en die na het verbreken van de groepsband zijn aansprakelijkheid uit hoofde van deze verklaring wil beëindigen. Een schuldeiser kan na bekendmaking van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid vervangende zekerheid of een andere waarborg verlangen, indien het voornemen meebrengt dat zijn positie (niet alleen formeel, maar ook) materieel wordt verzwakt. De regeling van verzet in art. 2:404 BW is mede ontleend aan de regeling van verzet tegen kapitaalvermindering. (Kamerstukken II 1983-1984, 16 551, nr. 11, p. 15-16). In de memorie van toelichting op art. 2:100 BW, waarin de regeling van verzet tegen kapitaalvermindering bij de naamloze vennootschap is opgenomen, is het volgende vermeld. Is de vordering opeisbaar, dan zal de schuldeiser uiteraard betaling verlangen en, om verzet te voorkomen, krijgen, indien zijn vordering niet betwist is. Is de vordering wel betwist, dan wordt deze in feite pas inbaar na een rechterlijk vonnis of een schikking, die beide nog enige tijd op zich kunnen laten wachten. Het zou daarom onredelijk zijn de schuldeiser die een betwiste vordering heeft, een aanspraak op zekerheidstelling te onthouden, tenzij de rechter die over het verzet oordeelt de betwiste vordering bij voorbaat niet erkent. *Het recht van verzet komt aan alle schuldeisers toe.* (Kamerstukken II 1978-1979, 15 304, nr. 3, p. 46)
>
> 5.1.5 Door een 403-verklaring stelt een rechtspersoon die financiële gegevens heeft geconsolideerd op de voet van art. 2:403 lid 1, aanhef en onder c, BW (hierna: moedermaatschappij), zich hoofdelijk aansprakelijk voor de uit rechtshandelingen van de tot een groep behorende rechtspersoon waarvan zij die financiële gegevens heeft geconsolideerd (hierna: groepsmaatschappij). Een derde die een overeenkomst sluit met een groepsmaatschappij als zojuist bedoeld, doet dit in de regel mede in vertrouwen op deze hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij en het voortduren daarvan. Uit de regeling van art. 2:404 BW en de hiervoor in 5.1.4 aangehaalde toelichtingen volgt dat dit vertrouwen ook bescherming verdient bij beëindiging van de (mogelijk) overblijvende aansprakelijkheid. Een moedermaatschappij die deze aansprakelijkheid wil beëindigen, behoort dat niet te kunnen doen ten koste van de zekerheid van de schuldeiser voor de voldoening van een vordering waarvoor nog (mogelijke) aansprakelijkheid loopt.
>
> 5.1.6 Gelet op het voorgaande en in aanmerking genomen dat in de verzetprocedure niet over de toewijsbaarheid van de vordering van de schuldeiser wordt beslist, dient de rechter, in een geval waarin het bestaan en de omvang van de vordering zijn betwist, het verzet gegrond te verklaren, *tenzij en voor zover hij de vordering onmiskenbaar*

ongegrond acht. Aan zijn daarop betrekking hebbende oordeel zijn slechts beperkte motiveringseisen te stellen."

"5.1.7 De ondernemingskamer heeft in het licht van hetgeen hiervoor in 5.1.5 is overwogen, terecht tot uitgangspunt genomen *dat de schuldeiser met de beëindiging van de (mogelijk) overblijvende aansprakelijkheid niet in een ongunstiger positie mag komen te verkeren dan die waarin hij verkeerde uit hoofde van de 403-verklaring.* Haar hiervoor in 3.2.2 weergegeven oordeel (rov. 3.11) moet aldus worden verstaan dat de vorderingen van de curatoren en CRI niet onmiskenbaar ongegrond zijn te achten. Hetzelfde geldt voor haar oordeel over de omvang van de vorderingen. Uit het voorgaande volgt dat de onderdelen 2 en 4 tevergeefs zijn voorgesteld."[222]

Deze uitspraak betekent nogal wat voor het evenwicht dat de wetgever beoogde bij de invoering van de verzetregeling.[223] De overwegingen van de Hoge Raad geven geen blijk van een belangenafweging met betrekking tot de moedervennootschap.

In het kader van de vraag naar de ontvankelijkheid van de in verzet komende schuldeisers overweegt de Hoge Raad onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1978/79, 15304, nr. 3, p. 46, dat het recht van verzet aan *alle* schuldeisers van de dochtervennootschap toekomt.[224] De Hoge Raad lijkt (praktisch) geen ruimte te laten voor een nadere beoordeling van het bestaan van een vordering. Dat strookt niet met de tekst van artikel 2:404 lid 5 BW waarin de mogelijkheid tot verzet wordt toegekend aan "de schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt".[225] Mogelijk verdient de schuldeiser in het onderhavige geval bescherming, maar ik vraag mij af of het kader dat de Hoge Raad nu uitzet om dat doel te bereiken wel het juiste toetsingskader is, temeer omdat de Hoge Raad er verderop tevens van uitgaat dat een schuldeiser door de beëindiging van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap nooit in een ongunstiger positie mag komen te verkeren (hetgeen bij het verlies van een aanspraakmogelijkheid altijd het geval is) en de Hoge Raad ervan overtuigd is dat een schuldeiser erop mag vertrouwen op het voortduren van de aansprakelijkheid van een moedervennootschap op basis van een 403-verklaring. Die achterliggende gedachten lijken mij in ieder geval niet juist en enigszins zorgwekkend.

222 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546.

223 Dit arrest heeft de nodige pennen in beweging gebracht. Zie onder meer: *JOR* 2017/221, m.nt. De Haan; Bartman & Van der Kraan 2017; *Ondernemingsrecht* 2017/91, m.nt. Van Dooren; *NJ* 2018/26, m.nt. Van Schilfgaarde en *JIN* 2017/97, m.nt. Schepel.

224 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, *r.o.* 5.1.4.

225 Zie over de verzwaring van het kale begrip 'vordering' door deze toevoegingen: Bartman & Van der Kraan 2017.

Het enkel stellen dat sprake is van een vorderingsrecht zou niet toereikend moeten zijn voor het toelaten van een schuldeiser tot de verzetprocedure.[226] Anderzijds zou een enkele betwisting ook niet voldoende moeten zijn om aan de hoofdelijke aansprakelijkheid volledig te ontgaan. De verzwaring van het kale begrip 'vordering' naar 'vordering waarvoor nog aansprakelijkheid loopt' is uiteindelijk – ondanks de overwegingen die in de wetsgeschiedenis zijn terug te vinden – wel in de uiteindelijke aangenomen wettekst opgenomen. Die toevoegingen lijken te zijn gemaakt in het kader van een evenwichtige toepassing van de groepsvrijstellingsregeling en te zijn opgenomen om te voorkomen dat de moedervennootschap nooit meer van schuldeisers van een uitgevaren dochter afkomt. De redenering van de Hoge Raad lijkt volledig te zijn gericht op de vertrouwende schuldeiser die mocht verwachten dat de aansprakelijkheid nooit zou komen te eindigen en die nooit of te nimmer in een ongunstigere positie mag geraken en dat, naar ik meen, wordt vergeten waarom die hoofdelijke aansprakelijkheid in het leven was geroepen. Het is geen regulier en absoluut zekerheidsrecht. Maar als onderdeel van een meeromvattend stelsel is het 'slechts' een compensatiemiddel voor het gebrek aan inzicht in jaarstukken uit het verleden. Dat die aansprakelijkheidsverklaring tijdelijk is en eindig kan zijn, is nota bene een wezenlijk onderdeel van de groepsvrijstellingsregeling. Een schuldeiser die blind wil vertrouwen op een eeuwig voortdurende zekerheid dient simpelweg een reguliere zekerheid te bedingen. Niet valt in te zien waarom een schuldeiser die contracteert met een vrijgestelde vennootschap daartoe in welk opzicht dan ook minder goed in de positie zou zijn dan een schuldeiser die contracteert met een niet vrijgestelde vennootschap. De bewering van de Hoge Raad "Een derde die een overeenkomst sluit met een groepsmaatschappij als zojuist bedoeld, doet dit in de regel mede in vertrouwen op deze hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij en het voortduren daarvan" geeft, naar ik meen, geen blijk van een juist begrip van de groepsvrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW en 2:404 BW.

226 Uit onder meer de conclusie van de A-G blijkt dat de vorderingen ampel zijn toegelicht en de hoogte wordt in deze procedure simpelweg overgenomen van de verzoekende schuldeiser. Zie Parket bij de Hoge Raad, Conclusie 16 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1326, onder de beschrijving van het procesverloop, 3.11: "Mede gelet op gemelde dagvaarding, waarin de vordering ampel is toegelicht, acht de Ondernemingskamer de kans dat de vordering (tenminste deels) wordt toegewezen op voorhand niet zeer klein en daarmee reëel. Hoewel in het kader van dit deel van de beoordeling de omvang niet van belang is moet het algemene uitgangspunt zijn dat de schuldeiser met de mogelijke beëindiging van de hoofdelijke aansprakelijkheid niet in een ongunstigere positie mag komen te verkeren dan die waarin hij verkeerde uit hoofde van de 403-verklaring. Om aan die positie geen afbreuk te doen is de Ondernemingskamer van oordeel dat, als eenmaal is vastgesteld dat een niet zeer kleine kans bestaat dat de schuldeiser een vordering heeft die onder het bereik van de 403-verklaring valt, het bedrag waarvoor de waarborg dient te worden gegeven in beginsel moet worden gesteld op het maximaal gevorderde bedrag aan schadevergoeding." Hetzelfde gebeurde overigens in Rb. Rotterdam, 29 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7610, *JOR* 2015/295.

In het kader van de vraag hoe hard een vordering moet zijn, is de analyse van de advocaat-generaal zonder meer interessant.

> "4.17 (…) Daarbij is het vooral de vraag: hoe "hard" moet de vordering van de schuldeiser zijn? Ook in de onderhavige zaak is deze vraag belangrijk. De vorderingen van de curatoren en CRI staan niet vast en kunnen in de verzetprocedure ook niet komen vast te staan. Het gaat immers om een spoedprocedure.
>
> 4.18 Twee uitersten zijn voorstelbaar. Het ene uiterste is dat het verzetrecht alleen toekomt aan schuldeisers die een vaststaande vordering hebben, dat wil zeggen een vordering die ofwel onherroepelijk in rechte is vastgesteld, ofwel is erkend.27 Het andere uiterste is dat in de verzetprocedure van art. 2:404 BW louter wordt afgegaan op de stellingen van de schuldeiser.
>
> 4.19 Deze uitersten lijken mij geen van beide juist. Als een vaststaande vordering zou zijn vereist, zou de enkele betwisting van de vordering tot gevolg hebben dat de schuldeiser zijn zekerheid verliest. Dat zou miskennen dat schuldeisers op de 403-verklaring kunnen hebben vertrouwd. Louter afgaan op de stellingen van de schuldeiser kan ook niet. Dat zou misbruik in de hand werken.
>
> 4.20 Voor het standpunt dat ook schuldeisers met een betwiste vordering verzet kunnen instellen, is ook in de parlementaire geschiedenis een aanwijzing te vinden. Uit de toelichting op lid 4 van art. 2:404 BW blijkt dat de regeling is ontleend aan de regeling van verzet tegen kapitaalsvermindering of van verzet tegen een voorstel tot fusie. In de toelichting op art. 2:100 BW (de verzetregeling in geval van kapitaalsvermindering bij de NV) valt het volgende lezen:
>
> "Er is geen goede reden om deze aanspraak te beperken tot schuldeisers wier vordering nog niet opeisbaar is. Is de vordering opeisbaar, dan zal de schuldeiser uiteraard betaling verlangen en, om verzet te voorkomen, krijgen, indien zijn vordering niet betwist is. Is de vordering wel betwist, dan wordt de vordering in feite pas inbaar na een rechterlijk vonnis of een schikking, die beide nog enige tijd op zich kunnen laten wachten. Het zou daarom onredelijk zijn de schuldeiser die een betwiste vordering heeft, een aanspraak op zekerheidstelling te onthouden, tenzij de rechter die over het verzet oordeelt de betwiste vordering bij voorbaat niet erkent. Ook het recht van verzet komt naar huidig recht en volgens dit wetsontwerp aan alle schuldeisers toe." (Curs. A-G)
>
> 4.21 De juiste benadering moet dus ergens tussen de genoemde uitersten liggen. De verzetrechter zal de vordering, indien deze is betwist, in enige mate inhoudelijk moeten worden beoordelen. In zoverre is de verzetprocedure vergelijkbaar met andere typen procedures waarin een summiere beoordeling plaatsvindt: het kort geding (de vordering moet aannemelijk zijn, opheffing van een conservatoir beslag (summierlijk moet blijken van de ondeugdelijkheid van het ingeroepen recht) en de faillietverklaring (summierlijk moet blijken dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen).
>
> 4.22 In de bestreden beschikking heeft de ondernemingskamer een zeer lichte toets gehanteerd. Volgens de ondernemingskamer gaat het erom

> "…of er tenminste een reële, zij het mogelijk geringe, kans is dat de desbetreffende vordering inrechte zal worden toegewezen. In dat laatste verband volstaat, gelet op de aard van deze procedure en het ontbreken van een wettelijk criterium, een oppervlakkige toets die minder ver gaat dan de door Propertize en SNS Bank bepleite opvatting dat curatoren hun vordering summierlijk aannemelijk moeten maken." (rov. 3.7)

Verderop in de beschikking (rov. 3.11) overwoog de Ondernemingskamer dat als algemeen uitgangspunt geldt dat de schuldeiser door de mogelijke beëindiging van de hoofdelijke aansprakelijkheid "niet in een ongunstiger positie mag komen te verkeren". Volgens de Ondernemingskamer moet daarom, "als eenmaal is vastgesteld dat een niet zeer kleine kans bestaat dat de schuldeiser een vordering heeft die onder het bereik van de 403-verklaring valt, het bedrag waarvoor de waarborg dient te worden gegeven in beginsel (worden) gesteld op het maximaal gevorderde bedrag aan schadevergoeding". Dit is volgens de Ondernemingskamer slechts anders indien het gevorderde bedrag "evident onrealistisch hoog" is:

> "4.23 In een vonnis van 29 september 2015 legde de rechtbank Rotterdam een iets zwaardere toets aan. De rechtbank overwoog dat noodzakelijk maar ook voldoende is dat het bestaan van de vorderingen "in voldoende mate aannemelijk is":
>
> "4.7. Hiermee komt de vraag aan de orde of en zo ja tot welk bedrag de vordering van Iemants c.s. dient te worden aangemerkt als een in artikel 2:404 lid 4 BW bedoelde vordering waarvoor nog aansprakelijkheid loopt. (…) Naar het oordeel van de rechtbank is noodzakelijk maar ook voldoende dat het bestaan van de vorderingen in voldoende mate aannemelijk is. Een meer inhoudelijke beoordeling van de vordering zou geen recht doen aan de ratio van dit wetsartikel. Deze ratio is dat de aansprakelijkheidstelling kan eindigen maar niet ten nadele van "oude" schuldeisers, die in plaats daarvan dan ook zekerheid mogen verlangen voor verhaal. Blijkens de wetsgeschiedenis (Kamerstukken II 1983/84, 16551, 11) beoogt dit artikel het evenwicht te bewaren tussen de belangen van de schuldeisers en het belang van de maatschappij die zich aansprakelijk stelde. Indien de enkele betwisting van die vorderingen aan toepasselijkheid van artikel 2:404 BW in weg zou staan, maakt dit de bescherming van "oude" schuldeisers illusoir. Anderzijds dient te worden gewaakt voor een al te lichtvaardig beroep op de hier bedoelde regeling, nu – zoals Hertel Beheer terecht aanvoert – het stellen van zekerheid beslag legt op de financiële slagkracht van een onderneming. Naar analogie van het beslagrecht dient ook terzake van de onderhavige regeling, de vordering in voldoende mate aannemelijk te zijn."
>
> 4.24 Ik meen dat tot uitgangspunt moet worden genomen dat het vertrouwen dat contractspartijen van de dochtermaatschappij hebben ontleend aan de 403-verklaring bescherming verdient. In een verzetprocedure als bedoeld in art. 2:404 BW zouden daarom naar mijn mening aan de door de schuldeiser gepretendeerde vordering geen hoge eisen moeten worden gesteld. Dit geldt zowel voor het bestaan als voor de omvang van de vordering.
>
> 4.25 De eisen die aan de vordering worden gesteld zouden naar mijn mening zelfs lager moeten zijn dan in de hiervoor genoemde andere procedures waarin vorderingen summierlijk worden beoordeeld, waaronder het kort geding. In die procedures is het steeds de schuldeiser die, hoewel de vordering nog niet ten gronde is vastgesteld, iets van de andere

> partij wil. Daarom dient in die gevallen de vordering tenminste "aannemelijk" te zijn. In een verzet als bedoeld in art. 2:404 BW is het juist niet de schuldeiser die de bestaande situatie doorbreekt.
>
> 4.26 Ik zou, gelet op het voorgaande, willen aannemen dat de rechter het eventueel door de ex-moedermaatschappij en/of de ex-dochtermaatschappij gevoerde verweer tegen de vordering pas kan honoreren wanneer hij het hoogst waarschijnlijk acht dat de gepretendeerde vordering inderdaad ondeugdelijk of te hoog is.
>
> 4.27 Het hanteren van een zodanige lichte toets is in lijn met de toelichting op art. 2:100 BW die hiervoor onder 4.20 is geciteerd en die inhoudt dat verzet in geval van een betwiste vordering mogelijk is "tenzij de rechter die over het verzet oordeelt de betwiste vordering bij voorbaat niet erkent.""[227]

Het eerste deel van de redenering van de A-G, tot en met randnummer 4.20 lijkt mij goed verdedigbaar. Naar mijn mening wordt vervolgens teveel gesteund op de wetsgeschiedenis van artikel 2:100 BW en op andere procedures. Juist de formulering van artikel 2:404 lid 5 BW en de wetsgeschiedenis van artikel 2:404 BW maken duidelijk dat de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid bij het stoppen van de toepassing van de vrijstelling het uitgangspunt was bij de oude regeling. Het eindigen van de overblijvende aansprakelijkheid geschiedde zelfs automatisch, zonder enige verzetmogelijkheid.[228] Omdat die regeling onduidelijkheid met zich bracht, omdat werd aangeknoopt bij het verbreken van de groepsband en het groepsbegrip ook een bron van onduidelijkheden is, is een alternatief bedacht. Echter, nergens valt aan terug te vinden dat het bijna niet kunnen beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid het uitgangspunt dient te zijn. In tegendeel. De moeder moet van de aansprakelijkheid van een vennootschap die het concern heeft verlaten af kunnen komen. De groepsvrijstelling is een dusdanig specifiek stelsel, dat aansluiting zoeken bij het algemene beslagrecht en het algemene faillissementsrecht naar mijn idee iedere logica ontbeert. Die procedures kennen namelijk weer specifieke beschermingsregels wanneer te lichtvaardig met het leggen van beslag of het aanvragen van een faillissement wordt omgegaan. Als het winnende argument is dat al deze procedures spoedprocedures zijn, lijkt mij dat inhoudelijk niet sterk.[229]

5.8.10.4 Conclusie: vordering dient niet onmiskenbaar ongegrond te zijn

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat in een geval waarin het bestaan en de omvang van de vordering zijn betwist, het verzet gegrond dient te worden verklaard, tenzij en voor zover de vordering onmiskenbaar ongegrond kan worden acht. Aan het

227 Conclusie A-G Timmerman, HR 16 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1326.
228 Zie hierover onder meer Beckman 1995, p. 611
229 Anders Van Dooren 2017.

oordeel zijn slechts beperkte motiveringseisen te stellen. De Hoge Raad heeft in dit kader overwogen:[230]

> "Gelet op het voorgaande en in aanmerking genomen dat in de verzetprocedure niet over de toewijsbaarheid van de vordering van de schuldeiser wordt beslist, dient de rechter, in een geval waarin het bestaan en de omvang van de vordering zijn betwist, het verzet gegrond te verklaren, tenzij en voor zover hij de vordering onmiskenbaar ongegrond acht. Aan zijn daarop betrekking hebbende oordeel zijn slechts beperkte motiveringseisen te stellen."

5.8.11 De rechterlijke toetsing van de vermogenstoestand van de dochter

5.8.11.1 Uitgangspunt van de wetgever: voldoende waarborgen dat vorderingen zullen worden voldaan

Het uitgangspunt in een verzetprocedure op grond van artikel 2:404 lid 4 en lid 5 BW is dat slechts zekerheid dient te worden gesteld, op straffe van gegrondverklaring van het verzet, indien een schuldeiser na het beëindigen van de hoofdelijke aansprakelijkheid, gezien de vermogenstoestand van de rechtspersoon of uit anderen hoofde, niet voldoende waarborgen heeft dat zijn vorderingen zullen worden voldaan.

Wanneer sprake is van een verzetprocedure, is het aan de moedervennootschap om aan te tonen dat de schuldeiser voldoende waarborgen heeft dat zijn vorderingen zullen worden voldaan en dat het stellen van een alternatieve zekerheid niet nodig is.

5.8.11.2 Kwestie rondom SNS Bank/SNS Reaal

In het geschil waarbij schuldeisers in verzet kwamen tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid van SNS Bank die ten behoeve van de vrijstelling van Propertize een 403-verklaring had afgegeven, werd geoordeeld dat het niet aan de schuldeisers is om aan te tonen dat de vermogenstoestand van hun schuldenaar niet toereikend is. Indien SNS Bank wil voorkomen dat het verzet gegrond wordt verklaard, zal zij moeten aantonen dat de vermogenspositie van Propertize voldoende waarborgen biedt voor de nakoming van de vorderingen van de schuldeisers. Het peilmoment ligt op het moment van de voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid:[231]

---

230 Zie HR 31 maart 2017 ECLI:NL:HR:2017:546, *r.o.* 5.1.6. Zie tevens de conclusie van A-G Timmerman, HR 16 december 2016, ECLI:NL:PHR: 2016:1326 en Bartman & Van der Kraan 2017, p. 921-927.

231 Rb. Midden-Nederland locatie Utrecht 7 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1642, *JOR* 2014/260, *r.o.* 3.19 en 3.20.

> "3.19. De rechtbank moet dan ook beoordelen of de vermogenstoestand van Propertize voldoende waarborg biedt voor de voldoening van beide vorderingen. De rechtbank acht zich vooralsnog onvoldoende ingelicht daarover en zal daarom SNS Bank en Propertize in de gelegenheid stellen om, overeenkomstig hun aanbod, bij akte de enkelvoudige jaarrekening van Propertize over 2013 in het geding te brengen en aan de hand daarvan toe te lichten dat en waarom de vermogenstoestand van Propertize voldoende waarborg biedt voor de voldoening van beide vorderingen. Curatoren en CRI kunnen daarop bij antwoordakte reageren.
>
> 3.20. Het peilmoment voor de hiervoor genoemde beoordeling is 1 januari 2014, de datum van de voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Anders dan CRI meent, ligt niet ter beoordeling voor of de vermogenstoestand van Propertize tot 8 september 2025 de datum waarop de garantstellingen vervallen – voldoende waarborg biedt. Een crediteur heeft nimmer tot in lengte van jaren zekerheid over de vermogenstoestand van zijn debiteur(en); een crediteur kan op het moment dat hij een overeenkomst sluit wat betreft de financiële gegoedheid van zijn debiteur(en) slechts afgaan op de laatst gedeponeerde (geconsolideerde) jaarrekening(en)."

Ten aanzien van het bepalen van de hoogte van de vordering volgt de rechtbank de bedragen zoals die door de schuldeisers zijn gesteld.

In de uitspraak van de Ondernemingskamer in hoger beroep gaat de Ondernemingskamer zeer uitvoerig in op de manier hoe dient te worden beoordeeld of de vermogenspositie van een schuldenaar al dan niet voldoende waarborgen biedt.[232] Daarbij wordt gekeken naar de balans, solvabiliteit en liquiditeit. Maar ook kredietfaciliteiten en garanties spelen een rol. Er wordt daarom niet alleen gekeken naar de jaarrekening zelf maar ook de toelichting daarop. Een andere belangrijke overweging is dat niet alleen de vermogenspositie op de peildatum een rol speelt. Verwachtingen voor de toekomst zijn medebeslissend. De Ondernemingskamer overweegt onder meer het volgende:

> "Bij de beoordeling van de vermogenspositie van Propertize met het oog op de vraag of er voor de vorderingen van curatoren en CRI voldoende waarborgen bestaan, is niet zonder meer beslissend hoe die positie was op de peildatum, maar tevens hoe die positie zich mogelijk in de toekomst zal ontwikkelen, voor zover het gaat om ontwikkelingen die op 1 januari 2014 redelijkerwijs te voorzien waren. Zoals CRI terecht naar voren heeft gebracht in haar verweer, strekt de in de Koopovereenkomst gegeven garantie zich uit over een periode tot 2025. Daarnaast zal de beoordeling van de vorderingen van curatoren in rechte nog moeten plaatsvinden en aangenomen kan worden dat daar enige jaren mee gemoeid zullen zijn. De Ondernemingskamer is derhalve met de rechtbank

232 Hof Amsterdam (OK), 9 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5141, *JOR* 2016/7. Zie voor de uitvoerige toetsing *r.o.* 3.25 t/m *r.o.* 3.40. Bartman spreekt in zijn noot van "uiterst prospectieve – en speculatieve – beschouwingen over de ontwikkeling van het vermogen van Propertize na de peildatum van 1 januari 2014 (r.o. 3.20)." Verder merkt hij het volgende op: "De raad die zitting had in de OK is vervolgens kennelijk geheel losgegaan. Balansposten en onderdelen uit de toelichting en het jaarverslag worden met uiterste precisie gefileerd en in het licht van de IFRS gewikt en gewogen (r.o. 3.26 t/m 3.38)."

> van oordeel dat bij de beoordeling van de vermogenspositie van Propertize per de peildatum van 1 januari 2014, rekening moet worden gehouden met reële risico's die op dat moment bestonden."

Duidelijk is dat een goede analyse van de vermogenspositie van de dochtervennootschap een zeer uitgebreide en deskundige aangelegenheid is. De Ondernemingskamer beschikt over deze deskundigheid. De vraag is of een dergelijke analyse bij de rechtbanken in eerste aanleg ook wordt gemaakt. De vermogenstoestand van de dochtervennootschap moet de schuldeiser voldoende waarborg bieden dat zijn vorderingen zullen worden voldaan.

Om na te gaan wat onder de vermogenstoestand moet worden verstaan, kan aansluiting worden gezocht bij artikel 2:10 BW. In deze bepaling wordt het begrip vermogestoestand gehanteerd. Artikel 2:10 BW bevat onder andere de administratieplicht en maakt geen onderdeel uit van titel 2.9 BW. Van de administratieplicht is een dochtervennootschap die gebruikmaakt van de 403-vrijstelling niet vrijgesteld dus deze gegevens zouden bij de dochtervennootschap beschikbaar moeten zijn. Het houden van aantekeningen van de vermogenstoestand van het bedrijf, zodanig dat daaruit te allen tijde kan worden opgemaakt wat de financiële rechten en verplichtingen van het bedrijf zijn, is een verplichting die onverminderd rust op een vrijgestelde dochtervennootschap.

Het arrest van de Hoge Raad schept echter geen duidelijkheid over hoe de vermogenspositie van de dochter dient te worden bepaald en welke peildatum als uitgangspunt dient te worden genomen. De Hoge Raad lijkt het in artikel 2:404 lid 4 geformuleerde criterium – dat de moedervennootschap geen zekerheid hoeft te verstrekken en de hoofdelijke aansprakelijkheid mag beëindigen als de vermogenstoestand van de dochter daar geen aanleiding toe geeft – geheel niet mee te wegen. Wordt een schuldeiser toegelaten tot de verzetsprocedure, dan zal dit verzet vrijwel zeker worden toegewezen.

Tot zover de vermogenspositie van de dochtervennootschap. Ten aanzien van de hoogte van de vorderingen zoals die door de schuldeisers zijn gesteld, volgt de Ondernemingskamer de schuldeisers en neemt – evenals de rechtbank – de hoogte van de gestelde vorderingen over.[233] Uit het latere arrest van de Hoge Raad blijkt dat hierover in cassatie is geklaagd door de moedervennootschap (SNS Bank):

> "Onderdeel 4 klaagt over het oordeel van de ondernemingskamer in rov. 3.11 dat, als eenmaal is vastgesteld dat een niet zeer kleine kans bestaat dat de schuldeiser een vordering heeft die onder het bereik van de 403-verklaring valt, het bedrag waarvoor de waarborg dient te worden gegeven in beginsel moet worden gesteld op het maximaal gevorderde bedrag aan schadevergoeding, tenzij het gevorderde bedrag evident onrealistisch hoog is. De ondernemingskamer heeft met dit oordeel miskend dat bij de beantwoording van de vraag wat de omvang van de vordering van de schuldeiser is, dezelfde

233 Zie Hof Amsterdam (OK), 9 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5141, *JOR* 2016/7, *r.o.* 3.11.

> maatstaf moet worden de schuldeiser een vordering heeft waarvoor nog aansprakelijkheid loopt in de zin van art. 2:404 lid 5 BW. Voorkomen moet worden dat de rechtspersoon wordt verplicht een waarborg te stellen voor een bedrag dat de werkelijke vordering van de schuldeiser verre te boven gaat. De ondernemingskamer heeft ten onrechte niet getoetst of de curatoren en CRI de hoogte van hun vordering voldoende aannemelijk hebben gemaakt en summierlijk met bewijs hebben onderbouwd, aldus onderdeel 4."[234]

De Hoge Raad overweegt ten aanzien van de klacht dat de vordering die door de schuldeiser is opgebracht te hoog is, als volgt:

> "5.2.2. De klachten falen. De ondernemingskamer heeft de stellingen van SNS Bank en Propertize in haar oordeel betrokken (rov. 3.4, 3.5, 3.10 zie hiervoor in 3.2.2). In de bestreden oordelen ligt besloten dat deze stellingen niet kunnen leiden tot de conclusie dat de vordering van de curatoren onmiskenbaar ongegrond is te achten, zowel wat het bestaan als wat de omvang ervan betreft. In aanmerking genomen dat aan het oordeel van de rechter over het bestaan en de omvang van een (mogelijk door de 403-verklaring gedekte) vordering, slechts beperkte motiveringseisen kunnen worden gesteld (zie hiervoor in 5.1.6), was de ondernemingskamer niet tot een nadere motivering gehouden."

Ten aanzien van de hoogte van de vordering lijkt hetzelfde criterium te gelden als ten aanzien van het bestaan van de vordering. Zowel het bestaan als de hoogte van de vordering dienen niet 'onmiskenbaar ongegrond' te worden geacht. Er worden slechts beperkte motiveringseisen gesteld.

5.8.11.3 Nieuw criterium van de Hoge Raad (in afwijking van de wet): ongunstigere positie

De Hoge Raad[235] heeft uiteindelijk overwogen dat een schuldeiser vervangende zekerheid of een andere waarborg mag verlangen, indien zijn positie ongunstiger wordt:

> "De ondernemingskamer heeft in het licht van hetgeen hiervoor in 5.1.5 is overwogen, terecht tot uitgangspunt genomen dat de schuldeiser met de beëindiging van de (mogelijk) overblijvende aansprakelijkheid niet in een ongunstiger positie mag komen te verkeren dan die waarin hij verkeerde uit hoofde van de 403-verklaring."[236]

Gezien de wettekst een opmerkelijke overweging. Artikel 2:404 lid 4 BW geeft duidelijk aan dat de toewijzing van een door de schuldeiser aangetekend verzet pas gegrond dient te worden verklaard wanneer blijkt dat de schuldeiser op basis van de vermogenstoestand van de dochtermaatschappij – of uit andere hoofde – niet voldoende waarborgen heeft dat zijn vorderingen zullen worden voldaan. Dat

234 Overweging 4.7 van de conclusie van A-G Timmerman bij HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, SNS/Curatoren c.s.

235 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, SNS/Curatoren c.s.

236 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, SNS/Curatoren c.s., *r.o.* 5.1.7.

is wezenlijk anders dan het uitgangspunt dat de positie van de schuldeiser niet ongunstiger wordt.

Wordt het uit de parlementaire geschiedenis ontleende criterium van de Hoge Raad gehanteerd, namelijk dat de positie van de schuldeiser niet mag verzwakken, dan zal het verzet van iedere toegelaten schuldeiser per definitie gegrond moeten worden verklaard. Een aanspraak op twee schuldenaren levert immers altijd een sterkere positie op dan een aanspraak op één schuldenaar. Een schuldeiser die de aanspraak op de moedervennootschap verliest, zal per definitie in een ongunstigere positie komen te verkeren, ongeacht of de vermogenstoestand van de dochtermaatschappij voldoende waarborgen biedt.

5.8.12 Verzet: de verzoekschriftprocedure

Om op basis van artikel 2:404 lid 5 BW in verzet te komen tegen het besluit van een moedervennootschap om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen, dient een schuldeiser zelfstandig[237] een verzoekschrift in te dienen bij de bevoegde rechtbank. De verzetsprocedure valt daarmee in de categorie verzoekschriftprocedures. Een verzoekschrift dat strekt tot verzet dient in beginsel aan de reguliere vereisten te voldoen die aan een verzoekschrift worden gesteld, voor zover daarvan niet op basis van specifieke bepalingen van is afgeweken.[238]

De verzetstermijn beloopt twee maanden, te rekenen vanaf het moment waarop in een landelijk verspreid dagblad[239] bekend is gemaakt dat de moedervennootschap haar voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid bij

237 Het verzet heeft relatieve werking en geen absolute werking. Het verzet werkt alleen voor de schuldeiser die zelf in verzet komt en niet voor de gehele groep schuldeisers. De hoofdregel is dat de rechtbank naar aanleiding van ieder verzoekschrift een afzonderlijke beschikking zal geven. Komen er bij dezelfde rechtbank meer verzoekschriften over hetzelfde (of een nauw verbonden) onderwerp binnen, dan kan op grond van artikel 285 lid 2 Rv (ambtshalve) voeging plaatsvinden en kunnen de verzoekschriften gezamenlijk worden behandeld. Daarna kan bij één beschikking op de verschillende verzoekschriften worden beslist. In artikel 997 lid 1 Rv is slechts bepaald dat op de verschillende verzoekschriften tezamen wordt beschikt. Er staat niet dat deze ook tezamen worden behandeld. De rechtbank mag daar echter wel toe beslissen. Dit laatste wordt dus aan de discretie van de rechtbank overgelaten. Indien verschillende verzoekschriften ongeveer tegelijkertijd zijn ingediend, ligt gezamenlijke behandeling voor de hand, zie Vlas, art. 997 Rv, aant. 8.

238 Daarnaast geldt de tiende titel van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. In artikel 995 lid 2 Rv is bepaald dat het verzoekschrift de naam en de zetel van de rechtspersoon dient te vermelden. Gedoeld wordt op de moedervennootschap. In het landelijk procesreglement (at. 2.2.22) is bepaald dat een kopie van de verklaring tot intrekking van de artikel 2:403-verklaring overgelegd dient te worden. *Stcrt*. 2018/8091, 15 februari 2018, p. 12.

239 Timmerman 1993, p. 328-329.

het Handelsregister[240] heeft gedeponeerd. Duidelijk is dat de aanvang van deze termijn wordt bepaald door de publicatie van de nederlegging bij het Handelsregister van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. In de parlementaire geschiedenis wordt ten aanzien van artikel 404 lid 5 BW opgemerkt:

> "Evenals in artikel 316 luidt de advertentie betreffende de nederlegging ten kantore van het handelsregister de verzettermijn in. De termijn, de gang van zaken en de gronden voor afwijzing en toewijzing van het verzet zijn dezelfde."[241]

Een schuldeiser die reeds vóór de publicatie van het deponeren van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid verzet heeft aangetekend, een zogenaamd prematuur verzet,[242] kan door de rechter ontvankelijk worden verklaard.[243] Wanneer verzet te laat wordt ingediend, kan een verzoeker onder bijzondere omstandigheden toch nog ontvankelijk worden verklaard. Er moet dan wel sprake zijn van een situatie die in strijd kan worden geacht met de redelijkheid en billijkheid. Zo kan bijvoorbeeld een uitzondering worden gemaakt op de fatale termijn wanneer sprake is van misbruik van recht.[244] Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kan worden aangenomen dat omwille van de redelijkheid en billijkheid kan worden verlangd dat schuldeisers individueel op de hoogte worden gesteld van het voornemen om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen.[245] De omstandigheden in de uitspraak die tot dit oordeel leidde waren dermate uitzonderlijk dat niet kan worden gesproken van een algemene verplichting om schuldeisers individueel op de hoogte te stellen.[246] Over het algemeen wordt

240 Tegenwoordig kunnen de stukken naar een algemeen postbusnummer worden gestuurd. In de parlementaire geschiedenis valt nog te lezen: "De onderdelen b en c van lid 3 verplichten ertoe het voornemen tot beëindiging van de aansprakelijkheid bekend te maken door nederlegging ten kantore van het handelsregister en een advertentie in een landelijk dagblad. Evenals in artikel 403 moet dit het kantoor van het handelsregister zijn waar de rechtspersoon is ingeschreven jegens wiens schuldeisers de ingetrokken aansprakelijkheidstelling was afgelegd." Zie *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11, p. 16.

241 Nota naar aanleiding van het eindverslag, ontvangen 4 september 1984, *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11, p. 17.

242 Zie paragraaf 5.8.8.4.

243 De Rechtbank Utrecht heeft met een 'anticiperend verzet' ingestemd. Het verzet was al twee weken voor de bekendmaking aangetekend. De rechtbank gaat hieraan voorbij, zonder daar veel woorden aan vuil te maken. Rb. Utrecht, 10 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO3661, *JOR* 2011/6, m.nt. Bartman.

244 Zie Rb. Rotterdam 30 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8032, *JOR* 2014/326. Zie in dit kader voorts Hof Amsterdam 23 juli 1993, ECLI:NL:GHAMS:2014:2887, *NJ* 1994/132 (Teeuwissen/Teletrade). Zie ook Bungenberg 2015.

245 Zie Hof Amsterdam 23 juli 1993, ECLI:NL:GHAMS:2014:2887, *NJ* 1994/132 (Teeuwissen/Teletrade). Zie hierover voorts Van Zoest 2014, p. 1-4.

246 In gelijke zin: Spierings 2012. Anders: Ramanna 2008, p. 17-21.

aan de regels rondom de groepsvrijstelling en de beëindiging daarvan redelijk strikt de hand gehouden.

Boek 2 BW bevat verschillende bepalingen die regelen dat een schuldeiser in verzet kan komen tegen een besluit van een rechtspersoon. Artikel 997 Rv[247] geeft voor die situaties[248] een aantal aanvullende procesregels. Artikel 997 Rv luidt als volgt:

> Artikel 997 Rv
> 1. Het verzet van een schuldeiser onderscheidenlijk een wederpartij overeenkomstig de artikelen 100 lid 3, 182 lid 3, 316 lid 2, 334l, of 404 lid 5 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt door de rechter met de meeste spoed behandeld. Indien verschillende verzoekschriften zijn ingediend, wordt op alle tezamen beschikt.
> 2. Van de dag waarop de behandeling zal plaatsvinden, wordt door de griffier aankondiging gedaan in de Nederlandse Staatscourant en in een landelijk verspreid dagblad.
> 3. Voorts geeft de griffier kennis aan het kantoor van het handelsregister, waar de vennootschap is ingeschreven.
> 4. De rechtbank hoort de schuldeisers onderscheidenlijk de wederpartijen die zijn verschenen.
> 5. Hoger beroep moet binnen drie weken na de dagtekening van de eindbeschikking worden ingesteld bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam. De voorgaande leden vinden in hoger beroep overeenkomstige toepassing.

Naast artikel 997 Rv zijn de overige bepalingen van de tiende titel van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van belang. In het bijzonder zij gewezen op artikel 995 Rv:

> Artikel 995 Rv
> 1. In de zaken die ingevolge het bij of krachtens Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde met een verzoekschrift worden ingeleid, is, tenzij anders is bepaald, bevoegd de rechter van de woonplaats van de rechtspersoon. Nadat de rechtspersoon is opgehouden te bestaan blijft deze rechter bevoegd in zaken betreffende de vereffening, de benoeming van bewaarders van boeken en bescheiden en het verlenen van machtiging tot inzage in boeken en bescheiden.
> 2. Het verzoekschrift vermeldt, onverminderd het in artikel 278 bepaalde, de naam en de woonplaats van de rechtspersoon.
> 3. De rechter gelast in ieder geval de oproeping van de rechtspersoon.

247 In de KEI-wetgeving is een wijziging van art. 997 Rv opgenomen, waarbij de strekking van de regeling gelijk blijft maar er wordt een wijziging aangebracht in de gebruikte terminologie. Per 1 september 2017 is in lid 5 het begrip verzoekschrift vervangen door verzoek. De gewijzigde tekst geldt vanaf 1 september 2017 bij alle gerechten (*Stb.* 2016/290 jo. en *Stb.* 2017/174).

248 Artikel 997 Rv geeft in lid 1 aan voor welke verzetsmogelijkheden het artikel is geschreven. Artikel 997 Rv is van toepassing op de verzetsprocedures op grond van artikel 2:100 lid 3 BW, 2:182 lid 3 BW, 2:316 lid 2 BW, 2:334l BW en 2:404 lid 5 BW. De kapitaalverminderingsregeling van artikel 2:100 BW geldt voor de NV. Vanaf 1 oktober 2012 geldt deze (vergelijkbare) regeling niet meer voor de BV. Dat is bij de destijds doorgevoerde flexibilisering van het BV-recht geschrapt.

Zoals uit artikel 995 Rv volgt, dient het verzoekschrift te worden ingediend bij de rechtbank van de woonplaats van de rechtspersoon.[249] Het betreft de rechtspersoon die 'hoofdschuldenaar' is, zo is bepaald in artikel 2:404 lid 5 BW. De term hoofdschuldenaar is opmerkelijk. Dit verraadt de gedachte achter de vrijstellingsregeling en doet erg sterk denken aan borgtocht waarbij sprake is van een hoofdschuldenaar en een zekerheidsverstrekker. Bij een zekerheid die ten behoeve van een schuld van een derde wordt gesteld, wordt gesproken van een hoofdschuldenaar. Bij hoofdelijke aansprakelijkheid zijn alle hoofdelijke schuldenaren naast elkaar verbonden voor hetzelfde deel, namelijk het geheel. Tevens is er geen volgorde waarin de schuldeiser de schuldenaren aan dient te spreken. Subsidiariteit ontbreekt. Ook om deze reden is er bij hoofdelijkheid geen sprake van een hoofdschuldenaar en een schuldenaar die lager of later in rang is. Bij hoofdelijkheid wordt in de regel gesproken van medeschuldenaren. Van een hoofdschuldenaar wordt in de regel gesproken bij borgtocht of garanties. Gezien het feit dat er geen hoofdschuldenaar is (tenzij een derde partij weer borg staat voor de moedervennootschap maar dat verandert niets aan de in rechte te betrekken partij), is de woordkeuze in artikel 2:404 lid 5 BW apart en zelfs verwarrend. Gedacht zou kunnen worden dat het de dochtervennootschap betreft. Het is immers de vermogenstoestand van de dochtervennootschap die centraal dient te staan in de procedure. Het van toepassing zijnde artikel 995 Rv[250] biedt ook geen opheldering over welke vennootschap wordt bedoeld. Aangezien het verzoek zich richt tegen de moedervennootschap, zal de moedervennootschap worden bedoeld.

Opmerkelijk is dat artikel 2:404 lid 5 BW niet bepaalt dat een schuldeiser dient aan te geven welke waarborg hij verlangt, zoals bij andere verzetsregelingen. Artikel 2:404 lid 6 BW laat dit over aan de rechter. De rechter zal in zijn tussenbeschikking bepalen dat het verzet gegrond zal worden verklaard tenzij een door hem bepaalde zekerheid wordt gesteld of een andere waarborg wordt gegeven.[251] Wordt door

249 Artikel 3:10 lid 2 BW: Een rechtspersoon heeft zijn woonplaats ter plaatse waar hij volgens wettelijk voorschrift of volgens zijn statuten of reglementen zijn zetel heeft. Wanneer de rechtspersoon is opgehouden te bestaan, blijft de rechter van de woonplaats van de rechtspersoon bevoegd. Ten aanzien van buitenlandse vennootschappen geldt dat de woonplaats in de zin van artikel 1:10 lid 2 BW ter plaatse hun statutaire zetel in het buitenland zullen hebben. Voor zover dat niet in strijd is met het in artikel 16 sub 2 EEX-Verdrag (artikel 24 sub 2 EEX-Verordening) bepaalde kan op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie in haar statuten een afwijkende forumkeuze opgenomen worden. Dat leidt ertoe dat in afwijking van artikel 995 Rv een andere rechter bevoegd kan zijn. Zie HvJ EG 10 maart 1992, zaak C-214/89, *NJ* 1996, 279, ECLI:NL:XX:1992:AC1354 (Powell Duffryn). Er bestaat echter discussie over de vraag of een dergelijke statutaire forumkeuze in alle gevallen geldig is.

250 Artikel 995 lid 1 Rv voorziet in een bijzondere regeling van de relatieve competentie in verzoekschriftprocedures ex Boek 2 BW. Artikel 995 Rv geldt als *lex specialis* ten aanzien van de algemene regeling van artikel 262 Rv, welke de rechter van de woonplaats van verzoeker bevoegd verklaart.

251 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 14 januari 1987, *NJ* 1988/1050.

de moedervennootschap geen gebruikgemaakt van die mogelijkheid, dan volgt de eindbeschikking waarin het verzet gegrond zal worden verklaard.[252]

Wanneer het verzoekschrift is ingediend, zal worden bezien of het verzoekschrift voldoet aan alle vereisten die daaraan worden gesteld.[253] In lid 1 van artikel 997 Rv is bepaald dat het verzet door de rechter[254] met de meeste spoed zal worden behandeld. Op basis van de algemene bepalingen van artikel 271 Rv en verder[255] heeft de rechtbank een oproepplicht.[256] Uit die artikelen volgt ook op welke wijze de oproeping dient te geschieden. Artikel 995 lid 3 BW bepaalt dat de rechter in ieder geval de moedervennootschap dient op te roepen voor de behandeling van het verzoekschrift.[257]

Het aantekenen van verzet heeft vertragende werking. Wanneer een schuldeiser verzet aantekent, kan dit tot vertraging van de opheffing van de overblijvende aansprakelijkheid leiden. Daarvan zal in de regel sprake zijn, met uitzondering van het onwaarschijnlijke geval waarin de gehele procedure direct wordt opgestart en binnen twee maanden plaatsvindt. De vertraging werkt slechts ten opzichte van de zich verzettende schuldeiser(s). Ten aanzien van schuldeisers die niet in verzet komen, komt de overblijvende aansprakelijkheid gewoon te eindigen.

Indien een schuldeiser of de moedervennootschap het niet eens is met een door de rechtbank in een verzetsprocedure afgegeven beschikking, kan in hoger beroep worden gegaan bij de Ondernemingskamer.[258] Hoger beroep staat open voor zowel tussenbeschikkingen als eindbeschikkingen.[259]

---

252 De eindbeschikking is dan betrekkelijk kort. Zie bijvoorbeeld de eindbeschikking van de Rb. Midden-Nederland in de SNS Propertize kwestie, Rb. Midden-Nederland 14 januari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:51.

253 Het verzoekschrift dient te voldoen aan de vereisten van artikel 278 Rv.

254 Met het verzet zal het verzoek worden bedoeld en met de rechter zal de rechtbank worden bedoeld (zoals ook is verwoord in artikel 997 lid 4 Rv).

255 Aangenomen wordt dat de algemene bepalingen voor verzoekschriftprocedures van toepassing zijn op de procedures genoemd in artikel 997 Rv waaronder de verzetsprocedure. Vlas, art. 995, aantekening 10, 11 en 14.

256 Schending van dit wettelijke vormvoorschrift leidt tot vernietigbaarheid van de beschikking. Zie *Kamerstukken II* 1970/71, 11416, nr. 3, p. 36.

257 Dit is logisch, omdat de moedervennootschap direct betrokken is bij het verzet tegen de door haar voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid en om die reden is dit dan ook opgenomen in de wet, *Kamerstukken II* 1970/71, 11416, nr. 3, p. 36.

258 Zie HR 26 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2577, *NJ* 1997/25. Dit is ook mogelijk wanneer het verzet mogelijk niet ontvankelijk is, Hof Amsterdam 15 december 1994, ECLI:NL:GHAMS:1994:AD2264, *NJ* 1996/221.

259 Zie HR 26 juni 1996, ECLI:NL:PHR:1996:AD2577, *NJ* 1997/25, m.nt. J.M.M. Maeijer (Houtimport), *r.o.* 4.2: "De ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam is in artikel 997, lid 5 Rv. aangewezen als de instantie die bevoegd is tot kennisneming van het hoger beroep van beschikkingen op een verzet als bedoeld in artikel 2:404, lid 5 Rv (=BW?; JK). Hoewel in het eerstgenoemde artikellid gesproken wordt van hoger beroep tegen de eindbeschikking, moet die aanwijzing geacht worden in het algemeen te gelden voor het hoger beroep dat wordt ingesteld tegen de op een verzet als bedoeld in artikel 2:404, lid 5 Rv (=BW?;

5.8.13 De hoogte van een door een schuldeiser gestelde vordering

5.8.13.1 Algemeen

In paragraaf 5.8.7 kwam reeds de hardheid van een door een schuldeiser gepretendeerde vordering aan de orde, in het kader van de vraag of een partij die in verzet komt ontvankelijk is. Daarvoor is vereist dat een partij die in verzet komt, kan worden aangemerkt als een schuldeiser. Het moeten verstrekken van zekerheden voor grote bedragen is nadelig voor de moedervennootschap en daarmee voor het gehele concern.[260] Het kan ook negatief uitpakken voor overige schuldeisers van de moedervennootschap en andere entiteiten binnen het concern. In de navolgende paragraaf zal meer specifiek in worden gegaan op de hoogte van een in een verzetprocedure gepretendeerde vordering.

5.8.13.2 Betwiste verschuldigdheid van bestaande vorderingen en de hoogte daarvan

Wanneer er discussie bestaat over de vraag of de dochtervennootschap een schuld heeft aan de in verzet gekomen partij, is de kans groot dat deze laatste partij in het gelijk wordt gesteld. De hoofdgedachte is dat in een verzetprocedure niet over de toewijsbaarheid en niet over de hoogte van een vordering wordt geoordeeld.

In een kwestie die ter beoordeling voorlag aan de Rechtbank Rotterdam werden er aan de schuldeiser amper vragen gesteld, terwijl op basis van een zeer summiere onderbouwing zekerheid werd verlangd voor een flink bedrag.[261] Zowel de verschuldigdheid van de vordering alsook de hoogte daarvan stond ter discussie. Er was *in casu* sprake van een aangenomen project voor een vaste prijs. Meerwerk moest op voorhand schriftelijk worden goedgekeurd door de opdrachtgever, anders mochten de kosten van het meerwerk niet in rekening worden gebracht. Dit was ondubbelzinnig contractueel geregeld. Desondanks was de schuldeiser succesvol toen zij in verzet kwam en stelde een vordering te hebben vanwege meerwerk, ondanks het feit dat daar geen deugdelijke bescheiden van waren en de schuldeiser, die de vordering pretendeerde te hebben, ook niet kon aantonen dat de opdrachtgever goedkeuring voor het verrichte meerwerk had gegeven. Tijdens de mondelinge behandeling werd de eis ter plekke verhoogd zonder enige schriftelijke onderbouwing of overlegging van nadere bewijsstukken. Achteraf baseert de rechtbank zich

JK) gegeven beschikkingen, ook wanneer dit mogelijk niet-ontvankelijk is, bijvoorbeeld omdat het niet tegen een eindbeschikking maar tegen een tussenbeschikking is gericht."

260 Het beperkt de moedervennootschap mogelijk ook in haar mogelijkheden om financiering aan te trekken. Niet zelden zal deze moedervennootschap aan het hoofd van het concern staan en als 'huisbankier' van de onderliggende (werk)maatschappijen optreden. Het moeten verstrekken van zekerheden kan dan vergaande consequenties met zich brengen, helemaal wanneer het om grote bedragen gaat.

261 Rb. Rotterdam, 29 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7610, *JOR* 2015/295.

op een door de schuldeiser opgesteld overzichtje, zonder verdere stukken die de juistheid van dat overzicht staven. Het ging bovendien om een aanmerkelijk bedrag. Het meerwerk bedroeg miljoenen euro's en het project had volgens de schuldeiser ruim twee keer zoveel gekost als was geoffreerd. Van de moedervennootschap werd verlangd dat zij zekerheid stelde voor de gepretendeerde vordering, op straffe van het gegrond verklaren van het verzet. De rechtbank overwoog daartoe onder meer het navolgende:

> "Naar het oordeel van de rechtbank is noodzakelijk maar ook voldoende dat het bestaan van de vorderingen in voldoende mate aannemelijk is. Een meer inhoudelijke beoordeling van de vordering zou geen recht doen aan de ratio van dit wetsartikel. Deze ratio is dat de aansprakelijkheidstelling kan eindigen maar niet ten nadele van "oude" schuldeisers, die in plaats daarvan dan ook zekerheid mogen verlangen voor verhaal. Blijkens de wetsgeschiedenis (Kamerstukken II 1983/84, 16551 nr. 11) beoogt dit artikel het evenwicht te bewaren tussen de belangen van de schuldeisers en het belang van de maatschappij die zich aansprakelijk stelde. Indien de enkele betwisting van die vorderingen aan toepasselijkheid van artikel 2:404 BW in weg zou staan, maakt dit de bescherming van "oude" schuldeisers illusoir. Anderzijds dient te worden gewaakt voor een al te lichtvaardig beroep op de hier bedoelde regeling, nu – zoals Hertel Beheer terecht aanvoert – het stellen van zekerheid beslag legt op de financiële slagkracht van een onderneming. Naar analogie van het beslagrecht dient ook terzake van de onderhavige regeling, de vordering in voldoende mate aannemelijk te zijn."[262]

Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis meent de rechtbank dat er in een verzetprocedure een evenwichtige afweging dient te worden gemaakt tussen de belangen van de moedervennootschap en de schuldeiser. Dat lijkt mij op zich een goed uitgangspunt. Vervolgens stelt de rechtbank: "Indien de enkele betwisting van die vorderingen aan toepasselijkheid van artikel 2:404 BW in de weg zou staan, maakt dit de bescherming van 'oude' schuldeisers illusoir." In zoverre volg ik de rechtbank eveneens. Een simpele betwisting zou er niet toe moeten leiden dat de moedervennootschap haar aansprakelijkheid ontloopt. Maar aan de andere zijde van het spectrum zit wat mij betreft het enkel stellen dat er een vordering is. In onderhavige casus was tussen partijen zwart op wit gezet op basis van welke voorwaarden meerwerk in rekening mocht worden gebracht. Dit moest in overleg gebeuren en schriftelijk worden goedgekeurd. Duidelijk was dat de schuldeiser de moedervennootschap zonder deze overeengekomen procedure te volgen een hoge rekening presenteerde. Het project was ruim twee keer zo duur geworden. De verwijzing naar de wetsgeschiedenis en het daaruit voortvloeiende evenwicht tussen de belangen van de moedervennootschap en de schuldeiser zou juist in dit soort situaties de moedervennootschap moeten beschermen tegen inhalige schuldeisers.

De rechtbank haalt er vervolgens een maatstaf uit het beslagrecht bij. De vraag of de maatstaf die wordt toegepast in beslagrecht hier moet worden toegepast, lijkt

262 Rb. Rotterdam, 29 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7610, *JOR* 2015/295, *r.o.* 4.7.

mij discutabel. Aangenomen mag worden dat een beslaglegger overwogen te werk gaat, gezien de consequenties die het beslagrecht verbindt aan het ten onrechte leggen van beslag. Bij onterecht gelegd beslag, wordt de gepretendeerde schuldenaar gecompenseerd en aldus tegen onterecht beslag beschermd. Deze 'bescherming' van een gepretendeerde schuldenaar geldt niet in een verzetprocedure op grond van artikel 2:404 BW. De onderbouwing voor het analoog toepassen van de maatstaf uit het beslagrecht ontbreekt in het vonnis.[263]

In een andere verzetprocedure hebben de Rechtbank Midden-Nederland, de Ondernemingskamer en de Hoge Raad[264] zich uitgelaten over de vraag hoe met de erkenning van vorderingen en de hoogte daarvan in een verzetprocedure om dient te worden gesprongen. Het betreft de kwestie waarin het verzet geïnitieerd werd door curatoren in enkele Nederlandse investeringsmaatschappijen die menen een vordering te hebben uit hoofde van een schending van de zorgplicht door de dochtervennootschap bij het opzeggen van een kredietovereenkomst. Daarnaast werd verzet ingesteld door een schuldeiser die stelde een vordering op de dochtervennootschap te hebben uit hoofde van garanties in een investeringsovereenkomst met de dochtervennootschap. De onderbouwing door de drie gerechten is niet steeds consistent maar alle drie de gerechten hebben de verzoekers ontvankelijk verklaard in hun verzet en bevolen dat de moedervennootschap zekerheid dient te stellen op straffe van het gegrond verklaren van het verzet.

Ten aanzien van het bepalen van de hoogte van de vordering volgt de rechtbank de bedragen zoals die door de schuldeisers zijn gesteld. Ten aanzien van de hoogte van de vorderingen zoals die door de schuldeisers zijn gesteld, volgt de Ondernemingskamer de schuldeisers en neemt – evenals de rechtbank – de hoogte van de gestelde vorderingen over.[265]

Uit het latere arrest van de Hoge Raad blijkt dat hierover in cassatie is geklaagd door de moedervennootschap (SNS Bank):

> "Onderdeel 4 klaagt over het oordeel van de ondernemingskamer in rov. 3.11 dat, als eenmaal is vastgesteld dat een niet zeer kleine kans bestaat dat de schuldeiser een vordering heeft die onder het bereik van de 403-verklaring valt, het bedrag waarvoor de waarborg dient te worden gegeven in beginsel moet worden gesteld op het maximaal gevorderde bedrag aan schadevergoeding, tenzij het gevorderde bedrag evident onrealistisch hoog is. De ondernemingskamer heeft met dit oordeel miskend dat bij de beantwoording van de vraag wat de omvang van de vordering van de schuldeiser is, dezelfde maatstaf moet worden de schuldeiser een vordering heeft waarvoor nog aansprakelijkheid loopt in de zin van art. 2:404 lid 5 BW. Voorkomen moet worden dat de rechtspersoon

263 Eveneens kritisch over dit vonnis is Bartman in zijn noot onder dit vonnis in *JOR*, zie Rb. Rotterdam, 29 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7610, *JOR* 2015/295.

264 Hof Amsterdam (OK), 9 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:514, HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546.

265 Zie Hof Amsterdam (OK), 9 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5141, *JOR* 2016/7, *r.o.* 3.11.

> wordt verplicht een waarborg te stellen voor een bedrag dat de werkelijke vordering van de schuldeiser verre te boven gaat. De ondernemingskamer heeft ten onrechte niet getoetst of de curatoren en CRI de hoogte van hun vordering voldoende aannemelijk hebben gemaakt en summierlijk met bewijs hebben onderbouwd, aldus onderdeel 4."[266]

De Hoge Raad overweegt ten aanzien van de klacht dat de vordering die door de schuldeiser is opgebracht te hoog is, als volgt:

> "5.2.2. De klachten falen. De ondernemingskamer heeft de stellingen van SNS Bank en Propertize in haar oordeel betrokken (rov. 3.4, 3.5, 3.10 zie hiervoor in 3.2.2). In de bestreden oordelen ligt besloten dat deze stellingen niet kunnen leiden tot de conclusie dat de vordering van de curatoren onmiskenbaar ongegrond is te achten, zowel wat het bestaan als wat de omvang ervan betreft. In aanmerking genomen dat aan het oordeel van de rechter over het bestaan en de omvang van een (mogelijk door de 403-verklaring gedekte) vordering, slechts beperkte motiveringseisen kunnen worden gesteld (zie hiervoor in 5.1.6), was de ondernemingskamer niet tot een nadere motivering gehouden."

Ten aanzien van de hoogte van de vordering lijkt hetzelfde criterium te gelden als ten aanzien van het bestaan van de vordering. Zowel het bestaan als de hoogte van de vordering dienen niet "onmiskenbaar ongegrond" te worden geacht. Er gelden slechts beperkte motiveringseisen.

5.8.13.3 Gedeeltelijke erkenning van vorderingen?

Bestaat er geen twijfel omtrent de hoogte van de gepretendeerde vordering, dan zal er weinig discussie zijn over de vraag voor welk bedrag zekerheid dient te worden gesteld. Aangenomen wordt dat zekerheid dient te worden verstrekt voor de gehele vordering.

De vraag kan echter worden gesteld of ook een gedeeltelijke gegrondverklaring van het verzet mogelijk is. In de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie zijn daarvoor geen aanwijzingen te vinden. In de parlementaire geschiedenis van artikel 2:100 lid 2 BW,[267] de bepaling die model stond voor de verzetregeling van artikel 2:404 lid 4 BW, is opgemerkt dat verzet wordt toegewezen of afgewezen. Een tussenvariant lijkt niet te bestaan. Het is dus van belang dat wordt vastgesteld of een vordering bestaat en hoe hoog die vordering is. Wanneer dat eenmaal is gebeurd, zal voor de gehele vordering zekerheid dienen te worden gesteld. Er blijft geen stukje vordering over dat niet door de vervangende zekerheid wordt afgedekt of waarvoor de hoofdelijke aansprakelijkheid nog doorloopt.

Een andere vraag die niet direct door de wet, de wetsgeschiedenis of de rechtspraak wordt beantwoord is de vraag of voor een hoger bedrag dan de uitstaande vordering zekerheid kan worden verlangd. Als niet-nakoming dreigt en daar

---

266 Overweging 4.7 van de conclusie van A-G Timmerman bij HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, SNS/Curatoren c.s. Zie HR 31 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2016:1326.

267 Zie *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 6, p. 12.

aanzienlijke schade uit voort kan vloeien, is het voor een schuldeiser vervelend als hij de moedervennootschap alleen kan aanspreken voor de hoofdvordering maar niet voor de geleden schade. Daarvoor moet hij dan – mogelijks tevergeefs – bij de dochter aankloppen.

5.8.13.4 Toekomstige vorderingen uit lopende duurovereenkomsten

Duurovereenkomsten, zoals huurovereenkomsten, kunnen tientallen jaren zo niet voor onbepaalde tijd doorlopen. Dit geldt overigens ook voor grote commerciële contracten die bijvoorbeeld zien op de levering van grondstoffen, energie of transportdiensten. Het zou op ernstige bezwaren stuiten wanneer een moedervennootschap, nadat alle banden met de dochtervennootschap al lang en breed zijn verbroken, nog tot in lengte van jaren aansprakelijk blijft voor schulden die voortvloeien uit deze almaar voortdurende contracten. De Nederlandse groepsvrijstellingsregeling biedt daarom de mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. En die mogelijkheid moet niet illusoir worden.

Een schuldeiser die een duurovereenkomst heeft gesloten met de dochtervennootschap die de groep verlaat, zal zich op het standpunt kunnen stellen dat zijn vordering op de dochtervennootschap alle toekomstige vorderingen uit de duurovereenkomst omvat. Mocht dat zo zijn, dan kan de hoogte van de vordering waarvoor voldoende waarborgen aanwezig dienen te zijn en waar anders zekerheid voor dient te worden gesteld, astronomische hoogtes bereiken.

Het blijkt niet eenvoudig te zijn om te bepalen of alle toekomstige termijnen die voortvloeien uit een duurovereenkomst dienen te worden meegewogen bij de beoordeling van het verzet en of daar zo nodig zekerheid voor dient te worden gesteld. Om deze vraag te beantwoorden, zal allereerst kort in worden gegaan op de in artikel 2:404 BW gebruikte terminologie. Artikel 2:404 BW luidt, voor zover in dit kader relevant, als volgt:

> Artikel 2:404 (lid 1 t/m 4)
> 1. Een in artikel 403 bedoelde aansprakelijkstelling kan 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.
> 3. De overblijvende aansprakelijkheid wordt ten opzichte van de schuldeiser beëindigd, indien de volgende voorwaarden zijn vervuld:
> a. de rechtspersoon behoort niet meer tot de groep;
> b. een mededeling van het voornemen tot beëindiging heeft ten minste twee maanden lang ter inzage gelegen ten kantore van het handelsregister;
> c. ten minste twee maanden zijn verlopen na de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad dat en waar de mededeling ter inzage ligt;
> d. tegen het voornemen heeft de schuldeiser niet tijdig verzet gedaan of zijn verzet is ingetrokken dan wel bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak ongegrond verklaard.
> 4. Indien de schuldeiser dit verlangt moet, op straffe van gegrondverklaring van een verzet als bedoeld in lid 5, voor hem zekerheid worden gesteld of hem een andere

> waarborg worden gegeven voor de voldoening van zijn vorderingen waarvoor nog aansprakelijkheid loopt. Dit geldt niet, indien hij na het beëindigen van de aansprakelijkheid, gezien de vermogenstoestand van de rechtspersoon of uit anderen hoofde, voldoende waarborgen heeft dat deze vorderingen zullen worden voldaan.

In lid 2 wordt aangegeven welke aansprakelijkheid blijft bestaan na intrekking van de 403-verklaring als niet tot de beëindiging daarvan wordt overgegaan. Deze aansprakelijkheid wordt in lid 3 vervolgens aangeduid als de *overblijvende aansprakelijkheid*.

Op voorhand zij vermeld dat de omvang van de *overblijvende aansprakelijkheid* van een ex-moedervennootschap niet ter discussie staat. De overblijvende aansprakelijkheid omvat tevens de aansprakelijkheid voor alle toekomstige termijnen die zullen voortvloeien uit reeds gesloten duurovereenkomsten. Deze overblijvende aansprakelijkheid is de aansprakelijkheid die blijft voortbestaan als de moedervennootschap niet overgaat tot de beëindiging daarvan. Dat zal in de regel slechts het geval zijn in situaties waarbij de 403-verklaring wordt ingetrokken en de dochtervennootschap de groep *niet* verlaat.

Wanneer de dochtervennootschap de groep niet verlaat, is het verdedigbaar dat de moedervennootschap aansprakelijk blijft voor schulden die in de toekomst zullen voortvloeien uit duurovereenkomsten. Ook kan dan het eenvoudigweg intrekken van een 403-verklaring niet leiden tot de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid voor schulden van een dochter die gewoon tot de groep blijft behoren.

De situatie wordt volstrekt anders wanneer de dochtervennootschap de groep verlaat. Het is in dat geval niet redelijk dat de moedervennootschap tot in lengte van dagen aansprakelijk blijft voor alle toekomstige termijnen die voortvloeien uit duurovereenkomst die de dochter met een derde partij heeft gesloten. Nadat alle banden met deze dochtervennootschap zijn verbroken, moet de ex-moedervennootschap in alle redelijkheid van deze aansprakelijkheid af kunnen komen. De vraag die dan ter discussie staat, is voor welke vorderingen zekerheid dient te worden verstrekt (indien voldoende waarborgen ontbreken).

Onder de presumptie dat voldoende waarborgen ontbreken, kan een voor de hand liggende gedachte zijn dat zekerheid dient te worden gesteld voor *alle* vorderingen die vallen onder de overblijvende aansprakelijkheid. Inclusief alle toekomstige termijnen uit duurovereenkomsten, die misschien wel 20 of 30 jaar of zelfs voor onbepaalde tijd kunnen doorlopen. Een moedervennootschap die dan geen enkele band meer heeft met een dochtervennootschap zou dan praktisch onmogelijk van de overblijvende aansprakelijkheid af kunnen komen. Om die reden is in lid 4 van artikel 2:404 BW geen aansluiting gezocht bij het zeer ruime begrip *overblijvende aansprakelijkheid* zoals genoemd in lid 2 en lid 3, welke leden met name zien op de situatie waarin niet tot de beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid kan worden overgegaan (lees: de situatie waarin de dochter de groep niet verlaat en tot dezelfde groep blijft behoren).

In lid 4 is niet eenvoudigweg gerefereerd aan het begrip overblijvende aansprakelijkheid uit lid 3. In lid 4 wordt gesproken van vorderingen waarvoor nog aansprakelijkheid loopt:

> Artikel 2:404 lid 4 BW
> Indien de schuldeiser dit verlangt moet, op straffe van gegrondverklaring van een verzet als bedoeld in lid 5, voor hem zekerheid worden gesteld of hem een andere waarborg worden gegeven voor de voldoening van zijn vorderingen *waarvoor nog aansprakelijkheid loopt.* Dit geldt niet, indien hij na het beëindigen van de aansprakelijkheid, gezien de vermogenstoestand van de rechtspersoon of uit anderen hoofde, voldoende waarborgen heeft dat deze vorderingen zullen worden voldaan.

De cursieve passage bevat een nadere clausulering/beperking ten aanzien van de term vorderingen. De tekst had ook goed gelopen zonder deze toevoeging, dus er mag van uit worden gegaan dat deze toevoeging van betekenis is. De groep vorderingen waarvoor een zekerheidsstelling kan worden verlangd in een verzetprocedure, wordt door deze toevoeging beperkt.

Dat de toevoeging "waarvoor nog aansprakelijkheid loopt" bewust door de wetgever lijkt te zijn opgenomen, zou kunnen worden afgeleid uit het volgende. Artikel 2:100 lid 2 BW, de regeling die model heeft gestaan voor artikel 2:404 lid 4 BW, kent de toevoeging "waarvoor nog aansprakelijkheid loopt" niet:

> Artikel 2:100 lid 2 BW
> De vennootschap moet, op straffe van gegrondverklaring van een verzet als bedoeld in het volgende lid, voor iedere schuldeiser die dit verlangt zekerheid stellen of hem een andere waarborg geven voor de voldoening van zijn vordering. Dit geldt niet, indien de schuldeiser voldoende waarborgen heeft of de vermogenstoestand van de vennootschap voldoende zekerheid biedt dat de vordering zal worden voldaan.

Mogelijk heeft de wetgever zich gerealiseerd dat het in zijn algemeenheid voor bijna geen enkele partij haalbaar is om zekerheid te stellen – bijvoorbeeld door middel van een bankgarantie – voor alle termijnen die uit een duurovereenkomst zullen voortvloeien. Bij duurovereenkomsten met een lange of zelfs oneindige looptijd zou een dergelijke bankgarantie een enorm beslag op het (werk)kapitaal leggen van de partij die deze garantie zou moeten stellen. In veel gevallen zullen de middelen er niet eens zijn. De toekomstige termijnen zullen in de regel met toekomstige inkomsten worden betaald.

De opvatting dat zekerheid dient te worden gesteld voor alle termijnen die in de (verre) toekomst uit een duurovereenkomst kunnen voortvloeien met als sanctie dat de hoofdelijke aansprakelijkheid nooit zal eindigen, lijkt niet in lijn te zijn met de bedoeling van de wetgever. De wetgever heeft in de toelichting bij artikel 2:404 lid 4 BW uitdrukkelijk overwogen dat het niet de bedoeling is dat een ex-moedervennootschap tot in lengte van dagen achtervolgd wordt voor aansprakelijkheden

van een voormalige dochtervennootschap die het concern al lang en breed heeft verlaten:[268]

> "Dit voorstel bewaart het evenwicht tussen de belangen van de schuldeisers die op de aansprakelijkheidsstelling zijn afgegaan en het belang van de maatschappij die zich aansprakelijk stelde dat de aansprakelijkheid niet nog tientallen jaren kan blijven doorlopen nadat alle banden met de betrokken ex-groepsmaatschappij zijn verbroken. Huurovereenkomsten bij voorbeeld blijven immers vaak lang in stand."

De wetgever had duidelijk de situatie voor ogen waarin sprake is van (langlopende) duurovereenkomsten, zoals bijvoorbeeld een huurovereenkomst. Het is niet de bedoeling dat de aansprakelijkheid daarvoor nog tientallen jaren doorloopt.

Het in de vorige alinea naar voren gebrachte probleem dat zich bij het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid kan voordoen wanneer de dochtervennootschap een duurovereenkomst heeft gesloten, lijkt door de wetgever te zijn voorzien. Daarnaast heeft ook de Hoge Raad er blijk van gegeven dat het niet de bedoeling is dat alle termijnen die in de toekomst mogelijk opeisbaar zouden kunnen zijn, dienen te worden afgedekt met een zekerheid. In zijn recente arrest oordeelde de Hoge Raad:[269]

> "De regeling van verzet in art. 2:404 BW is mede ontleend aan de regeling van verzet tegen kapitaalvermindering. (Kamerstukken II 1983-1984, 16 551, nr. 11, p. 15-16). In de memorie van toelichting op art. 2:100 BW, waarin de regeling van verzet tegen kapitaalvermindering bij de naamloze vennootschap is opgenomen, is het volgende vermeld. Is de vordering opeisbaar, dan zal de schuldeiser uiteraard betaling verlangen en, om verzet te voorkomen, krijgen, indien zijn vordering niet betwist is. Is de vordering wel betwist, dan wordt deze in feite pas inbaar na een rechterlijk vonnis of een schikking, die beide nog enige tijd op zich kunnen laten wachten. Het zou daarom onredelijk zijn de schuldeiser die een betwiste vordering heeft, een aanspraak op zekerheidstelling te onthouden, tenzij de rechter die over het verzet oordeelt de betwiste vordering bij voorbaat niet erkent. Het recht van verzet komt aan alle schuldeisers toe. (Kamerstukken II 1978-1979, 15 304, nr. 3, p. 46)."

Klaarblijkelijk dienen vorderingen *opeisbaar* te zijn om te worden meegewogen in de verzetprocedure. Wordt een opeisbare vordering vervolgens betwist, dan is deze vordering volgens de Hoge Raad niet *inbaar*. In het recente arrest van de Hoge Raad is beslist dat vorderingen die niet inbaar zijn wel worden meegewogen in de verzetprocedure, tenzij deze niet inbare vordering onmiskenbaar ongegrond is. Het moet dus gaan om bestaande en daardoor opeisbare vorderingen die inbaar dan wel niet inbaar zijn. Toekomstige vorderingen bestaan nog niet en zijn ook niet opeisbaar.

---

268 *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11, p. 15.
269 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, *JOR* 2017, 221, *r.o.* 5.1.4.

In het reeds aangehaalde arrest van de Hoge Raad herhaalt de Hoge Raad de tekst van artikel 2:404 lid 4 BW en voegt daar de term 'mogelijk' aan toe. Daarmee vallen niet alleen bestaande vorderingen waarvoor nog aansprakelijkheid loopt onder de reikwijdte van de verstrengeling, maar ook bestaande vorderingen waarvoor mogelijk *nog* aansprakelijkheid loopt:[270]

> "Uit de regeling van art. 2:404 BW en de hiervoor in 5.1.4 aangehaalde toelichtingen volgt dat dit vertrouwen ook bescherming verdient bij beëindiging van de (mogelijk) overblijvende aansprakelijkheid. Een moedermaatschappij die deze aansprakelijkheid wil beëindigen, behoort dat niet te kunnen doen ten koste van de zekerheid van de schuldeiser voor de voldoening van een vordering waarvoor nog (mogelijke) aansprakelijkheid loopt."

Het gaat dan niet om de mogelijkheid dat er in de toekomst schulden zullen voortvloeien uit een duurovereenkomst, maar om de mogelijkheid dat een rechter een betwiste vordering alsnog toewijst, zo blijkt uit het arrest:

> "Is de vordering wel betwist, dan wordt deze in feite pas inbaar na een rechterlijk vonnis of een schikking, die beide nog enige tijd op zich kunnen laten wachten. Het zou daarom onredelijk zijn de schuldeiser die een betwiste vordering heeft, een aanspraak op zekerheidstelling te onthouden, tenzij de rechter die over het verzet oordeelt de betwiste vordering bij voorbaat niet erkent.
> (…)
> Gelet op het voorgaande en in aanmerking genomen dat in de verzetprocedure niet over de toewijsbaarheid van de vordering van de schuldeiser wordt beslist, dient de rechter, in een geval waarin het bestaan en de omvang van de vordering zijn betwist, het verzet gegrond te verklaren."

In voormeld arrest wordt door de Hoge Raad geen uitspraak gedaan die betrekking heeft op toekomstige vorderingen (uit duurovereenkomsten). De uitspraak ziet op vorderingen die in tijd reeds bestaan maar waarvan wordt betwist dat de in verzet komende partij die vordering daadwerkelijk heeft.

De hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis en het hiervoor aangehaalde arrest van de Hoge Raad geeft inkleuring aan de frase "vorderingen waarvoor nog aansprakelijkheid loopt" zoals opgenomen in artikel 2:404 lid 4 BW. Op basis van de wet, de parlementaire geschiedenis en recente rechtspraak van de Hoge Raad kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat vorderingen reeds moeten bestaan om mee te worden gewogen in een verzetprocedure. Betoogd kan worden dat toekomstige vorderingen buiten het bereik van "vorderingen waarvoor nog aansprakelijkheid loopt" vallen en daarmee tevens buiten het bereik van de verzetregeling van artikel 2:404 lid 4 BW.

De uitkomst dat toekomstige termijnen buiten beschouwing dienen te worden gelaten, is te rechtvaardigen. Denkende aan langlopende contracten met een grote

270 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, *JOR* 2017, 221, *r.o.* 5.1.5.

waarde, zal het vaak niet mogelijk voor de schuldeiser zijn om voor alle toekomstige termijnen zekerheid te stellen. Maar niet voor zijn bestaande vorderingen. De keerzijde is dat de moedervennootschap voor altijd hoofdelijk aansprakelijk zal zijn, zelfs als de dochter al twintig jaar geleden is uitgevaren en er geen enkele band of connectie met die dochter meer bestaat.

Toch is niet iedereen het met deze visie eens en zijn er ook andere meningen te vinden. Ze stelde Beckman:

> "Als het om een duurovereenkomst gaat, zullen bij het vaststellen van de omvang van de te geven waarborg ook de in de toekomst vallende verschuldigde bedragen moeten worden betrokken. Het is reëel dat hierbij een contante waardeberekening van de komende verschuldigde termijnen moet worden gemaakt ten einde tot de hoogte van de waarborg te komen."[271]

Beckman heeft waarschijnlijk ook ingezien dat het tot grote problemen leidt wanneer toekomstige termijnen uit duurovereenkomsten worden betrokken bij de het bepalen van de omvang van de vordering waarvoor voldoende waarborg moet zijn (en bij gebreke daarvan zekerheid moet worden gesteld). Een zeer praktische oplossing die Beckman daarvoor heeft bedacht is om de waarde van de prestatie die de schuldeiser in de toekomst nog moet leveren in mindering te brengen op de totale som van de (toekomstige) schuld:

> "Als de schuldeiser op zijn beurt tegenprestaties moet voldoen, is het realistisch dat de marktwaarde hiervan op de verschuldigde som in mindering wordt gebracht alvorens de hoogte van de te stellen waarborg te bepalen."[272]

5.8.14 Vervangende zekerheid

Komt in een verzetprocedure vast te staan dat de vermogenstoestand van de dochter te weinig waarborg voor de nakoming van de schulden biedt dan zal de rechter de moedervennootschap in beginsel de gelegenheid geven om een zekerheid aan de in verzet gekomen schuldeiser te verstrekken. Die zekerheid kan worden verstrekt door de moedervennootschap maar ook door een andere (rechts)persoon.[273]

Opgemerkt wordt dat in de parlementaire geschiedenis bij artikel 2:100 BW, welke bepaling de verzetregeling bevat bij kapitaalvermindering en welke regeling model stond voor artikel 2:404 lid 4 BW, dat de rechter niet verplicht is om een gelegenheid te bieden om zekerheid te stellen. Het kan namelijk zo zijn dat de

271 Beckman 2019, par. 3.8.6 onderdeel 6b.

272 Beckman 2019, par. 3.8.6 onderdeel 6b.

273 Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat een alternatieve zekerheid kan worden gesteld door de moedervennootschap. Dat is echter niet vereist, de alternatieve zekerheid kan ook worden gesteld door een derde partij.

waarborg die wordt verlangd de positie van medeschuldeisers dusdanig verzwakt, dat een dergelijke waarborg geen gerechtvaardigde optie is.[274]

De alternatieve zekerheid dient 'gelijkwaardig' te zijn aan de zekerheid die een schuldeiser had bij hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap. Is deze zekerheid niet gelijkwaardig, dan hoeft de schuldeiser daarmee geen genoegen te nemen. In artikel 6:51 BW is het volgende bepaald:

> Artikel 6:51 BW
> 1. Wanneer uit de wet voortvloeit dat iemand verplicht is tot het stellen van zekerheid of dat het stellen van zekerheid voorwaarde is voor het intreden van enig rechtsgevolg, heeft hij die daartoe overgaat, de keuze tussen persoonlijke en zakelijke zekerheid.
> 2. De aangeboden zekerheid moet zodanig zijn, dat de vordering en, zo daartoe gronden zijn, de daarop vallende rente en kosten behoorlijk gedekt zijn en dat de schuldeiser daarop zonder moeite verhaal zal kunnen nemen.
> 3. Is de gestelde zekerheid door een niet aan de schuldeiser toe te rekenen oorzaak onvoldoende geworden, dan is de schuldenaar verplicht haar aan te vullen of te vervangen.

In een aantal kwesties is aan de orde geweest of een alternatieve zekerheid voldoet aan de maatstaf van artikel 2:404 lid 4 BW en dus of dat een waarborg is waar een schuldeiser genoegen mee dient te nemen. De beoordeling of dat het geval is, kan afhankelijk zijn van verschillende factoren. In een uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch[275] heeft de rechtbank bijvoorbeeld het volgende overwogen:

> "Ingevolge het bepaalde in artikel 2:404, lid 4 BW dient bij intrekking van een 403-verklaring op verlangen van de schuldeiser vervangende zekerheid of een andere waarborg te worden gesteld. Als vervangende zekerheid heeft E.ON Benelux in januari 2006 de Guarantee afgegeven. De vraag is of De Plaet daarmee genoegen moet nemen. Die vraag beantwoordt de rechtbank ontkennend.
>
> – Ten eerste is de aansprakelijkheidstelling van E.ON Benelux B.V. gelimiteerd tot een bedrag van € 1.000.000,= (artikel 2 van de Guarantee), terwijl partijen het erover eens zijn dat het financiële belang van De Plaet uit hoofde van de overeenkomst met NRE Energie B.V. in elk geval dat bedrag te boven gaat. De door NRE Holding afgegeven 403-verklaring kent geen limitering ten aanzien van de hoogte van de aansprakelijkheidstelling.
>
> – Voorts kan E.ON Benelux de Guarantee blijkens artikel 6 op elk gewenst moment intrekken. Weliswaar kan een 403-verklaring, behoudens de in het eerste lid van artikel

274 Zie *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11, p. 12. Zie in dit kader ook Hof Amsterdam (OK) 4 november 2005, *JOR* 2006/10, waarin verzet gegrond werd verklaard zonder dat er voorafgaand een gelegenheid werd geboden tot zekerstelling.

275 Rb. 's-Hertogenbosch 3 maart 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AX8557, *JOR* 2006/201. *In casu* was een gelimiteerde aansprakelijkheidsverklaring afgegeven in de vorm van een *guarantee*. Deze kon bovendien op elk moment worden ingetrokken. Daarmee hoefde de schuldeiser geen genoegen te nemen.

> 2:404 BW genoemde uitzonderingen, eveneens worden ingetrokken maar in dat geval kan de schuldeiser terugvallen op het wettelijk vangnet van artikel 2:404 lid 4 BW en vervangende zekerheid verlangen zoals De Plaet thans doet. Dat vangnet geldt niet bij intrekking van de Guarantee, waarin over het stellen van vervangende zekerheid verder niets."[276]

Het verschilt per rechtbank, ik meen zelfs per rechter, welke zekerheid wordt verlangd. Sommige rechtbanken schrijven vrij gedetailleerd voor aan welke eisen de zekerheid dient te voldoen. Terwijl andere rechtbanken daar veel minder strikt mee zijn. Zo zijn in een beschikking van de Rechtbank Rotterdam vrij precieze aanwijzingen terug te vinden:[277]

> "De rechtbank,
> (…)
> bepaalt dat JLL uiterlijk op 8 mei 2009 ten behoeve van BosGijze zekerheid moet stellen voor betaling van € 685.000,= (te weten voor € 570.382,40 in hoofdsom, vermeerderd met begrote rente e kosten) waartoe zij veroordeeld zou kunnen worden;
> bepaalt dat JLL die zekerheid dient te stellen in de vorm van een door een Nederlandse bank af te geven bankgarantie volgens de meest recente versie van het Rotterdams garantieformulier;"

In een andere beschikking is terug te lezen dat er ook meer vrijheid kan bestaan omtrent de te verstrekken zekerheid:

> "De rechtbank:
> – bepaalt dat Hertel Beheer uiterlijk op 30 oktober 2015 ten behoeve van Iemants c.s. zekerheid moet stellen in de vorm van een bankgarantie of een andere waarborg geeft voor betaling van € 15.000.000,-- (zegge: vijftien miljoen euro) in verband met de vorderingen voorvloeiende uit de overeenkomst van 1 maart 2013 is tussen Iemants c.s. en CKT;
> – verklaart het verzet van Iemants c.s. ongegrond indien Hertel Beheer uiterlijk op 30 oktober 2015 de hiervoor bedoelde zekerheid heeft gesteld;
> – verklaart het verzet van Iemants c.s. gegrond indien Hertel Beheer niet uiterlijk op 30 oktober 2015 de hiervoor bedoelde zekerheid heeft gesteld;"

En het kan nog algemener:[278]

> "verklaart Pergen c.s. ontvankelijk in haar verzet,
> bepaalt dat Eneco Holding uiterlijk op 30 november 2014 ten behoeve van Pergen c.s. zekerheid moet stellen of een andere waarborg geeft voor betaling van € 805 miljoen (zegge: achthonderd vijf miljoen euro) in verband met de door EPTS verschuldigde vergoeding voor de te leveren elektriciteit,

276 Zie Rb. 's-Hertogenbosch, 3 maart 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AX8557, *JOR* 2006/201, *r.o.* 4.2.

277 Rb. Rotterdam, 16 april 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI1676, *JOR* 2009/161.

278 Rb. Rotterdam 30 september2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8032.

> verklaart het verzet van Pergen c.s. ongegrond indien Eneco Holding uiterlijk op 30 november 2014 de hiervoor bedoelde zekerheid heeft gesteld,
> verklaart het verzet van Pergen c.s. gegrond indien Eneco Holding niet uiterlijk op 30 november 2014 de hiervoor bedoelde zekerheid heeft gesteld,"

Opvallend is dat steeds aan de moedervennootschap wordt opgedragen om een zekerheid te stellen. Strikt genomen is dat niet helemaal zoals dat zou moeten zijn. De zekerheid mag ook door een derde worden verstrekt, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis:

> "Wie hun deze waarborg verleent, wordt in het midden gelaten. Niet alleen de mede-aansprakelijke groepsmaatschappij en de hoofdschuldenaar komen in aanmerking, maar ook bij voorbeeld degene of degenen aan wie de aandelen worden verkocht."[279]

Zekerheid zou ook door een derde moeten kunnen worden gegeven nadat het verzet is aangetekend. Met name wanneer de moedervennootschap niet in de positie verkeert om zekerheid te stellen, kan het in belang van de schuldeiser zijn dat de rechtbank toestaat dat een derde partij een zekerheid verstrekt.

5.8.15 Gegrond verklaard verzet

Het verzet wordt in de regel pas gegrond verklaard nadat er gelegenheid is geweest om de schuldeiser een zekerheid te stellen of aan hem een waarborg te verstrekken.[280] Zoals opgemerkt is het ook toegestaan dat de zekerheid of de waarborg door een andere partij dan de moedervennootschap wordt verstrekt.[281] Wordt de dochtervennootschap verkocht, dan is het de moedervennootschap aan te bevelen om te bedingen dat de koper in geval van verzet zorg zal dragen voor het stellen van zekerheid jegens in verzet komende schuldeisers en de kosten van de procedure zal dragen.[282]

Wordt door de moedervennootschap geen andere zekerheid of waarborg geboden, dan zal als sanctie het verzet gegrond worden verklaard. Het gevolg daarvan is dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap blijft voort-

279 Zie *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11, p. 16.

280 In artikel 2:404 lid 6 BW is bepaald dat de rechter het verzet slechts gegrond verklaart nadat een door hem omschreven termijn om een door hem omschreven waarborg te geven is verlopen, zonder dat deze is gegeven.

281 Zie *Kamerstukken II* 1983/84, 16551, nr. 11, p. 16: "Wie hun deze waarborg verleent, wordt in het midden gelaten. Niet alleen de mede-aansprakelijke groepsmaatschappij en de hoofdschuldenaar komen in aanmerking, maar ook bij voorbeeld degene of degenen aan wie de aandelen worden verkocht."

282 Een kostenveroordeling zal in de regel – uiteraard – niet kostendekkend zijn voor de werkelijk gemaakte kosten. De bepaling dat iedere partij haar eigen kosten draagt voor zover de rechtbank in de omstandigheden geen aanleiding vindt tot een nadere regeling, zoals was opgenomen in artikel 41f lid 2 (oud) WvK, is niet meer opgenomen in art. 997 Rv.

bestaan ten aanzien van de schuldeiser die succesvol in verzet is gekomen. Ten aanzien van schuldeisers die niet in verzet zijn gekomen, eindigt de overblijvende aansprakelijkheid evengoed wel.

Tegen een beschikking van een rechtbank in een verzetprocedure kan in hoger beroep worden gegaan bij de Ondernemingskamer. Van de reguliere bepaling 358 Rv inzake hoger beroep tegen beschikkingen wordt namelijk in artikel 997 lid 5 Rv afgeweken. In artikel 997 lid 4 Rv is bepaald dat hoger beroep binnen drie weken na de dagtekening van de eindbeschikking moet worden ingesteld. Van belang is dat is geoordeeld dat een beschikking, waarbij de gelegenheid wordt geboden om zekerheid te stellen op straffe van het gegrond verklaren van het verzet, reeds als een eindbeschikking worden aangemerkt.[283] De termijn waarbinnen hoger beroep kan worden ingesteld begint na dagtekening van deze beschikking te lopen. Cassatie kan worden ingesteld bij de Hoge Raad en de cassatietermijn bedraagt zes weken.[284]

5.8.16 Contractuele aanvulling op het 403-regime

Indien de dekking door de moedervennootschap op basis van de 403-verklaring cruciaal is voor een partij die overweegt met de dochtervennootschap te contracteren, dan doet hij er verstandig aan om een reguliere zekerheid te bedingen of om nadere contractuele afspraken te maken omtrent de beoogde zekerheid die de 403-verklaring biedt. Dit heeft te maken met het feit dat een 403-verklaring kan worden ingetrokken en de hoofdelijke aansprakelijkheid kan worden beëindigd.

Niet moet worden vergeten dat de hoofdelijke aansprakelijkheid op basis van een 403-verklaring onderdeel uitmaakt van het meeromvattende 403-regime. Binnen dat regime heeft deze aansprakelijkheid slechts een compenserende functie. De vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW en 2:404 BW kenmerkt zich door haar tijdelijke karakter. Een wezenlijk onderdeel van de regeling is de mogelijkheid tot intrekking en de mogelijkheid tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Gezien deze op voorhand kenbare eigenschap van het 403-regime, mag een schuldeiser er niet zomaar op vertrouwen dat de 403-verklaring nooit zal worden ingetrokken en dat de hoofdelijke aansprakelijkheid nooit zal worden beëindigd.

Een schuldeiser die meer zekerheid wenst dan de zekerheid die hij heeft op basis van een 'kale 403-verklaring', kan ervoor kiezen om nadere contractuele afspraken te maken. Bijvoorbeeld kan worden afgesproken dat een schuldeiser persoonlijk geïnformeerd wordt bij de intrekking en bij een voornemen om de

283 Zie HR 26 juni 1996, *NJ* 1997, 25 m.nt. Maeijer.

284 Zie artikel 426 lid 2 Rv. Tweemaal drie weken is zes weken. Zie Asser/Korthals Altes & Groen 2015, nr. 257. Eerder was deze termijn drie weken (zie artikel 41g, derde lid (oud) WvK). Waarom de termijn is verlengd, is bij de toelichting op het wetsontwerp niet aangegeven, zie MvT van wetsontwerp 11 416 d.d. 11 augustus 1971.

overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen zodat hij de mogelijkheid om verzet aan te tekenen, niet mist. Nog verder gaat de afspraak dat bij het intrekken van de 403-verklaring en/of het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid een alternatieve zekerheid dient te worden verstrekt.

De vraag is of de 403-verklaring moet dienen als uitgangspunt voor een nadere contractuele regeling. Wellicht kan dan beter worden gekozen voor een reguliere contractuele zekerheid. In dat geval moet ervoor worden gewaakt dat de samenloop tussen de contractuele zekerheid en de aanspraak die de schuldeiser daarnaast nog heeft op basis van de 403-verklaring niet tot problemen leidt.

5.8.17 Oneigenlijk gebruik verzetsrecht

In het kader van herfinancieringen worden niet zelden herstructureringen uitgevoerd. Dat dit gepaard gaat met het intrekken van 403-verklaringen en een daaropvolgende voorgenomen beëindiging van de resterende aansprakelijkheid, zal geen verrassing zijn. Een moedervennootschap vervult regelmatig de rol van 'concernbank'. De financieringscapaciteit van de moedervennootschap kan dan ook van groot belang zijn voor het gehele concern. Het moeten verstrekken van zekerheden door de moedervennootschap leidt ertoe dat de financieringscapaciteit afneemt.

Een schuldeiser van het concern, die om welke reden dan ook belang kan hebben bij het uitoefenen van een bepaalde druk, kan zijn verzetsrecht misbruiken. Dit misbruik kan zich manifesteren door zekerheid te verlangen voor vorderingen waarvoor geen (aanvullende) zekerheid nodig is. De gerechtelijke toetsing binnen de verzoekschriftprocedure zou moeten voorkomen dat verzet in die gevallen wordt toegewezen.

Een andere wijze waarop misbruik kan plaatsvinden, is het verzoeken om zekerheid ten aanzien van vorderingen die worden betwist. Met name in de situatie waarin een juridische procedure aanhangig of aanstaande is, kan de dreiging met een verzoek om zekerheid voor een niet bestaande vordering of een sterk opgeblazen vordering de moedervennootschap wel eens een duwtje geven om toch maar akkoord te gaan met een schikkingsvoorstel. De schuldeiser kan de dreiging van het verzet gebruiken als wisselgeld in onderhandelingen. Indien de moedervennootschap de verplichting tot het stellen van zekerheden voor aanzienlijke bedragen boven het hoofd hangt, omdat zij anders niet van de overblijvende aansprakelijkheid af kan komen,[285] kan haar positie en die van het concern in het gedrang komen.

285 Bedacht moet worden dat wanneer het verzoek van de schuldeiser die verzet aantekent, wordt toegewezen de keus heeft om de zekerheden daadwerkelijk te stellen of om de bestaande hoofdelijke aansprakelijkheid te laten doorlopen. Indien de door de rechter bevolen zekerheden niet worden gesteld, zal het verzet van de schuldeiser als gegrond worden aangemerkt, ten gevolge waarvan een van de voorwaarden voor het beëindigen van de overblijvende (hoofdelijke) aansprakelijkheid van de moedervennootschap niet is voldaan en deze aansprakelijkheid derhalve doorloopt. De aansprakelijkheid loopt alleen door ten aanzien van de schuldeiser(s) die verzet heeft/hebben aangetekend.

Het stellen van zekerheden of het voortbestaan van aansprakelijkheden, kunnen (grote) beperking meebrengen met betrekking tot het aantrekken van financieringen.

5.8.18 Strijdigheid met het communautaire recht

De Nederlandse wet voorziet in de mogelijkheid om overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. Deze mogelijkheid wordt als opmerkelijk beschouwd.[286] De voornaamste reden die daarvoor wordt aangevoerd, is dat de communautaire wetgever geen faciliteiten heeft gegeven om reeds ontstane aansprakelijkheid te beëindigen. De vraag rijst of de mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid te kunnen beëindigen wel strookt met het communautaire recht.[287] Hoewel de procedure omtrent de beëindiging van de aansprakelijkheid met waarborgen is omkleed en een almaar voortdurende aansprakelijkheid op praktische bezwaren stuit, kan evenwel worden geconcludeerd dat de mogelijkheid om overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen in strijd is met het communautaire recht.[288]

Betoogd wordt dat hoofdelijke aansprakelijkheid verdergaat dan een garantstelling en dat daarom het aspect van de hoofdelijke aansprakelijkheid dat is opgenomen in de Nederlandse vrijstellingsregeling binnen de grenzen van het communautaire recht past. Maar de mogelijkheid tot de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid zou ook als een behoorlijke versoepeling van de communautaire regeling kunnen worden gezien. Het communautaire recht verlangt een garantieverklaring en een garantieverklaring kan niet eenzijdig worden opgezegd. Anderzijds rept het communautaire recht niet over het voortbestaan van aansprakelijkheid na de beëindiging van de vrijstelling.

5.8.19 Herleving van de jaarrekeningenplicht na de beëindiging van het 403-regime

Vanaf het moment van intrekking komt de mogelijkheid om gebruik te maken van de vrijstelling van artikel 2:403 BW per direct te vervallen. Er wordt immers niet meer voldaan aan alle vereisten die door artikel 2:403 BW worden gesteld.[289] Wanneer de vrijstelling van artikel 2:403 BW niet meer mag worden toegepast, herleeft de jaarrekeningenplicht uit titel 2.9 BW.

---

286 Zo ook Schutte Veenstra 1996.

287 Zie artikel 43 van de Zevende richtlijn.

288 De Europese regeling kent de moedervennootschap geen mogelijkheid toe om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. De Nederlandse regeling wijkt op dit punt af, ten nadele van de schuldeisers.

289 Er wordt ook wel gesproken van het tweeledig effect van de intrekkingsverklaring; beëindiging van het 403-regime en beëindiging van de aansprakelijkheid; zie: Houwen e.a. 1993, p. 855. Zie hierbij ook Blommaert 2007, p. 272.

Onduidelijk is welke jaarrekening een voorheen vrijgestelde vennootschap dient te publiceren nadat de vrijstelling is komen te eindigen. De wet is daarover niet duidelijk. De vraag is of de jaarstukken met betrekking tot het laatst afgeronde boekjaar gepubliceerd dienen te worden of dat pas bij het eerstvolgende afgeronde boekjaar dat volgt op het jaar waarin de vrijstelling kwam te vervallen jaarstukken moeten worden gepubliceerd.

Naar mijn mening valt het meest te zeggen voor het eerste standpunt. Wordt het laatste standpunt gevolgd, dan ontstaat een lacune voor de periode waarin geen volledige jaarrekening en dus geen informatie over de recente vermogenstoestand van de vennootschap beschikbaar is, terwijl over die periode tevens geen vrijstelling en dus geen compenserende waarborg van een 403-verklaring van toepassing is.

De meest zekere optie is uiteraard de optie waarbij na de intrekking alsnog de volledige jaarstukken met betrekking tot het laatst afgeronde boekjaar gepubliceerd worden. Maar daar zal de dochterennootschap niet gelukkig van worden. Met het oog op de consequenties die zijn verbonden aan het niet-voldoen aan de jaarrekeningenplicht dient in ieder geval de nodige zorgvuldigheid te worden betracht bij advisering hieromtrent en dient te worden gewezen op de aanwezige risico's.

Er is kritiek geuit op de intrekkingsregeling en de onduidelijkheid ten aanzien van het moment waarop een dochtervennootschap haar jaarstukken weer moet opstellen en publiceren.[290] Een vennootschap kan bijvoorbeeld in 2001 zijn vrijgesteld. Enkele jaren later is er het voornemen om de 403-verklaring in te trekken, bijvoorbeeld in 2009. De geconsolideerde jaarrekening over 2009 werd medio 2010 vastgesteld waarna direct de aansprakelijkheidsverklaring werd ingetrokken. Betoogd kon worden dat de voorheen vrijgestelde vennootschap haar volledige jaarstukken diende te publiceren vanaf boekjaar 2010. Dit hoefde pas medio 2011 te geschieden, en met de verlengingsperiode om de jaarrekening op te stellen meegerekend kon dit zelfs 2012 worden. Het gevolg was dat tussen de intrekking en de eerstvolgende publicatie van volledige stukken een ruime periode zat waarin slechts sterk verouderde gegevens (de laatste jaarstukken zullen van 2000 zijn) beschikbaar waren. Tegelijkertijd was er geen compenserende aansprakelijkheidsverklaring meer aanwezig.[291] Bestaande schuldeisers zouden het inzicht verliezen. En ook toekomstige schuldeisers zouden genoegen moeten nemen met praktisch geen enkele informatie of overwegen om geen verbintenissen met deze rechtspersoon aan te gaan. Dit laatste zal in de praktijk meestal geen reële optie zijn. Een oplossing zou zijn dat de aansprakelijkheidsverklaring pas kan worden ingetrokken wanneer de vrijgestelde vennootschap weer haar eerste volledige jaarrekening heeft gepubliceerd.

290 Berk 2007, p. 17-18.

291 Sommige auteurs signaleren dit probleem wel, maar leggen zich daarbij neer door te stellen dat dit nu eenmaal inherent is aan het systeem van de wet; zie: Bartman & Dorresteijn 2009, p. 239. Anders: Blommaert 2007, p. 273.

De discussie ten aanzien van de vraag welke gegevens gepubliceerd dienen te worden door een eerder vrijgestelde vennootschap nadat de vrijstelling is opgeheven, is in kaart gebracht door Beckman, waarnaar zij verwezen.[292] Recenter wordt echter betoogd dat na het beëindigen van het 403-regime de cijfers van het laatst afgelopen boekjaar dienen te worden gepubliceerd.[293]

In het kader van de parallel tussen de looptijd van een boekjaar en de duur van de termijn waarvoor een 403-verklaring dient te zijn gedeponeerd, is een oplossing bedacht waarbij de 403-verklaring een minimale geldingsduur moet hebben.[294] Ik begrijp deze voorgestelde oplossing zo, dat de aansprakelijkheidsverklaring van de moedervennootschap voor nieuwe aansprakelijkheden zelfs na beëindiging van het groepsregime doorloopt tot het moment waarop de voorheen vrijgestelde vennootschap weer een volledig eigen jaarverslag heeft opgesteld. Een minimale geldingsduur biedt weinig flexibiliteit voor de praktijk en een doorlopende 403-verklaring voor een reeds uitgevaren dochtervennootschap, omdat de minimale geldingsduur nog niet was bereikt, lijkt mij onwenselijk. Schuldeisers zouden voor nieuwe verbintenissen voortvloeiend uit rechtshandelingen die zijn aangegaan na het verlaten van de groep bij de oude moedervennootschap terecht kunnen. Dit terwijl de oude moedervennootschap, noch het concern als geheel, enige betrokkenheid of belang heeft gehad bij de naderhand verrichte rechtshandelingen. Daarbij valt ook te denken aan situaties waar de uitgevaren dochtervennootschap direct is opgenomen in een nieuwe groep en daar opnieuw is vrijgesteld.

5.9 Conclusie

Uit de analyse van de beëindiging van de groepsvrijstellingsregeling blijkt dat de regeling rondom de intrekking van de 403-verklaring en de regeling rondom de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid diverse onvolkomenheden bevat. Zo is niet duidelijk wanneer de publicatieplicht herleeft wanneer de toepassing van de groepsvrijstellingsregeling wordt gestaakt. Gediscussieerd kan worden over de vraag of een 403-verklaring tevens een intrekkingsverklaring kan zijn. De vraag is of de volgorde waarin de voorwaarden om de overblijvende aansprakelijkheid te mogen beëindigen dwingendrechtelijk is.

Uit de rechtspraak blijkt dat de belangrijkste problemen rondom de beëindiging van de groepsvrijstellingsregeling zich manifesteren rondom de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Wanneer wordt aangenomen dat een 403-verklaring direct leidt tot het ontstaan van vorderingsrechten, zonder dat daar acceptatie door een schuldeiser voor nodig is, dan bestaat de overblijvende aansprakelijkheid die op een moedervennootschap rust uit zelfstandige vorderingsrechten van de schuldeisers die een vordering hebben op de dochtervennootschap. Het feit

292 Beckman 1995, par. 13.18.
293 Kiersch 2007, art. 2:404 BW aant. 1.
294 Bartman & Dorresteijn 2013, p. 254.

dat de moedervennootschap bestaande vorderingsrechten kan laten 'verdwijnen' door het eenzijdig afleggen van een verklaring, is een opmerkelijk verschijnsel.

Uit de rechtspraak blijkt dat het vaststellen van de hardheid van een vordering en de omvang van een vordering in een verzetprocedure tot geschillen leidt. De vraag is waar het evenwicht tussen de belangen van de schuldeisers en de moedervennootschap ligt of zou moeten liggen. De geschillen rondom de hardheid van de vordering en de omvang van de vordering, kunnen niet worden toegeschreven aan de kwalificatie van de 403-verklaring of aan de daaruit voortvloeiende rechten.

Een ander probleem in het kader van de beëindiging van het groepsregime is de positie van pandhouders. Wanneer de 403-verklaring had geleid tot een afhankelijk zekerheidsrecht, zoals borgtocht, dan was er geen onduidelijkheid ontstaan over de positie van pandhouders. Nu sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid, is er sprake van zelfstandige vorderingsrechten en is geen sprake van afhankelijke rechten die simpelweg door een pandhouder uitgeoefend kunnen worden.

De conclusie is dat ook in het kader van de beëindiging van de groepsvrijstellingsregeling problemen ontstaan. Niet alle problemen die zich in het kader van de beëindiging van het groepsregime voordoen, vinden hun oorzaak in het feit dat hoofdelijke aansprakelijkheid als vereiste in de groepsvrijstellingsregeling is opgenomen.

Het probleem dat zich voordoet met betrekking tot de positie van pandhouders wordt veroorzaakt doordat het vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid als vereiste in de groepsvrijstellingsregeling is opgenomen. Indien het uit een 403-verklaring voortvloeiende recht zou kwalificeren als borgtocht, zou dit probleem zich niet voordoen.

Hoofdstuk 6

DE GROEPSVRIJSTELLING EN DIVERSE PRAKTIJKSITUATIES

6.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is de Nederlandse vrijstellingsregeling in al haar facetten geanalyseerd om te bezien waar de knelpunten zitten. In dit hoofdstuk staat de toepassing van de Nederlandse vrijstellingsregeling centraal. Aan de hand van diverse praktijksituaties wordt gekeken hoe de toepassing van de groepsvrijstellingsregeling uitpakt. Ter onderbouwing van de stelling dat het 403-regime tot onduidelijkheid leidt, zal dit hoofdstuk nader worden ingegaan op de werking van de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW in een select aantal praktijksituaties.[1]

In eerdere hoofdstukken is duidelijk geworden dat de regeling van artikel 2:403 BW en 2:404 BW diverse onhebbelijkheden in zich bergt. Dat hoeft echter niet per definitie een probleem te zijn. Wanneer door de praktijk een mouw aan de imperfecties wordt gepast, kan ook een regeling met schoonheidsfoutjes prima dienst doen in de praktijk. Om maar vast op de zaken vooruit te lopen: bij de groepsvrijstellingsregeling is dit helaas niet het geval. De praktijk (rechtspraak) is er niet in geslaagd om de groepsvrijstellingsregeling te laten evolueren naar een duidelijke en soepel werkende regeling. Dat is jammer. Tot op de dag van vandaag is de regeling van artikel 2:403 BW en artikel 2:404 BW een bron van onduidelijkheden en ten gevolge daarvan tevens een bron van juridische procedures.

Na lezing van dit hoofdstuk zal duidelijk zijn dat de hoofdelijkheid binnen de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW de voornaamste oorzaak blijkt te zijn van een aantal problemen rondom de groepsvrijstellingsregeling.

6.2 Fusie en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW

6.2.1 Inleiding

In deze paragraaf zal worden ingegaan op de samenloop van het groepsregime en de fusie. Fusie is een juridisch instrument dat, net als de groepsvrijstellingsrege-

1 Het is nadrukkelijke niet de bedoeling geweest om een uitputtende uitwerking te maken van alle mogelijke praktijksituaties die zich voor zouden kunnen doen.

ling, veel wordt toegepast in groepen rechtspersonen. Een samenloop van deze twee juridische figuren is dan ook geen uitzondering.

In ruime zin wordt onder fusie het samenvoegen van ondernemingen verstaan, waardoor deze ondernemingen economisch gezien één geheel gaan vormen.[2] Fusie kan op meerdere manieren worden vormgegeven. De meest voorkomende vormen van fusie zijn aandelenfusie, bedrijfsfusie en juridische fusie. Alleen de juridische fusie is wettelijk geregeld. De behandeling zal zijn beperkt tot de juridische fusie en de aandelenfusie en de bedrijfsfusie zullen buiten beschouwing worden gelaten.

Volgens de wettelijke omschrijving is een (juridische) fusie een rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen waarbij een van hen het vermogen van de ander onder algemene titel verkrijgt. Of waarbij een nieuwe rechtspersoon, die bij de fusie wordt opgericht, het vermogen van de verdwijnende rechtspersonen onder algemene titel verkrijgt. Door deze ingrijpende rechtsgevolgen wordt de juridische fusie gezien als een complexe rechtsfiguur.[3]

Hoewel grensoverschrijdende fusies steeds vaker voorkomen en de mogelijkheden hiertoe worden verruimd,[4] zal in deze paragraaf alleen de fusie centraal staan die zich afspeelt binnen het Nederlandse rechtstelsel. Daarbij zullen alleen fusies tussen BV's en NV's aan de orde komen.

Interessant is dat de Nederlandse fusieregeling beoogt een evenwicht te creëren tussen de belangen van stakeholders enerzijds en de belangen van de betrokken vennootschappen (de fuserende entiteiten)[5] anderzijds.[6] Dat doet denken aan de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW waarbij een vergelijkbaar evenwicht wordt nagestreefd.

6.2.2 Juridische fusie

Om de gevolgen van een 403-verklaring in een fusiesituatie goed te begrijpen, zal de fusieregeling kort de revue passeren.

---

2 Asser/G.J.C. Rensen 2-III* 2-III, nr. 567.

3 Zaman 2009, p. 743.

4 Timmerman 2000, p. 103-165.

5 Daarvoor is nodig dat de fusieregeling voldoende flexibel en dus aantrekkelijk is voor de fuserende partijen. In de literatuur zijn de meeste auteurs het erover eens dat de nodige flexibiliteit geboden moet worden, Timmerman 2004, p. 2-4; Van Solinge 2003, p. 17-37; Leijten 2004 en Slagter 2005, p. 614.

6 Het is zowel in belang van de schuldenaar als de schuldeiser dat de continuïteit van de vennootschap niet in gevaar komt. Hierbij lopen de belangen van beide partijen dan ook parallel. Teveel bescherming van de schuldeisers zal de gewenste flexibiliteit in gevaar kunnen brengen en in het nadeel van de schuldeisers kunnen werken.

Bij een juridische fusie verdwijnen één of meerdere vennootschappen.[7] De verkrijgende vennootschap blijft bestaan. Het is mogelijk dat alle bij de juridische fusie betrokken vennootschappen verdwijnen en dat deze opgaan in een vennootschap die bij de fusie wordt opgericht. Er is geen sprake van inbreng.[8] De aandeelhouders van de verdwijnende vennootschappen worden door de fusie aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap. Daarvoor wordt het geplaatste kapitaal van de verkrijgende vennootschap verhoogd.[9] Op de regel dat aandelen worden toegekend door de verkrijgende vennootschap bestaan uitzonderingen.[10]

Wanneer geen aandelen in de verkrijgende vennootschap worden toegekend, lopen schuldeisers een groter risico.[11] Bij de juridische fusie gaan de rechten en plichten van de verdwijnende vennootschappen over op de verkrijgende vennootschap. Er is sprake van een overgang van het vermogen onder algemene titel. Schuldeisers van een verdwijnende vennootschap raken hun oorspronkelijke schuldenaar kwijt en worden geconfronteerd met een nieuwe schuldenaar.

De fusieprocedure is zodanig ingericht dat rekening wordt gehouden met de belangen van schuldeisers.[12] In de voorbereidende fase van een fusie wordt een voorstel tot fusie[13] opgesteld met een toelichting van het bestuur.[14] Bij het voorstel tot fusie dient een verslag en een verklaring van de accountant[15] te worden

7 Het 'verdwijnen' wordt gezien als een rechtsfiguur naar eigen aard. Deze verdwijning staat naast bijvoorbeeld de rechtsfiguur ontbinding. Maeijer Bundel NV en BV, p. IXb-artikel 309-1 e.v.

8 Artikel 2:94a BW, 2:94b BW, 2:204a BW en 2:204b BW zijn dan ook niet van toepassing.

9 Volgens de bedoeling van de wetgever worden er bij de fusie weliswaar nieuwe aandelen verkregen, maar is geen sprake van uitgifte. Maeijer Bundel NV en BV, p. IXb-artikel 309-1.

10 Op de hoofdregel dat de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschappen door de fusie aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap bestaan krachtens de wet een aantal uitzonderingen. De uitzonderingssituaties zijn: verval van aandelen (artikel 2:325 lid 4 BW jo. artikel 2:333 lid 1 BW, zie ook artikel 2:310 lid 4 BW jo. artikel 2:333 lid 3 BW), zusterfusie (artikel 2:334 BW), driehoeksfusie (artikel 2:311 lid 2 BW) en ten slotte kan het zijn dat de ruilverhouding zodanig is dat aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap geen recht hebben op een aandeel in de verkrijgende vennootschap (artikel 2:311 lid 2 BW en zie ook artikel 2:325 lid 2 BW).

11 De eis dat tegenover de toe te kennen aandelen voldoende vermogen staat, is dan namelijk niet van toepassing. Het saldo dat overgaat kan dan negatief zijn. Zie Zaman 2003, p. 250.

12 Op 15 maart 2011 heeft de Eerste Kamer wetsvoorstel 32458 aangenomen. De wijzigingen brengen een versoepeling van de fusieprocedure teweeg. Dit ten koste van de te beschermen schuldeisers. Het tijdstip waarop dit wetsvoorstel in werking zal treden is nog niet bekend.

13 Het voorstel tot fusie is een ontwerpbesluit van het bestuur waarover de algemene vergadering zich dient uit te spreken, zonder dat het geamendeerd kan worden. Zie artikel 2:312 BW en artikel 2:326 BW.

14 Zie artikel 2:313 BW en artikel 2:327 BW.

15 Zie artikel 2:328 BW; een accountant, zoals bedoeld in artikel 2:393 lid 1 BW, moet het voorstel tot fusie onderzoeken, twee verklaringen afleggen en een verslag opstellen. De twee verklaringen behelzen een verklaring inzake de ruilverhouding en een verklaring inzake de

gevoegd. Het accountantsverslag en de accountantsverklaring dienen betrekking te hebben op de laatste drie jaarverslagen en jaarrekeningen van de bij de fusie betrokken vennootschappen.[16] Voornoemde stukken plus de jaarverslagen van de te fuseren vennootschappen dienen te worden gedeponeerd bij het Handelsregister[17] en dit moet vervolgens bekend worden gemaakt in een landelijk verspreid dagblad.[18] Om de gevolgen van de fusie te kunnen analyseren, kunnen schuldeisers voornoemde stukken opvragen.

Na de voorbereidende fase volgt de besluitvormingsfase.[19] Het besluit tot fusie wordt in het geval van de verdwijnende vennootschap genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders.[20] In geval van de verkrijgende vennootschap wordt het besluit genomen door het bestuur, tenzij in de statuten anders is bepaald.[21] Schuldeisers zijn in het geheel niet bij de besluitvorming betrokken. Indien de besluitvorming rond is, wordt een fusie geëffectueerd middels het passeren van een notariële akte.

Net als bij de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW kent de fusieregeling een beschermingsregeling voor schuldeisers van de bij de fusie betrokken rechtspersonen. De verzetregeling van fusie heeft model gestaan voor de verzetregeling van de vrijstellingsregeling. Deze verzetregeling is opgenomen in artikel 2:316 BW:

---

kapitaalbescherming, inhoudende dat de som van de eigen vermogens van de betrokken vennootschappen overeenkomt met het bedrag dat in totaal nominaal gestort behoort te zijn.

16 Er hoeft geen genoegen te worden genomen met verouderde cijfers, *Kamerstukken II* 1980/81, 16453, nr. 3-4, p. 8. Indien de laatste jaarrekening verouderd is, ouder dan zes maanden, dient een tussentijdse vermogensopstelling te worden gemaakt. Zie Ten Voorde 2006, p. 73-74 en Bosse & Molenaar 2000, p. 41-43.

17 Welke stukken bij de juridische fusie dienen te worden gedeponeerd, wordt voorgeschreven door artikel 2:314 BW en artikel 3:328 BW. De toepasselijkheid van artikel 3:328 BW wordt echter vaak uitgesloten door artikel 2:333 BW (moeder-dochterfusie).

18 Zie artikel 2:314 BW jo. artikel 2:328 lid 5 BW jo. artikel 2:329 BW.

19 Artikel 2:317 BW geeft bepalingen die gelden bij de besluitvorming tot iedere fusie. In artikel 2:330 BW en artikel 2:331 BW worden aanvullende bepalingen gegeven voor de besluitvorming tot fusies bij BV's en NV's.

20 Zie artikel 2:317 BW.

21 Zie artikel 2:331 BW. De statuten kunnen een afzonderlijke regeling voor besluiten tot fusie geven (artikel 2:317 lid 4 BW). Indien dit niet het geval is en de statuten bepaalde eisen stellen aan een besluit tot statutenwijziging, dan gelden deze eisen ook voor een besluit tot fusie. Voorts dient erop te worden gelet of de statuten voor de wijziging van afzonderlijke bepalingen verschillende meerderheden vereisen, of dat wijziging van afzonderlijke bepalingen zijn uitgesloten, een en ander in samenhang met artikel 2:317 lid 3 BW. Zijn er verschillende soorten aandelen, dan is er, naast het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders, tevens goedkeuring vereist van elke groep houders van bijzondere aandelen indien aan hun rechten afbreuk wordt gedaan door de voorgenomen fusie (artikel 2:330 lid 2 BW).

Artikel 2:316 BW

1. Ten minste een van de te fuseren rechtspersonen moet, op straffe van gegrondverklaring van een verzet als bedoeld in het volgende lid, voor iedere schuldeiser van deze rechtspersonen die dit verlangt zekerheid stellen of hem een andere waarborg geven voor de voldoening van zijn vordering. Dit geldt niet, indien de schuldeiser voldoende waarborgen heeft of de vermogenstoestand van de verkrijgende rechtspersoon na de fusie niet minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan, dan er voordien is.
2. Tot een maand nadat alle te fuseren rechtspersonen de nederlegging of openbaarmaking van het voorstel tot fusie hebben aangekondigd kan iedere schuldeiser door een verzoekschrift aan de rechtbank tegen het voorstel tot fusie in verzet komen met vermelding van de waarborg die wordt verlangd. De rechtbank wijst het verzoek af, indien de verzoeker niet aannemelijk heeft gemaakt dat de vermogenstoestand van de verkrijgende rechtspersoon na de fusie minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan, en dat van de rechtspersoon niet voldoende waarborgen zijn verkregen.
3. Voordat de rechter beslist, kan hij de rechtspersonen in de gelegenheid stellen binnen een door hem gestelde termijn een door hem omschreven waarborg te geven.
4. Indien tijdig verzet is gedaan, mag de akte van fusie eerst worden verleden, zodra het verzet is ingetrokken of de opheffing van het verzet uitvoerbaar is.
5. Indien de akte van fusie al is verleden, kan de rechter op een ingesteld rechtsmiddel het stellen van een door hem omschreven waarborg bevelen en daaraan een dwangsom verbinden.

Zowel bij fusie als bij de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid treedt er een wijziging op ten aanzien van het verhaalsobject. In beide situaties ontstaat dan voor de schuldeiser de mogelijkheid om in verzet te komen. Al snel zal worden gedacht dat de positie van een schuldeiser erop vooruitgaat wanneer de schuldenaar fuseert met een andere partij. Schuldeisers zullen zich na de fusie kunnen verhalen op een groter vermogen, namelijk het vermogen van de samengevoegde vennootschappen.[22] Dit betekent echter niet automatisch dat de positie van de schuldeiser verbetert. Weliswaar wordt het vermogen uitgebreid, de groep concurrentschuldeisers kan en zal zeer waarschijnlijk toenemen.[23] Vindt een fusie plaats met een zwakke vennootschap dan kan de balanspositie van de sterkere vennootschap verslechteren. De fusie is nadelig voor de schuldeisers van de vennootschap die voorheen de 'rijkste' vennootschap was.[24]

Door een juridische fusie kan de positie van een schuldeiser (ingrijpend) veranderen. De schuldeiser van een verdwijnende vennootschap wordt schuldeiser van een andere schuldenaar, namelijk van de verkrijgende vennootschap. Een schuldeiser van de verkrijgende vennootschap wordt niet geconfronteerd met een andere schuldenaar. Maar het voor verhaal vatbare vermogen van zijn schuldenaar

22 Scholten 1984, p. 224.

23 In dat geval zal moeten worden bekeken welke posities de verschillende schuldeisers hebben en daarmee ook naar de zekerheden die ten behoeve van de verschillende schuldeisers zijn gevestigd.

24 Verbrugh 2007, p. 6.

ondergaat een wijziging. Die wijziging kan vergaande consequenties hebben.[25] De fusie heeft onder meer impact op de solvabiliteit van de schuldenaar,[26] het gebonden kapitaal van de schuldenaar[27] en de aansprakelijkheidsmogelijkheden van de schuldeiser.[28] Dat leidt ertoe dat een schuldeiser – zonder dat zijn stem daarin wordt gekend, aangezien een schuldeiser als derde niet betrokken is bij de besluitvormingsfase[29] – geconfronteerd kan worden met een minder aantrekkelijke schuldenaar.

In hoofdlijnen lijkt de verzetregeling bij fusie van artikel 2:316 BW op de verzetregeling bij het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid zoals opgenomen in artikel 2:404 BW. Een schuldeiser van een bij de fusie betrokken vennootschap kan een zekerheid of waarborg verlangen welke strekt tot de voldoening van zijn vordering, indien de voldoening van die vordering door de effectuering van de fusie in het gedrang komt.[30] Indien een aanvullende zekerheid nodig blijkt, moet die zekerheid *ex ante* (voorafgaand aan de fusie) worden verleend.[31] Heeft de schuldeiser reeds voldoende waarborgen die strekken tot de voldoening van zijn vordering en geeft de vermogenstoestand van de verkrijgende rechtspersoon geen aanleiding om aan te nemen dat de schuldeiser na de fusie

25 Schuldeisers kunnen uiteraard ook in een gunstigere positie worden gebracht. Of dit gerechtvaardigd is, wordt wel eens betwijfeld. Zo noemt W.J. Slagter schuldeisers die hun concurrente vordering omgezet zien in een preferente vordering de 'lachende derden'; zie: Slagter 2005, p. 614. Ik ben van mening dat een eventueel gunstigere positie voor schuldeisers in ieder geval niet onterecht is. Het initiatief tot fusie ligt bij de schuldenaar, die wordt geacht de afweging te maken tussen de voor- en nadelen die de fusie hem brengt. Ik sluit mij aan bij het uitgangspunt van artikel 2:316 BW; dat de schuldeiser in ieder geval niet (ongewild) in een ongunstiger situatie kan worden gebracht.

26 Bijvoorbeeld wanneer wordt gefuseerd met een vennootschap met een negatief vermogen. Er kan daarom voor gekozen worden een vennootschap, waarvan de schulden de baten overtreffen, op te ruimen door een fusie, aangezien liquidatie van een vennootschap, waarvan de schulden de baten overtreffen, niet zomaar mogelijk is, zie Zaman 2003, p. 250.

27 Het is mogelijk dat het vrij uitkeerbare vermogen door fusie groter wordt, bijvoorbeeld wanneer bij de fusie een verkrijgende rechtspersoon is betrokken waarop buitenlands recht van toepassing is. Niet in alle landen gelden bij fusie dezelfde eisen ten aanzien van kapitaalbescherming. Zo geldt de eis dat de som van het eigen vermogen van de verkrijgende vennootschap na de fusie op zijn minst zoveel moet bedragen als in totaal nominaal gestort moet zijn (artikel 2:328 lid 1 BW) niet in alle gevallen.

28 Doordat fusie kan plaatsvinden tussen rechtspersonen met verschillende rechtsvormen kan het voorkomen dat een vennootschap met persoonlijke aansprakelijkheid opgaat in een kapitaalvennootschap.

29 Opgemerkt zij dat een beroep op de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW niet openstaat voor schuldeisers. Zie ook Leijten 2004.

30 De toelichting spreekt van 'extra' zekerheid, *Kamerstukken II* 1980/81, 16453, nr. 3-4, p. 10-11. Het gaat echter ook om het vestigen van een zekerheid of waarborg indien er nog geen enkele zekerheid of waarborg bestaat en de voorgenomen fusie wel aanleiding geeft voor een dergelijke zekerheid of waarborg.

31 Is de akte van fusie al verleden dan kan een zekerheid of waarborg echter nog steeds worden verleend, zie artikel 2:316 lid 5 BW.

minder zekerheid zal hebben dan voorheen,[32] dan hoeft hem geen (extra) zekerheid of waarborg te worden toegekend.[33] In de praktijk zal verzet slechts worden gehonoreerd wanneer het gaat om een vordering zonder of beperkte waarborgen en waarbij het vermogen overgaat naar een verkrijgende rechtspersoon die insolvent is.[34]

De fusieregeling kent met betrekking tot de bescherming van schuldeisers nog enkele bijzondere bepalingen, zoals artikel 2:312 lid 2 sub c. In artikel 2:312 lid 2 sub c BW is ten aanzien van een selecte groep schuldeisers bepaald dat het fusievoorstel moet vermelden welke rechten of vergoedingen ingevolge artikel 2:320 BW ten laste van de verkrijgende vennootschap worden toegekend aan degenen die, anders dan als (lid of) aandeelhouder, bijzondere vermogensrechten[35] hebben jegens de verdwijnende vennootschappen.[36] Zij dienen een gelijkwaardig recht te verkrijgen in de verkrijgende vennootschap, of een schadeloosstelling.[37] Wanneer de fusie tot stand komt, vervallen de bijzondere rechten. De bijzonder rechthebbenden verkrijgen het gelijkwaardige recht zoals is overeengekomen, of een schadeloosstelling welke ingevolge artikel 2:320 lid 2 BW is bepaald vanaf het tijdstip dat wordt vermeld in het fusievoorstel. Of schuldeisers die een bij een fusie betrokken vennootschap kunnen aanspreken op basis van een 403-verklaring kunnen worden aangemerkt als bijzonder rechthebbenden, lijkt in eerste instantie niet het geval te zijn. De huidige opvatting is dat schuldeisers met een 403-vordering een vorderingsrecht – zijnde een zelfstandig vermogensrecht – hebben welk recht niet als een bijzonder recht wordt aangemerkt. Zou het recht dat voortvloeit uit een 403-verklaring als een niet overdraagbaar vermogensrecht kwalificeren, dan dient bij fusie rekening te worden gehouden met de werking van artikel 2:312 lid 2 sub c BW.

Naast bovenstaande mogelijkheid biedt de fusieregeling schuldeisers nog een andere mogelijkheid die bij de verzetregeling bij de beëindiging van de overblijven-

32 Vreemd genoeg zwijgt de wet, en ook de wetgever, of de schuldeiser moet aantonen of hiervan sprake is, of dat de vennootschap die wordt verzocht (extra) zekerheid te verlenen, moet aantonen dat dit het geval is.

33 Indien de rechter oordeelt dat het verzet ongegrond is, heft hij het verzet op. Indien de rechter zijn beslissing tot opheffing van het verzet uitvoerbaar bij voorraad verklaart, verhindert hoger beroep niet dat de akte van fusie wordt verleden (zie artikel 318 lid 1 slot).

34 Aldus een aantal auteurs. Zie Buijn 1996, p. 81-82 en Leijten 2004, p. 315.

35 Zoals een recht op een uitkering van winst en een recht tot het nemen van aandelen (optierechten).

36 Het gaat niet om aandeelhouders met bijzondere rechten noch om houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten met bijzondere rechten. Wel vallen hieronder houders van winstbewijzen, houders van obligaties, houders van optierechten en dergelijke en zij die een pandrecht of een recht van vruchtgebruik op een dergelijk recht hebben (artikel 3:320 lid 3 BW).

37 Voorafgaand aan het fusievoorstel moet overeenstemming zijn bereikt over de schadeloosstelling, omdat dit dient te worden opgenomen in het fusievoorstel. Wordt er geen overeenstemming bereikt dan zal een onafhankelijke deskundige de schadeloosstelling bepalen, zie artikel 2:320 lid 2 BW.

de aansprakelijkheid ontbreekt. Is sprake van een rechtshandeling die kwalificeert als een fusie,[38] dan kunnen schuldeisers[39] die rechtshandeling vernietigen.[40] Over de vraag of de mogelijkheden van verzet en vernietiging naast elkaar bestaan, is een discussie gevoerd in de literatuur.[41] Omdat de gronden voor verzet en de gronden voor vernietiging van elkaar verschillen, zien beide regelingen op bescherming in verschillende situaties. Daaruit kan voorzichtig de conclusie worden getrokken dat beide middelen naast elkaar bestaan.[42] Vernietiging is in tegenstelling tot verzet nog mogelijk wanneer de termijn van verzet al is overschreden.

6.2.3 Fusie en het 403-regime

6.2.3.1 Algemeen

In deze paragraaf worden de gevolgen van de samenloop van fusie en het 403-regime in kaart gebracht. Aangezien er diverse situaties mogelijk zijn, zullen na een aantal algemene beschouwingen verschillende casusposities de revue passeren. Fusie en de rechtsgevolgen daarvan zijn voornamelijk geregeld in artikel 2:309 BW en verder. Artikel 2:309 BW omschrijft een fusie als volgt:

> Artikel 2:309 BW
> Fusie is de rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen waarbij een van deze het vermogen van de andere onder algemene titel verkrijgt of waarbij een nieuwe rechtspersoon die bij deze rechtshandeling door hen samen wordt opgericht, hun vermogen onder algemene titel verkrijgt.

38 Momenteel is een discussie gaande in de literatuur over de kwalificatie van een rechtshandeling als fusie. Het lijkt mij logisch dat eerst vastgesteld moet worden of sprake is van een fusie voordat overgegaan kan worden op de vernietigbaarheid van die fusie. Dieper ingaan op de vraag of naar de formele of de materiële kenmerken van een fusie gekeken moet worden of naar een combinatie van beiden, valt buiten het bestek van hetgeen ik hier behandel. Graag wil ik volstaan met de opmerking dat wanneer een wezensbestanddeel van een bepaalde rechtshandeling ontbreekt er sprake zal zijn van een non-existente rechtshandeling, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 610. Zie Koster 2010 alwaar de geldigheid van de fusie tussen ABN AMRO en Fortis in twijfel wordt getrokken. Voorts wordt beweerd dat het toepassen van de geldige regelgeving, wat kan leiden tot non-existentie, niet past in het moderne vennootschapsrecht. Dit is opmerkelijk. Zie verder ook Zaman 2009, p. 743-744; Van Olffen 2006, p. 404; Van Olffen 2007, p. 507 en Schoonbrood & Ruardij 2007, p. 667.

39 De schuldeiser die zich op vernietiging beroept, zal zijn belang bij de vernietiging aannemelijk moeten maken, Leijten 2004, p. 323 en Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997, nr. 170l.

40 Zie artikel 2:323 BW.

41 Zie Leijten 2004, p. 323.

42 Evenzo Verbrugh 2007, p. 92.

6.2.3.2 Overgang van de 403-verklaring bij fusie

Er bestaat geen duidelijkheid over de vraag wat er gebeurt met een 403-verklaring wanneer de moedervennootschap door fusie verdwijnt. De wet geeft geen specifieke regels. In algemene zin schrijft de wet voor dat de verkrijgende vennootschap het vermogen van de verdwijnende vennootschap verkrijgt onder algemene titel. Het begrip vermogen is in artikel 2:309 BW niet nader gedefinieerd. De wet geeft geen uitgebreide invulling aan de vermogensrechtelijke gevolgen bij fusie.[43] De omvang en de gevolgen van de rechtsopvolging onder algemene titel zijn niet direct duidelijk.[44] In de literatuur wordt betoogd dat de verkrijgende rechtspersoon de positie van de verdwijnende rechtspersoon 'inneemt'.[45] In beginsel zullen alle vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen overgaan, zodat de verkrijgende vennootschap de *volledige* rechtspositie van de verdwijnende vennootschap inneemt.[46] De wetgever heeft tijdens de behandeling van het wetsvoorstel tot implementatie van Richtlijn 98/50/EG opgemerkt dat fusie leidt tot 'een overgang van rechtswege van het vermogen en van de rechten en verplichtingen'.

Onder het vermogen dat onder algemene titel wordt verkregen, vallen volgens de parlementaire geschiedenis 'alle rechten en verplichtingen'.[47] Daaronder zouden alle vermogensrechtelijke rechtsverhouding kunnen worden begrepen. Een vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen is een rechtsverhouding die is bestemd om vermogensrechten in de zin van 3:6 BW in het leven te roepen.[48] De vraag is of er een vermogensrechtelijke rechtsverhouding bestaat tussen schuldeisers van de dochtervennootschap en tussen schuldeisers en de moedervennootschap.

---

43 Dit geldt des te meer wanneer sprake is van een non-existente 'fusie'; zie: Zaman 2009, p. 743.

44 In de literatuur is opgemerkt dat de rechtsgevolgen van fusie en (af)splitsing in de wet beperkt geregeld zijn. Er wordt een vergelijking gemaakt tussen het 'overlijden' van een rechtspersoon door fusie of (af)splitsing en het overlijden van een natuurlijk persoon. In beide gevallen is er opvolging onder algemene titel. Maar voor het eerste geval regelt de wet bijna niets, terwijl heel boek 4 BW handelt over de rechtsgevolgen die intreden bij het overlijden van een natuurlijk persoon. Zie Wessels 1997, p. 179-180.

45 Van Heest 2007, artikel 3:80, aantekening 2; Asser/Perrick 4 1996, nr. 372d. Er wordt ook gesproken van het integraal voortzetten van de positie van de verdwijnende rechtspersoon, Beltzer 2008, p. 239.

46 Van Solinge 1994, p. 75-76.

47 *Kamerstukken II* 1983/84, 18285, nr. 3, p. 4, waarbij wordt opgemerkt dat slechts persoonlijke rechten niet overgaan. Van persoonsgebonden rechten kan bij rechten van een rechtspersoon echter niet snel sprake zijn, zie *Kamerstukken II* 1984/85, 18285, nr. 6, p. 8. In *Kamerstukken II* 1983/84, 18285, nr. 3, p. 4 werden onder 'persoonlijke rechten van een rechtspersoon' bijvoorbeeld verstaan het lidmaatschap van een vereniging. Om dit over te laten gaan, is daarom een aparte bepaling in de wet opgenomen, zie artikel 2:34 lid 2 BW. Ik zie geen grond om de rechten die voortvloeien uit een 403-verklaring aan te merken als 'persoonlijk'. De 403-verklaring is een ongerichte rechtshandeling, en de moedervennootschap heeft er in beginsel geen invloed op met wie de dochtervennootschap contracten aangaat. Dit maakt deze generieke waarborgverplichting weinig persoonlijk.

48 Raaijmakers & Verstappen 2002, p. 64.

Zoals reeds enkele malen eerder is opgemerkt, heeft een 403-verklaring te gelden als een eenzijdige rechtshandeling die niet tot een bepaalde persoon is gericht.[49] Desalniettemin bestaat er tussen schuldeisers en de moedervennootschap een rechtsverhouding aangezien een 403-verklaring – in ieder geval – is bestemd om een vermogensrecht in het leven te roepen. Opgemerkt zij dat het begrip 'vermogen' in de fusie en splitsingsregeling ruim moet worden opgevat. De overgang van een 403-verklaring – onder algemene titel – is beslist niet uitgesloten[50] en misschien zelfs aannemelijk.

De Hoge Raad heeft vastgesteld dat een 403-vordering niet als een afhankelijk recht overgaat wanneer de hoofdvordering overgaat.[51] Dit betekent niet dat de 403-verklaring en de rechten die daaruit voortvloeien niet via fusie zouden kunnen overgaan.[52] Uiteraard kan een rechtsopvolger instaan voor een door zijn rechtsvoorganger eenzijdig afgelegde verklaring. De aanwezigheid van een dergelijke verklaring is bekend, door depot bij het handelsregister. Ook zijn de gevolgen van een gedeponeerde 403-verklaring voor de rechtsopvolger bekend.[53]

Mochten de bij een fusie of splitsing betrokken vennootschappen de overgang van de 403-verklaring bezwaarlijk vinden, dan kan de verdwijnende vennootschap de 403-verklaring intrekken voordat de fusie of splitsing plaatsvindt. De verkrijgende vennootschap kan een nieuwe verklaring deponeren wanneer zij dat wenst.[54]

Wanneer een 403-verklaring niet wordt ingetrokken en wanneer de 403-verklaring niet krachtens fusie of splitsing zou kunnen overgaan, ontstaat een probleem. Wanneer de moedervennootschap door fusie of splitsing verdwijnt zonder dat zij voordien de door haar gedeponeerde 403-verklaring intrekt, zal de 403-verklaring blijven voortbestaan. Strikt genomen is er geen partij meer die bevoegd is om de 403-verklaring in te trekken waarin de wil van de verdwenen moedervennootschap is neergelegd. Er is dan sprake van een spookverklaring. Het gevolg zou zijn dat de overblijvende aansprakelijkheid nooit meer kan worden beëindigd[55] aangezien artikel 2:404 BW vereist dat de betreffende 403-verklaring is ingetrokken. Betoogd zou kunnen worden dat met het voortzetten van de rechtspositie van de verdwenen

49 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 447, *JOR* 2002/136.

50 Verbrugh 2006, p. 52.

51 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447, *JOR* 2002/136.

52 Er zijn auteurs die ervan uit lijken te gaan dat vanwege het feit dat (de rechten voortvloeiend uit) een 403-verklaring niet als een afhankelijk recht over kan (kunnen) gaan, overgang van de 403-verklaring geheel niet mogelijk is, zie Raaijmakers & Van der Sangen 2003, art. 316, aant. 7.

53 Er lijkt eenstemmigheid te zijn dat de verkrijgende vennootschap als rechtsopvolger de rechtspositie zoveel mogelijk integraal voortzet. Er zijn geen aanknopingspunten te vinden in de wet, jurisprudentie of literatuur die aangeven dat een 403-verklaring niet over kan gaan. Anders: het betoog dat de verklaring niet over kan gaan omdat zij *ad hoc* is in te trekken; Portengen & Crouwers 2005, p. 44-45.

54 In gelijke zin Verbrugh 2006, p. 52.

55 Voor de vraag wat er met deze aansprakelijkheid gebeurt in geval van fusie of splitsing zie de navolgende paragraaf.

moedervennootschap tevens het recht van de verdwenen moedervennootschap is verworven om de 403-verklaring in te trekken.

Bovenstaande in ogenschouw nemend, lijkt het mij aannemelijk dat een 403-verklaring krachtens fusie onder algemene titel overgaat op de verkrijgende vennootschap. Of dit wenselijk is of niet laat ik in het midden. In de literatuur zijn de meningen over de mogelijkheid van de overgang van een 403-verklaring verdeeld.[56]

6.2.3.3 Overgang van verplichtingen voortvloeiend uit een 403-verklaring

In de vorige paragraaf kwam de vraag aan de orde of een 403-verklaring, die is gedeponeerd door een bij fusie of splitsing verdwijnende vennootschap, overgaat op de verkrijgende vennootschap. Daarnaast kan de vraag worden gesteld wat er gebeurt met de verplichtingen die uit de 403-verklaring voortvloeien. Het gaat dan niet om de *overblijvende* aansprakelijkheid; daarvan wordt gesproken wanneer het gaat om de aansprakelijkheid die resteert nadat een 403-verklaring is ingetrokken. Het gaat hier om een casus waarin de 403-verklaring niet is ingetrokken.

Als uitgangspunt geldt dat de schuldeisers uit hoofde van een 403-verklaring een vorderingsrecht hebben op de moedervennootschap. De daarmee corresponderende schuld van de moedervennootschap zal, indien de moedervennootschap bij een fusie verdwijnt, overgaan op de verkrijgende vennootschap.

Wanneer ervan uit wordt gegaan dat een 403-verklaring bij een fusie of splitsing overgaat, hetgeen het geval is zoals ik in de vorige paragraaf betoogde, is de vraag naar de overgang van de verplichtingen relevant met het oog op de financiële positie van de (verkrijgende) vennootschap die in de plaats treedt van de vennootschap die de 403-verklaring deponeerde. Wanneer de verklaring overgaat, wordt de verkrijgende vennootschap uit hoofde van die verklaring aansprakelijk voor de bestaande schulden maar ook voor de toekomstige schulden.[57]

Wanneer de 403-verklaring voorafgaand aan de fusie is ingetrokken, is de vraag wat er gebeurt met de overblijvende aansprakelijkheid. Ook hier geldt dat de rechtspositie van de verdwijnende vennootschap wordt voortgezet door de verkrijgende vennootschap.[58] Wanneer de overblijvende aansprakelijkheid niet mee

---

56 Beckman is van mening dat de 403-aansprakelijkheid, voortvloeiende uit een verklaring afgelegd door een verdwijnende rechtspersoon, overgaat op de verkrijgende rechtspersoon, Beckman 1995, p. 618 en p. 625. Anders echter Raaijmakers & Van der Sangen 2003, art. 316, aant. 7 en Portengen & Crouwers 2005, p. 44-45.

57 Door de 403-verklaring ontstaat rechtstreekse aansprakelijkheid van de vennootschap op wie de verklaring overgaat, zie HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 447, *r.o.* 3.4.3. Het gaat om de civielrechtelijke aansprakelijkheid, want niet gezegd is dat het 403-regime wordt voortgezet. Daarvoor dient aan meerdere vereisten te worden voldaan.

58 Dit is niet anders met verbintenissen voortvloeiend uit een 403-verklaring. Zie Beckman 1995, p. 617: "de 403 maatschappij (hier de verkrijgende vennootschap, JK) wordt de debiteur van alle verbintenissen van de verdwenen maatschappij". Verbrugh vermeldt onder verwijzing naar deze passage van Beckman echter dat alle verbintenissen uit een 403-verklaring tenietgaan

overgaat en de moedervennootschap verdwijnt, is er materieel gezien sprake is van een beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid op een manier waarin de wet niet voorziet.[59] Dit kan niet de bedoeling zijn, gezien de uitgebreide procedure die de wetgever voor de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid heeft voorgeschreven in artikel 2:404 BW.

Wanneer een fusie is voltooid en de 403-verklaring is overgegaan, kan ervoor worden gekozen om de toepassing van het 403-regime te continueren. Daarvoor dient dan wel aan alle vereisten van artikel 2:403 BW te worden voldaan. Zekerheidshalve kan ervoor worden gekozen een nieuwe 403-verklaring te deponeren, zodat geen onduidelijkheid bestaat over de vraag of aan de voorwaarde van het deponeren van een 403-verklaring is voldaan.

6.2.3.4 Twee vorderingsrechten, een schuldenaar

Gaat de dochtervennootschap als verdwijnende vennootschap op in de moedervennootschap als verkrijgende vennootschap, dan heeft de schuldeiser twee vorderingsrechten ten aanzien van een en dezelfde rechtspersoon; de hoofdvordering en de 403-vordering. Deze verschillende vorderingsrechten vloeien niet direct uit dezelfde rechtsverhouding voort.[60]

Doordat het vermogen van de dochtervennootschap onder algemene titel overgaat op de moedervennootschap, gaat schuld die correspondeert met de hoofdvordering over van de dochtervennootschap op de moedervennootschap. De schuldeiser behoudt beide vorderingsrechten.[61] Dat één schuldeiser ten aanzien van dezelfde schuld twee vorderingsrechten kan hebben, vloeit voort uit het beginsel van zelfstandigheid der vorderingsrechten.[62] Vermenging treedt niet op.[63] De schuldeiser verliest echter wel een schuldenaar. Het spreekt voor zich dat wanneer één keer door de schuldenaar wordt gepresteerd, beide vorderingsrechten tenietgaan.[64]

---

wanneer een moedervennootschap door fusie opgaat in een door haar dochtervennootschap, hetgeen een misvatting moet zijn. Zie Verbrugh 2006, p. 52.

59 In gelijke zin Verbrugh 2006, p. 52.

60 Hetgeen ook wel wordt aangeduid met *compensatio ex disparicausa,* zie: Faber 2005, p. 256.

61 Zo ook Ten Hove 2004, p. 169.

62 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1*, nr. 107, nr. 100, nr. 111 e.v.; *Parl. Gesch.* boek 6, p. 93 e.v. Dit is wellicht een wat vreemde situatie en leidt er bijvoorbeeld toe dat een schuldeiser één van zijn vorderingsrechten cedeert en zelf nog een vorderingsrecht achterhoudt. Toch lijkt dit het geval te zijn, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1*, nr. 118: "De wet besteedt geen aandacht aan andere feiten dan de bovenvermelde, die van invloed zijn op het ontstaan, de inhoud en het tenietgaan van de verbintenissen tussen de schuldeiser en de hoofdelijk verbonden schuldenaren. (…) het eerder vermelde uitgangspunt dat de lotgevallen van het ene vorderingsrecht die der andere vorderingsrechten niet beïnvloeden."

63 Zie artikel 6:161 BW: daarvan is alleen sprake wanneer de hoedanigheid van schuldeiser en die van schuldenaar zich in één persoon verenigen.

64 Dit vloeit voort uit de hoofdelijkheid, zie hierover Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1*, nr. 99 e.v.

Een relevante vraag is of er verschil zit tussen de twee vorderingsrechten. Mogelijk zijn er na het ontstaan van de vordering op de moedervennootschap per vordering afwijkende afspraken of voorwaarden gemaakt. De voorwaarden die zijn verbonden aan vorderingen die onder een 403-verklaring vallen, dienen door de moedervennootschap te worden gerespecteerd wanneer zij door een schuldeiser wordt aangesproken op grond van de 403-verklaring.[65] Het kan zijn dat de verjaringstermijn van beide vorderingsrechten verschilt. Ook vanuit dat perspectief bezien, kan een schuldeiser er belang bij hebben dat hij beide vorderingsrechten behoudt. De schuldeiser die twee vorderingsrechten heeft, kan zelf kiezen welk vorderingsrecht hij inroept. De schuldeiser kan op basis van beide vorderingsrechten nakoming van de oorspronkelijke verplichting vorderen. Er kan pas worden volstaan met een vervangende schadevergoeding in geld wanneer de schuldenaar niet in staat is om de verlangde prestatie te leveren.[66]

Wanneer de schuldeiser twee vorderingsrechten heeft die hij na een fusie kan inroepen tegen dezelfde rechtspersoon, dan kan zijn positie zijn verslechterd ten opzichte van de eerdere situatie. Het totale vermogen waarop de schuldeiser zich kan verhalen zou vóór de fusie verdeeld zijn geweest over twee rechtspersonen. Er bestonden twee afgescheiden vermogens met elk verschillende schuldeisers. Ook al zal het totale vermogen waarop een schuldeiser zich kan verhalen door fusie mogelijk niet veranderen, de positie van de schuldeiser kan toch nadelig worden beïnvloed door de samenstelling van de vermogens van de fuserende rechtspersonen.

Wanneer een schuldeiser (extra) zekerheid verlangt in het kader van de verzetregeling die geldt bij fusies[67] dan zal voor beide vorderingsrechten apart moeten worden beoordeeld of de positie van de schuldeiser dusdanig verslechtert dat de schuldeiser redenen heeft om te vrezen dat zijn vordering niet voldaan zal worden, en welke zekerheid daar redelijkerwijs tegenover moet staan.[68]

6.2.3.5 Fusie en de overblijvende aansprakelijkheid

Ongeacht of de 403-verklaring op de verkrijgende vennootschap overgaat of niet, geldt dat de intrekking van de 403-verklaring voor of na de overgang leidt tot overblijvende aansprakelijkheid zoals bedoeld in artikel 2:404 lid 1 BW.[69] De overblijvende aansprakelijkheid kan slechts worden beëindigd wanneer de groepsband tussen de moedervennootschap en de dochtervennootschap wordt verbroken.

---

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

66 Zie ook Beckman e.a. (losbl.), paragraaf 3.8.4, aantekening 5.

67 De verzetregeling van artikel 2:404 BW is alleen van toepassing wanneer sprake zou zijn van de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Gezien de dochtervennootschap ophoudt te bestaan, maar het vermogen van de dochtervennootschap de groep niet verlaat, is de vraag of deze procedure bij een moeder-dochterfusie kan worden ingesteld.

68 Zie in dit kader ook Verbrugh 2006, p. 53.

69 Van 'overblijvende aansprakelijkheid' is in de zin van de wet pas sprake nadat de 403-verklaring is ingetrokken, zie artikel 2:404 lid 3 BW.

De vraag is of er een verbreking van de groepsband plaatsvindt wanneer de moedervennootschap of de dochtervennootschap door middel van een fusie verdwijnt.

Wanneer de dochtervennootschap door fusie is opgehouden te bestaan, zal moeten worden bekeken of de dochtervennootschap is opgegaan in een vennootschap die tot de groep behoort, of dat de dochtervennootschap is opgegaan in een vennootschap die niet tot de groep behoort. In beide gevallen heeft de dochtervennootschap strikt gezien de groep verlaten.

Wanneer de dochter met de moeder fuseert, en de moeder blijft voortbestaan, kan na het verdwijnen van de dochtervennootschap de band van de dochtervennootschap met de groep niet meer blijven voortbestaan.[70] Formalistisch gezien is dat onmogelijk. Deze benadering leidt tot een mogelijk onwenselijke uitkomst omdat gebruik kan worden gemaakt van de mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen wanneer de dochtervennootschap de groep heeft verlaten. Dit terwijl er materieel gezien weinig verandert. De betrokken activa en de passiva blijven binnen de groep en ook het uieindelijke bestuur daarover wijzigt niet. Materieel gezien is nog steeds sprake van economische eenheid en organisatorische verbondenheid tussen al hetgeen dat de groep door fusie *niet* heeft verlaten. Een formalistische benadering leidt ertoe dat fusie zou kunnen worden ingezet als middel om van de overblijvende aansprakelijkheid – en de daartoe behorende vorderingsrechten – af te komen.[71]

Wanneer de moedervennootschap ophoudt te bestaan en haar rechtspositie door de verkrijgende vennootschap wordt voortgezet, dan zal de verkrijgende vennootschap in moeten staan voor de gevolgen van die 403-verklaring en de eventueel daaruit reeds voortgevloeide schulden. Wanneer de 403-verklaring niet wordt ingetrokken, kunnen die gevolgen ook aansprakelijkheden inhouden voor schulden voortvloeiend uit toekomstige rechtshandelingen. In die zin kan een 403-verklaring 'overgaan'.

Besluit een verkrijgende vennootschap om de 403-verklaring in te trekken dan zal de overblijvende aansprakelijkheid niet zonder meer kunnen worden beëindigd. De wet geeft als vereiste voor het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid dat 'de rechtspersoon' de groep moet hebben verlaten.[72] Het gaat daarbij om de dochtervennootschap.[73] Aldus kan worden geconcludeerd dat, wanneer de moedervennootschap verdwijnt in een andere groepsvennootschap en de (voor-

70 Beckman concludeert dat de groepsband is blijven bestaan, Beckman 1995, p. 617.

71 Verbrugh komt tot een vergelijkbare conclusie. Uit formalistisch oogpunt acht hij de beëindiging wellicht mogelijk, maar vanwege het feitelijke voortbestaan van de verdwijnende vennootschap binnen de groep pleit Verbrugh voor het uitgangspunt dat de groepsband behouden blijft; zie: Verbrugh 2006, p. 53. In gelijke zin ook Beckman 1995, p. 621.

72 Zie artikel 2:404 BW lid 3 sub a.

73 Zie onder andere Bartman & Dorresteijn 2009, p. 233; Van Solinge 2006, p. 250; Dorresteijn & Van het Kaar 2008, p. 196 en Blommaert 2007, p. 276. Niet elke auteur is overigens even uitgesproken. Zo heeft Huizink het over 'het slechten van de groepsband', zie: Huizink 2009, nr. 198.

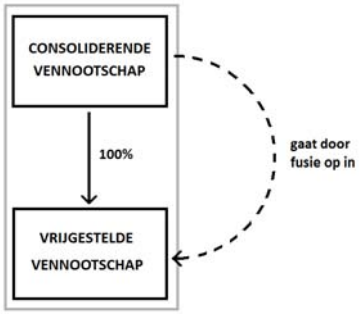
heen) vrijgestelde dochtervennootschap de groep niet verlaat, de overblijvende aansprakelijkheid in beginsel niet kan worden beëindigd.

Interessant is de situatie waarin door een fusie de gehele groep ophoudt te bestaan. Wanneer een groep slechts bestaat uit twee vennootschappen, een moeder en een dochter, zal in geval van fusie tussen deze twee vennootschappen niet meer kunnen worden gesproken van een groep. Materieel gezien kan niet worden gezegd dat de dochter de groep heeft verlaten terwijl formalistisch gezien kan worden gesteld dat de vrijgestelde rechtspersoon de groep wel heeft verlaten. Tot een groep die niet meer bestaat, kan de dochtervennootschap niet meer behoren, waardoor de dochtervennootschap de groep heeft verlaten simpelweg omdat de groep niet meer bestaat. Het gevolg daarvan is dat er een mogelijkheid is om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. Aangezien de activa en passiva niet onder de regie komen te staan van een externe partij en er geen vennootschap achterblijft met aansprakelijkheden die voortvloeien uit rechtshandelingen die zijn verricht door een vennootschap die materieel gezien de groep heeft verlaten, lijkt intrekking van de overblijvende aansprakelijkheid niet de bedoeling te zijn. Aangezien de hoofdvordering en de 403-vordering kunnen verschillen en het zelfs mogelijk is dat een hoofdvordering reeds is verjaard en een 403-vordering niet, kan een schuldeiser belang hebben bij het behoud van beide vorderingen als het groepsverband eindigt.

6.2.3.6 Enkele situaties van samenloop van fusie en het 403-regime

In deze paragraaf worden enkele fusiesituaties geschetst.[74] Daarbij wordt afwisselend ingegaan op wat er gebeurt met de 403-verklaring, wat er gebeurt met de overblijvende aansprakelijkheid en welke vennootschappen de schuldeiser kan aanspreken. Uitgangspunt is steeds dat er een schuldeiser is die de dochtervennootschap kan aanspraken uit hoofde van een rechtshandeling (de hoofdvordering) en de schuldeiser de moedervennootschap kan aanspreken op basis van de 403-verklaring (de 403-vordering). De grijze lijnen geven de 'groepsband' aan.

In de situatie zoals hierna is geschetst, fuseert de dochtervennootschap met de moedervennootschap:

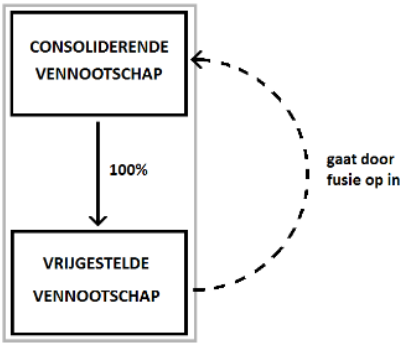


Figuur 8

74 Het is niet de bedoeling geweest alle mogelijke fusiesituaties te behandelen.

De moedervennootschap die een 403-verklaring heeft gedeponeerd, is de verdwijnende rechtspersoon. De dochtervennootschap is de verkrijgende rechtspersoon. De gevolgen die voortvloeien uit de 403-verklaring gaan over op de dochtervennootschap. De afgelegde 403-verklaring is daarmee praktisch gezien betekenisloos geworden. De dochtervennootschap zal zelf twee keer hoofdelijk aansprakelijk zijn voor dezelfde schuld. Aangenomen wordt dat er slechts evenveel aansprakelijkheden als schulden kunnen zijn.[75] In de literatuur is betoogd dat de (reeds bestaande) verbintenissen die zijn voortgevloeid uit de 403-verklaring in deze situatie tenietgaan.[76] Ik meen dat deze verbintenissen overgaan op de dochtervennootschap. De vraag is of nieuwe aansprakelijkheden uit de 403-verklaring kunnen voortvloeien. In feite stelt de dochtervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk voor haar eigen schulden en worden zo diverse vorderingsrechten gecreëerd. Dat lijkt in strijd met de wezenlijke kenmerken van de hoofdelijke aansprakelijkheid, waarvoor het bestaan van meerdere schuldenaren ten aanzien van dezelfde vordering het uitgangspunt is. Het 403-regime zal na de fusie niet meer kunnen worden toegepast. Indien de 403-verklaring wordt ingetrokken, zal de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid formalistisch gezien mogelijk zijn. Maar materieel gezien verlaat de dochtervennootschap de groep niet en zou geconcludeerd kunnen worden dat het niet is toegestaan om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. Dit kan relevant zijn, namelijk als de hoofdvordering is verjaard maar de 403-vordering niet. Het bestaan van twee vorderingsrechten zal hier aanleiding voor misverstanden kunnen opleveren.

In de situatie zoals hierna is geschetst, is de dochtervennootschap de verdwijnende rechtspersoon en de moedervennootschap de verkrijgende rechtspersoon.



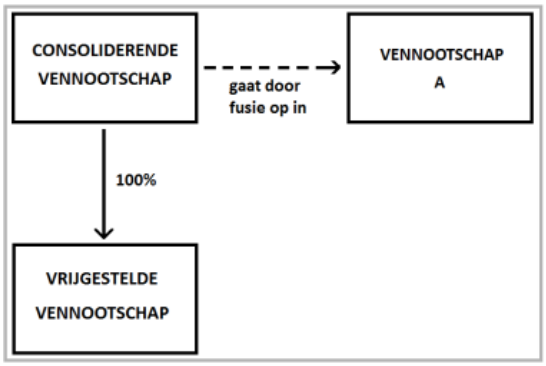
Figuur 9

75 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I*, nr. 100 en Kisch 1932, p. 195 e.v.

76 Zie Verbrugh 2006, p. 52. Verbrugh doet deze stelling af met een verwijzing naar het werk van Beckman. Maar in de aangehaalde passage stelt Beckman slechts dat de verbintenis voor de moedervennootschap, die verdwijnt, tenietgaat. Hetgeen uiteraard juist is. Voorts stelt Beckman dat de vrijgestelde (verkrijgende) vennootschap debiteur wordt van alle verbintenissen van de moedermaatschappij: zie: Beckman 1995, p. 617.

De gevolgen uit de 403-verklaring gaan niet over op een andere rechtspersoon. De gedeponeerde 403-verklaring verliest haar nut voor wat betreft aansprakelijkheden uit toekomstige rechtshandelingen. De 403-verklaring kan worden ingetrokken. De mogelijkheid tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid kan van betekenis zijn wanneer het vorderingsrecht, dat gekoppeld is aan de hoofdvordering een andere inhoud heeft dan de vordering die is gekoppeld aan de 403-vordering. Aangezien er geen activa en passiva uit de groep gaan, is er materieel gezien geen rechtvaardiging voor de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Formalistisch gezien, kan worden betoogd dat de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid wel mogelijk is. Zo lang de overblijvende aansprakelijkheid voortbestaat, behoudt de schuldeiser beide vorderingsrechten. Het bestaan van twee afzonderlijke vorderingen kan ook in deze situatie een aanleiding zijn voor misverstanden.

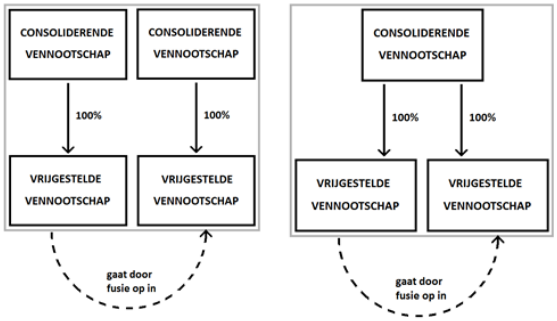
In de situatie zoals hierna geschetst, fuseert de moedervennootschap met een andere groepsvennootschap.



Figuur 10

Vennootschap A zal de nieuwe moeder van de vrijgestelde dochtervennootschap worden. In bovenstaande situatie wordt ervan uitgegaan dat na de fusie een groepsband zal bestaan tussen de verkrijgende vennootschap en de dochtervennootschap. De gevolgen van de 403-verklaring gaan over op de verkrijgende vennootschap. In beginsel zal het 403-regime voortduren en kunnen schuldeisers van de dochtervennootschap de dochtervennootschap en vennootschap A aanspreken. De 403-verklaring kan voor of na de fusie worden ingetrokken. In dat geval zal de overblijvende aansprakelijkheid bij vennootschap A berusten. De dochtervennootschap verlaat de groep niet. De overblijvende aansprakelijkheid kan niet worden beëindigd.

Hieronder zijn twee situaties geschetst waarbij de dochtervennootschap bij een fusie betrokken is.



Figuur 11

In de eerste situatie verdwijnt een dochtervennootschap door fusie in een andere dochtervennootschap die behoort tot dezelfde groep[77] en tot hetzelfde groepsdeel.[78] De tweede schets geeft een situatie weer waarin een dochtervennootschap door fusie verdwijnt in een andere dochtervennootschap die weliswaar tot dezelfde groep maar tot een ander groepsdeel behoort. In beide situaties gaan de gevolgen van de 403-verklaring niet over op een andere vennootschap, aangezien de moedervennootschap in geen van de gevallen direct bij de fusie is betrokken. In beide situaties kan de afgelegde 403-verklaring, die betrekking heeft op de verdwijnende vennootschap, worden ingetrokken.[79] De intrekking is vereist indien op een later moment wordt overgegaan tot de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Daarvoor moet de dochtervennootschap, of haar rechtsopvolger, de groep verlaten.

De situatie zoals weergegeven in de tweede tekening werpt misschien de vraag op of de overblijvende aansprakelijkheid kan worden beëindigd. De verdwijnende dochtervennootschap verlaat het groepsdeel en de band met de ex-moedervennootschap wordt verbroken. De verkrijgende vennootschap behoort wel tot dezelfde groep, maar behoort tot een ander groepsdeel. Aangezien het leidende criterium

77 De twee moedervennootschappen kunnen bestuurd worden door een achterliggende entiteit (natuurlijk persoon of rechtspersoon) en zo kan sprake zijn van een groep.

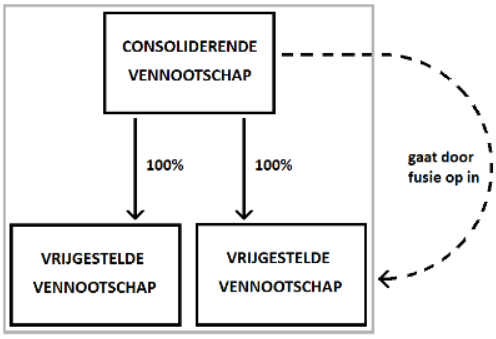
78 Het begrip 'groepsdeel' wordt door de wetgever gebruikt in artikel 2:406 lid 2 BW. Een groepsdeel kan ontstaan door divisiestructuren of landenorganisaties. Van het eerste geval is bijvoorbeeld sprake wanneer een deel van een concern opereert onder de leiding van een subholding. Van het tweede geval kan sprake zijn wanneer een nationale afdeling van een internationaal concern onder een Nederlandse subholding opereert, zie: Bartman & Dorresteijn 2009, p. 377-378. Het nut en de betekenis van het begrip wordt in de literatuur ter discussie gesteld; zie: Van IJsselmuiden (losbl.), artikel 2:406 lid 2, aantekening 3.

79 Volgens Beckman is intrekking niet nodig, nu de dochtervennootschap na de fusie niet meer zal bestaan Beckman 1995, p. 621, noot 144 en noot 145.

het groepscriterium is, verlaat de dochtervennootschap de groep niet. In de literatuur zijn argumenten genoemd die in deze situatie voor de mogelijkheid tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid pleiten.[80] De moedervennootschap die door de fusie haar dochter kwijtraakt, verliest de zeggenschap over die dochter. Wanneer de moedervennootschap na het afstoten van de dochter de groep verlaat, staat de indirecte groepsverhouding eraan in de weg om alsnog de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. Voor dit standpunt is zeker iets te zeggen. Maar de mogelijkheid om op deze manier de overblijvende aansprakelijkheid te kunnen beëindigen, kan ook misbruik in de hand werken.

Is de verkrijgende vennootschap ook een dochtervennootschap dan krijgen schuldeisers er eventueel een extra mogelijkheid tot aansprakelijkheidstelling bij. De schuldeisers kunnen uiteraard de verkrijgende dochtervennootschap aanspreken, zij verkrijgt de schulden van de verdwijnende vennootschap onder algemene titel. In die rechtsverhouding is al sprake van een vorderingsrecht. Daarnaast is het nog steeds mogelijk om de oorspronkelijk moedervennootschap aan te spreken op basis van de overblijvende aansprakelijkheid. Een eventuele extra mogelijkheid ontstaat wanneer de moedervennootschap van de verkrijgende vennootschap een 403-verklaring voor die verkrijgende vennootschap heeft afgegeven.

In de situatie hierna is de verkrijgende vennootschap een dochter van de moeder-vennootschap die een andere vennootschap heeft vrijgesteld.



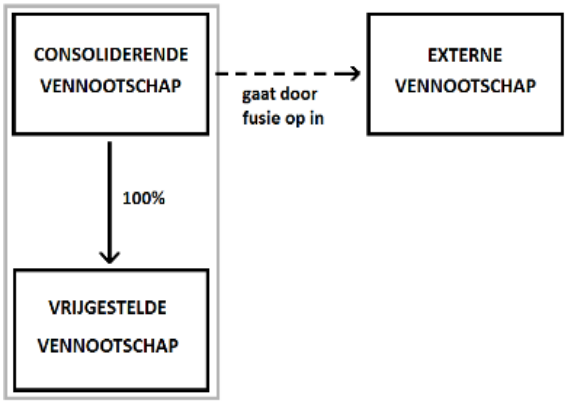
Figuur 12

De verkrijgende dochtervennootschap wordt de nieuwe moedervennootschap van de dochtervennootschap die geen partij is bij de fusie. Na de fusie zal sprake zijn van een groepsband tussen de verkrijgende vennootschap en de dochtervennootschap die geen partij is bij de fusie. De gevolgen van beide 403-verklaringen zullen overgaan op de verkrijgende dochtervennootschap. Wanneer de 403-verklaring die is afgegeven voor de dochtervennootschap die niet bij de fusie betrokken is,

80 Beckman 1995, p. 622.

niet wordt ingetrokken, zal het 403-regime ten aanzien van deze vennootschap kunnen worden voortgezet mits tevens aan de andere voorwaarden van artikel 2:403 BW is voldaan. De verkrijgende dochtervennootschap wordt daarmee aansprakelijk voor de toekomstige schulden die zullen voortvloeien uit rechtshandelingen die de dochtervennootschap, die niet bij de fusie betrokken is, zal aangaan. De bestaande aansprakelijkheid van de verdwijnende moedervennootschap gaat over op de verkrijgende dochtervennootschap. Ten aanzien van de 403-vorderingen die schuldeisers hadden vanwege vorderingen op de verkrijgende vennootschap geldt wederom dat de vreemde situatie ontstaat waarin een schuldeiser twee vorderingsrechten al hebben op de verkrijgende vennootschap.

Hierna is een schets weergegeven van een fusie waarbij de moedervennootschap opgaat in een vennootschap die buiten de groep staat.



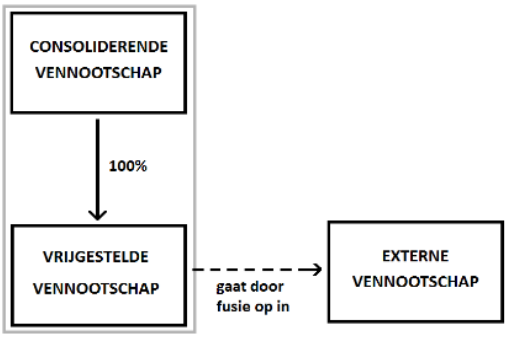
Figuur 13

De verkrijgende vennootschap zal de nieuwe moeder worden van de dochtervennootschap. Mogelijk komt de externe vennootschap met de dochtervennootschap in groepsverband te staan. Het ontstaan van een groepsband tussen de externe vennootschap en de dochtervennootschap zal niet noodzakelijkerwijs aan de orde zijn, ook al wordt de verkrijgende vennootschap de nieuwe moeder van de dochtervennootschap.[81] In theorie is het mogelijk dat de dochtervennootschap tot een andere groep blijft behoren als de groep waartoe haar nieuwe moeder behoort en

81 Deze wellicht theoretische mogelijkheid wordt in de literatuur nogal eens over het hoofd gezien en er wordt van uitgegaan dat er automatisch een nieuwe groepsband zal ontstaan tussen de nieuwe moeder en de dochtervennootschap. Zie bijvoorbeeld Verbrugh 2006, p. 53 en Beckman 1995, p. 622. Slechts wordt ter discussie gesteld of tussen het verbreken van de oude groepsband en het ontstaan van de nieuwe groepsband sprake is van verbreking van de groepsband.

niet tevens tot die groep gaat behoren. De gevolgen voortvloeiend uit de 403-verklaring gaan over op de verkrijgende vennootschap indien de 403-verklaring niet op voorhand is ingetrokken en de overblijvende aansprakelijkheid niet wordt beëindigd. Of de overblijvende aansprakelijkheid kan worden beëindigd, is in deze situatie geen eenvoudig te beantwoorden vraag. Cruciaal daarvoor is het antwoord op de vraag of de dochtervennootschap de groep verlaat. Dit kan formalistisch of materieel worden benaderd. Wordt er een nieuwe groep gevormd? Treedt de dochter toe tot een nieuwe groep en verlaat zij de oude? Ook hier is het de overblijvende aansprakelijkheid die voor onduidelijkheden zorgt.

In de situatie zoals hierna geschetst gaat de dochtervennootschap als verdwijnende vennootschap op in een externe vennootschap en daarmee verlaat de dochtervennootschap de groep.

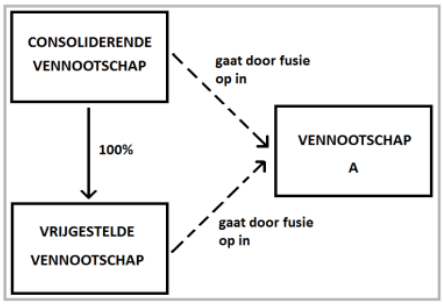


Figuur 14

De gedeponeerde 403-verklaring blijft bij de moedervennootschap en kan worden ingetrokken. De dochtervennootschap houdt op te bestaan. Er zullen geen aansprakelijkheden meer uit de 403-verklaring voortvloeien voor rechtshandelingen die na de fusie plaatsvinden.[82] De overblijvende aansprakelijkheid blijft in beginsel bestaan maar kan door de moedervennootschap worden beëindigd nu de groepsband tussen de dochtervennootschap en de moedervennootschap is verbroken.

82 Dat de externe vennootschap de positie van de voorheen dochtervennootschap integraal opvolgt, betekent dat de externe vennootschap de rechten en verplichtingen van de voorheen dochtervennootschap op zich neemt. Dit betekent niet dat zij in de plaats treedt van de vennootschap die in de verklaring is genoemd. De verklaring richt zich tot potentiële schuldeisers. Het voortzetten van de rechtspositie van de voorheen dochtervennootschap door de externe vennootschap heeft betrekking op haar rechten en verplichtingen, niet die van derden (de potentiële schuldeisers).

De wet laat er geen twijfel over bestaan dat bij één fusie een onbegrensd aantal vennootschappen betrokken kunnen zijn.[83] Door het verlijden van één enkele fusieakte kunnen meerdere vennootschappen verdwijnen. Er is een onbeperkt aantal situaties te bedenken waarbij meerdere rechtspersonen verdwijnen. Als voorbeeld is de volgende situatie genomen.



Figuur 15

In de geschetste situatie gaan zowel de moedervennootschap als de dochtervennootschap op in een andere vennootschap die tot dezelfde groep behoort. De gevolgen die voortvloeien uit de 403-verklaring gaan over op vennootschap A, de verkrijgende vennootschap. De verklaring kan worden ingetrokken. Wederom is de vraag wat er met de verschillende zelfstandige vorderingsrechten gebeurt en of de overblijvende aansprakelijkheid kan worden ingetrokken. Technisch gezien, heeft de dochter de groep verlaten. Materieel gezien, zijn alle activa en passiva tot dezelfde groep blijven behoren.

Er zijn verschillende situaties te bedenken die er uitzien als een driehoeksfusie. Wanneer in het juridisch jargon wordt gesproken van een driehoeksfusie wordt daarmee meestal gedoeld op de driehoeksfusie die in de wet is geregeld in artikel 2:333a BW. Deze fusievorm wijkt op een aantal aspecten af van de standaardfusie.[84] In het kader van dit hoofdstuk beperk ik mij door te vermelden dat een afwijkend punt bij een driehoeksfusie is dat de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap geen aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap. In plaats daarvan worden zij aandeelhouder van een groepsmaatschappij die alleen,

83 Artikel 2:309 BW vermeldt dat fusie een rechtshandeling is van twee of meer rechtspersonen.

84 De driehoeksfusie is opgesteld naar de idee van S.E. Eisma; zie: Dortmond & Raaijmakers 1980, p. 41-44. Voor de volledigheid merk ik op dat er naast de driehoeksfusie nog een aantal fusievormen is die een uitzondering vormt op de standaard fusie. Dit zijn de zogenaamde moeder-dochterfusie (artikel 2:331 lid 1 BW) en de zusterfusie (artikel 2:332 lid 3 BW). Tot slot worden ook fusies waarbij een rechtspersoon, niet zijnde een kapitaalvennootschap, betrokken is en fusies waarbij de verkrijgende vennootschap een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte is, aangemerkt als uitzonderingen op de standaardfusie. Zie artikel 2:310 lid 4 BW, artikel 2:333h lid 3 BW en Koster 2010, 132, noot 12.

of tezamen met een andere groepsmaatschappij, het kapitaal van de verkrijgende vennootschap verschaft.

Bovenstaande geldt ook voor de zusterfusie. Maar in tegenstelling tot hetgeen het geval is bij een zusterfusie is de kans bij een driehoeksfusie groot dat de van de standaard afwijkende positie die de kapitaalverschaffers krijgen consequenties heeft voor de groepsband. Voor schuldeisers is het voortbestaan van de groepsband van belang met het oog op de mogelijkheid tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid door de (oorspronkelijk) moedervennootschap. De groepsband hoeft niet noodzakelijkerwijs te zijn gebaseerd op de kapitaalverschaffing, maar vaak zal dit wel het geval zijn, of hiermee samenhangen.

6.2.3.7 Pijnpunten fusie in samenloop met de groepsvrijstelling

Op basis van bovenstaande analyse aan de hand van verschillende situaties die zich in de praktijk voordoen, kan een aantal conclusies worden getrokken.

De overgang van vorderingsrechten is bij fusie overzichtelijk. Echter, de vraag of de overblijvende aansprakelijkheid kan worden beëindigd, is niet steeds eenvoudig te beantwoorden. Een formalistische benadering leidt in veel situaties tot de conclusie dat de overblijvende aansprakelijkheid kan worden beëindigd. Een materiële benadering leidt juist tot een andere conclusie. Wanneer fusies worden gebruikt om herstructureringen binnen het concern uit te voeren, bestaat er geen goede grond om de overblijvende aansprakelijkheid te mogen beëindigen. Materieel gezien is er geen entiteit of samengesteld vermogen waarmee de groepsband wordt doorgesneden.

Een ander punt dat aanleiding voor onduidelijkheden kan zijn, heeft te maken met het bestaan van twee zelfstandige vorderingsrechten wat een direct gevolg is van de hoofdelijke aansprakelijkheid. Een fusie leidt er niet toe dat vorderingsrechten verdwijnen; een schuldeiser kan daardoor meerdere vorderingsrechten naast elkaar verkrijgen ten aanzien van dezelfde vordering. Wanneer de moedervennootschap en de dochtervennootschap met elkaar fuseren, zullen er twee vorderingsrechten ten aanzien van dezelfde entiteit bestaan. Verwarring kan dan met name ontstaan wanneer ten aanzien van een vorderingsrecht afwijkende afspraken zijn gemaakt, een schikking wordt getroffen of de vorderingsrechten inhoudelijk van elkaar verschillen of wanneer de verjaringstermijnen niet parallel lopen.

Een fusie kan ertoe leiden dat het 403-regime tot een einde komt. Daarmee is niet gezegd dat de 403-verklaring niet meer geldig is. Aangezien de rechtspositie van een verdwijnende vennootschap wordt voortgezet, gaan de rechtsgevolgen van een 403-verklaring over wanneer de vennootschap, die de 403-verklaring heeft afgegeven, fuseert. De 403-verklaring komt niet automatisch te vervallen. Het gevaar dat de intrekking wordt vergeten, ligt in deze situaties op de loer.

6.3 Splitsing en het 403-regime

6.3.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt de samenloop van het 403-regime met splitsing behandeld.[85] Net als bij fusies manifesteren zich bij splitsingen diverse problemen wanneer de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW is toegepast.

6.3.2 De splitsingsregeling

Evenals fusie is splitsing een juridisch instrument dat wordt gebruikt om structuurwijzigingen binnen een concern door te voeren.[86] Het 403-regime is een typisch concernrechtelijk item, dus situaties waarbij het 403-regime en fusie elkaar ontmoeten, zijn niet slechts denkbeeldig.

Met de huidige splitsingsregeling heeft de wetgever geprobeerd om een balans aan te brengen tussen enerzijds de benodigde flexibiliteit voor ondernemingen om hun structuur aan te passen[87] en anderzijds de bescherming van schuldeisers tegen een benadeling door splitsing.[88] De splitsing van rechtspersonen[89] is geregeld in titel 7 van boek 2 BW.[90] Artikel 2:334a BW luidt als volgt:

85 In deze paragraaf worden grensoverschrijdende splitsingen niet meegenomen en zal de BV als uitgangspunt worden genomen.

86 Het vereiste dat er bij een splitsing sprake moet zijn van een structuurwijziging, zou ervoor moeten zorgen dat splitsing niet slechts een middel is dat wordt ingezet om op een eenvoudige manier vermogen over te dragen, aldus de Memorie van Toelichting bij artikel 2:334a BW.

87 De literatuur is het erover eens dat de nodige flexibiliteit geboden dient te worden; zie: Timmerman 2004, p. 2-4; Van Solinge 2003, p. 17-37; Leijten 2004 en Slagter 2005, p. 614.

88 Het is zowel in het belang van de schuldenaar, als in het belang van de schuldeiser, dat de continuïteit van de vennootschap niet in gevaar komt. Hierbij lopen de belangen van beide partijen dan ook parallel. Teveel bescherming van schuldeisers zou de gewenste flexibiliteit in gevaar kunnen brengen en in het nadeel van de schuldeisers kunnen werken.

89 In het kader van deze studie zullen alleen splitsingsituaties waarbij BV's en NV's betrokken zijn, worden behandeld. De splitsingsregeling is in beginsel van toepassing op rechtspersonen, doch zij is niet van toepassing op informele verenigingen en verenigingen van appartementseigenaren (zie artikel 2:308 lid 2 BW) en ook niet op publieke rechtspersonen (zie Van Olffen, Buijn & Simonis 2004, p. 24), terwijl kerkgenootschappen wel van de splitsingsregeling gebruik kunnen maken (zie Buijn 1996, p. 12 en Verstappen 1996, p. 35 e.v.). Voorts zijn er naast beperkingen in entiteiten ook beperkingen in situaties, zo is een 'upstreamsplitsing' alleen mogelijk in geval van de beëindiging van een *joint venture;* zie: Van Olffen, Buijn & Simonis 2004, p. 25.

90 De communautaire wetgever heeft voorschriften gegeven met betrekking tot zuivere splitsing van NV's in de Zesde richtlijn. Ondanks het feit dat deze richtlijn geen verplichting oplegt aan nationale wetgevers om een regeling inzake splitsing op te nemen, heeft de Nederlandse wetgever hier toch voor gekozen.

Artikel 334a
1. Splitsing is zuivere splitsing en afsplitsing.
2. Zuivere splitsing is de rechtshandeling waarbij het vermogen van een rechtspersoon die bij de splitsing ophoudt te bestaan onder algemene titel overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving wordt verkregen door twee of meer andere rechtspersonen.
3. Afsplitsing is de rechtshandeling waarbij het vermogen of een deel daarvan van een rechtspersoon die bij de splitsing niet ophoudt te bestaan onder algemene titel overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving wordt verkregen door een of meer andere rechtspersonen waarvan ten minste één overeenkomstig het bepaalde in deze of de volgende afdeling lidmaatschapsrechten of aandelen in zijn kapitaal toekent aan de leden of aan aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon of waarvan ten minste één bij de splitsing door de splitsende rechtspersoon wordt opgericht.
4. Partij bij de splitsing is de splitsende rechtspersoon alsmede elke verkrijgende rechtspersoon, met uitzondering van rechtspersonen die bij de splitsing worden opgericht.

Onder splitsing worden twee varianten begrepen: zuivere splitsing en afsplitsing. De overgang van het vermogen van een splitsende rechtspersoon geschiedt onder algemene titel. Bij splitsing kan een vennootschap verdwijnen maar noodzakelijk is dat niet.

Gaat het gehele vermogen van de splitsende rechtspersoon over op twee of meer andere rechtspersonen,[91] dan is sprake van een *zuivere splitsing* en houdt de splitsende rechtspersoon op te bestaan. De aandeelhouders van de splitsende vennootschap dienen bij de splitsing aandelen te verkrijgen in het kapitaal van alle verkrijgende vennootschappen.[92]

Gaat niet het gehele vermogen over, en blijft de splitsende rechtspersoon bestaan, dan is sprake van *afsplitsing*. Bij afsplitsing kan er vermogen overgaan op één of meer verkrijgende vennootschappen. Minimaal één verkrijgende vennootschap dient aandelen in haar kapitaal toe te kennen aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap.[93] Dit is slechts anders wanneer er bij de splitsing een nieuwe vennootschap wordt opgericht.

Om tot een splitsing te komen, dient de splitsingsprocedure te worden doorlopen. In die procedure zijn waarborgen ingebouwd die schuldeisers dienen te

91 Zie artikel 2:334a lid 2 BW.

92 Zie voor deze hoofdregel artikel 2:334e lid 1 BW. Op deze hoofdregel bestaan krachtens de wet een aantal uitzonderingen. Deze zijn vervat in artikel 334e lid 2 BW (door of voor rekening houden van aandelen in het kapitaal van een splitsende vennootschap; zie ook artikel 334x lid 4 BW: verval van aandelen); artikel 334e lid 3 sub a BW (splitsende rechtspersoon krijgt bij splitsing alle aandelen in bij splitsing opgerichte NV's of BV's; zie ook artikel 334b lid 4 BW); artikel 334cc BW (onderscheiden aandeelhouders van de splitsende vennootschap worden aandeelhouders van onderscheiden verkrijgende vennootschappen); artikel 334ii BW (driehoeksplitsing); artikel 334e lid 3 sub c BW (krachtens ruilverhouding van de aandelen bestaat zelfs geen recht op een enkel aandeel).

93 Hierdoor bestaat een aantal beperkingen in de mogelijkheden van de splitsing. Het is bijvoorbeeld niet mogelijk om door afsplitsing vermogen van een bestaande volle dochtermaatschappij

beschermen. In de voorbereidende fase wordt overeenkomstig artikel 2:334f BW een gezamenlijk voorstel tot splitsing[94] en een toelichting[95] daarop opgesteld:

> Artikel 334f
> 1. De besturen van de partijen bij de splitsing stellen een voorstel tot splitsing op.
> 2. Dit voorstel vermeldt ten minste:
> a. de rechtsvorm, naam en zetel van de partijen bij de splitsing en, voor zover de verkrijgende rechtspersonen bij de splitsing worden opgericht, van deze rechtspersonen;
> b. de statuten van de verkrijgende rechtspersonen en van de voortbestaande splitsende rechtspersoon, zoals die statuten luiden en zoals zij na de splitsing zullen luiden dan wel, voor zover de verkrijgende rechtspersonen bij de splitsing worden opgericht, het ontwerp van de akte van oprichting;
> c. of het gehele vermogen van de splitsende rechtspersoon zal overgaan of een gedeelte daarvan;
> d. een beschrijving aan de hand waarvan nauwkeurig kan worden bepaald welke vermogensbestanddelen van de splitsende rechtspersoon zullen overgaan op elk van de verkrijgende rechtspersonen en, indien niet het gehele vermogen van de splitsende rechtspersoon zal overgaan, welke vermogensbestanddelen door hem zullen worden behouden, alsmede een pro forma winst- en verliesrekening dan wel exploitatierekening van de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande splitsende rechtspersoon;
> e. de waarde, bepaald naar de dag waarop de in artikel 334g lid 2 bedoelde jaarrekening of tussentijdse vermogensopstelling van de splitsende rechtspersoon betrekking heeft en berekend met inachtneming van de derde zin van die bepaling, van het deel van het vermogen dat elke verkrijgende rechtspersoon zal verkrijgen en van het deel dat de voortbestaande splitsende rechtspersoon zal behouden, alsmede de waarde van aandelen in het kapitaal van verkrijgende rechtspersonen die de voortbestaande splitsende rechtspersoon bij de splitsing zal verkrijgen;
> f. welke rechten of vergoedingen ingevolge artikel 334p ten laste van de verkrijgende rechtspersonen worden toegekend aan degenen die anders dan als lid of aandeelhouder bijzondere rechten hebben jegens de splitsende rechtspersoon, zoals rechten op een uitkering van winst of tot het nemen van aandelen, en met ingang van welk tijdstip de toekenning geschiedt;
> g. welke voordelen in verband met de splitsing worden toegekend aan een bestuurder of commissaris van een partij bij de splitsing of aan een ander die bij de splitsing is betrokken;

---

naar de moedermaatschappij te laten overgaan. Het is voorts niet mogelijk dat zowel de splitsende vennootschap als de aandeelhouders aandeelhouder worden van de verkrijgende vennootschap. Ook is het niet mogelijk dat het totale vermogen van een vennootschap wordt afgesplitst naar een andere vennootschap waarvan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap aandeelhouder worden. De splitsende vennootschap zou dan zonder enig vermogen achterblijven en ingevolge artikel 334c lid 1 BW ophouden te bestaan, hetgeen in strijd is met de in artikel 334a lid 3 BW voorziene eis dat de afsplitsende vennootschap juist niet ophoudt te bestaan.

94 Zie de artikelen 2:334f BW en 2:334y BW.

95 Zie de artikelen 2:334g BW en 2:334z BW.

h. de voornemens over de samenstelling na de splitsing van de besturen van de verkrijgende rechtspersonen en van de voortbestaande splitsende rechtspersoon, alsmede, voor zover er raden van commissarissen zullen zijn, van die raden;
i. het tijdstip met ingang waarvan financiële gegevens betreffende elk deel van het vermogen dat zal overgaan zullen worden verantwoord in de jaarrekening of andere financiële verantwoording van de verkrijgende rechtspersonen;
j. de voorgenomen maatregelen in verband met het verkrijgen door de leden of aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon van het lidmaatschap of aandeelhouderschap van de verkrijgende rechtspersonen;
k. de voornemens omtrent voortzetting of beëindiging van werkzaamheden;
l. wie in voorkomend geval het besluit tot splitsing moet goedkeuren.
3. Het voorstel tot splitsing wordt ondertekend door de bestuurders van elke partij bij de splitsing; ontbreekt de handtekening van een of meer hunner, dan wordt daarvan onder opgave van redenen melding gemaakt.
4. Tenzij alle partijen bij de splitsing verenigingen of stichtingen zijn, moet het voorstel tot splitsing zijn goedgekeurd door de raden van commissarissen en wordt het door de commissarissen mede ondertekend; ontbreekt de handtekening van een of meer hunner, dan wordt daarvan onder opgave van redenen melding gemaakt. Voorts vermeldt het voorstel de invloed van de splitsing op de grootte van de goodwill en de uitkeerbare reserves van de verkrijgende rechtspersonen en van de voortbestaande splitsende rechtspersoon.

Het fusievoorstel geeft aldus aan hoe *vermogensbestanddelen* na de splitsing zullen zijn verdeeld, zie artikel 2:334f lid 2 sub b BW. Schuldeisers moeten weten wie hun wederpartij is na de splitsing. Daarnaast zullen ze een inschatting moeten kunnen maken wat de financiële positie van hun wederpartij zal zijn. Om die reden moet het voorstel tot splitsing en de toelichting daarop tezamen met de laatste drie jaarrekeningen, of een tussentijdse vermogensopstelling,[96] een accountantsverklaring en een accountantsverslag[97] openbaar te worden gemaakt en ter inzage te worden gelegd ten kantore van het Handelsregister.[98]

96 Een tussentijdse vermogensopstelling dient te worden opgesteld wanneer de laatst vastgestelde jaarrekening is verouderd, of wanneer de laatste jaarrekening niet is gepubliceerd, bijvoorbeeld vanwege de toepassing van het 403-regime. Een accountantsverklaring is bij een tussentijdse vermogensopstelling niet vereist. Een uitzondering hierop geldt wanneer een rechtspersoon voldoet aan de vereisten omtrent de halfjaarlijkse financiële verslaglegging genoemd in artikel 5:25d Wet op het financieel toezicht, zie toekomstig artikel 2:334g BW lid 3 (*Kamerstukken II* 2010/11, 32458).

97 Zie artikel 2:334h BW. Zie voorts de artikelen 2:334aa BW, 2:334bb BW en 2:334cc sub c BW. Ingevolge artikel 2:334aa lid 6 BW zijn de leden 2 en 3 van artikel 2:334h BW van overeenkomstige toepassing verklaard.

98 Voor alle splitsingen geldt dat de openbaarmaking van het voorstel tot splitsing met financiële gegevens, en het ter inzage neerleggen van deze stukken samen met de toelichtingen, wordt voorgeschreven door artikel 2:334h BW. Wanneer sprake is van een splitsing van een NV of een BV of bij de splitsing een NV of een BV wordt opgericht, gelden aanvullende voorschriften die worden gegeven in artikel 2:334aa lid 6, artikel 2:334bb lid 2 en artikel 2:334dd.

Evenals bij de groepsvrijstellingsregeling heeft de openbaarmaking van het splitsingsvoorstel en de daarbij behorende stukken het doel om derde partijen die beschermd moeten worden te informeren. De schuldeisers worden geacht op de hoogte te raken van een op handen zijnde splitsing door midel van een aankondiging daarvan in een landelijk verspreid dagblad.[99] Een splitsing kan gevolgen hebben voor de positie van schuldeisers en andere belanghebbenden en hen wordt de mogelijkheid gegeven om in verzet te komen, zie artikel 2:334j BW, 2:334k BW en 2:334l BW:

> Artikel 334j
> 1. Een rechtsverhouding waarbij de splitsende rechtspersoon partij is mag, op straffe van gegrondverklaring van een verzet als bedoeld in artikel 334l, slechts in haar geheel overgaan.
> 2. Is echter een rechtsverhouding verbonden met verschillende vermogensbestanddelen die op onderscheiden verkrijgende rechtspersonen overgaan, dan mag zij worden gesplitst in dier voege dat zij overgaat op alle betrokken verkrijgende rechtspersonen naar evenredigheid van het verband dat de rechtsverhouding heeft met de vermogensbestanddelen die elke rechtspersoon verkrijgt.
> 3. Indien een rechtsverhouding mede verbonden is met vermogensbestanddelen die de voortbestaande splitsende rechtspersoon behoudt, is lid 2 te zijnen aanzien van overeenkomstige toepassing.
> 4. De leden 1 tot en met 3 laten de rechten die de wederpartij bij een rechtsverhouding kan ontlenen aan de artikelen 334k en 334r onverlet.
>
> Artikel 334k
> Ten minste een van de partijen bij de splitsing moet, op straffe van gegrondverklaring van een verzet als bedoeld in artikel 334l, voor iedere schuldeiser van deze partijen die dit verlangt zekerheid stellen of hem een andere waarborg geven voor de voldoening van zijn vordering. Dit geldt niet, indien de schuldeiser voldoende waarborgen heeft of de vermogenstoestand van de rechtspersoon die na de splitsing zijn schuldenaar zal zijn niet minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan, dan er voordien is.
>
> Artikel 334l
> 1. Tot een maand nadat alle partijen bij de splitsing de nederlegging of openbaarmaking van het voorstel tot splitsing hebben aangekondigd kan iedere wederpartij bij een rechtsverhouding van zulk een partij door een verzoekschrift aan de rechtbank tegen het voorstel tot splitsing in verzet komen op grond dat het voorstel ten aanzien van zijn rechtsverhouding strijdt met artikel 334j of dat een krachtens artikel 334k verlangde waarborg niet is gegeven. In het laatste geval vermeldt het verzoekschrift de waarborg die wordt verlangd. De rechtbank wijst het verzoek af, indien de verzoeker niet aannemelijk heeft gemaakt dat de vermogenstoestand van de verkrijgende rechtspersoon na de splitsing minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan, en dat van de rechtspersoon niet voldoende waarborgen zijn verkregen.

99 Zie artikel 2:334h lid 3 BW.

> 2. Voordat de rechter beslist, kan hij de partijen bij de splitsing in de gelegenheid stellen binnen een door hem gestelde termijn een door hem omschreven wijziging in het voorstel tot splitsing aan te brengen en het gewijzigde voorstel overeenkomstig artikel 334h openbaar te maken, onderscheidenlijk een door hem omschreven waarborg te geven.
> 3. Indien tijdig verzet is gedaan, mag de akte van splitsing eerst worden verleden, zodra het verzet is ingetrokken of de opheffing van het verzet uitvoerbaar is.
> 4. Indien de akte van splitsing al is verleden, kan de rechter op een ingesteld rechtsmiddel:
> a. bevelen dat een rechtsverhouding die in strijd met artikel 334j is overgegaan geheel of gedeeltelijk wordt overgedragen aan een of meer door hem aan te wijzen verkrijgende rechtspersonen of aan de voortbestaande gesplitste rechtspersoon, of bepalen dat twee of meer van deze rechtspersonen hoofdelijk tot nakoming van de uit de rechtsverhouding voortvloeiende verbintenissen verbonden zijn;
> b. bevelen dat een door hem omschreven waarborg wordt gegeven.
> De rechter kan aan een bevel een dwangsom verbinden.
> 5. Indien door een overdracht als bedoeld in lid 4 onder a de overdragende of verkrijgende rechtspersoon nadeel lijdt, is de andere rechtspersoon gehouden dit goed te maken.

Nadat alle bij de splitsing betrokken partijen het fusievoorstel openbaar hebben gemaakt en de splitsing hebben aangekondigd, begint er een termijn van een maand te lopen waarbinnen schuldeisers tegen de voorgenomen splitsing in verzet kunnen komen. Wanneer de verzettermijn is verlopen, volgt de besluitvormingsfase. Evenals bij fusie geldt dat schuldeisers aan de zijlijn staan wanneer het aankomt op het nemen van een besluit tot splitsing. Het besluit tot splitsing wordt in beginsel genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders van de splitsende vennootschap.[100] Voor de verkrijgende vennootschappen geldt in beginsel dat het bestuur hiertoe besluit.[101] Uiteindelijk wordt de splitsing geëffectueerd door het passeren van de splitsingsakte bij de notaris. Een dag na het verlijden van de notariële akte komt de splitsing tot stand.

De verzetregeling bij splitsing is vergelijkbaar met de verzetregeling bij fusie. In geval van splitsing kan verzet worden gebaseerd op twee gronden. De eerste grond is dat de rechtsverhouding, waarbij de schuldeiser partij is, niet in het geheel overgaat of achterblijft.[102] Slechts wanneer één rechtsverhouding ziet op verschillende vermogensbestanddelen die overgaan op verschillende vennootschappen, mag hierop een uitzondering worden gemaakt.[103] De tweede grond is dat een door

100 Zie artikel 2:334m BW. Bij de besluitvorming dient artikel 2:334ee BW in acht te worden genomen. Wanneer alle verkrijgende rechtspersonen bij de splitsing opgerichte NV's of BV's zijn en de splitsende vennootschap bij de splitsing enig aandeelhouder wordt van deze verkrijgende vennootschappen, dan geldt dat het besluit in beginsel door het bestuur wordt genomen, zie artikel 2:334ff BW. In dit laatste geval dienen de voorschriften van artikel 2:334ff lid 2 en lid 3 in acht te worden genomen.

101 De statuten kunnen anders bepalen. Van belang is dat de voorschriften van artikel 2:334ff lid 2 en lid 3 BW in acht dienen te worden genomen.

102 Zie artikel 2:334j BW jo. artikel 2:334l lid 1 BW.

103 De wetgever heeft enkele voorbeelden gegeven van dergelijke situaties, zie *Kamerstukken II* 1995/1996, 24702, nr. 3, p. 13.

de schuldeiser verlangde zekerheid of waarborg niet is verleend.[104] Of het verzet gegrond zal worden verklaard, hangt af van de vermogenstoestand van de vennootschap waarop de schuldeiser een vordering heeft na de splitsing en de waarborgen die een schuldeiser reeds heeft.

Naast de verzetregeling is er nog een regeling die de positie van schuldeisers van een bij een splitsing betrokken rechtspersoon beoogt te beschermen, de zogeheten *aansprakelijkheidsregeling*:

> Artikel 334t
> 1. De verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon zijn aansprakelijk tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing.
> 2. Voor ondeelbare verbintenissen zijn de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon elk voor het geheel aansprakelijk.
> 3. Voor deelbare verbintenissen is de verkrijgende rechtspersoon waarop de verbintenis is overgegaan of, zo de verbintenis niet op een verkrijgende rechtspersoon is overgegaan, de voortbestaande gesplitste rechtspersoon voor het geheel aansprakelijk. De aansprakelijkheid voor deelbare verbintenissen is voor elke andere rechtspersoon beperkt tot de waarde van het vermogen dat hij bij de splitsing heeft verkregen of behouden.
> 4. Andere rechtspersonen dan de rechtspersoon waarop de verbintenis is overgegaan of, zo de verbintenis niet op een verkrijgende rechtspersoon is overgegaan, dan de voortbestaande gesplitste rechtspersoon zijn niet tot nakoming gehouden voordat de laatstbedoelde rechtspersoon in de nakoming van de verbintenis is tekortgeschoten.
> 5. Ten aanzien van de aansprakelijkheid zijn de bepalingen betreffende hoofdelijke verbondenheid van overeenkomstige toepassing.

Artikel 2:334t BW regelt dat zowel de verkrijgende als de voortbestaande rechtspersoon aansprakelijk is voor de nakoming van de verbintenissen die bestaan ten tijde van de splitsing. Er is sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid[105] waarbij enkele beperkingen zijn gesteld.[106] Er dient onderscheid te worden gemaakt tussen deelbare en ondeelbare verbintenissen.[107]

Voor deelbare verbintenissen geldt dat de rechtspersoon, op wie de verbintenis krachtens splitsing is overgegaan, of de splitsende rechtspersoon, wanneer de verbintenis niet krachtens splitsing is overgegaan, voor het geheel aansprakelijk is. Daarnaast is de andere rechtspersoon ook aansprakelijk, maar slechts tot de waarde van het vermogen dat wordt verkregen of behouden bij de juridische splitsing.

Voor ondeelbare verbintenissen geldt zelfs dat zowel de verkrijgende als de splitsende rechtspersoon voor het geheel aansprakelijk zijn. Rechtsverhoudingen

104 Zie artikel 2:334k BW jo. artikel 2:334l lid 1 BW.
105 Zie artikel 2:334t lid 1 en lid 5 BW.
106 Zie artikel 2:334t lid 3 en lid 4 BW.
107 Het verschil tussen deelbare en ondeelbare verbintenissen is niet altijd duidelijk. Ik zal hier niet nader ingaan op deze problematiek.

dienen namelijk in het geheel over te gaan, of in het geheel achter te blijven.[108] Daarvan mag slechts worden afgeweken wanneer één rechtsverhouding ziet op verschillende vermogensbestanddelen die overgaan op verschillende vennootschappen.[109] De vraag of een rechtsverhouding deelbaar is, zal in dat geval positief moeten kunnen worden beantwoord.[110] Wanneer het splitsingsvoorstel niet, of niet duidelijk, vermeldt of een vermogensbestanddeel achterblijft bij de splitsende vennootschap of op welke vennootschap het vermogensbestanddeel overgaat, dan geeft artikel 2:334s BW aan wie de rechthebbende van dat vermogensbestanddeel is:[111]

> Artikel 334s
> 1. De leden 2 tot en met 4 zijn van toepassing indien van een vermogensbestanddeel aan de hand van de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving niet kan worden bepaald welke rechtspersoon daarop na de splitsing rechthebbende is.
> 2. Indien het gehele vermogen van de gesplitste rechtspersoon is overgegaan, zijn de verkrijgende rechtspersonen gezamenlijk rechthebbende. Elke verkrijgende rechtspersoon deelt in het vermogensbestanddeel naar evenredigheid van de waarde van het deel van het vermogen van de gesplitste rechtspersoon dat hij verkrijgt.
> 3. Indien niet het gehele vermogen is overgegaan, is de gesplitste rechtspersoon rechthebbende.
> 4. Voor zover verkrijgende rechtspersonen uit hoofde van lid 2 aansprakelijk zijn voor schulden, zijn zij hoofdelijk verbonden.

Wanneer het hele vermogen van de splitsende vennootschap overgaat, zijn de verkrijgende vennootschappen gezamenlijk rechthebbenden, naar evenredigheid van de waarde van het deel van het vermogen dat zij van de splitsende vennootschap hebben verkregen. Wanneer niet het gehele vermogen overgaat, is de splitsende vennootschap rechthebbende. Uit het vierde lid van artikel 2:334s BW blijkt dat het ook om schulden gaat. Verplichtingen voortvloeiend uit een 403-verklaring kunnen daar ook onder vallen. Artikel 2:334s BW kent geen beperking in de aansprakelijkheid zoals die is gegeven in artikel 2:334t lid 3 BW.

De artikelen 2:334t en 2:334s BW lijken de bescherming van schuldeisers met een 403-vordering afdoende te regelen. Een 403-vordering valt niet tussen wal en schip bij een splitsing.

Volledigheidshalve zij vermeld dat schuldeisers van een bij een splitsing betrokken vennootschap ook nog worden beschermd via een afgeleide beschermingsconstructie. Bij de oprichting van een vennootschap of bij het toekennen van

---

108 Zie artikel 2:334j BW.

109 De wetgever heeft enkele voorbeelden gegeven van dergelijke situaties, zie *Kamerstukken II* 1996/97, 24702, nr. 3, p. 13.

110 Zie daarover Blei Weissmann, art. 6:6, aant. 7.

111 In de praktijk wordt dit probleem vaak ondervangen door in het splitsingsvoorstel een algemene restbepaling op te nemen waarin wordt bepaald dat niet nader genoemde vermogensbestanddelen zullen overgaan op, of zullen achterblijven bij, één nader te noemen bij de splitsing betrokken vennootschap.

aandelen is alleen een overgang toegestaan van een positief vermogenssaldo. Het is daardoor in beginsel niet mogelijk dat de verkrijgende vennootschap een negatief vermogenssaldo in de maag gesplitst krijgt.[112]

Tenslotte stip ik nog kort de regeling van artikel 2:334p BW aan. Net als bij fusie is bij splitsing een voorziening getroffen voor zij die geen aandeelhouder zijn[113] maar wel een bijzonder recht hebben jegens de splitsende vennootschap;[114]

> Artikel 334p
> 1. Hij die, anders dan als lid of aandeelhouder, een bijzonder recht jegens de splitsende rechtspersoon heeft, zoals een recht op een uitkering van winst of tot het nemen van aandelen, moet hetzij zodanige rechten in verkrijgende rechtspersonen krijgen, dat deze, waar toepasselijk samen met het recht dat hij jegens de voortbestaande splitsende rechtspersoon heeft, gelijkwaardig zijn aan zijn recht voor de splitsing, hetzij schadeloosstelling krijgen.
> 2. De schadeloosstelling wordt bij gebreke van overeenstemming bepaald door een of meer onafhankelijke deskundigen, ten verzoeke van de meest gerede partij te benoemen door de voorzieningenrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin de woonplaats van de splitsende rechtspersoon is gelegen.
> 3. Artikel 334o is van overeenkomstige toepassing op pandrecht of vruchtgebruik dat op de bijzondere rechten was gevestigd.

In het splitsingsvoorstel dient te worden opgenomen welk gelijkwaardig recht de bijzonder rechthebbende in plaats van zijn bestaande recht zal verkrijgen danwel dient te zijn opgenomen dat een schadeloosstelling zal worden toegekend. Wanneer de splitsing tot stand komt vervallen de bijzondere rechten. Voor de bijzondere rechthebbende ontstaat jegens de verkrijgende vennootschap[115] vanaf het tijdstip dat wordt vermeld in het splitsingsvoorstel het gelijkwaardige recht, of het recht dat voortvloeit uit de schadeloosstelling. Schuldeisers met een 403-vordering hebben een regulier vorderingsrecht. Zij zullen niet kwalificeren als houder van een bijzonder recht. Toekomstige schuldeisers hebben nog geen recht jegens een splitsende

112 Zie Buijn 2001, p. 388.

113 Voor aandeelhouders met bijzondere rechten is een regeling opgenomen in artikel 2:334ee lid 2 BW.

114 Onder bijzonder rechthebbende, zoals bedoeld in artikel 2:334p BW, worden verstaan niet-aandeelhouders die bijzondere vermogensrechten hebben ten aanzien van de splitsende rechtspersoon, zoals rechten op een uitkering van winst of tot het nemen van aandelen. De rechten van houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten vallen niet onder de bijzonder rechthebbenden van artikel 2:334p BW. Wel vallen de rechten van houders van oprichters- en winstbewijzen, houders van converteerbare obligaties of andere rechten tot het nemen van aandelen onder de bijzonder rechthebbenden van voornoemd artikel.

115 Er kan een recht worden verkregen ten aanzien van één van de verkrijgende vennootschappen, maar ook is het mogelijk dat de bijzonder rechthebbende rechten verkrijgt ten aanzien van verschillende verkrijgende vennootschappen.

(moeder)vennootschap ten tijde van de splitsing en zullen ook geen recht kunnen ontlenen aan artikel 2:334p BW.

6.3.3 De splitsing van de moedervennootschap en het 403-regime

6.3.3.1 Inleiding

Hoewel de literatuur, de rechtspraak, de wet en de parlementaire geschiedenis zwijgen over de gevolgen van het 403-regime bij van een splitsing, blijkt dat de samenloop aanleiding geeft tot onduidelijkheden.

Het 403-regime kan worden beëindigd alvorens de fusie wordt geëffectueerd teneinde onduidelijkheden te voorkomen. Maar ook bij een beëindiging van het 403-regime op voorhand blijven er onduidelijkheden bestaan. Het feit dat de samenloop van het 403-regime en splitsing nog een geheel onontgonnen terrein is,[116] mag opmerkelijk worden genoemd aangezien de gevolgen bij de samenloop van het 403-regime en splitsing alles behalve duidelijk zijn en misbruikachtige constructies met niet al te veel fantasie kunnen worden bedacht.

Evenals bij fusie het geval is, is het bij splitsing van belang om te kijken wat er met een 403-verklaring gebeurt. Zoals in de vorige paragraaf met betrekking tot de samenloop van het 403-regime en fusie is betoogd, kan een 403-verklaring 'overgaan' op de rechtspersoon die de rechtspositie van de moedervennootschap voortzet.[117] Met overgaan wordt bedoeld dat de rechtspersoon, die de rechtspositie van een bij de splitsing betrokken rechtspersoon voortzet, dient in te staan voor hetgeen uit een 403-verklaring voortvloeit. De vraag is wat er gebeurt met de 403-verklaring, de daaruit voortvloeiende rechten en welke mogelijkheid er bestaat om overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen.

6.3.3.2 Splitsing van de moedervennootschap en de overgang van een 403-verklaring

Als een moedervennootschap betrokken raakt bij een splitsing, rijst de vraag wat er gebeurt met de door haar gedeponeerde 403-verklaring. Op basis van artikel 2:334s BW rijst de vraag of de 403-verklaring kan worden gezien als een vermogensbestanddeel:

116 Zo constateerde ook Verbrugh bij zijn onderzoek; zie: Verbrugh 2007, p. 267.

117 Uiteraard kan de 403-verklaring worden ingetrokken voordat de splitsing plaatsvindt. Indien gewenst, kan na de splitsing een nieuwe 403-verklaring worden gedeponeerd. Gezien de onduidelijkheden die bestaan rondom de overgang van een 403-verklaring bij splitsing verdient deze gang van zaken de voorkeur.

> Artikel 334s
> 1. De leden 2 tot en met 4 zijn van toepassing indien van een *vermogensbestanddeel* aan de hand van de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving niet kan worden bepaald welke rechtspersoon daarop na de splitsing rechthebbende is.

Is een 403-verklaring een *vermogensbestanddeel*?[118] Een 403-verklaring is bestemd om een vermogensrecht in het leven te roepen. De 403-verklaring kan, wanneer de dochtervennootschap een rechtshandeling verricht waar schulden uit voortvloeien, een vermogensrechtelijke rechtsverhouding tot gevolg hebben. Volgens de splitsingsregeling dienen rechtsverhoudingen in beginsel in het geheel over te gaan. Een (403-)verklaring is echter de belichaming van de daarin neergelegde rechtshandeling. Een verklaring zelf is moeilijk aan te merken als een vermogensbestanddeel, nu is geconstateerd dat zij (slechts) bedoeld is vermogensrechten in het leven te roepen. Wetstechnisch gezien dient een 403-verklaring – en haar bestemming – dus niet opgenomen te worden in het splitsingsvoorstel. Ook de regel voor vermogensbestanddelen waarvoor 'bestemming onbekend' geldt,[119] blijkt wetstechnisch gezien niet van toepassing te zijn op een 403-verklaring. De 403-verklaring valt in dat geval tussen wal en schip. Het ligt dan voor de hand aansluiting te zoeken bij artikel 2:334s BW en beide vennootschappen die de rechtspositie van de gesplitste vennootschap voortzetten verantwoordelijk te houden voor de gevolgen van een 403-verklaring.

De vraag rijst of een 403-verklaring kan worden aangemerkt als een vermogensbestanddeel wanneer een 403-verklaring zou worden aangemerkt als een schuld met onbekende omvang. Wanneer moet worden ingeschat wat de (negatieve) waarde van een 403-verklaring is, moet bekend zijn welke verplichtingen uit een 403-verklaring voortvloeien. Het object is dan niet de 403-verklaring zelf. De aansprakelijkheid die resteert wanneer geen nieuwe aansprakelijkheden meer uit een 403-verklaring kunnen voortvloeien, is weliswaar onbekend maar wel begrensd en zal te waarderen zijn.[120] Uit een 403-verklaring die is overgegaan, kunnen nog steeds nieuwe verplichtingen voortvloeien. Wanneer wordt gekeken naar de verplichtingen die nog uit een 403-verklaring voortvloeien, wordt in eerste instantie gedacht aan de overblijvende aansprakelijkheid.[121] Maar zolang een 403-verklaring (nog) niet is ingetrokken, valt daar – ook in geval van splitsing – tevens aansprakelijkheid onder die voortvloeit uit toekomstige rechtshandelingen.

---

118 Zie artikel 2:334f lid 2 sub d BW en artikel 2:334s BW.

119 Zie artikel 2:334s BW.

120 De waardering zal moeilijk zijn, doch niet onmogelijk en zal onder andere samenhangen van de financiële positie van de dochtervennootschap.

121 Verbrugh spreekt in dit kader van overblijvende aansprakelijkheid; zie: Verbrugh 2006, p. 54. Zijn bedoeling zal worden begrepen, maar geheel zuiver is dit niet. Wanneer wordt gesproken over overblijvende aansprakelijkheid zoals dit is bedoeld in de wet, zie artikel 2:404 lid 3 BW, gaat het om de aansprakelijkheid die resteert na intrekking, zie 2:404 lid 1.

Met het oog op de toepassing van artikel 2:334t BW kan een andere invalshoek worden gekozen. In dat kader is het van belang om de vraag te beantwoorden of een 403-verklaring kan worden aangemerkt als een *verbintenis*.

> Artikel 334t
> 1. De verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon zijn aansprakelijk tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing.

Een 403-verklaring richt zich tot een niet nader gedefinieerde groep bestaande en toekomstige schuldeisers van een dochtervennootschap. De rechtsverhouding tussen de vennootschap die zich aansprakelijk heeft verklaard enerzijds en de schuldeisers die een beroep kunnen doen op de 403-verklaring anderzijds, kan zonder meer worden aangemerkt als een verbintenis. Ten aanzien van toekomstige schuldeisers is er een toekomstige aansprakelijkheid, een toekomstige verbintenis.[122] Artikel 2:334t BW strekt zich niet uit over toekomstige verbintenissen, wel uit toekomstige verplichtingen uit reeds bestaande verbintenissen.[123] De reeds op basis van een 403-verklaring ontstane aansprakelijkheid rust na een splitsing op basis van artikel 2:334t BW op zowel verkrijgende rechtspersonen alsook op de voortbestaande gesplitste rechtspersoon als deze aansprakelijkheid niet aan een van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen is toebedeeld.

Een duidelijk antwoord op de vraag wat er in geval van splitsing van de moedervennootschap met een 403-verklaring gebeurt, wordt door de regels inzake splitsing niet gegeven. Een ding is zeker, de effectuering van een splitsing leidt niet tot een geldige intrekking van een 403-verklaring, dus die blijft in beginsel voortbestaan. De 403-verklaring zal in beginsel achterblijven bij de rechtspersoon die deze verklaring deponeerde. Wanneer er sprake is van afsplitsing blijft de verklaring derhalve horen bij de voortbestaande rechtspersoon. Schuldeisers met een vordering die voortvloeit uit een ten tijde van de splitsing reeds bestaande verbintenis, kunnen bij zowel de verkrijgende rechtspersonen alsook bij de voortbestaande gesplitste rechtspersoon terecht. Voor partijen die na de splitsing zaken doen met de voortbestaande moedervennootschap geldt dit niet.

---

122 Zie onder meer Spier 2009, p. 2 en HR 24 april 1970, *NJ* 1970/406. Verbrugh geeft alleen een toelichting voor wat betreft de overblijvende aansprakelijkheid: "Gaat men ervan uit dat de 403-verklaring niet onder algemene titel kan overgaan, dan gaat nog wel de overblijvende aansprakelijkheid over. In de beschrijving van de vermogensbestanddelen moet dan ook worden opgenomen welke vennootschap deze aansprakelijkheid verkrijgt. (…) De niet verkrijgende vennootschappen zijn op grond van art. 2:334t BW subsidiair aansprakelijk voor verbintenissen van de splitsende vennootschap, al dan niet tot het netto-actief. Daaronder vallen ook de verbintenissen uit de 403-verklaring." Zie Verbrugh 2006, p. 54.

123 Zie onder meer Linse 2013, p. 26. De aansprakelijkheid op grond van artikel 2:334t BW ziet expliciet op de nakoming van verbintenissen die bestaan ten tijde van de splitsing. Onderscheid moet worden gemaakt tussen toekomstige en bestaande voorwaardelijke verbintenissen.

Is er sprake van zuivere splitsing waarbij de moedervennootschap niet blijft voortbestaan, dan zal de 403-verklaring wel blijven bestaan maar de rechtspersoon die de verklaring heeft afgelegd, is na de splitsing opgehouden te bestaan. De vraag is of deze 403-verklaring nog enig effect sorteert met betrekking tot rechtshandelingen die plaatsvinden nadat de moedervennootschap is opgehouden te bestaan. Een tekstuele uitleg van de 403-verklaring staat daaraan in de weg.[124] Anderzijds kan worden betoogd dat er bij splitsing sprake is van verkrijging onder algemene titel en dat de rechtspositie van de splitsende vennootschap na de splitsing wordt voortgezet. Om die reden – en gezien artikel 2:334j BW – zou kunnen worden betoogd dat een 403-verklaring, althans de gevolgen daarvan, overgaan bij splitsing en de 403-verklaring nog gevolgen heeft voor de rechtspersonen die de rechtspositie van de moedervennootschap voortzetten. Aangezien het splitsingsvoorstel niet *hoeft* te vermelden op wie de verklaring overgaat, lijkt dan de meest voor de hand liggende gedachte dat beide vennootschappen, die na de splitsing de rechtspositie voortzetten, aansprakelijk zijn.

Een vraag die verband houdt met het ophouden te bestaan van de moedervennootschap die de 403-verklaring deponeerde, is de vraag of de verklaring nog kan worden ingetrokken en door wie. De intrekking is van belang met het oog op de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. De procedure daartoe staat alleen open na intrekking van de 403-verklaring. De intrekking dient in beginsel te geschieden door de rechtspersoon die de verklaring deponeerde. Die is na de effectuering van een zuivere splitsing verdwenen. Wanneer de verkrijgende vennootschappen de rechtspositie van de verdwenen vennootschap voortzetten, zou de intrekking mogelijk door hen of de oud-bestuurders kunnen geschieden, namens de verdwenen rechtspersoon.

6.3.3.3 Splitsing van de moedervennootschap en de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid

Zowel wanneer een splitsende rechtspersoon blijft voortbestaan alsook wanneer de splitsende rechtspersoon ophoudt te bestaan, dienen schuldeisers oplettend te zijn. Wanneer de moedervennootschap een afsplitsing ondergaat en groepsband tussen de dochtervennootschap en de groep door de afsplitsing verbreekt, bestaat de kans dat de overblijvende aansprakelijkheid wordt beëindigd.[125] Niet duidelijk is of de overblijvende aansprakelijkheid kan worden beëindigd als de moeder de groep verlaat maar de dochtervennootschap niet. Ook niet duidelijk is of een

124 De tekst dient vrij letterlijk te worden gelezen en als de splitsende vennootschap is opgehouden te bestaan – zoals bij zuivere splitsing wel gebeurt maar bij afsplitsing niet – dan kan worden beargumenteerd dat aansprakelijkheid voor rechtshandelingen, die na het verdwijnen van de moedervennootschap die in de 403-verklaring wordt genoemd, niet meer uit die 403-verklaring kan voortvloeien.

125 Voor de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid moet wel aan de vereisten van artikel 2:404 BW worden voldaan.

moeder de groep kan verlaten door ophouden te bestaan. Ten aanzien van de vraag of in deze situatie kan worden overgegaan tot de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid, geeft de wet geen antwoord.

In verschillende situaties zal steeds de vraag beantwoord moeten worden of de dochter de groep heeft verlaten, hetgeen op basis van artikel 2:404 BW is vereist om de overblijvende aansprakelijkheid te kunnen beëindigen. Verlaat de vrijgestelde dochter bijvoorbeeld de groep doordat zij wordt 'meegenomen' door de afgesplitste moedervennootschap, dan zou de overblijvende aansprakelijkheid in principe worden beëindigd. De dochter (maar ook de moeder) heeeft de groep immers verlaten. Beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid doet in die situatie vreemd aan. De moedervennootschap en de dochtervennootschap zijn nog met elkaar verbonden. Mogelijk vormen ze zelfstandig een nieuwe groep of zijn ze opgenomen in een andere bestaande groep.

Het tactisch toedelen van de overblijvende aansprakelijkheid kan lonen voor een moedervennootschap die een splitsing ondergaat. Wanneer van tevoren wordt 'geanticipeerd' op de vraag welke verkrijgende vennootschap na de effectuering van de splitsing een groepsband zal hebben met de dochtervennootschap, kan door een handige toedeling worden bewerkstelligd dat de overblijvende aansprakelijkheid kan worden beëindigd.

Een andere vraag is of een van de vennootschappen, die na de splitsing ontstaat of voortbestaat, door toedeling van de overblijvende aansprakelijkheid aan de andere vennootschap, van de overblijvende aansprakelijkheid verlost kan zijn. De simpele (en strategische) toedeling van de overblijvende aansprakelijkheid op basis van een fusievoorstel is niet in lijn met de beëindigingsvereisten van artikel 2:404 BW. De regels van artikel 2:404 BW zijn er om de belangen van schuldeisers te beschermen. Zou een strategische toedeling er dan wel toe kunnen leiden dat een vennootschap van de overblijvende aansprakelijkheid af kan komen? Of dit is toegestaan, valt niet af te leiden uit de wet, de totstandkomingsgeschiedenis van de wet of de rechtspraak. Een bijkomende complicatie is de vraag of een vennootschap tot meerdere groepen kan behoren of niet. Een dochtervennootschap van een gesplitste moeder zou in theorie tot meerdere groepen kunnen behoren. De vraag of de rechtspersoon nog tot de groep behoort, zal in de meeste gevallen duidelijk zijn. Maar er is een grijs gebied.

Wanneer niet duidelijk is welke van de bij de splitsing betrokken vennootschappen de overblijvende aansprakelijkheid toebedeeld heeft gekregen, dan lopen alle bij de splitsing betrokken vennootschappen het risico daarvoor hoofdelijk te worden aangesproken op grond van artikel 2:334s BW. De overblijvende aansprakelijkheid zal gezamenlijk dienen te worden beëindigd. De nieuwe rechtspersonen zijn gezamenlijk in de plaats getreden van de rechtspositie van de gesplitste rechtspersoon die is opgehouden te bestaan.

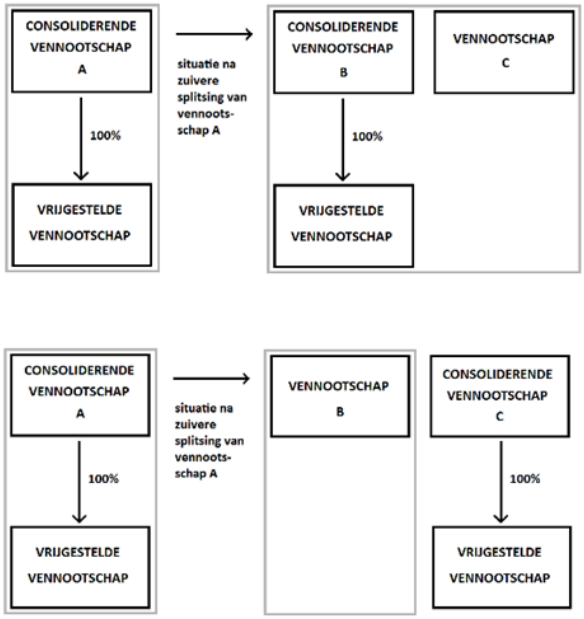
De gezamenlijke aansprakelijkheid die bestaat op basis van artikel 2:334t BW is gunstig voor schuldeisers. Maar deze gezamenlijke aansprakelijkheid kan worden voorkómen wanneer de bestaande aansprakelijkheid wordt toebedeeld aan één van de bij de splitsing betrokken vennootschappen. Op de vraag of de beëindigings-

mogelijkheid ook aan deze vennootschap toekomt, geeft dit artikel geen antwoord. De vraag is voorts of een vennootschap, die na de splitsing overgaat tot de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid, via de band van 2:334t BW alsnog aangesproken kan worden.

De hoofdelijke aansprakelijkheid leidt tot vorderingsrechten. Die vorderingsrechten vormen de overblijvende aansprakelijkheid wanneer de 403-verklaring wordt ingetrokken. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid en de regeling inzake de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid leidt in geval van splitsing tot onduidelijkheden.

6.3.3.4 Voorbeeld situaties van splitsing van de moedervennootschap

In deze paragraaf worden enkele voorbeeldsituaties gegeven waarbij sprake is van een splitsing van de moedervennootschap. In de gegeven schetsen geeft de grijze lijn de groepsband weer.[126] Hierna zijn twee situaties geschetst waarin sprake is van zuivere splitsing van de moedervennootschap.



Figuur 16

In de bovenste situatie komen de vennootschappen, die bij splitsing ontstaan, tot dezelfde groep te behoren. De dochtervennootschap verlaat de groep niet. In de

126 Het is niet de bedoeling geweest alle mogelijke splitsingssituaties te behandelen.

onderste situatie komt een vennootschap die bij de splitsing ontstaat buiten de oorspronkelijke groep terecht,[127] de dochtervennootschap 'verhuist mee'.

In de eerste situatie zetten vennootschap B en vennootschap C de rechtspositie van de verdwenen moedervennootschap A voort. Er wordt van uitgegaan dat een 403-verklaring geen vermogensbestanddeel vormt dat kan worden toebedeeld. De uit de 403-verklaring voortvloeiende rechten en verplichtingen gaan over vennootschap B en vennootschap C als deze aansprakelijkheden niet specifiek aan een van hen worden toebedeeld. Mocht een schuldeiser op basis van het splitsingsvoorstel niet kunnen achterhalen welke verkrijgende vennootschap aansprakelijk is, dan kan hij een beroep doen op artikel 2:334s BW. Aangezien sprake is van een vorderingsrecht, kan een schuldeiser ook artikel 2:334t BW inroepen. De schuldeiser kan dan bij zowel B als C aankloppen.

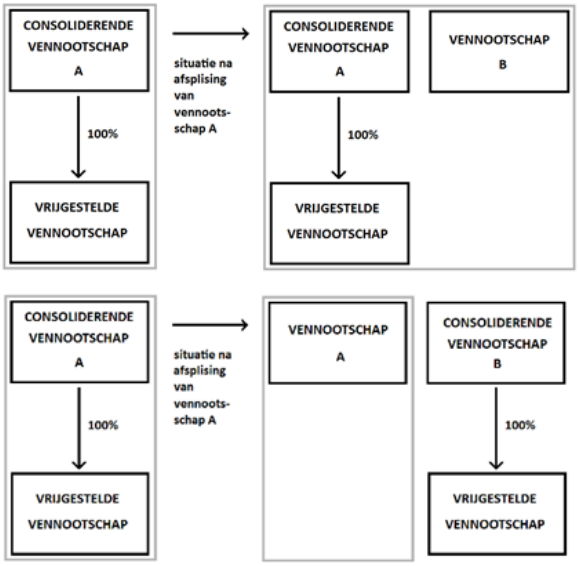
Wanneer de 403-verklaring voor de splitsing is ingetrokken, is sprake van overblijvende aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid kan zowel aan vennootschap B of vennootschap C zijn toebedeeld. In de eerste situatie verlaat de dochtervennootschap de groep niet en dus zal de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid niet mogelijk zijn, gezien artikel 2:404 lid 3 sub a BW. In de tweede situatie verlaat de dochtervennootschap de groep wel. Strikt genomen kan – ongeacht of vennootschap B of vennootschap C de overblijvende aansprakelijkheid toebedeeld heeft gekregen – de overblijvende aansprakelijkheid worden beëindigd. Wanneer vennootschap C de overblijvende aansprakelijk toebedeeld heeft gekregen, behoren vennootschap C en de dochter mogelijk weer gezamenlijk tot een groep. Dit is echter wel een nieuwe of een andere reeds bestaande groep. Aangezien de dochtervennootschap de groep heeft verlaten, lijkt beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid formeel gezien mogelijk. Meer materieel gezien zou kunnen worden bepleit dat de overblijvende aansprakelijkheid en de dochtervennootschap tot dezelfde groep behoren. De dochtervennootschap heeft 'de groep',[128] waarbinnen zich de overblijvende aansprakelijkheid bevindt, niet verlaten. Een goede planning van de verdeling van vermogensbestanddelen kan een uitkomst bieden voor de bij de splitsing betrokken vennootschappen. Wanneer de overblijvende aansprakelijkheid wordt toebedeeld aan vennootschap B, kan deze mogelijk met wat minder lastige discussies worden beëindigd. Deze omzeiling levert een gat in de bescherming van de schuldeisers op.[129]

127 Deze groep waartoe vennootschap B behoort, bestaat mogelijk uit nog een aantal niet weergegeven vennootschappen.

128 De vraag is hoe de term 'de groep' van artikel 2:404 lid 3 sub a BW is bedoeld en of op voorhand ook aan deze situaties is gedacht.

129 Deze constructie heeft een beperkte werking wanneer vennootschap C ervoor kiest om na de splitsing wederom het 403-regime toe te passen op de dochtervennootschap, en daarbij optreedt als moedervennootschap. Gezien de ruime temporele werking zullen de schulden waarop de overblijvende aansprakelijkheid zag, worden gedekt door de nieuwe 403-verklaring (de oude was ingetrokken).

Hierna zijn twee situaties geschetst waarin sprake is van afsplitsing van de moedervennootschap.



Figuur 17

In de bovenste situatie komen de vennootschappen die bij splitsing ontstaan tot dezelfde groep te behoren. De dochtervennootschap verlaat de groep niet. In de onderste situatie komt een vennootschap die bij de splitsing ontstaat buiten de oorspronkelijke groep terecht,[130] de dochtervennootschap 'verhuist mee' en verlaat de oorspronkelijke groep. De 403-verklaring zal bij vennootschap A blijven berusten. Toch kan de vraag worden gesteld of niet ook vennootschap B voor de gevolgen van deze 403-verklaring aansprakelijk kan worden gehouden. De 403-verklaring leent zich niet om te worden toebedeeld aan A of B. Schuldeisers met een 403-vordering lopen het risico dat vennootschap A of vennootschap B minder verhaal biedt dan vennootschap A bood vóór de splitsing. Voor schuldeisers die met de dochtervennootschap duurovereenkomsten zijn aangegaan, zullen na de splitsing nieuwe 403-vorderingen verkrijgen. Zij zullen worden benadeeld als die 403-vorderingen alleen maar verhaal opleveren ten aanzien van een gesplitst vermogen.

Reeds ten tijde van de splitsing bestaande 403-vorderingen zullen moeten worden toebedeeld aan A of B. Het splitsingsvoorstel zal aangeven welke vennootschap na de splitsing aansprakelijk zal zijn. Wanneer dat niet zo is, zijn A en B beide aansprakelijk. In de eerste hierboven geschetste situatie zal de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid niet mogelijk zijn, aangezien de dochter

130 Deze groep, waartoe vennootschap B behoort, bestaat mogelijk uit nog een aantal niet weergegeven vennootschappen.

tot de groep blijft behoren. In de tweede situatie zal de beëindiging wel mogelijk zijn.

Een vreemde situatie ontstaat wanneer de 403-verklaring vóór de splitsing wordt ingetrokken en in een situatie zoals in de eerste schets is weergegeven, de overblijvende aansprakelijkheid wordt toebedeeld aan vennootschap B. De vennootschap waar de overblijvende aansprakelijkheid berust, behoort niet meer tot dezelfde groep als de dochtervennootschap. Die situatie zal een opening bieden voor discussies.

6.3.4 De splitsing van de dochtervennootschap en het 403-regime

Ook wanneer een dochtervennootschap een splitsing ondergaat, kan sprake zijn van een zuivere splitsing of van afsplitsing. Bij zuivere splitsing houdt de dochtervennootschap op te bestaan, bij afsplitsing blijft de dochter in geamputeerde staat voortbestaan. Houdt de dochtervennootschap op te bestaan of verlaat zij de groep doordat zij door afsplitsing buiten de groep komt te staan, dan verlaat de dochtervennootschap formeel gezien de groep. Dan ontstaat in principe de mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. Wanneer de verkrijgende vennootschappen tot de groep blijven behoren en de hierboven omschreven materiële benadering zou worden toegepast, zal de overblijvende aansprakelijkheid niet kunnen worden beëindigd. Bij een afsplitsing blijft de dochtervennootschap bestaan. Zowel bij een zuivere splitsing van een dochtervennootschap als bij een afsplitsing van een dochtervennootschap kunnen de verkrijgende vennootschappen wel of niet tot de groep behoren.[131] Geopperd is dat de overblijvende aansprakelijkheid in een dergelijke situatie slechts kan worden beëindigd met betrekking tot schulden die de groep verlaten.[132]

Het is niet ondenkbaar dat een moedervennootschap de overblijvende aansprakelijkheid wil beëindigen voor de schulden van de afgesplitste vennootschap die de groep verlaat. Daarvoor dient de 403-verklaring te worden ingetrokken. Toepassing van artikel 2:404 BW is anders niet mogelijk. Het kan zijn dat de moedervennootschap de 403-verklaring wenst te handhaven voor de afgeslankte dochtervennootschap die tot de groep blijft behoren. De verklaring kan worden ingetrokken, waarna een nieuwe verklaring kan worden gedeponeerd maar wanneer de dochtervennootschap die na afsplitsing voortbestaat tot de groep blijft behoren, is de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid uitgesloten. Ook al horen de schulden, waarvoor de oude moedervennootschap op basis van de 403-verklaring aansprakelijk blijft, bij de afgesplitste entiteit die de groep heeft verlaten. Ervan uitgaande dat de hoofdelijke aansprakelijkheid direct vorderingsrechten creëert,

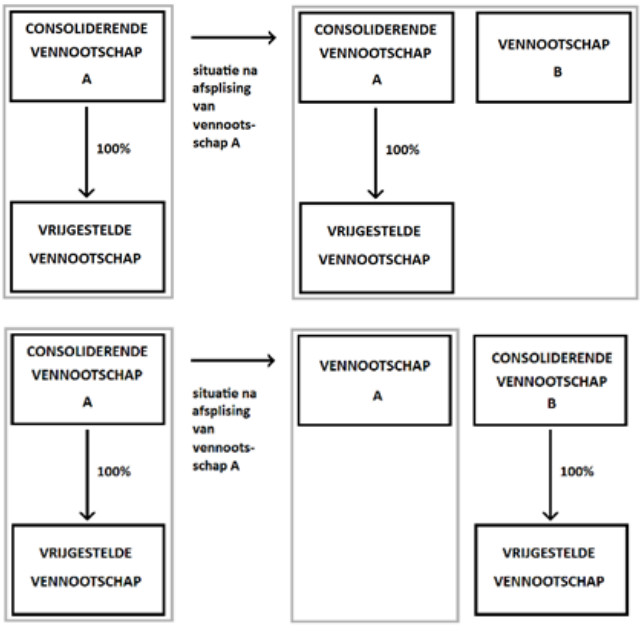
131 In tegenstelling tot wat Verbrugh beweert, kan ook een bij de splitsing op te richten vennootschap direct buiten de groep terechtkomen, ook al verkrijgt de moeder de aandelen; zie: Verbrugh 2006, noot 48. Voor een groepsband is meer nodig dan alleen het verschaffen van kapitaal.

132 Verbrugh 2006, p. 54.

zal de oude moedervennootschap tot in lengte van dagen hoofdelijk aansprakelijk kunnen blijven voor die schulden.

Schuldeisers van een gesplitste dochtervennootschap hebben na de effectuering van een splitsing diverse mogelijkheden. Zij kunnen op basis van de 403-verklaring dan wel op basis van overblijvende aansprakelijkheid de (ex)moedervennootschap aanspreken. Daarnaast kunnen zij tevens alle bij de splitsing betrokken vennootschappen aanspreken, op basis van artikel 2:334t BW.[133]

Hierna zijn twee situaties geschetst waarin een vrijgestelde dochtervennootschap een zuivere splitsing ondergaat In de gegeven schetsen geeft de grijze lijn de groepsband weer.[134]



Figuur 18

In de eerste situatie blijven de twee verkrijgende vennootschappen die bij de splitsing ontstaan tot de groep behoren. In de tweede situatie splitst de vrijgestelde dochtervennootschap en ontstaan eveneens twee nieuwe vennootschappen. Een daarvan valt buiten de groep. Ervan uitgaande dat hoofdelijkheid direct leidt tot het ontstaan van een vorderingsrecht, hebben de schuldeisers van de gesplitste vennootschap een zelfstandig vorderingsrecht op de moedervennootschap verkregen.

133 Opgemerkt zij dat de vennootschappen, die bij de splitsing betrokken waren, gezamenlijk mogelijk slechts evenveel verhaal bieden als de ongesplitste vennootschap vóór de splitsing.
134 Het is niet de bedoeling geweest alle mogelijke splitsingssituaties te behandelen.

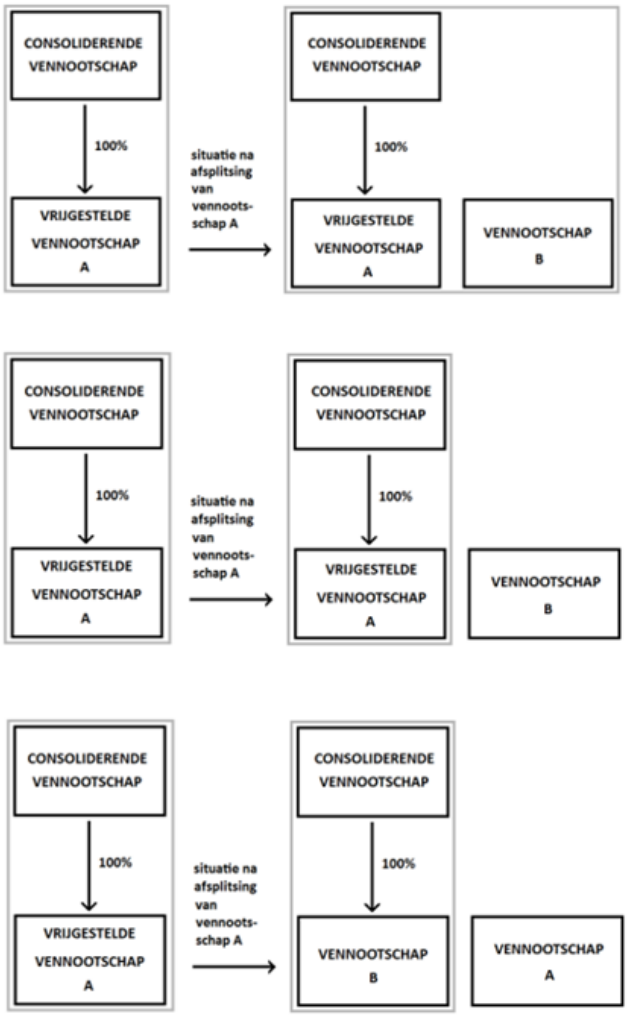
Na de splitsing behouden zij dit vorderingsrecht, ervan uitgaande dat de overblijvende aansprakelijkheid niet wordt beëindigd.

Nadat een zuivere splitsing heeft plaatsgevonden, is de oorspronkelijk dochtervennootschap opgehouden te bestaan. Technisch gezien, heeft de dochtervennootschap de groep verlaten. Daarmee is de moedervennootschap niet van haar aansprakelijkheid verlost.[135] De reeds ontstane hoofdelijke aansprakelijkheid is niet komen te eindigen. Deze aansprakelijkheid kan overgaan in overblijvende aansprakelijkheid wanneer de 403-verklaring door de moedervennootschap wordt ingetrokken. Wanneer de 403-verklaring zuiver tekstueel wordt geïnterpreteerd, ontstaat er geen aansprakelijkheid meer voor schulden voortvloeiend uit rechtshandelingen die plaatsvinden nadat de dochterennootschap is opgehouden te bestaan. Er is een ruime interpretatie van de 403-verklaring nodig om aan te nemen dat de 403-verklaring aansprakelijkheid vestigt voor schulden voortvloeiend uit rechtshandelingen die plaatsvinden na de splitsing waarbij de rechtsopvolgers van de dochtervennootschap betrokken zijn.

Wanneer de moedervennootschap de 403-verklaring intrekt, kan zij de overblijvende aansprakelijkheid beëindigen. Wanneer de rechtsopvolgers van de gesplitste dochtervennootschap, die is opgehouden te bestaan, nog tot de groep behoren, ontstaat er formalistisch gezien de mogelijkheid voor de moedervennootschap om zich van haar aansprakelijkheid te ontdoen zonder dat er materieel gezien activa en passiva zijn die de groep verlaten. Wanneer een materiële benadering wordt aangehangen, kan er in de eerste situatie zoals hiervoor geschetst geen sprake zijn van een beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid aangezien de rechtsopvolgers van de dochtervennootschap die is opgehouden te bestaan de groep niet hebben verlaten. Ook al bestaat de voorheen dochtervennootschap niet meer, haar activa en passiva behoren nog steeds tot de groep. Materieel gezien is er niets dat de groep heeft verlaten. Artikel 2:404 lid 3 sub c staat de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid in de weg wanneer een materiële benadering wordt toegepast.

Drie voorbeelden waarbij sprake is van afsplitsing. In de eerste situatie zoals hierna geschetst, is blijft de verkrijgende vennootschap die door de splitsing ontstaat tot de groep behoren. In de tweede situatie is de verkrijgende vennootschap buiten de groep geplaatst. In de derde situatie is ervoor gekozen om de afsplitsing binnen de groep te houden en de oorspronkelijke dochtervennootschap buiten de groep te plaatsen.

135 Beckman lijkt daar vanuit te gaan, zo lijkt te kunnen worden afgeleid uit een beknopte opmerking die hij daarover maakt; zie: Beckman 1995, p. 625.



Figuur 19

Door te spelen met de toebedeling van reeds ontstane 403-vorderingen, kunnen schuldeisers worden benadeeld. Helemaal als de moedervennootschap succesvol over kan gaan tot de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. De 403-verklaring geldt alleen voor dochtervennootschap A. Schuldeisers van vennootschap B dienen daarop na de splitsing bedacht te zijn wanneer zij wederom zaken doen met de afgesplitste entiteit. Wanneer de groepsband met A is verbroken, ontstaat het risico van beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Hiervoor is vereist dat de 403-verklaring is ingetrokken.

6.4 Schikking en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW

De regels van hoofdelijkheid lijken te impliceren dat er sprake is van evenveel zelfstandige vorderingsrechten als dat er schuldenaren zijn. Waneer een schuldeiser een vordering op de dochtervennootschap en een 403-vordering op de moedervennootschap heeft, zijn deze vorderingsrechten alleen met elkaar verbonden voor zover de regels van hoofdelijkheid dat voorschrijven. Dat brengt met zich dat wanneer een van de vorderingsrechten wordt voldaan, het andere vorderingsrecht tenietgaat. Wordt een vorderingsrecht voor een deel voldaan, dan wordt het andere vorderingsrecht met een gelijk deel verminderd. Vaak wordt een vordering slechts voor een deel voldaan, wanneer partijen tot een schikking komen. In deze paragraaf zal de schikking in samenloop met het 403-regime centraal staan. Het zal duidelijk worden dat de hoofdelijke aansprakelijkheid hier voor ongewenste verassingen kan zorgen als de betrokken partijen niet goed opletten.

In een 403-verklaring dient de moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk te verklaren voor schulden van de dochtervennootschap. Dat brengt met zich dat de reguliere regels inzake hoofdelijkheid van toepassing zijn op de verhouding tussen de moedervennootschap, de dochtervennootschap en de schuldeiser. De toepasselijke wettelijke regels inzake pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijke verbondenheid worden via de hoofdelijkheid als het ware geïncorporeerd in de vrijstellingsregeling. De regels zijn van groot belang voor de verbintenisrechtelijke gevolgen van een 403-verklaring. De toepasselijke regels inzake hoofdelijke verbondenheid en het bestaan van pluraliteit van schuldenaren zijn neergelegd in artikel 6:6 BW tot en met 6:14 BW:

> Artikel 6:6 BW
> 1. Is een prestatie door twee of meer schuldenaren verschuldigd, dan zijn zij ieder voor een gelijk deel verbonden, tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn.
> 2. Is de prestatie ondeelbaar of vloeit uit wet, gewoonte of rechtshandeling voort dat de schuldenaren ten aanzien van een zelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn, dan zijn zij hoofdelijk verbonden.
> 3. Uit een overeenkomst van een schuldenaar met zijn schuldeiser kan voortvloeien dat, wanneer de schuld op twee of meer rechtsopvolgers overgaat, dezen voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zullen zijn.
>
> Artikel 6:7 BW
> 1. Indien twee of meer schuldenaren hoofdelijk verbonden zijn, heeft de schuldeiser tegenover ieder van hen recht op nakoming voor het geheel.
> 2. Nakoming door een der schuldenaren bevrijdt ook zijn medeschuldenaren tegenover de schuldeiser. Hetzelfde geldt, wanneer de schuld wordt gedelgd door inbetalinggeving of verrekening, alsmede wanneer de rechter op vordering van een der schuldenaren artikel 60 toepast, tenzij hij daarbij anders bepaalt.

Artikel 6:8 BW
Op de rechtsbetrekkingen tussen de hoofdelijke schuldenaren onderling is artikel 2 van overeenkomstige toepassing.

Artikel 6:9 BW
1. Iedere hoofdelijke schuldenaar is bevoegd namens de overige schuldenaren een aanbod tot afstand om niet van het vorderingsrecht te aanvaarden, voor zover de afstand ook de andere schuldenaren betreft.
2. Uitstel van betaling, door de schuldeiser aan een der schuldenaren verleend, werkt ook ten aanzien van zijn medeschuldenaren, voor zover blijkt dat dit de bedoeling van de schuldeiser is.

Artikel 6:10 BW
1. Hoofdelijke schuldenaren zijn, ieder voor het gedeelte van de schuld dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat, verplicht overeenkomstig de volgende leden in de schuld en in de kosten bij te dragen.
2. De verplichting tot bijdragen in de schuld die ten laste van een der hoofdelijke schuldenaren wordt gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, komt op iedere medeschuldenaar te rusten voor het bedrag van dit meerdere, telkens tot ten hoogste het gedeelte van de schuld dat de medeschuldenaar aangaat.
3. In door een hoofdelijke schuldenaar in redelijkheid gemaakte kosten moet iedere medeschuldenaar bijdragen naar evenredigheid van het gedeelte van de schuld dat hem aangaat, tenzij de kosten slechts de schuldenaar persoonlijk betreffen.

Artikel 6:11 BW
1. Een uit hoofde van het vorige artikel tot bijdragen aangesproken medeschuldenaar kan de verweermiddelen die hij op het tijdstip van het ontstaan van de verplichting tot bijdragen jegens de schuldeiser had, ook inroepen tegen de hoofdelijke schuldenaar die de bijdrage van hem verlangt.
2. Niettemin kan hij een zodanig verweermiddel niet tegen deze schuldenaar inroepen, indien het na hun beider verbintenis is ontstaan uit een rechtshandeling die de schuldeiser met of jegens de aangesprokene heeft verricht.
3. Een beroep op verjaring van de rechtsvordering van de schuldeiser komt de tot bijdragen aangesprokene slechts toe, indien op het tijdstip van het ontstaan van de verplichting tot bijdragen zowel hijzelf als degene die de bijdrage verlangt, jegens de schuldeiser de voltooiing van de verjaring had kunnen inroepen.
4. De vorige leden zijn slechts van toepassing, voor zover uit de rechtsverhouding tussen de schuldenaren niet anders voortvloeit.

Artikel 6:12 BW
1. Wordt de schuld ten laste van een hoofdelijke schuldenaar gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, dan gaan de rechten van de schuldeiser jegens de medeschuldenaren en jegens derden krachtens subrogatie voor dit meerdere op die schuldenaar over, telkens tot ten hoogste het gedeelte dat de medeschuldenaar of de derde aangaat in zijn verhouding tot die schuldenaar.
2. Door de subrogatie wordt de vordering, indien zij een andere prestatie dan geld betrof, omgezet in een geldvordering van gelijke waarde.

Artikel 6:13 BW

1. Blijkt verhaal op een hoofdelijke schuldenaar voor een vordering als bedoeld in de artikelen 10 en 12 geheel of gedeeltelijk onmogelijk, dan wordt het onverhaalbaar gebleken deel over al zijn medeschuldenaren omgeslagen naar evenredigheid van de gedeelten waarvoor de schuld ieder van hen in hun onderlinge verhouding aanging.
2. Werd de schuld geheel of gedeeltelijk gedelgd ten laste van een hoofdelijke schuldenaar wie de schuld zelf niet aanging en blijkt op geen van de medeschuldenaren wie de schuld wel aanging verhaal mogelijk, dan wordt het onverhaalbaar gebleken deel over alle medeschuldenaren wie de schuld niet aanging, omgeslagen naar evenredigheid van de bedragen waarvoor ieder op het tijdstip van de delging van de schuld jegens de schuldeiser aansprakelijk was.
3. Ieder der in een omslag betrokkenen blijft gerechtigd het bijgedragene alsnog van hem die geen verhaal bood, terug te vorderen.

Artikel 6:14 BW

Afstand door de schuldeiser van zijn vorderingsrecht jegens een hoofdelijke schuldenaar bevrijdt deze niet van zijn verplichting tot bijdragen. De schuldeiser kan hem niettemin van zijn verplichting tot bijdragen jegens een medeschuldenaar bevrijden door zich jegens deze laatste te verbinden zijn vordering op hem te verminderen met het bedrag dat als bijdrage gevorderd had kunnen worden.

Volgens artikel 6:7 BW heeft een schuldeiser tegenover iedere hoofdelijke schuldenaar een recht op nakoming van de gehele prestatie. Wanneer één van de hoofdelijke verbonden schuldenaren van zijn schuld af wil door middel van het treffen van een schikking met de schuldeiser dan zal hij zich moeten realiseren dat hij ook in een verhouding staat ten opzichte van de andere hoofdelijk schuldenaren. Anders kan hij voor vervelende verrassingen komen te staan.

De term 'schikking' kan overigens verwarring scheppen. Er dient onderscheid te worden gemaakt tussen een schuldwijziging of een schuldvernieuwing. Deze verschillende juridische kwalificaties leiden tot verschillen in de onderlinge verhoudingen van de betrokken partijen.[136]

Uit het samenstel van voormelde bepalingen volgt de hoofdregel dat wanneer een prestatie door twee of meer schuldenaren is verschuldigd, deze schuldenaren ieder voor gelijke delen verbonden zijn (art. 6:6 lid 1 BW). Is een prestatie echter ondeelbaar of vloeit uit wet, gewoonte of rechtshandeling voort dat de schuldenaren ten aanzien van eenzelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn, dan zijn zij hoofdelijk verbonden (art. 6:6 lid 2 BW). De hoofdelijke verbondenheid van zowel de moedervennootschap als de dochtervennootschap vloeit voort uit de eenzijdige 403-verklaring die de moedervennootschap heeft afgelegd.

Bij hoofdelijke verbondenheid is het uitgangspunt dat de vorderingsrechten van de schuldeiser jegens ieder van de schuldenaren een zelfstandig karakter

136 Zie Van Kessel 2013, p. 93 e.v.

hebben.[137] Dit brengt met zich dat het lot van het ene vorderingsrecht het andere vorderingsrecht niet beïnvloedt, tenzij uit de wet anders voortvloeit.[138] Een belangrijke bepaling in dat opzicht, is artikel 6:7 lid 2 BW. De schuldeiser heeft de vrijheid om zelf te kiezen welke schuldenaar hij aanspreekt.[139] Indien één van de hoofdelijk schuldenaren betaalt, dan zijn de overige schuldenaren in dezelfde mate jegens de schuldeiser bevrijd.[140] Wanneer een hoofdelijke schuldenaar de schuldeiser betaalt, kan hij dit op basis van de interne verhouding op de andere hoofdelijke schuldenaar verhalen. Zowel op basis van regres[141] als op basis van subrogatie[142] kan de hoofdelijk schuldenaar die (een deel van) de schuld heeft voldaan een bijdrage vorderen van zijn medeschuldenaren voor het gedeelte dat ieder van hen in de onderlinge verhouding tussen de schuldenaren aangaat.[143]

Wordt een schikking getroffen dan doet een schuldeiser geheel of gedeeltelijk afstand van zijn vorderingsrecht jegens de schuldenaar die bij die schikkingsovereenkomst is betrokken.[144] Het is van belang om na te gaan hoe die overeenkomst juridisch kan worden gekwalificeerd om te bepalen in welke mate de schuldenaar wordt bevrijd van hoofdelijke verbondenheid. Een schikking kan kwalificeren als schuldwijziging, kwijtschelding of als schuldvernieuwing. Van kwijtschelding is sprake wanneer afstand van een vordering wordt gedaan 'om niet'.[145] Wordt

137 MvA II art. 6.1.2.3, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 106. Van oudsher is het een omstreden kwestie of bij hoofdelijke verbondenheid één verbintenis met meer dan één schuldenaar bestaat (de uniteitsleer) dan wel evenveel verbintenissen als er schuldenaren zijn (de pluraliteitsleer). Zie over de historische ontwikkeling van deze discussie: Van Boom 1999, p. 10-13. Ook het huidige BW geeft hierover geen uitsluitsel (T.M. afdeling 6.1.2, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 95). Hoe dit ook zij, het antwoord op de vraag naar de aard van de verbintenis (of de verbintenissen) kan naar huidig recht in het midden blijven, omdat de wetgever de nadruk heeft gelegd op de vorderingsrechten die de schuldeiser ontleent aan de verbintenis(sen) met de schuldenaren. Voor de rechtsgevolgen van de hoofdelijke verbondenheid is de vraag naar de aard van de verbintenis(sen) dan zonder belang; vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 100.

138 T.M. afd. 6.1.2, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 95. Dit laatste is volgens de Toelichting Meijers het geval in het huidige art. 6:7 lid 2 en 6:9 BW.

139 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 112 en Van Boom 1999, p. 25-26. De schuldeiser heeft niet per se het laatste woord. Als een hoofdelijke schuldenaar aanbiedt de verschuldigde prestatie te verrichten, dan kan de schuldeiser dat niet afwijzen en nakoming van de ander verlangen. Zie HR 9 januari 1931, *NJ* 1931/378.

140 Zie artikel 6:7 lid 2 BW. Hetzelfde geldt wanneer de schuld wordt voldaan door inbetalinggeving of verrekening en wanneer de rechter op vordering van één van de schuldenaren art. 6:60 BW (bevrijding van een verbintenis) toepast, tenzij hij daarbij anders bepaalt (art. 6:7 lid 2, tweede volzin, BW). Artikel 136 Fw geeft een uitzondering voor het geval van betaling door een schuldenaar tijdens het faillissement van een andere schuldenaar. Zie hierover Klaassen 2002, p. 694-697.

141 Zie artikel 6:10 BW.

142 Zie artikel 6:12 BW.

143 Artikel 6:13 BW geeft vervolgens nog een aanvullende regeling van omslag over de overige schuldenaren voor het geval dat verhaal op een schuldenaar niet mogelijk is.

144 Mogelijk kwalificeert een schikkingsovereenkomst tevens als een vaststellingsovereenkomst.

145 Vgl. T.M., VV II en MvA II art. 6.2.4.14a, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 588-590.

namelijk een nieuwe, andere tegenprestatie verlangd, dan wordt er afstand gedaan 'om baat'. Er wordt een nieuwe verbintenis aangegaan. Er ontstaat een nieuwe schuld en dus is sprake van schuldvernieuwing.[146] Wordt de oorspronkelijke verbintenis niet vervangen door een andere tegenprestatie,[147] dan wordt gesproken van een schuldwijziging.[148] Of een schikking leidt tot kwijtschelding, schuldvernieuwing of schuldwijziging zal in ieder concreet geval moeten worden beoordeeld. Wanneer een schikkingsovereenkomst op dat vlak niet duidelijk is, zal deze moeten worden uitgelegd. In dat geval spelen de bedoelingen van partijen een belangrijke rol.[149]

Om de verhouding tussen de hoofdelijk verbonden schuldenaren vast te kunnen stellen, is relevant dat voornoemde analyse wordt gemaakt. Voor die verhouding is het relevant of bestaande verbintenissen tenietgaan of blijven voortbestaan en of de door de schuldenaar geleverde prestatie valt aan te merken als nakoming van de oorspronkelijke verbintenis.

Kwijtschelding en schuldvernieuwing leiden tot het tenietgaan van de oorspronkelijke verbintenis. Die verbintenis kan dan niet meer door de hoofdelijk schuldenaren worden nagekomen. Bij een schuldwijziging is dit niet het geval. De oorspronkelijke verbintenis blijft bestaan (in gewijzigde vorm) en deze kan nog steeds door de hoofdelijk verbonden schuldenaren worden nagekomen. Indien een schikking bestaat uit een gedeeltelijke kwijtschelding, dan gaat de oorspronkelijke verbintenis deels teniet. Wordt het resterende deel voldaan dan zijn tevens alle andere hoofdelijk verbonden schuldenaren voor dat deel bevrijd van hun verlichting

146 Naast schuldvernieuwing bestaan overigens ook andere gevallen van afstand om baat. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 314 en 327, zie voetnoot 40.

147 T.M. art. 6.1.2.3, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 102. De verbintenis ondergaat een wijziging maar de identiteit blijft behouden.

148 Zie T.M. art. 6.1.2.3, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 102. Er bestaat discussie over de vraag wanneer nu precies sprake is van een schuldwijziging. Zie Van Boom die stelt dat schuldwijziging steeds opgaat in de gedeeltelijke kwijtschelding of de schuldvernieuwing (Van Boom 1999, p. 55, voetnoot 25). Anders Van Kessel 2013, p. 95.

149 Het onderscheid tussen schuldvernieuwing en schuldwijziging kan erg verwarrend zijn. Nagegaan dient te worden of de partijen die de schikkingsovereenkomst sloten zich geheel los wilden maken van de bestaande verbintenis, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 325. In de Toelichting Meijers valt te lezen dat in twee onderscheiden gevallen van schuldvernieuwing kan worden gesproken. In de eerste plaats is daarvan sprake wanneer partijen ondubbelzinnig overeenkomen dat hun rechtsverhouding uitsluitend is gelegen in de nieuwe overeenkomst. In de tweede plaats is sprake van schuldvernieuwing wanneer de nieuwe overeenkomst een dusdanige afwijkende inhoud of strekking heeft dat deze overeenkomst naar verkeersopvatting niet meer als dezelfde overeenkomst kan worden beschouwd. Te denken valt aan een koopovereenkomst die wordt vervangen door een huurovereenkomst, zie T.M. afd. 6.1.10, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 482-483. Bepleit is in de literatuur dat slechts een wijziging van de omvang van de schuld niet tot schuldvernieuwing kan leiden. In dat geval is in de regel sprake van (gedeeltelijke) kwijtschelding, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 325; en Asser/Rutten 4-I 1981, p. 392. Steeds geldt wel dat eerst de bedoeling van partijen duidelijk moet zijn vastgesteld, voordat de kwalificatie kan worden gemaakt, zie Van Kessel 2013, p. 96 e.v.

jegens de schuldeiser.[150] Het feit dat een schikkingsovereenkomst kan kwalificeren als vaststellingsovereenkomst kan een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een schuldvernieuwing of een schuldwijziging.[151]

Een ander belangrijk aspect bij het treffen van een schikking is de beantwoording van de vraag wie partij zijn bij een schikkingsovereenkomst of namens wie of ten gunste van wie de overeenkomst wordt aangegaan. Om dit te kunnen beoordelen, komt het wederom aan op de uitleg van de overeenkomst. Indien de overeenkomst geen duidelijkheid biedt, zullen de partijbedoelingen moeten worden meegenomen. Een cruciale vraag is dan of de betrokken partijen de schuldvernieuwing of schuldwijziging ook wilden laten gelden ten aanzien van de andere schuldenaren.[152]

Op basis van artikel 6:9 lid 1 BW is een schuldenaar bevoegd om namens zichzelf en namens de overige schuldenaren een aanbod tot afstand om niet te aanvaarden. Vervolgens geldt de algemene bepaling van artikel 6:160 lid 2 BW, inhoudende dat het aanbod door de overige schuldenaren wordt geacht te zijn aanvaard wanneer de schuldenaren van het aanbod kennis hebben genomen en het niet onverwijld hebben afgewezen. Ten aanzien van schuldvernieuwing en schuldwijziging geldt artikel 6:160 lid 2 BW niet en dus zal een schuldvernieuwing of een schuldwijziging, die zich tevens tot andere hoofdelijk verbonden schuldenaren richt door hen moeten worden aanvaard.[153] Is sprake van inbetalinggeving, dan worden de overige schuldenaren daardoor bevrijd op grond van artikel 6:7 lid 2 BW. Aanvaarding is in dat geval weer niet vereist.

---

150 Zie artikel 6:7 lid 2 BW.

151 Zie artikel 7:900 BW e.v. Of sprake is van een vaststellingsovereenkomst wordt bepaald door de wet, niet door partijen, zie HR 26 november 2010, *LJN* BN6125; Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012, nr. 135. Bij een vaststellingsovereenkomst wordt een bestaande rechtsverhouding duidelijk vastgelegd. Schuldvernieuwing is niet per definitie uitgesloten maar is minder aannemelijk, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 326. Een vaststellingsovereenkomst kan ook een overeenkomst van afstand inhouden, zie artikel 7:901 lid 3 BW. Zie Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012, nr. 158 en nr. 159; Van Rossum, nr. 5 en MvT, titel 7.15 en *Kamerstukken II* 1982/83, 17779, nr. 3, p. 33 en p. 37.

152 Wanneer een van de hoofdelijk verbonden schuldenaren een schuldvernieuwing of schuldwijziging overeenkomt, die is gericht tot alle schuldenaren dan leidt dit er niet toe dat de overige schuldenaren – zonder daar zelf mee te hebben ingestemd – tot nakoming van de nieuw overeengekomen prestatie gehouden zullen zijn. Wel geldt dat de schuldvernieuwing, die aan alle schuldenaren is gericht, afstand van het oorspronkelijke vorderingsrecht ten opzichte van de overige debiteuren inhoudt. Hetzelfde geldt voor een kwijtschelding, mits die aan alle hoofdelijk schuldenaren is gericht. Zie T.M. art. 6.1.2.3, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 104).

153 Uiteraard kunnen schuldenaren wel bevoegd zijn om elkaar te vertegenwoordigen. Dit kunnen zij uitdrukkelijk overeenkomen (volmacht). Ook kan deze bevoegdheid onder omstandigheden voortvloeien uit de wet. Daarvan kan sprake zijn als een van de schuldenaren de belangen van de andere schuldenaren op redelijke gronden behartigt, zie 6:198 BW. Ook wordt wel betoogd dat deze bevoegdheid voort kan vloeien uit artikel 6:8 BW in combinatie met 6:201 BW, zie Van Boom 1999, p. 61-62.

Wanneer de schuldvernieuwing of de schuldwijziging niet is gericht tot alle hoofdelijk verbonden schuldenaren, maar slechts tot de schuldenaar die de overeenkomst met de schuldeiser is aangegaan, dan leidt die schuldvernieuwing of die schuldwijziging niet tot een wijziging en/of vermindering van het vorderingsrecht dat de schuldeiser heeft ten opzichte van de overige schuldenaren. Dit vloeit voort uit de hoofdregel dat de vorderingsrechten zelfstandig zijn. Dit uitgangspunt leidt dus slechts uitzondering wanneer bewust overeen wordt gekomen dat de getroffen schikking ook geldt ten opzichte van de overige hoofdelijk verbonden schuldenaren of wanneer de schuldeiser bewust zijn vorderingen op de overige hoofdelijk verbonden schuldenaren vermindert.[154] Gebeurt dit niet, dan behoudt de schuldeiser ongeacht de schikking zijn volledige vorderingsrecht jegens de andere hoofdelijk verbonden schuldenaren.

Of een schuldvernieuwing of de schuldwijziging al dan niet is gericht tot alle hoofdelijk verbonden schuldenaren, heeft niet alleen gevolgen voor de verhouding tussen de hoofdelijk verbonden schuldenaren en de schuldeiser. Wanneer een van de hoofdelijk verbonden schuldenaren met de schuldeiser een schikking treft die alleen betrekking heeft op zichzelf, dan is de daarin vervatte afstand of schuldwijziging niet van invloed op de onderlinge verhouding tussen de hoofdelijke medeschuldenaren.[155] Hierdoor kan een schuldenaar die tegenover de schuldeiser is bevrijd, nog steeds door de medeschuldenaren worden aangesproken. Zeer waarschijnlijk is dit niet de bedoeling van de schuldenaar die een schikking heeft getroffen met de schuldeiser en dit zal een vervelende verrassing achteraf kunnen vormen. Dit is het punt waar de kwalificatie van de getroffen schikking om de hoek komt kijken. Voor de beantwoording van de vraag voor welk deel van zijn bijdrageplicht de schuldenaar die een schikking trof met de schuldeiser alsnog kan worden aangesproken, dient de schikking te worden gekwalificeerd. Is er sprake van schuldvernieuwing en voldoet de schuldenaar die de schikking trof die nieuwe schuld dan wordt daarmee de oude schuld in het geheel niet gedelgd. De schuldeiser kan de oorspronkelijke vordering nog steeds geheel verhalen op de overige hoofdelijk verbonden schuldenaren die op hun beurt regres kunnen nemen op de schuldenaar die de schikking trof.[156] Indien een schuldenaar met een schuldeiser overeenkomt dat de schuldeiser hem de gehele vordering zal kwijtschelden en deze kwijtschelding alleen die schuldenaar aangaat, dan behoudt de schuldeiser de volledige zelfstandige vorderingsrechten ten opzichte van de overige schuldenaren. Wordt de vordering alsnog bij de overige schuldenaren geïncasseerd, dan is ook in die situatie regres mogelijk jegens de schuldenaar die kwijtschelding ontving van de schuldeiser. Komt een van de hoofdelijk verbonden schuldenaren een schuldwijziging overeen, dan geldt eveneens dat dit geen invloed heeft op de vorderingsrechten jegens de andere schuldenaren. Maar wanneer sprake is van een schuldwijziging

154 Zie artikel 6:14 BW.

155 Zie artikel 6:11 lid 2 BW jo. 6:14 BW.

156 Regres kan worden genomen voor het gedeelte van de oorspronkelijke schuld voor zover dat deel van de schuld een schuldenaar aangaat.

geldt wel dat, wanneer de gewijzigde prestatie wordt voldaan, dit tot een (gehele of gedeeltelijke) bevrijding leidt van de overige schuldenaren ten opzichte van de schuldeiser. De reden daarvoor is dat die voldoening valt aan te merken als een (eventueel gedeeltelijke) nakoming van de oorspronkelijke verbintenis.[157]

Vorenstaande leidt tot de volgende conclusies. Een schuldeiser zal gebaat zijn bij een overeenkomst waarbij schuldvernieuwing wordt overeengekomen voor zover deze niet alle hoofdelijk gebonden schuldeisers aangaat. Naast het bedrag dat hij met deze schikking van de schuldenaar met wie hij de schikking trof incasseert, kan hij de overige schuldenaren nog eens voor de gehele oorspronkelijke vordering aanspreken. Bij een schuldwijziging die niet alle hoofdelijk gebonden schuldenaren aangaat, kan de schuldeiser niet méér incasseren dan de oorspronkelijke vordering. Voor schuldenaren die niet bij de schikking zijn betrokken, heeft een schikking in beginsel positieve noch negatieve gevolgen.[158] Indien de schuldeiser hen aanspreekt voor een deel van de schuld dat groter is dat hen aangaat dan kunnen zij door middel van regres verhaal nemen op de schuldenaar die een schikking trof. Een schikking waarbij de overige schuldenaren niet zijn betrokken zal voor de schikkende schuldenaar zelden een voordeel opleveren.[159] Jegens de schuldenaar zal het schikkingsbedrag voldaan moeten worden en jegens de overige schuldenaren zal hij nog steeds voor het deel op moeten draaien waarvoor hij sowieso al binnen de onderlinge verhouding aansprakelijk was.

Om een goede schikking te treffen, is de beste oplossing om alle hoofdelijk verbonden schuldenaren bij de schikking te betrekken. Indien een schuldenaar toch op individuele basis een schikking met de schuldeiser wenst te treffen en wil voorkomen dat hij later wordt geconfronteerd met een regresvordering, dan biedt artikel 6:14 BW een handreiking. Artikel 6:14 BW geeft aan dat de schuldeiser zich zal verplichten om de overige schuldenaren niet aan te spreken voor het deel van de schuld voor zover dat de schuldenaar aanging met wie hij een schikking heeft getroffen. Deze schuldvermindering dient een ter regresvordering jegens de schuldenaar met wie een schikking is getroffen te voorkomen. Uiteraard moet wel bij het aangaan van de schikking aan deze mogelijkheid worden gedacht en ook dient de schuldeiser deze verplichting na te komen.[160]

---

157 Zie Van Boom 1999, p. 63.

158 Negatieve gevolgen kunnen er wel indirect zijn, wanneer de schuldenaar die de schikking trof bijna failliet is en wanneer uit hoofde van de schikking nog vermogen van deze schuldenaar wordt onttrokken. Dat zal een succesvol regres verhaal in de weg kunnen staan.

159 Een situatie waarin er wel een voordeel zal zijn, is de situatie waarbij het schikkingsbedrag lager is dan het bedrag waarvoor de schuldenaar aansprakelijk zou zijn binnen de interne verhouding met de overige schuldenaren en de overige schuldenaren niet meer in staat zijn om de schuldeiser te voldoen en dus ook geen regres meer zullen nemen. Anders Van Kessel, die deze in de praktijk toch soms voorkomende situatie over het hoofd ziet en concludeert dat een schikking, waarbij de andere schuldenaren niet betrokken zijn, nooit een voordeel op kan opleveren. Zie Van Kessel 2013, p. 99 e.v.

160 Zie uitgebreid en kritisch over de toepassing van artikel 6:14 BW en de risico's daarvan Van Kessel 2013, par. 5.

Het moge duidelijk zijn dat niet met een harde regel kan worden vastgesteld wat de gevolgen van een schikking bij hoofdelijke aansprakelijkheid zijn. De inhoud van de schikkingsovereenkomst en de bedoelingen van partijen zijn daarvoor steeds van doorslaggevend belang. Duidelijk is in ieder geval dat schikken bij hoofdelijke verbondenheid nog een behoorlijk ingewikkelde aangelegenheid is. Zonder juridische bijstand kan dat welhaast alleen bij toeval goed gaan. Hoofdelijk verbonden schuldenaren zullen zich de gevaren van schikken zelden realiseren. Schuldenaren die zich niet eens bewust zijn van het feit dat er sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid zullen al helemaal niet snel bij deze problemen stilstaan. Ook hier schuilt wederom een situatie van onduidelijkheid die wordt veroorzaakt door de hoofdelijke aansprakelijkheid die wordt verlangd in het kader van de groepsvrijstelling op basis van artikel 2:403 lid 1 sub f BW. In de praktijk wordt deze hoofdelijke aansprakelijkheid vaker aangezien voor een garantie of een borgstelling, waarbij de vordering op de dochtervennootschap wordt gezien als een hoofdvordering en de mogelijkheid om de moedervennootschap aan te spreken wordt gezien als de daaraan gekoppelde zekerheid.

In de praktijk loopt het treffen van een schikking in situaties waarin de groepsvrijstelling is toegepast dan ook meer dan eens onbedoeld fout af. De regels inzake hoofdelijkheid, zoals hiervoor besproken, worden onverkort toegepast. Dat een 403-verklaring een waarborgfunctie heeft, doet daaraan niets af. Ook het argument dat de Europese regelgeving in het kader van de groepsvrijstelling van een garantstelling spreekt en niet van hoofdelijke aansprakelijkheid, zal niet baten.[161] Een goed voorbeeld van deze problematische materie geeft het arrest van de Hoge Raad van 3 april 2015 inzake Bia Beheer.[162]

Bia Beheer BV ('Bia Beheer') was de moedervennootschap van Inalfa Mastertools BV ('Inalfa'). Inalfa had een overeenkomst gesloten met Lentink Metaalwarenfabriek BV ('Lentink'). Zowel Bia Beheer als Inalfa waren failliet verklaard. In het verleden waren Mastertools en Lentink overeengekomen dat Inalfa een trekstempel (persgereedschap) zou vervaardigen voor Lentink. Deze trekstempel wordt geproduceerd, maar blijkt niet goed te werken. Tussen Lentink en Inalfa ontstaat een juridisch geschil over de gebrekkige nakoming en de daardoor geleden schade. Lentink betrekt daarbij tevens Bia Beheer, omdat Bia Beheer een 403-

161 Zie *r.o.* 3.6.3 van het hierna besproken arrest van de Hoge Raad: "De omstandigheid dat de Europese richtlijnen die aan art. 2:403 BW ten grondslag liggen niet spreken van hoofdelijke aansprakelijkheid, maar van het stellen van een garantie, leidt niet tot een ander oordeel. Daargelaten of juist is dat met de term "garantie" een borgtocht is bedoeld, die Europese richtlijnen geven slechts minimumvoorschriften en laten aan de nationale wetgever ruimte voor een verder strekkende aansprakelijkheid (zie de conclusie van de advocaatgeneraal onder 2.9). Blijkens art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om de in de Europese richtlijnen bedoelde garantie uit te werken in een vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid." HR 3 april 2015, ECLI: ECLI:NL:HR:2015:837.

162 HR 3 april 2015, ECLI: ECLI:NL:HR:2015:837, *JOR* 2015/191 m.nt. Faber en Vermunt; Bartman 2015, p. 806-812; *NJ* 2015/255 m.nt. Van Schilfgaarde; *Ondernemingsrecht* 2015/66, p. 343, m.nt. Beckman (Bia Beheer) en Huiskes 2015, p. 38.

verklaring heeft afgegeven voor dochter Inalfa. Op basis van die 403-verklaring is Bia Beheer hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van Inalfa die voortvloeien uit de door Inalfa met Lentink gesloten overeenkomst. Wanneer Inalfa reeds failliet is verklaard, acht Lentink het wijs om de zaak zo spoedig mogelijk te schikken. Lentink treft met de curator van Inalfa een schikking. De curator in het faillissement van Inalfa en Lentink komen overeen dat Lentink afziet van haar vordering op Inalfa tegen een eenmalige betaling van 25.000 euro. De curator van Bia Beheer is echter niet bij deze schikking betrokken. Lentink handhaaft vervolgens de oorspronkelijke vordering (waarop wel 25.000 euro in mindering wordt gebracht) jegens Bia Beheer. De curator van Bia Beheer voert aan dat Lentink met de schikking tevens afstand heeft gedaan van haar vordering op Bia Beheer. De curator in het faillissement van Bia Beheer voert voorts aan dat de 403-vordering dekt tot zekerheid van de hoofdvordering die Lentink op Inalfa had. Nu die vordering teniet is gegaan, kan Bia Beheer ook niet meer tot betaling worden aangesproken. De Hoge Raad overweegt daartoe onder meer het volgende:[163]

> "3.6.1. Aan de onderdelen 2, 3 en 4 ligt het standpunt ten grondslag dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van een moedermaatschappij op grond van een 403-verklaring niet verder gaat dan een aansprakelijkheid voor verplichtingen van de vrijgestelde groepsvennootschap voor zover en voor zolang die verplichtingen nog daadwerkelijk bestaan. Volgens de onderdelen vloeit dit voort uit de aard en strekking van een 403-verklaring in de context van de wet. Ook de Europese richtlijnen die aan art. 2:403 BW ten grondslag liggen, spreken slechts van garantstelling door de consoliderende vennootschap. Voor het onderhavige geval betekent dit volgens de onderdelen dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van Bia Beheer na de door Lentink met mr. Gerrits q.q. getroffen dading zich slechts uitstrekt tot de door de dadingsovereenkomst en finale kwijting beperkte schuld van €25.000.
>
> 3.6.2. In het hiervoor in 3.5 overwogene ligt besloten dat de onderhavige 403-verklaring volgens het hof niet meer of anders inhoudt dan dat Bia Beheer zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de uit rechtshandelingen van Mastertools voortvloeiende schulden. Zoals ook het hof overweegt, is in HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, NJ 2002/447 (Akzo Nobel/ING) beslist dat hoofdelijke aansprakelijkheid, ook die in het kader van art. 2:403 BW, niet op één lijn kan worden gesteld met borgtocht. Het door de klachten verdedigde standpunt stuit hierop af. In verband met de hoofdelijke aansprakelijkheid van Bia Beheer zijn de art. 6:7 e.v. BW van toepassing, hetgeen meebrengt dat haar aansprakelijkheid berust op een zelfstandige verbintenis jegens Lentink, waarvan zelfstandig nakoming kan worden gevorderd. In dit verband is van belang dat het middel niet opkomt tegen het in rov. 4.16.1 besloten liggende oordeel van het hof dat de door Lentink en mr. Gerrits q.q. getroffen dading niet meebrengt dat Lentink op de voet van art. 6:9 lid 1 BW afstand heeft gedaan van haar vorderingsrecht jegens Bia Beheer. Zoals het hof vervolgens heeft overwogen, heeft deze dading ingevolge art. 6:7 lid 2 BW slechts

163 Zie *r.o.* 3.6.1 en 3.6.2 van HR 3 april 2015, ECLI: ECLI:NL:HR:2015:837, *JOR* 2015/191 m.nt. Faber en Vermunt; Bartman 2015, p. 806-812; *NJ* 2015/255 m.nt. Van Schilfgaarde; *Ondernemingsrecht* 2015/66, p. 343, m.nt. Beckman (Bia Beheer) en Huiskes 2015, p. 38.

> tot gevolg dat de schuld van Bia Beheer is verminderd met het door mr. Gerrits q.q. betaalde bedrag van € 25.000. Aan een en ander heeft het hof in de slotzin van rov. 4.16.1 terecht de conclusie verbonden dat het verweer van mr. Eikendal q.q. faalt."

Zoals hiervoor uiteen is gezet, is het treffen van een goede schikking bij hoofdelijke aansprakelijkheid in feite specialistenwerk omdat de materie niet eenvoudig is. Bij hoofdelijke aansprakelijkheid in het kader van de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW komt daar nog bij dat de zekerheid die een 403-verklaring biedt, de 403-vordering, vaak als een afhankelijk recht wordt beschouwd. Niet steeds staat helder op het netvlies dat sprake is van zelfstandige en van elkaar onafhankelijke vorderingsrechten. Dat is wellicht geen accurate perceptie, maar gezien de achtergrond en de ratio van de vrijstellingsregeling valt die misvatting wel te begrijpen.[164]

Het arrest inzake Bia Beheer is niet voor niets kritisch ontvangen. Zo schrijft Bartman onder meer:

> "Zet men zo alle praktische bezwaren die kleven aan hoofdelijkheid, als bedoeld in artikel 6:7 BW, in verband met de 403-verklaring op een rijtje, dan komt de wijze waarop de Hoge Raad in het Bia Beheer-arrest de zaak afdoet toch wel erg mager over. Hoge Raad noch advocaat-generaal gaat inhoudelijk op die bezwaren in, terwijl de advocaatgeneraal in zijn conclusie de vele kritische geluiden in de rechtsliteratuur van de afgelopen twaalf jaar wel degelijk signaleert. Hij doet er vervolgens echter niets mee."[165]

Faber en Vermunt schrijven onder meer:

> "Ook in het onderhavige arrest kiest de Hoge Raad voor deze benadering. Een schuldeiser van de dochtermaatschappij heeft derhalve de keuze of hij voor de betaling van zijn vordering de dochtermaatschappij dan wel de moedermaatschappij aanspreekt, met dien verstande dat nakoming door de een ook de ander bevrijdt (vgl. art. 6:7 BW). Van enigerlei subsidiariteit, zoals het geval is bij borgtocht (vgl. art. 7:855 lid 1 BW), is geen sprake. De door de Hoge Raad gemaakte keuze achten wij minder gelukkig. In de onderlinge verhouding tussen de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij staat vast dat de schuld louter de dochtermaatschappij aangaat. Met een subsidiair verhaalsrecht van de schuldeiser jegens de moedermaatschappij wordt voldoende gecompenseerd dat schuldeisers die contracteren met de dochtermaatschappij, wegens het ontbreken van een eigen jaarrekening geen inzicht hebben in de financiële situatie van de dochtermaatschappij."

164 Eerder ging ik in op de problematiek van onduidelijkheden bij het treffen van een schikking waar de groepsvrijstelling in het spel is. Zie Van der Kraan 2015-II.

165 Bartman 2015, p. 806-812, par. 6.

Beckman schrijft naar aanleiding van dit arrest onder meer:

> "Omdat thans bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel tot aanpassing van titel 9 Boek 2 BW aan de EU-richtlijn jaarrekeningen aanhangig is, is er nu het geëigende moment om tevens de regeling van art. 2:403 BW aan te passen waardoor de inhoud ervan meer overeenkomt met het daarover bepaalde in die richtlijn onder gelijktijdige opheffing van de vele aan art. 2:403 BW verbonden uit de doctrine en jurisprudentie blijkende onduidelijkheden."

De afsluitende conclusie van deze paragraaf is in lijn met deze commentaren dat het treffen van een schikking waarbij een 403-vordering in het spel is eenvoudig voor onduidelijkheden kan zorgen. Deze onduidelijkheden worden veroorzaakt door de hoofdelijke aansprakelijkheid op basis waarvan meerdere vorderingsrechten worden gecreëerd. De regels inzake hoofdelijke aansprakelijkheid maken schikkingen erg gecompliceerd. Zowel de praktijk worstelt daarmee en de geleerde literatuur is uiterst kritisch over deze ongelukkige situatie.

6.5 Achterstelling, preferentie en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW

6.5.1 Inleiding

In deze paragraaf zal de achterstelling van de oorspronkelijke vordering op de dochtervennootschap en de achterstelling van een 403-vordering op de moedervennootschap centraal staan. Deze samenloopsituatie wordt behandeld omdat in de praktijk duidelijk is geworden dat de vrijstellingsregeling ook in dergelijke situaties aanleiding gaf voor onduidelijkheden. De aanleiding voor deze onduidelijkheden is gelegen in het feit dat de reguliere regels inzake hoofdelijkheid van toepassing zijn waardoor de oorspronkelijke vordering van de schuldeiser op de dochtervennootschap en de 403-vordering van de schuldeiser op de moedervennootschap als twee zelfsandige vorderingsrechten worden aangemerkt. Aangenomen wordt dat een 403-vordering direct ontstaat wanneer een schuldeiser een uit een rechtshandeling voortvloeiende vordering op de moedervennootschap verkrijgt. Nadere actie is niet vereist. De schuldeiser en de moedervennootschap zullen in de regel geen nadere afspraken ten aanzien van de 403-vordering maken en een 403-vordering zal in de regel een concurrente vordering zijn.[166]

Preferentie en achterstelling hebben beiden betrekking op de rangorde van vorderingsrechten. De rangorde van een vorderingsrecht kan worden geregeld. De

166 Dit zou anders kunnen zijn wanneer de moedervennootschap en de schuldeiser een specifieke overeenkomst hebben gesloten op basis waarvan bijvoorbeeld alle vorderingen en toekomstige vorderingen die de schuldeiser op de moedervennootschap heeft of zal verkrijgen op een bepaalde manier gesecureerd zijn.

vordering kan preferent worden gemaakt om voorrang te krijgen boven andere vorderingen of een vordering kan worden achtergesteld om ondergeschikt te worden gemaakt aan andere vorderingen.

Een vraag die in de praktijk naar voren is gekomen, is de vraag of de rangorde van de oorspronkelijke vordering van invloed is op de rangorde van de bijbehorende 403-vordering. Een begrijpelijke gedachte. De 403-vordering strekt tot zekerheid voor de nakoming van de vordering die een schuldeiser op de dochtervennootschap heeft. Toch zijn dit niet dezelfde vorderingsrechten en moet ieder vorderingsrecht op zijn eigen merites worden beoordeeld. Preferentie of achterstelling van een vordering op de dochtervennootschap heeft geen invloed op de 403-vordering op de moedervennootschap.

In navolgende paragrafen zal worden gesproken van niveaus. Met het dochterniveau zal de oorspronkelijke vordering worden bedoeld welke voortvloeit uit de door de dochtervennootschap verrichte rechtshandeling. Met het moederniveau zal worden gedoeld op de 403-vordering die de schuldeiser op basis van de 403-verklaring kan instellen jegens de moedervennootschap. De vraag is of een bevoorrechte vordering op het niveau van de dochtervennootschap tevens een bevoorrechte vordering oplevert op het niveau van de moedervennootschap en of achterstelling op het niveau van de dochtervennootschap doorwerkt op het niveau van de moedervennootschap.

6.5.2 Preferentie en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW

In 2005 had de Rechtbank Haarlem te oordelen over de vraag of een werknemer die in dienst was van een vrijgestelde dochtervennootschap en een preferente vordering op zijn werkgever had, tevens een preferente vordering op de moedervennootschap had.[167] De hoofdvordering vloeide voort uit een arbeidsovereenkomst in samenhang met artikel 3:288 sub e BW:

> Artikel 3:288 BW
> De bevoorrechte vorderingen op alle goederen zijn de vorderingen ter zake van:
> (…)
> e. al hetgeen een werknemer over het lopende en het voorafgaande kalenderjaar in geld op grond van de arbeidsovereenkomst van zijn werkgever te vorderen heeft, alsmede de bedragen door de werkgever aan de werknemer in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst verschuldigd uit hoofde van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de arbeidsovereenkomst.

De werknemer was in dienst bij IP Services. IP Services was vrijgesteld op grond van artikel 2:403 BW. Moedervennootschap KPNQwest had zich hoofdelijk aansprakelijk verklaard voor de schulden van IP Services. Zowel IP Services als KPNQwest gaan failliet. Het stond niet ter discussie dat de vordering van de

167 Rb. Haarlem 16 november 2005, *JOR* 2006/27, *JutD* 2006/10 p. 22 m.nt. Van Wijngaarden.

werknemer op zijn werkgever preferent was op grond van artikel 3:288 BW. De vervolgvraag is of de werknemer die op grond van art. 3:288 BW een – erkende – preferente vordering heeft in het faillissement van IP Services, op grond van de 403-verklaring in het faillissement van KPNQwest ook een preferente vordering heeft. De Rechtbank Haarlem overwoog als volgt:

> "5.4. Vervolgens is de vraag of Van der Aa die als werknemer op grond van artikel 3:288 BW een – erkende – preferente vordering heeft in het faillissement van IP Services, op grond van de 403-verklaring in het faillissement van KPNQwest ook een preferente vordering heeft.
>
> 5.5. De curatoren hebben in dat verband aangevoerd dat preferenties uitsluitend ontstaan uit een formele wet. Omdat preferenties de hoofdregel van de gelijkheid van crediteuren doorbreken, is zorgvuldigheid geboden. De door de 403-verklaring geschapen hoofdelijkheid schept geen preferentie volgens de curatoren. Verder vloeit het voorrecht voort uit de wet en niet uit een rechtshandeling, zodat het voorrecht niet valt onder het bereik van de 403-verklaring. Ten slotte hebben de curatoren aangevoerd dat de vordering van Van der Aa is gebaseerd op de vennootschapsrechtelijke 403-verklaring en dus niet haar oorsprong vindt in een bepaling ten aanzien van het arbeidsrecht, zodat ook om die reden de preferentie van artikel 3:288 BW niet geldt.
>
> 5.6. Op grond van artikel 2:403 BW hoeft een tot een groep behorende vennootschap de jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van titel 9 van Boek 2 BW in te richten als voldaan is aan de daarin genoemde voorwaarden. Eén van die voorwaarden (artikel 2:403 lid 1 onder f BW) is dat de rechtspersoon die de financiële gegevens van de betreffende vennootschap consolideert ''schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te zullen stellen voor de uit de rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden''. Deze verklaring is door KPNQwest afgegeven ten behoeve van IP Services. Voor de onderhavige vordering van Van der Aa, die voortvloeit uit een rechtshandeling van IP Services, te weten het aangaan van de arbeidsovereenkomst met Van der Aa, betekent dit dat KPNQwest hoofdelijk aansprakelijk is naast IP Services.
>
> 5.7. De ratio van de 403-verklaring is dat op deze wijze crediteuren van de – in dit geval – dochtervennootschap worden gecompenseerd voor het gebrek aan inzicht in de financiële gesteldheid van de dochtervennootschap. Deze vennootschap hoeft immers slechts beperkte financiële gegevens openbaar te maken. Verder zijn de financiële gegevens van de dochter opgenomen in de wel openbaar te maken financiële gegevens van de moeder waarin de van de dochter zijn geconsolideerd. Met de 403-verklaring kunnen crediteuren van de vennootschap aanspraken op de dochter ook verhalen op de moeder voor zover deze aanspraken voortvloeien uit een van de dochter. Door de wetgever is de aard van de aansprakelijkheid van de moeder niet verder uitgewerkt. De door KPNQwest afgelegde 403-verklaring is overeenkomstig de wettelijke tekst en biedt geen uitsluitsel omtrent de voorliggende vraag.
>
> 5.8. Zo lang de dochtervennootschap aan haar verplichtingen voldoet zal de 403-verklaring niet direct een rol spelen. Het belang van de 403-verklaring wordt vooral actueel als de dochter die verplichtingen niet meer kan nakomen. Dan is er reden om de moeder aan te spreken die wellicht wel verhaal biedt. Ook voor preferenties geldt dat deze vooral een rol spelen op het moment dat een vennootschap niet meer in staat is alle verplichtin-

gen na te komen en er een keuze moet worden gemaakt welke verplichtingen vóór andere verplichtingen moeten worden nagekomen.

5.9. In artikel 2:403 BW worden uitgezonderd de primaire verbintenissen die uit andere hoofde dan rechtshandelingen ontstaan. Daaruit volgt echter niet dat als de wet aan zekere rechtshandelingen bepaalde in de wet geregelde gevolgen verbindt, het hier zonder meer gaat om verbintenissen met een zelfstandige bestaansgrond, die niet onder de reikwijdte van een 403-verklaring zouden kunnen vallen. In dit geval komt uit het aangaan door IP Services van een arbeidsovereenkomst met Van der Aa een vordering voort waaraan de wet een preferentie verbindt. Het is nog steeds die oorspronkelijke rechtshandeling die leidt tot die wettelijke preferentie, ook als het gaat om de grondslag voor de aanspraak op KPNQwest. Anders gezegd, indien de arbeidsovereenkomst door IP Services niet was aangegaan, was er ook geen preferentie. In zoverre is onjuist de stelling van curatoren dat de preferentie niet voortvloeit uit een rechtshandeling maar zou voortvloeien uit de wet. De wet verbindt aan een vordering van een werknemer op een werkgever een preferentie. De 403-verklaring maakt KPNQwest weliswaar geen werkgever van Van der Aa, maar leidt er anderzijds ook niet toe dat de aan de vordering van Van der Aa verbonden preferentie komt te vervallen. De hoofdelijkheid van KPNQwest voor vorderingen die voortvloeien uit rechtshandelingen van IP Services ziet in dit geval ook op de door de wet daaraan verbonden preferentie. KPNQwest heeft zich immers aansprakelijk gesteld voor schulden die voortvloeien uit door IP Services aangegane rechtshandelingen en aan deze specifieke rechtshandeling, het aangaan van de arbeidsovereenkomst met Van der Aa kleeft als het ware de wettelijke preferentie. Het feit dat de gelijkheid van crediteuren van KPNQwest als het gaat om de vordering van Van der Aa dan wordt doorbroken, is onvoldoende om die preferentie niet ook te laten gelden ten opzichte van de KPNQwest. Aan de bescherming die de artikel 403-verklaring ook werknemers in de onderhavige situatie biedt, zou te zeer afbreuk worden gedaan indien de aanspraak ten opzichte van de moeder slechts concurrent zou zijn. Van een daadwerkelijke aanspraak op de moeder is – gegeven de omstandigheden waaronder die aanspraak van wezenlijk belang is – dan immers vaak geen sprake meer. Dat geldt te meer in de onderhavige situatie waar IP Services kennelijk een vennootschap was met een (zeer) beperkt actief. Immers (het grootste gedeelte van) de werknemers van het concern waren (was) bij IP Services ondergebracht.

5.10. Een en ander leidt tot de conclusie dat de vordering van Van der Aa ook preferent is in het faillissement van KPNQwest. Van der Aa zal in het gelijk worden gesteld. De curatoren zullen worden veroordeeld in de kosten van het geding zoals na te melden."

De rechtbank wijdt er de nodige woorden aan. Maar de slotsom waartoe de Rechtbank Haarlem komt, is dat de preferentie als het ware kleeft aan de vordering. Hierdoor zijn zowel de vordering op de dochtervennootschap als de vordering op de moedervennootschap preferent.[168]

168 Tegen dit vonnis is hoger beroep is ingesteld, maar het hof kwam aan de rechtsvraag inzake de doorwerking van preferentie niet toe omdat het hof van mening was dat Van der Aa als werknemer van KPNQwest kon worden aangemerkt zodat hij uit dien hoofde direct als preferente schuldeiser in de boedel van KPNQwest moest worden toegelaten (Hof Amsterdam, 6 september 2007, rolnr. 425/06, n.g.).

Terecht kritisch over deze uitspraak is T. van Wijngaarden. Hij heeft dogmatische bezwaren tegen het vonnis aangezien een vordering uit de 403-verklaring een zelfstandige vordering is. Er is geen grondslag om aan deze zelfstandige vordering preferentie toe te kennen. Hij geeft voorts aan dat de rechtbank een ontoelaatbare inbreuk op de *paritas creditorum* maakt op het niveau van KPNQwest.

Vijf jaar later komt de Rechtbank Haarlem op haar beslissing van 2005 terug. In 2010 heeft de Rechtbank Haarlem opnieuw te oordelen in een kwestie met betrekking tot het faillissement van KPNQwest.[169] Opmerkelijk genoeg oordeelt de rechtbank dan, in een exact gelijke casus, dat een bevoorrechte vordering van een werknemer op zijn werkgever geen bevoorrechte 403-vordering op de moedervennootschap oplevert. De rechtbank overweegt in 2010 het volgende:

> "4.4. [Eiser] heeft ten slotte gesteld dat de preferentie van zijn vordering jegens de NV inroepbaar is op grond van de 403-verklaring (zie 2.8). De curatoren hebben hiertegen aangevoerd dat preferentie slechts volgt uit de wet en niet kan ontstaan door de 403-verklaring. Dit verweer van de curatoren slaagt. Daarvoor is het volgende redengevend.
>
> 4.5. Op grond van artikel 2:403 BW behoeft een tot een groep behorende rechtspersoon (verder: de dochtervennootschap) geen jaarrekening overeenkomstig de voorschriften van titel 9 van boek 2 BW in te richten, als is voldaan aan de in dat artikel genoemde voorwaarden. Eén van die voorwaarden (onder f) is dat de rechtspersoon of vennootschap die de financiële gegevens van de dochtervennootschap heeft geconsolideerd in haar jaarrekening (verder: de moedervennootschap) schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor schulden van de dochtervennootschap die uit rechtshandelingen voortvloeien. Met deze 403-verklaring kunnen crediteuren van de dochtervennootschap aanspraken op die vennootschap ook verhalen op de moedervennootschap, voor zover deze aanspraken voortvloeien uit een rechtshandeling van de dochtervennootschap. De ratio van de 403-verklaring is dat op deze wijze crediteuren van de dochtervennootschap worden gecompenseerd voor het gebrek aan inzicht in de financiële gesteldheid van de dochtervennootschap. Hieruit volgt dat het beroep van [eiser] op de 403-verklaring vooronderstelt dat zijn vordering voortvloeit uit een rechtshandeling (in dit geval de beëindiging van de arbeidsovereenkomst) met de BV (de dochtervennootschap).
>
> 4.6. Artikel 3:277 BW bepaalt voor zover hier van belang dat schuldeisers onderling een gelijk recht hebben om uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens door de wet erkende redenen van voorrang. Ingevolge artikel 3:278 BW vloeit voorrang voort uit pand, hypotheek en voorrecht en ontstaan voorrechten alleen uit de wet. In het onderhavige geval vloeit de preferentie van [eiser] voort uit artikel 3:288 sub e BW. Het betreft de vorderingen van [eiser] op zijn werkgever, de BV, in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, waarbij het object van het voorrecht het gehele vermogen van de BV is. Aanvaarding van de stelling van [eiser] zou er toe leiden dat het object van het voorrecht ingevolge de 403- verklaring zou worden uitgebreid met het vermogen van de NV. Nu evenwel uit de tekst van artikel 2:403 BW slechts volgt dat de NV

169 Rb. Haarlem 28 juli 2010, *JOR* 2010/264 m.nt. Bartman en *Ondernemingsrecht* 2010/147 m.nt. Beckman.

> ingevolge de 403 verklaring (hoofdelijk) aansprakelijk is voor schulden die uit rechtshandelingen van de BV voortvloeien, is daarvoor geen steun te vinden in de wet."

De redenering van de rechtbank is dat het voorrecht voortvloeit uit de wet en dat daarom de 403-verklaring geen aanleiding geeft om preferentie toe te kennen aan de 403-vordering. De uitkomst die volgt is juist. Maar de redenering enigszins merkwaardig. Naar mijn idee had de conclusie moeten zijn dat artikel 3:228 BW (uitsluitend) een voorrecht toekent aan vorderingen op de werkgever. De vordering op de moedervennootschap is een andere, zelfstandige vordering die op geen enkele wijze bevoorrecht is. Een voorrecht moet uit de wet voortvloeien en nu de wet zich beperkt tot de werkgever en niet de moedervennootschap van de werkgever, kan op het niveau van de moedervennootschap geen sprake zijn van een bevoorrechte vordering. Dat de 403-verklaring alleen bepaalt dat aansprakelijkheid ontstaat voor vorderingen voortvloeiend uit rechtshandelingen, is dan niet relevant.

Uit vorenstaande uitspraken blijkt wel dat rechtbanken worstelen met de zelfstandigheid van de 403-vordering. Dit wordt ook gesignaleerd in de commentaren die op deze uitspraken volgen. Zo merkt Bartman op:

> "Mij is geen eerder geval bekend waarin een lagere rechter inzake het antwoord op een bepaalde rechtsvraag binnen vijf jaar volledig omgaat, zonder dat hier een tussentijdse uitspraak van de Hoge Raad aan ten grondslag ligt. En dat dan ook nog eens in dezelfde casus (…)"[170]

Voorts schrijft Bartman:

> "Zoals gezegd, in het onderhavige geval ziet de rechtsvraag op het materiële bereik van de 403-verklaring, los van de concrete tekst die daarvoor is opgesteld. Biedt zij dekking aan een loonvordering inclusief wettelijk voorrecht of alleen aan de "kale" loonvordering? In het licht van de specifieke, ondernemingsrechtelijke achtergrond van de 403-verklaring is het standpunt van de Haarlemse rechtbank uit 2005 goed verdedigbaar. Deze achtergrond "kleurt" in zekere zin de vordering uit de 403-verklaring, geeft daar een sui generis-karakter aan (vgl. Bartman/Dorresteijn, Van het concern, 2009, p. 221, in verband met het subsidiariteitvereiste, alsmede R.M. Wibier, Ondernemingsrecht 2008-5, p. 180, in verband met verpanding en overdracht). De 403-verklaring staat eerder in het teken van de – gedeeltelijke – opheffing van het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouder, dan in dat van de reguliere borgstelling of hoofdelijkheid. Raaijmakers wees hier al op in zijn proefschrift uit 1976 (M.J.G.C. Raaijmakers, Joint ventures, Nijmeegse serie, deel 14, p. 287).
> (…)
> Het zal de lezer niet verbazen dat deze ondernemingsrechtelijke uitleg van de 403-verklaring mij meer aanspreekt dan de strikt Nederlands vermogensrechtelijke, zoals gebezigd in het onderhavige vonnis. Steun voor deze uitleg kan inmiddels ook worden ontleend aan de tekst van artikel 57 van de Vierde EG-richtlijn tot harmonisatie van het jaarrekeningenrecht, waarin als voorwaarde voor ontheffing van de publicatieplicht van

170 Rb. Haarlem 28 juli 2010, *JOR* 2010/264, m.nt. Bartman.

> een dochtervennootschap wordt gesteld dat moeder "guarantees the commitments entered into by the subsidiary." De term "the commitments" lijkt mij te verwijzen naar het gehele pakket van verplichtingen van een dochter jegens haar schuldeiser(s), inclusief daaraan eventueel verbonden wettelijke voorrechten, niet slechts naar het kale vorderingsrecht. Een richtlijnconforme uitleg van art. 2:403 BW noopt er mij dunkt toe om ook de loonpreferentie van de werknemers in de boedel van KPNQwest te erkennen. Daarmee wordt geen extra preferentie gecreëerd, zij bestond reeds vanaf het moment dat de 403-verklaring werd gedeponeerd.[171]

Bartman kan klaarblijkelijk sympathie opbrengen voor de eerste uitspraak van de Rechtbank Haarlem. Er is wat mij betreft zeker wat voor die uitkomst te zeggen. Maar dit is moeilijk verenigbaar met de opvattingen van de Hoge Raad. De Hoge Raad is duidelijk ten aanzien van het punt dat het vorderingsrecht op de dochtervennootschap en de 403-vordering op de moedervennootschap onafhankelijke zelfstandige vorderingsrechten zijn. In dat licht is het standpunt dat de Rechtbank Haarlem in 2005 heeft ingenomen moeilijk houdbaar.

Ook Beckman geeft aan dat de groepsvrijstellingsregeling aanleiding geeft voor onduidelijkheid. Door de kwestie strikt aan te vliegen, vermijdt de rechtbank 'complicaties':

> "De contractuele schuldeiser van een 403-maatschappij heeft twee schuldenaren: de 403-maatschappij en de moedermaatschappij. Met andere woorden: tenzij de wet of overeenkomst anders bepaalt, kan deze schuldeiser zich verhalen op de goederen van de 403-maatschappij én de moedermaatschappij. Uit het door de werkgever aangegane Sociaal Plan zal niet blijken dat hiervan wordt afgeweken, zodat alleen uit de wet zou moeten blijken dat in geval van een niet–draagplichtig schuldenaar van art. 3:276 BW wordt afgeweken. Die bepaling kan ik niet vinden. Art. 3:288 sub e BW gaat over vorderingen in geld op grond van de arbeidsovereenkomst met de werkgever en die in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Door de 403-aansprakelijkstelling gelden die vorderingen ook jegens de moedermaatschappij. Waarom zou dit voorrecht dan niet gelden?
>
> Vanuit de optiek van de contractuele schuldeiser vormt zijn verhaalsmogelijkheid de goederen van de 403-maatschappij en moedermaatschappij, aangezien dit voortvloeit uit de door de moedermaatschappij vrijwillig aanvaarde hoofdelijke verbondenheid voor de schulden uit rechtshandelingen van de 403-maatschappij. Ook kan worden beredeneerd dat deze vorderingen en dus de voorrechten er niet waren zonder de aangegane arbeidsovereenkomsten. Vergelijk dit met de 403-maatschappij die vennoot is van een VOF. Deze is uit hoofde van de wet aansprakelijk voor alle schulden van de VOF. Die aansprakelijkheid kan er alleen zijn door het aangaan van de VOF. Is de moedermaatschappij nu uit dien hoofde aansprakelijk? Dit lijkt zeker niet onverdedigbaar.
>
> De rechtbank blijkt er anders over te denken. Zij gaat niet in op art. 3:276 BW, maar verbindt aan de verbondenheid voor schulden uit rechtshandelingen van de 403-maatschappij dat nu het object van het voorrecht het vermogen van de BV is, niet inhoudt dat het

171 Rb. Haarlem 28 juli 2010, *JOR* 2010/264, m.nt. Bartman.

> voorrecht ook jegens de aansprakelijke moedermaatschappij geldt: 'geen steun (…) in de wet.' Ik betwijfel dit, al geef ik toe dat de opvatting van de rechtbank veel complicaties vermijdt."[172]

Enkele jaren later is het weer aan de orde. Wederom bestaat er een geschil over de doorwerking van preferentie ten aanzien van de 403-vordering.[173] Het UWV is door subrogatie rechthebbende geworden van de vorderingen die de werknemers op Innogrow International B.V. ('Innogrow') hebben. Het UWV spreekt Econcern N.V. ('Econcern') aan op basis van de door Econcern voor Innogrow afgegeven 403-verklaring. Zowel Innogrow als Econcern worden failliet verklaard. Econcern heeft zich op basis van een 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van Innogrow. De werknemers van Innogrow hebben een voorrecht dat is gekoppeld aan hun vorderingen op Innogrow voor zover dit loonvorderingen zijn.

Echter, het UWV voldoet de loonvorderingen op basis van hoofdstuk IV van de Werkloosheidswet (WW). De loonvorderingen van de werknemers gaan op basis van artikel 66 lid 1 WW krachtens subrogatie over op het UWV:

> Artikel 66 WW:
> 1. De vorderingen van de werknemer en derden op de werkgever, bedoeld in artikel 64, eerste lid, gaan over op het UWV, voorzover deze vorderingen door het UWV worden voldaan.
> 2. Het UWV verhaalt de door werkgevers verschuldigde premies op grond van Wet financiering sociale verzekeringen over de uitkering, bedoeld in dit hoofdstuk, op de werkgever.
> 3. De vorderingen van het UWV, bedoeld in het tweede lid, zijn bevoorrecht op alle goederen van de werkgever en gaan boven alle andere voorrechten met uitzondering van die van de artikelen 287 en 288 onder a, alsmede die van artikel 284 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

Op basis van artikel 6:142 BW gaat voorrecht van de werknemers met de vorderingen mee over op het UWV:

> Artikel 6:142 BW
> 1. Bij overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser verkrijgt deze de daarbij behorende nevenrechten, zoals rechten van pand en hypotheek en uit borgtocht, voorrechten en de bevoegdheid om de ter zake van de vordering en de nevenrechten bestaande executoriale titels ten uitvoer te leggen.

172 Rb. Haarlem 28 juli 2010, *JOR* 2010/264 en *Ondernemingsrecht* 2010/147 m.nt. Beckman.
173 Rb. Midden-Nederland, 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0334, *JOR* 2013/70, m.nt. Van Dooren; *JIN* 2013/73, m.nt. Van der Kraan en *Ondernemingsrecht* 2013/48, m.nt. Nass.

> 2. Onder de nevenrechten zijn tevens begrepen het recht van de vorige schuldeiser op bedongen rente of boete of op een dwangsom, behalve voor zover de rente opeisbaar of de boete of dwangsom reeds verbeurd was op het tijdstip van de overgang.

Uit lid 1 van artikel 6:142 BW vloeit voort dat een voorrecht een nevenrecht is. Het nevenrecht gaat bij de overgang van een vordering met die vordering mee over. Een nevenrecht 'kleeft' als het ware aan de vordering en gaat met de vordering mee over op de verkrijger van die vordering. De vordering op die het UWV verkrijgt op dochtervennootschap Innogrow is daarmee onbetwist versterkt met een voorrecht.

Nu geconstateerd is dat het UWV van de werknemers het vorderingsrecht op Innogrow verkrijgt, is de vraag wat er gebeurt met de vordering die de werknemers nog steeds hebben op moedervennootschap Econcern. Deze vorderingen zijn namelijk niet overgegaan op het UWV. In deze kwestie is geen enkele werknemer zo berekenend geweest om die vordering ook nog eens te gaan incasseren. Ik zal hier verder niet op ingaan, maar daar had nog een juridisch steekspel uit voort kunnen vloeien. Allemaal het gevolg van de hoofdelijkheid, waarbij steeds geheel separate vorderingsrechten ontstaan.

Terug naar de casus. Op basis van de 403-verklaring spreekt het UWV naast Innogrow ook Econcern aan voor het voldoen van de vorderingen. Het UWV stelt zich op het standpunt dat het voorrecht ook van toepassing is op de vorderingen die het UWV op basis van de 403-verklaring heeft op Econcern. De curatoren die zijn aangesteld in het faillissement van Econcern betwisten dit. De rechtbank stelt de curatoren op dit punt in het gelijk. Het UWV heeft vorderingen op Econcern maar deze vorderingsrechten jegens moedervennootschap Econcern zijn niet preferent. Het betoog van de rechtbank in deze is als volgt:[174]

> "4.2. De aansprakelijkheid op grond van een aansprakelijkheidsverklaring die is afgegeven in verband met de vrijstelling van artikel 2:403 BW, is niet rechtstreeks gebaseerd op de wet (artikel 2:403 BW) maar op de aansprakelijkheidsverklaring zelf (HR 28 juni 2002, LJN AE4663, JOR 2002, 136 (Akzo Nobel/ING)). Geen rechtsregel verbiedt dat een door een moedervennootschap ten behoeve van een dochtervennootschap afgegeven aansprakelijkheidsverklaring een verdergaande strekking heeft dan artikel 2:403 BW voorschrijft. De uitleg die UWV aan de aansprakelijkheidsverklaring heeft gegeven, te weten dat deze in het onderhavige geval mede strekt tot aanvaarding van aansprakelijkheid jegens UWV die op grond van artikel 66 lid 1 WW is getreden in de rechten van werknemers van Innogrow jegens Innogrow, is blijkens het voorgaande niet of ten minste niet gemotiveerd weersproken. Nu artikel 25 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op dit punt geen toepassing claimt, heeft de rechtbank hierin dan niet te treden. De rechtbank dient er aldus vanuit te gaan dat UWV ten minste een concurrente vordering heeft in het faillissement van Econcern.

174 Rb Midden-Nederland, 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0334, *r.o.* 4.1 en 4.2.

> 4.3. Wat partijen verdeeld houdt, is het antwoord op de vraag of de preferentie die is verbonden aan de vordering van UWV op Innogrow, ook is verbonden aan de op de aansprakelijkheidsverklaring gebaseerde vordering van UWV op Econcern. De rechtbank beantwoordt deze vraag ontkennend. Volgens artikel 3:278 BW ontstaan voorrechten slechts uit de wet. Artikel 3:288 sub e BW geeft slechts, binnen zekere grenzen, een voorrecht aan vorderingen van werknemer op (het vermogen van) werkgever. Econcern geldt niet als werkgever van de werknemers in wier rechten UWV is gesubrogeerd, dat hebben partijen ook niet betoogd. Artikel 2:403 BW – verondersteld dat die bepaling in het onderhavige geval van toepassing zou zijn – noch enige andere wetbepaling verbindt een voorrecht aan aansprakelijkheid die voortvloeit uit door een moedervennootschap ten behoeve van haar dochtervennootschap afgegeven aansprakelijkheidsverklaring. Of de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap voortvloeit uit één verbintenis met als debiteuren de moeder- en de dochtervennootschap, zoals UWV stelt, of uit een zelfstandige verbintenis van de moedervennootschap die van die van de dochtervennootschap moet worden onderscheiden, zoals de curatoren stellen, maakt hiervoor niet uit. Het gaat er bij preferentie immers juist om of een vordering bevoorrecht is op (de executieopbrengst van) het vermogen van een bepaalde debiteur. Daarvan is geen sprake als de wet dat niet stipuleert, ook niet als men het aldus zou willen zien dat diezelfde vordering wel, op grond van de wet, bevoorrecht is op (de executieopbrengst van) het vermogen van een andere debiteur."

De rechtbank maakt terecht het onderscheid tussen de vordering op de dochtervennootschap en de 403-vordering op de moedervennootschap. Er bestaat inderdaad geen grondslag die preferentie toekent aan de 403-vordering. Terecht moet apart worden getoetst of een dergelijke grondslag bestaat, omdat de 403-vordering op de moedervennootschap zelfstandig is ten opzichte van de vordering op de dochtervennootschap.

De rechtbank onderbouwt de afwijzing nog verder door te verwijzen naar de ratio achter de vrijstellingsregeling en naar Europese regelgeving. Dat is voor de beantwoording van de rechtsvraag overvloedig, want voor de beslissing zijn *rechtsoverwegingen* 4.2 en 4.3 voldoende. Onderstaande punten zouden de relevante rechtsvraag kunnen vertroebelen, maar de rechtbank dient uiteraard in te gaan op de door het UWV aangevoerde gronden:[175]

> "4.4. Aan het voorgaande doet niet af, anders dan UWV stelt, dat de strekking van een op voet van artikel 2:403 BW afgegeven aansprakelijkheidsverklaring is bescherming te bieden aan potentiële schuldeisers die ingevolge de toepassing van de in artikel 2:403 BW gegeven vrijstelling, hun beslissing om al dan niet met de dochtermaatschappij te contracteren niet meer op de jaarstukken van de dochtervennootschap kunnen baseren (vlg. genoemd arrest Akzo Nobel/ING). Bedoelde bescherming heeft de wetgever geboden met niet meer dan de verplichting van de moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van de betreffende dochtervennootschap (naast de overige door artikel 2:403 BW gestelde voorwaarden), niet tevens met een voorrecht op (de executieopbrengst van) het vermogen van de moedervennootschap indien de vordering op de dochtervennootschap bevoorrecht is. Deze

175 Rb. Midden-Nederland, 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0334, *r.o.* 4.3 en 4.4.

bescherming zal in sommige gevallen effectief zijn en in andere niet, maar dat zou ook gelden wanneer op de aansprakelijkheidsverklaring gebaseerde vorderingen op de moedervennootschap wel – naar gelang de voorrang van de onderliggende vorderingen op de dochtervennootschap – bevoorrecht zouden zijn. (In voorkomend geval zal een moedervennootschap immers wel verhaal beiden voor concurrente schuldeisers, in ander geval zelfs niet voor preferente schuldeisers.)

4.5. Aan het voorgaande doet evenmin af, anders dan UWV stelt, de omstandigheid dat de aan de vrijstelling van artikel 2:403 BW verbonden verplichting om een aansprakelijkheidsverklaring af te leggen, is gebaseerd op de vierde EG-richtlijn tot harmonisatie van het jaarrekeningenrecht (78/660/EEG) (artikel 57), die het aldus formuleert dat de moedervennootschap zich moet hebben garant verklaard voor de door de dochtervennootschap aangegane verplichtingen. Uit die omschrijving valt immers niet af te leiden dat de verbintenissen die voortvloeien uit de aansprakelijkheidsverklaring ook bevoorrecht (moeten) zijn indien de onderliggende vorderingen jegens de dochtervennootschap dat zijn. Een richtlijnconforme interpretatie van artikel 2:403 BW noodzaakt dus niet tot iets anders dan hiervoor is overwogen."

Van Dooren vraagt zich nog af of de vordering van Econcern wel voortvloeit uit een rechtshandeling, nu de overgang van die vordering is geregeld door de wet, namelijk artikel 66 WW.[176] Nass en Nass zijn zelfs stellig op dit vlak en betogen dat het UWV niet de vorderingen van de werknemers verkrijgt, maar nieuwe vorderingen verkrijgen op grond van het wettelijke recht van werknemers op uitkering van loonvorderingen door het UWV.[177] Artikel 66 WW, hierboven reeds aangehaald, spreekt zeer duidelijk van de *overgang* van (bestaande) vorderingen. Voor de vraag waar een vordering uit voortvloeit, is naar mijn idee de ontstaansgrond relevant. Dat zijn in dit geval de arbeidsovereenkomsten van de werknemers. De reeds op basis van deze rechtshandelingen ontstane vorderingen gaan vervolgens over door toepassing van artikel 66 WW. De overgang doet geen afbreuk aan de ontstaansgrond.

Van Dooren stelt nog een ander lastig punt aan de orde.[178] De hoofdelijkheid brengt met zich dat separate vorderingen ontstaan voor schuldeisers die een beroep kunnen doen op een 403-verklaring. In geval van faillissement kunnen zich om die reden problemen voordoen die zich niet voordoen bij bijvoorbeeld borgtocht. Moedervennootschap Econcern was reeds failliet verklaard voordat Innogrow

176 Rb. Midden-Nederland, 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0334, *JOR* 2013/70 m.nt. Van Dooren, alinea 7 van de noot.

177 Nass & Nass 2014, par. 4.2: "Het door het UWV voldane bedrag vindt zijn grondslag namelijk niet in de door de 403-rechtspersoon aangegane arbeidsovereenkomsten, maar in het wettelijke recht op uitkering van de werknemers. De curatoren hadden de vordering kunnen afwijzen met een beroep op de beperking van aansprakelijkheid uit hoofde van een 403-verklaring, namelijk tot schulden uit rechtshandelingen."

178 Rb. Midden-Nederland, 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0334, *JOR* 2013/70 m.nt. Van Dooren, alinea 8 van de noot.

failleerde. Het fixatiebeginsel[179] brengt met zich dat vorderingen die ontstaan na de faillietverklaring niet erkend hoeven te worden. De rechtbank laat zich over de erkenning van de vorderingen op Econcern niet uit, aangezien daarover tussen partijen kennelijk geen discussie bestaat. Anders dan Van Dooren betoogt, betekent het feit dat het fixatiebeginsel in de weg kan staan aan een succesvol verhaal van het UWV op Econcern niet dat de 403-vorderingen die de werknemers op Econcern hadden op het UWV zijn overgegaan. Voor een dergelijke overgang bestaat echter geen juridische grondslag en een dergelijke overgang kan dan ook niet worden verondersteld.[180] Het UWV kan in beginsel zelfstandig een beroep doen op de 403-verklaring als schuldeiser van dochter Innogrow.[181]

Nass merkt op dat de uitkomst naar haar idee de juiste is.[182] Omdat nu eenmaal sprake is van twee separate vorderingsrechten, is een 403-vordering, anders dan de vordering van de dochtermaatschappij, in deze situatie niet preferent. De mening wordt niet door iedereen gedeeld.[183] Hoewel zij eerder opmerkt dat zij het eens is met de conclusie van de rechtbank, lijkt Nass in ieder geval te twijfelen aan de vraag of de uitkomst – die is gebaseerd op de conclusie dat er twee (separa-

179 Hoewel niet met zoveel woorden in de wet verankerd, wordt het fixatiebeginsel geacht voort te vloeien uit artikel 23 Faillissementswet.

180 Zie Van der Kraan 2013, p. 156: "De subrogatie van de bestaande vorderingen op Innogrow vond plaats op basis van artikel 66 lid 1 WW. Artikel 66 lid 1 WW creëert echter geen nieuwe vorderingen. Er is sprake van subrogatie, waarbij bestaande vorderingen overgaan. Van (nieuwe) vorderingen die zijn ontstaan op basis van de wet (artikel 66 lid 1 WW) is dan ook geen sprake." En later de Hoge Raad, HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904, *r.o.* 3.2.2: "Het door het UWV gedane beroep op art. 6:142 BW kan reeds geen doel treffen omdat door het afleggen van de aansprakelijkheidsverklaring geen sprake is van overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser." Het gaat hier om de overgang van de vorderingen op basis van de 403-verklaring, de zogenaamde 403-vorderingen. Dit zijn niet de vorderingen op Innogrow maar die op Econcern. Ik vermoed dat alinea 11 in de annotatie van Van Dooren op een misvatting berust, zie HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904, *JOR* 2014/199, m.nt. Van Dooren, alinea 11.

181 Deze mogelijkheid doet denken aan het bestaan van een wilsrecht, een kwalificatie die ik eerder gesuggereerd heb (Van der Kraan 2013) en wordt ook genoemd door Van der Schee, zie Van der Schee 2014, p. 22-23.

182 Rb. Midden-Nederland, 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0334; *Ondernemingsrecht* 2013/48, m.nt. Nass, par. 5: "Soms wordt over de onder 4. genoemde benadering van de rechtbank, die door mij wordt gedeeld, anders gedacht". Evenzo: Van Wijngaarden 2006-I, p. 22-24; Timmerman & Winter 2013, p. 355-361: "Een 403-verklaring is op dit punt niet anders dan andere vormen van hoofdelijke aansprakelijkstelling of borgtocht. Indien men zich buiten een geval van de 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk of borg stelt voor de preferente schuld van een ander, wordt daarmee ook geen nieuwe preferente vordering gecreëerd jegens degene die zich hoofdelijk aansprakelijk dan wel borg stelt."

183 Zie Bartman (noot bij Rb. Haarlem 28 juli 2010, *JOR* 2010/264) en Zwemmer 2012, die spreekt over de 'vennootschapsrechtelijke benadering'.

te) vorderingen zijn – wel gewenst is. Zij sluit haar annotatie af met de opmerking:[184]

> "Welke benadering de juiste is staat niet vast. In de doctrine zijn de meningen verdeeld, de huidige wet geeft geen uitsluitsel. Ook het oordeel van de Hoge Raad in Akzo/ING (HR 29 juni 2002, Ondernemingsrecht 2002/57) laat ruimte voor de genoemde benaderingen. Wat mij betreft is de opvatting dat er twee verbintenissen niet houdbaar, mede vanwege de vele aan de toepassing ervan verbonden complicaties, zoals met betrekking tot het tenietgaan dan wel het verjaren van een vordering."

De uitspraak van de rechtbank en de daarbij geplaatste commentaren laten wederom de worsteling die het gevolg is van het bestaan van twee separate vorderingen op basis van de regels inzake hoofdelijkheid.

Het UWV laat het er niet bij zitten en stelt rechtstreeks cassatie in tegen dit vonnis van de rechtbank.[185] Het cassatiemiddel van het UWV behelst drie onderdelen. Het eerste onderdeel, welk onderdeel hier besproken wordt, houdt kort gezegd in dat een 403-vorderdering een accessoir karakter heeft:[186]

> "3.3.1 Het middel richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat geen voorrecht verbonden is aan de vordering van het UWV op Econcern. Het middel bevat drie onderdelen, waarvan het eerste de klacht behelst dat de rechtbank het accessoire en subsidiaire karakter heeft miskend van de aanspraak die voortvloeit uit de art. 2:403-verklaring. Uit dit karakter volgt volgens het onderdeel dat het voorrecht van art. 3:288, aanhef en onder e, BW ook is verbonden aan de vordering op de moedermaatschappij die deze verklaring heeft afgelegd. Het onderdeel voert daartoe aan dat de uit de verklaring voortvloeiende aanspraak heeft te gelden als een (aan de vordering op de dochtermaatschappij verbonden) nevenrecht als bedoeld in art. 6:142 BW."

De Hoge raad maakt met vrij weinig woorden korte metten met de poging van het UWV om de 403-vordering een accessoir karakter toe te dichten. De Hoge Raad bevestigt daarmee nog eens dat een 403-vordering een zelfstandig vorderingsrecht is:[187]

> "3.3.2 Het onderdeel is ongegrond. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat voorrechten alleen ontstaan uit de wet (art. 3:278 lid 2 BW). De aansprakelijkheid van Econcern berust op de door haar afgegeven 403-verklaring (HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:

184 Rb. Midden-Nederland, 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0334, *Ondernemingsrecht* 2013/48 m.nt. Nass, par. 7.

185 HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904, *Ondernemingsrecht* 2014/83, m.nt. H. Beckman; *JOR* 2014/199, m.nt. Van Dooren; *NJ* 2014/309, m.nt. Van Schilfgaarde; *JIN* 2014/108 m.nt. Van der Kraan. Zie ook Nass & Nass 2014 en Van der Kraan 2014, nr. 133.

186 HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904, *r.o.* 3.3.1.

187 HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904, *r.o.* 3.3.2. Zie eerder de Hoge Raad: HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *JOR* 2002/136 m.nt. van Bartman; *NJ* 2002, 447 m.nt. Maeijer en *Ondernemingsrecht* 2004/16 m.nt. van Bartman.

> AE4663, NJ 2002/447, rov. 3.4.3 (Akzo Nobel/ING Bank)). Nu art. 2:403 BW, noch enige andere wettelijke bepaling aan de vordering die op deze aansprakelijkheidsverklaring berust, een voorrecht verbindt, heeft de rechtbank met juistheid geoordeeld dat de vordering van het UWV op Econcern niet bevoorrecht is. Daaraan doet niet af het door het UWV gestelde accessoire en subsidiaire karakter van de op de aansprakelijkheidsverklaring gebaseerde vordering, noch zijn stelling dat het zou gaan om een nevenrecht, wat van deze stellingen ook zij. Het door het UWV gedane beroep op art. 6:142 BW kan reeds geen doel treffen omdat door het afleggen van de aansprakelijkheidsverklaring geen sprake is van overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser."

Naar aanleiding van dit arrest meent Van Dooren dat de 403-vordering nog een onafhankelijk nevenrecht kan zijn zodat de 403-vordering toch nog de hoofdvordering kan volgen op basis van 6:142 BW. Dat een voorrecht dat kleeft aan de vordering op de dochtervennootschap niet tevens op de 403-vordering rust, acht Van Dooren niet in lijn met de ratio van de artikel 2:403 BW. In dat kader acht hij de opvatting van A-G Timmerman, die geen aanleiding ziet om aan de 403-vorderingen in deze situatie preferentie toe te kennen, "kort door de bocht".[188] Ik vrees dat de Hoge Raad inclusief het parket bij de Hoge Raad niet wensen af te wijken van de regels inzake hoofdelijkheid en deze *hard and fast* toepassen. De Hoge Raad heeft ruimschoots de gelegenheid gehad om van een strikte toepassing af te wijken. Diverse gronden zijn daarvoor uitdrukkelijk aangevoerd in de diverse procedures die het tot de Hoge Raad hebben gehaald. Ook zijn diverse meningen al langere tijd in de literatuur terug te vinden.

Met de onverkorte toepassing van de regels inzake hoofdelijkheid worden onduidelijkheden mogelijk voorkomen. Om die reden begrijp ik de strikte benadering van de Hoge Raad. Het is hoofdzakelijk zijn taak om duidelijkheid te geven bij de toepassing van de wet en niet om open normen te creëren en nadrukkelijk van de wet af te wijken. Het wettelijk systeem van artikel 2:403 BW waar de Hoge Raad het mee moet doen, lijkt simpelweg niet volmaakt. Of moet de term hoofdelijkheid zoals opgenomen in een 403-verklaring toch niet zo letterlijk door de Hoge Raad worden genomen? In een 403-verklaring staat misschien wel dat de moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk verklaart, maar is er materieel gezien geen sprake van een borgtocht?

Naast borgtoch kan ook worden gedacht aan een garantie. In de Econcern-zaak is door het UWV herhaaldelijk gerefereerd aan de Europese richtlijnen waarin het begrip garantstellen wordt genoemd. Het begrip 'garantie' is in het Nederlandse recht geen vastomlijnd begrip en kan binnen de kaders van de contractsvrijheid van alles inhouden. Naar mijn idee is het concept garantie daarom niet geschikt om binnen het groepsregime te passen.

Met de concerngedachte in het achterhoofd, is wel wat te zeggen voor de doorwerking van de preferentie zoals bijvoorbeeld wordt voorgesteld door Bartman,

188 Zie HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904, *JOR* 2014/199, m.nt. Van Dooren, alinea 11.

in wat hij noemt de "ondernemingsrechtelijke benadering".[189] Schuldeisers zien een concern vaak als een geheel. Voor het bestaan van verschillende vorderingsrechten en een onderscheid tussen die verschillende vorderingsrechten is vanuit die optiek gezien geen goede reden te bedenken. Juridisch gezien bestaat een concern juist uit verschillende entiteiten. Het 403-regime brengt aan het licht dat recht en praktijk op dit vlak niet hand in hand gaan.

Maar omdat het concernrecht in het Nederlandse recht weinig is ontwikkeld, heeft een concernrechtelijke benadering geen wettelijke basis. Aanhaken bij het wettelijke systeem van borgtocht geniet wat mij betreft ook om die reden de voorkeur.

6.5.3 Achterstelling en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW

Hoewel er op het eerste gezicht een parallel lijkt te bestaan tussen de doorwerking van preferentie en de doorwerking van achterstelling, is voor de beantwoording van de vraag of achterstelling doorwerkt op het niveau van de moedervennootschap een hele andere analyse nodig.[190] Met doorwerking wordt in deze paragraaf gedoeld op het effect op een 403-vordering van een achterstelling die is overeengekomen ten aanzien van een vordering op de dochtervennootschap. In de voorgaande paragraaf is uiteengezet dat preferentie, die is gekoppeld aan de vordering op de dochtervennootschap, niet is gekoppeld aan de vordering op de moedervennootschap.

De vraag of een achterstelling die is overeengekomen ten aanzien van een vordering op de dochtervennootschap leidt tot een achterstelling van de 403-vordering op de moedervennootschap, is aan de orde gekomen in de jurisprudentie.[191] In het kader van de nationalisering van SNS REAAL werden vorderingsrechten van schuldeisers van SNS Bank onteigend. SNS REAAL stond aan het hoofd van de SNS REAAL groep. Tot deze groep behoort onder meer SNS Bank. SNS REAAL had verschillende 403-verklaringen afgegeven. Zij heeft onder andere een 403-verklaring afgegeven voor SNS Bank. De tekst van deze 403-verklaring luidt als volgt:

189 Zie Bartman (noot bij Rb. Haarlem 28 juli 2010, *JOR* 2010/264) die voorstander is van wat hij de 'ondernemingsrechtelijke benadering' noemt waarbij de ratio van de artikel 2:403-regeling met zich brengt dat de 403-verklaring tevens leidt tot een bevoorrechte vordering in het faillissement van de moedermaatschappij. Een soortgelijke opvatting heeft Zwemmer die spreekt over de 'vennootschapsrechtelijke benadering', zie Zwemmer 2012.

190 Zie ook Timmerman & De Winter 2013, p. 359: "De vraag in hoeverre een achterstelling doorwerkt in een 403-verklaring is, voor zover wij hebben kunnen achterhalen, nog niet eerder in de rechtspraak aan de orde geweest. In de recente uitspraak van de Ondernemingskamer inzake SNS speelt deze vraag een rol bij de bepaling van de schadeloosstelling."

191 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661.

> "Hoofdelijke aansprakelijkstelling.
> De ondergetekende: de naamloze vennootschap SNS Reaal Groep N.V., (...) verklaart hierbij zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit de rechtshandelingen van de navolgende vennootschap, te weten: SNS Bank Nederland N.V., (...) voortvloeiende schulden, in de zin van artikel 403, lid 1 Boek 2, Burgerlijk Wetboek, met ingang van 1 januari 1997."

SNS Bank is verschillende leningen aangegaan. In bepaalde leningsovereenkomsten is bepaald dat de betreffende leningen zijn achtergesteld.[192] Schuldeisers van de achtergestelde leningen zijn achtergesteld ten opzichte van schuldeisers van niet achtergestelde leningen. De mogelijkheid om bepaalde (groepen) schuldeisers achter te stellen, is expliciet opgenomen in de wet:

> Artikel 3:277 BW
> 1. Schuldeisers hebben onderling een gelijk recht om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang.
> 2. Bij overeenkomst van een schuldeiser met de schuldenaar kan worden bepaald dat zijn vordering jegens alle of bepaalde andere schuldeisers een lagere rang neemt dan de wet hem toekent.

Er bestaat geen discussie over de vraag of het aangaan van de leningsovereenkomsten en het overeenkomen van de achterstellingen rechtshandelingen zijn die onder de reikwijdte van de door SNS REAAL afgegeven 403-verklaring vallen.

Ten aanzien van de doorwerking van een achterstelling oordeelde de Ondernemingskamer dat de schuldeisers die hadden ingestemd met de achterstelling van hun vordering op de dochtervennootschap een aanmerkelijke verzwaring van hun crediteursrisico hebben aanvaard. Voorts was niet gebleken dat partijen dit risico hadden willen verminderen voor het geval de moedervennootschap uit hoofde van de 403-verklaring zou worden aangesproken. Hieruit heeft de Ondernemingskamer afgeleid dat de achtergestelde crediteuren van SNS Bank ook op het niveau van de moedervennootschap, dus in hun verhouding tot SNS Reaal, zijn achtergesteld.[193] In cassatie heeft de Hoge Raad dit oordeel niet in stand gelaten. Naar mijn idee heeft de Hoge Raad terecht geoordeeld dat wanneer wordt overeengekomen dat een oorspronkelijke vordering ten opzichte van de overige schuldeisers

192 In het kader van de onteigening ging het om de volgende achtergestelde obligaties die door SNS Bank waren uitgegeven: (1) EUR 320 million 11.25% Resettable Tier 1 Notes uitgegeven op 27 november 2009, (2) EUR 200 million 5.75% Subordinated Fixed changing to Floating Rate Notes uitgegeven op 22 juli 2003, (3) EUR 500 million 6.25% Subordinated Notes uitgegeven op 26 oktober 2010, (4) EUR 200 million 6.625% Subordinated Fixed Rate Notes due 14 mei 2018, uitgegeven op 14 mei 2008 en (5) de 'SNS Participatie Certificaten 3', met nominale waarde van€100 per stuk, met rente van (thans) 5,16%, uitgegeven voor onbepaalde tijd en beschreven in het prospectus d.d. 1 mei 2003.

193 Hof Amsterdam 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, *r.o.* 6.69.

van de dochter is achtergesteld, niet tevens als overeengekomen mag worden beschouwd dat de 403-vordering is achtergesteld ten opzichte van de overige schuldeisers van de moedervennootschap.

Op basis van een 403-verklaring verkrijgen schuldeisers van de dochtervennootschap een vordering op de moedervennootschap. Uit een 403-verklaring blijkt niet dat die vordering is achtergesteld. Zo overwoog de Hoge Raad:[194]

> "Bij haar uitleg van de onderhavige 403-verklaring heeft de Ondernemingskamer in rov. 6.61 tot uitgangspunt genomen dat zij niet de strekking heeft verdere aansprakelijkheid te aanvaarden dan voor de werking van art. 2:403 lid 1 BW noodzakelijk is. Uit dat uitgangspunt volgt echter niet anders dan dat SNS Reaal hoofdelijke aansprakelijkheid heeft aanvaard voor de schulden van SNS Bank, hetgeen betekent dat de schuldeisers van SNS Bank hun vorderingen (ook) op het vermogen van SNS Reaal kunnen verhalen."

Het feit dat op het niveau van de dochtervennootschap is overeengekomen dat de hoofdvordering is achtergesteld, biedt geen grondslag voor de moedervennootschap om onderscheid te maken tussen haar schuldeisers:[195]

> "Dat brengt nog niet mee dat SNS Reaal gerechtigd is om tussen die schuldeisers enig onderscheid te maken indien zij zelf niet in staat is om (volledig) te voldoen aan haar verplichtingen, waaronder de verplichtingen die zij met de 403-verklaring op zich heeft genomen."

Wanneer er geen door de wet erkende gronden zijn op basis waarvan bepaalde schuldeisers voorang krijgen of achtergesteld zijn, geldt het beginsel van gelijkheid van crediteuren:[196]

> "Bij verhaal op het vermogen van een schuldenaar is immers, behoudens door de wet erkende redenen van voorrang, sprake van gelijkheid van crediteuren (art. 3:277 lid 1 BW), en een overeenkomst van achterstelling in de zin van art. 3:277 lid 2 BW tussen SNS Reaal en de achtergestelde schuldeisers van SNS Bank ontbreekt."

De 403-verklaring is de basis voor de vordering op de moedervennootschap. Als de 403-verklaring niets zegt over achterstelling van de 403-vordering, dan is de vordering van de schuldeisers op de moedervennootschap niet achtergesteld. Dat doet mogelijk de vraag rijzen of een 403-verklaring een achterstelling mag bevatten. Het lijkt mij niet dat dit in het kader van de groepsvrijstellingsregeling toelaatbaar is. De Hoge Raad overwoog in dit verband:[197]

194 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *r.o.* 4.34.3.
195 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *r.o.* 4.34.3.
196 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *r.o.* 4.34.3.
197 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *r.o.* 4.34.3.

> "Indien SNS Reaal de mogelijkheden van laatstbedoelde schuldeisers tot verhaal op haar eigen vermogen had willen beperken – daargelaten of daarmee aan de eisen van art. 2:403 BW zou zijn voldaan – zou daarvan uit de 403-verklaring, uitgelegd naar objectieve maatstaven, moeten blijken."

Wanneer de 403-verklaring niets zegt over een achterstelling van de vordering die schuldeisers uit hoofde van de 403-verklaring op de moedervennootschap verkrijgen, dan zou de achterstelling van de 403-vordering nog wel kunnen voortvloeien uit een overeenkomst. Bij overeenkomst kunnen de schuldeisers overeenkomen dat hun vordering op de moedervennootschap is achtergesteld. In de SNS-zaak was daarvan geen sprake. In de achterstellingsovereenkomst was alleen overeengekomen dat de vordering van de schuldeisers op de dochtervennootschap, SNS Bank, was achtergesteld en niet was overeengekomen dat de vordering op de moedervennootschap, SNS Reaal, was achtergesteld. De Hoge Raad overweegt in dit kader het volgende:[198]

> "De omstandigheid dat de betrokken crediteuren met SNS Bank een achterstelling zijn overeengekomen, zegt immers alleen iets over hun positie bij verhaal op het vermogen van SNS Bank. Indien de overeenkomsten 'niets zeggen' over de verhaalspositie van de betrokken crediteuren ten opzichte van een derde, zoals de Ondernemingskamer heeft vastgesteld, valt niet in te zien waarom – (ook) in de objectieve uitleg waarvan de Ondernemingskamer is uitgegaan – het risico dat de crediteuren in hun verhouding tot SNS Bank hebben aanvaard ook zou gelden ten opzichte van een zodanige derde. De aard van een achterstellingsbeding als bedoeld in art. 3:277 lid 2 BW brengt mee dat het alleen betrekking heeft op de rangorde bij verhaal op het vermogen van de desbetreffende schuldenaar."

Voorts is nog van belang dat de Hoge Raad overweegt dat achterstelling geen eigenschap is die onderdeel is van de verbintenis zelf. Dat de moedervennootschap aansprakelijk is voor eenzelfde verbintenis als de dochtervennootschap, leidt dan ook niet tot de conclusie dat wanneer de vordering op de dochtervennootschap is achtergesteld, de achterstelling een kenmerk is van de vordering waarvoor de moedervennootschap zich aansprakelijk heeft verklaard en de achterstelling om die reden door zou werken op het niveau van de moedervennootschap. In dat kader overweegt de Hoge Raad het volgende:[199]

> "De achterstelling is niet een eigenschap van de verbintenis zelf (zoals bijvoorbeeld het geval is bij de opeisbaarheid van een verbintenis ingevolge een daartoe strekkend beding, in welk geval die eigenschap door iedere schuldenaar van de verbintenis kan worden ingeroepen), maar een van de wettelijke hoofdregel afwijkende volgorde voor verhaal ter zake van die verbintenis op het vermogen van de schuldenaar die het beding is aangegaan. Een door een schuldeiser met SNS Bank overeengekomen achterstellingsbeding heeft dan ook geen invloed op het verhaal van die schuldeiser op het vermogen

198 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *r.o.* 4.34.4.
199 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *r.o.* 4.34.4.

van een derde, zoals SNS Reaal, die uit hoofde van een 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk is voor de desbetreffende verbintenis en die geen partij was bij het achterstellingsbeding."

Vorenstaande overwegingen bevestigen dat de hoofdvordering en de 403-vordering zelfstandige vorderingsrechten zijn. Wanneer ten opzichte van de hoofdvordering achterstelling wordt overeengekomen, heeft dat geen invloed op de rangorde van de schuldeisers op het niveau van de moedervennootschap omdat die achterstelling niet geldt voor de 403-vordering. Het feit dat er sprake is van twee afzonderlijke vorderingsrechten lag ten grondslag aan de verwarring die is ontstaan ten aanzien van de achterstelling. In de praktijk moet steeds worden opgelet dat wanneer een dochtervennootschap met een crediteur afspreekt dat zijn vordering is achtergesteld, de vordering van de crediteur niet is achtergesteld op het niveau van de moedervennootschap. Daarbij geldt dat de crediteur kan kiezen wie hij aanspreekt. Hij kan zich direct tot de moedervennootschap wenden als de incasso van zijn vordering die op dat niveau niet is achtergesteld meer kans van slagen heeft.

6.5.4 Onteigening en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW

De vastgoedcrisis van 2008 raakt SNS hard. Teneinde SNS Bank overeind te houden, grijpt de Nederlandse staat in. Om de solvabiliteit van SNS Bank te versterken, dient vreemd vermogen te worden omgezet in eigen vermogen. Geld om de uitstaande leningen op te kopen, is uiteraard niet in kas. Om die reden wordt besloten om de leningen (vreemd vermogen) te onteigenen.[200] Deze mogelijkheid bestaat op basis van artikel 6:2 Wft:

Artikel 6:2 Wft

1. Onze Minister kan, indien hij van oordeel is dat de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar komt door de situatie waarin een financiële onderneming met zetel in Nederland zich bevindt, met het oog op de stabiliteit van dat stelsel besluiten tot onteigening van vermogensbestanddelen van de betrokken onderneming, van door of met medewerking van die onderneming uitgegeven effecten of van vorderingen op die onderneming, zo nodig in afwijking van wettelijke voorschriften of statutaire bepalingen, met uitzondering van de bij of krachtens dit deel gestelde regels.
2. Onze Minister raadpleegt de Nederlandsche Bank alvorens een besluit tot onteigening te nemen. Het besluit wordt genomen in overeenstemming met Onze Minister-President, Minister van Algemene Zaken.
3. Een besluit tot onteigening vermeldt het tijdstip waarop het in werking treedt. De te onteigenen vermogensbestanddelen, effecten of vorderingen gaan over op het tijdstip

200 Besluit van de minister van Financiën van 1 februari 2013 tot onteigening van effecten en vermogensbestanddelen SNS REAAL NV en SNS Bank NV in verband met de stabiliteit van het financiële stelsel, alsmede tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen ten aanzien van SNS REAAL NV. Besluit ex art. 6:1, eerste lid, 6:2, eerste, vierde en vijfde lid, en 6:4, eerste en tweede lid, van de Wet op het financieel toezicht, *Stcrt.* 2013/3018 (het 'Onteigeningsbesluit').

van inwerkingtreding van dat besluit. Van het besluit wordt, onverminderd artikel 3:41 van de Algemene wet bestuursrecht, mededeling gedaan door plaatsing in de Staatscourant.
4. In het besluit tot onteigening kan worden bepaald dat de te onteigenen vermogensbestanddelen, effecten of vorderingen worden onteigend ten name van een in dat besluit aangewezen privaatrechtelijke rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid.
5. Onze Minister regelt de gevolgen van de onteigening.
6. Een krachtens het eerste lid onteigend vermogensbestanddeel of effect of onteigende vordering gaat onbezwaard over op de Staat der Nederlanden of de krachtens het vierde lid aangewezen rechtspersoon. Onteigening krachtens het eerste lid van door of met medewerking van de betrokken onderneming uitgegeven effecten doet de rechten op nieuw uit te geven effecten van die klasse vervallen.
7. Onverminderd artikel 3:267f worden door een onteigening krachtens het eerste lid de bevoegdheden die voortvloeien uit een verrekenbeding in een overeenkomst met betrekking tot financiële instrumenten niet aangetast. Artikel 3:159o, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.
8. De onteigeningswet is niet van toepassing op onteigeningen krachtens het eerste lid.

De schuldeisers van de onteigende vorderingen worden gecompenseerd door een schadeloosstelling die in een later stadium wordt toegekend. Daarbij zal de vraag zijn wat de vorderingen ten tijde van de onteigening waard zijn, wat waarschijnlijk niet tot een royale compensatie zal leiden. De schuldeisers van SNS Bank zijn niet erg gelukkig met deze opgedwongen maatregel en besluiten de moedervennootschap van SNS Bank, SNS Reaal, aan te spreken op basis van de door SNS REAAL voor SNS Bank afgegeven 403-verklaring.

Bij de onteigening van de vorderingen op SNS Bank zijn de vorderingen op SNS REAAL onaangeroerd gebleven. Deze zijn niet in het onteigeningsbesluit genoemd. Wellicht is over het hoofd gezien dat ook de 403-vorderingen onteigend hadden moeten worden en niet alleen de hoofdvorderingen. Wanneer SNS REAAL wordt aangesproken, is SNS REAAL niet zonder meer voornemens om deze vorderingen te erkennen en stelt zich onder meer op het standpunt dat de onteigening van de vorderingen van SNS Bank er tevens toe leidt dat de 403-vorderingen op SNS REAAL zijn onteigend. De Ondernemingskamer overweegt in dat kader als volgt:

"Met de Minister (pleitnota 5.2 en volgende) is de Ondernemingskamer van oordeel dat de achtergestelde crediteuren van SNS Bank na de onteigening in ieder geval – anders dan sommige belanghebbenden verdedigen (bijvoorbeeld verweerschrift Unipol c.s. 4.11 en volgende en VEB c.s. onder 11.12) of openhouden (Alpha Value c.s. 87 en volgende) – geen vordering meer hebben uit hoofde van deze 403-verklaring op SNS Reaal zelf. Of men in het geval van de onteigening van vermogensbestanddelen de passieve zijde van het vorderingsrecht of – materieel gezien – de vordering zelf als het voorwerp van die onteigening beschouwt (zie hiervoor), die onteigening omvat ook de daarmee verbonden vordering uit hoofde van de 403-verklaring.[201]

201 Hof Amsterdam (OK), 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, *r.o.* 6.52.

(…)
De vordering uit hoofde van de 403-verklaring kan niet als zodanige zelfstandige vordering worden aangemerkt."[202]

Kort gezegd verbindt de Ondernemingskamer het lot van de 403-vordering aan het lot van de hoofdvordering. Wordt de vordering op de dochtervennootschap onteigend dan is de daarmee corresponderende 403-vordering ook onteigend. Het maakt daarbij niet uit of het voorwerp van de onteigening alleen de passieve zijde betreft of het gehele vorderingsrecht.

Sommige auteurs redeneren naar aanleiding van deze beschikking dat zou kunnen worden afgeleid dat de 403-vordering volgens de Ondernemingskamer toch een afhankelijk karater heeft.[203] Faber concludeert bijvoorbeeld het volgende:

"Uit het feit dat de Ondernemingskamer de verbondenheid tussen de 403-vordering en de onderliggende vordering benadrukt, zou kunnen worden afgeleid dat de Ondernemingskamer de opvatting huldigt dat de 403-verklaring moet worden beschouwd als nevenrecht dan wel als een zelfstandig recht met een afhankelijk karakter."[204]

Faber is het eens met de uikomst dat een 403-vordering niet meer aan de schuldeisers toekomt wanneer de hoofdvordering is onteigend. Aan de juridische onderbouwing die de Ondernemingskamer aan deze uitkomst ten grondslag heeft gelegd, worden geen woorden gewijd. Wel wordt geopperd dat geconcludeerd had mogen worden dat een 403-vordering een zekerheid biedt die op één lijn kan worden gesteld met borgtocht:

"Wij kunnen ons goed vinden in het oordeel van de Ondernemingskamer dat de 403-vorderingen in het kader van de onteigening mee zijn overgegaan op de Staat. Wat ons betreft had de Ondernemingskamer zelfs verder mogen gaan en kunnen oordelen dat de 403-verklaring als borgtocht moet worden beschouwd. Een redelijke uitleg van de 403-verklaring brengt ons inziens mee dat deze een accessoir en subsidiair karakter heeft, wat wil zeggen dat een moedervennootschap die een dergelijke verklaring heeft afgelegd alleen kan worden aangesproken door een schuldeiser die tevens een vordering op de dochtervennootschap heeft, en die dochter in gebreke is."[205]

202 Hof Amsterdam (OK), 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, *r.o.* 6.53.

203 Timmerman & Winter 2013, p. 360-361. Faber, in zijn annotatie bij Hof Den Haag 6 februari 2007, *JOR* 2007/103 en Biemans 2011, p. 306. Zie voor een uitgebreidere uiteenzetting van de argumenten die pleiten voor kwalificatie van de 403-verklaring als borgtocht en literatuurverwijzingen Rongen 2012, nr. 986.

204 Faber, in zijn annotatie bij Hof Den Haag 6 februari 2007, *JOR* 2007/103 en Biemans 2011, p. 306.

205 Faber, in zijn annotatie bij Hof Den Haag 6 februari 2007, *JOR* 2007/103 en Biemans 2011, p. 306. Zie voor een uitgebreidere uiteenzetting van de argumenten die pleiten voor kwalificatie van de 403-verklaring als borgtocht en literatuurverwijzingen Rongen 2012, nr. 986.

Tegen de uitspraak van de Ondernemingskamer wordt cassatie ingesteld.[206] Een van de aanvullende klagers in de incidentele cassatieberoepen klaagt over het feit dat de Ondernemingskamer heeft miskend dat een vordering uit hoofde van een 403-verklaring een zelfstandige vordering is:

> "Onderdeel 2 (nrs. 11 en 23 t/m 29) klaagt dat het oordeel in rov. 6.52 en 6.53 eveneens onjuist is indien dat oordeel aldus begrepen moet worden dat de onteigening van de achtergestelde vorderingen op SNS Bank, mede omvat de vorderingen van de betreffende crediteuren op SNS Reaal uit hoofde van de 403-verklaring. Volgens het onderdeel heeft de Ondernemingskamer in dat geval namelijk miskend dat een vordering uit hoofde van een 403-verklaring, een zelfstandige vordering is. Het oordeel dat de vorderingen uit hoofde van de 403-verklaring binnen de reikwijdte van het onteigeningsbesluit vallen, zou in elk geval onbegrijpelijk zijn of onvoldoende gemotiveerd."[207]

De A-G heeft hierop in zijn conclusie gereageerd en aangegeven het eens te zijn met de Ondernemingskamer voor wat betreft het oordeel dat de schuldeisers de mogelijkheid om SNS REAAL aan te spreken zijn kwijtgeraakt omdat de crediteuren niet meer onder de reikwijdte van de 403-verklaring zouden vallen:[208]

> "Onderdelen 1 en 2 falen. De Ondernemingskamer heeft namelijk in rov. 6.52 vooropgesteld dat SNS Reaal zich met de 403-verklaring aansprakelijk heeft verklaard voor de uit de rechtshandelingen van SNS Bank voortvloeiende schulden. Dit betekent volgens de Ondernemingskamer dat de achtergestelde crediteuren van SNS Bank, na de onteigening van hun vordering op SNS Bank in elk geval ook geen vordering meer hebben op SNS Reaal uit hoofde van de 403-verklaring (zie rov. 6.52). Zij vallen na de onteigening namelijk niet meer onder de reikwijdte van de 403-verklaring. Dat laatste geldt – aldus de Ondernemingskamer – zowel indien men uitgaat van onteigening van de passieve zijde van de achtergestelde vorderingen (en SNS Bank dus niet langer de debiteur is) als wanneer men uitgaat van onteigening van de actieve zijde van de achtergestelde vorderingen (en de aanvankelijke achtergestelde crediteuren derhalve niet langer schuldeiser zijn van SNS Bank) (zie rov. 6.52, slotzin;[209] vgl. ook rov. 5.16[210]). Dit is m.i.

206 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661.

207 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1825, randnummer 10.3.

208 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1825.

209 Hof Amsterdam (OK), 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, *r.o.* 6:52: "Zoals hiervoor onder de feiten vastgesteld heeft SNS Reaal zich met ingang van 1 januari 1997 op de voet van artikel 2:403 BW aansprakelijk verklaard voor de uit de rechtshandelingen van SNS Bank voortvloeiende schulden. Met de Minister (pleitnota 5.2 en volgende) is de Ondernemingskamer van oordeel dat de achtergestelde crediteuren van SNS Bank na de onteigening in ieder geval – anders dan sommige belanghebbenden verdedigen (bijvoorbeeld verweerschrift Unipol c.s. 4.11 en volgende en VEB c.s. onder 11.12) of openhouden (Alpha Value c.s. 87 en volgende) – geen vordering meer hebben uit hoofde van deze 403-verklaring op SNS Reaal zelf. Of men in het geval van de onteigening van vermogensbestanddelen de passieve zijde van het vorderingsrecht of – materieel gezien – de vordering zelf als het voorwerp van die onteigening beschouwt (zie hiervoor), die onteigening omvat ook de daarmee verbonden vordering uit hoofde van de 403-verklaring."

een juiste redenering."[211]

Kort gezegd is de A-G hier van mening dat wanneer een hoofdvordering wordt onteigend, de schuldeisers eveneens hun 403-vordering verliezen ("geen vordering meer hebben op SNS Reaal uit hoofde van de 403-verklaring"). De A-G vermeldt daarbij nog dat het niet uitmaakt of het voorwerp van de onteigening de passieve of de actieve zijde van de hoofdvordering betreft. Op het verlies van de 403-vordering gaat de A-G nog nader in. De A-G benadrukt dat de 403-vordering niet onteigend is:

> "Hoewel de vorderingen op SNS Reaal uit hoofde van de 403-verklaring als zodanig niet onteigend zijn, kunnen deze vorderingen naar oordeel van de Ondernemingskamer toch een rol spelen bij het bepalen van de schadeloosstelling (zie rov. 6.53, 6.54). De Ondernemingskamer doelt in dat verband – zo dient mijns inziens althans te worden aangenomen – op het bepaalde in art. 6:8 lid 1 Wft, te weten dat de onteigende recht heeft op vergoeding van de schade die hij 'rechtstreeks en noodzakelijk' door het verlies van zijn vermogensbestanddeel of effect lijdt. Het oordeel houdt in dat een eventueel nadeel dat een onteigende ondervindt doordat hij niet langer beschikt over een vordering op SNS Reaal uit hoofde van de 403-verklaring, mogelijk beschouwd dient te worden als schade die deze onteigende 'rechtstreeks en noodzakelijk' lijdt door het verlies van

210 Hof Amsterdam (OK), 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, *r.o.* 5.16: "Artikel 1 lid 3 van het onteigeningsbesluit bepaalt het volgende. Personen die ten gevolge van de onteigening van de in het tweede lid bedoelde vermogensbestanddelen een vorderingsrecht jegens SNS REAAL N.V. of SNS Bank N.V. verliezen, worden voor de toepassing van hoofdstuk 6.3 van de Wet op het financieel toezicht aangemerkt als rechthebbenden in de zin van artikel 6:8, eerste lid, van die wet. In het midden kan blijven of de Minister de bevoegdheid heeft te bepalen wie rechthebbenden zijn in de zin van artikel 6:8 Wft. Het gaat hier om onteigening van de passieve zijde van vorderingsrechten "ten name van" (in de zin van artikel 6:2 lid 4 Wft) de Stichting Afwikkeling Onderhandse Schulden SNS Reaal. Hoewel vraagtekens bij deze constructie kunnen worden geplaatst, doet de onduidelijkheid ervan niet af aan de onteigening als zodanig. Mede in het licht van de Memorie van Toelichting (p. 68) is het duidelijk
- dat de Interventiewet de strekking heeft om een dergelijke onteigening van schulden als (passieve) "vermogensbestanddelen" met overgang "op een in dat besluit aangewezen privaatrechtelijke rechtspersoon" mogelijk te maken en
- dat daarvoor is "gekozen, omdat het wenselijk kan zijn de door onteigening verworven vermogensbestanddelen of effecten op het moment van onteigening vermogensrechtelijk af te scheiden van het vermogen van de Staat en aldus geen aansprakelijkheid van de Staat te laten ontstaan voor schulden die deel uitmaken van het met de transactie gemoeide vermogen". Materieel komt deze vorm neer op onteigening van de vorderingsrechten zelf. De in het hiervoor genoemde artikellid van het onteigeningsbesluit vermelde personen dienen dan ook inderdaad als rechthebbenden te worden beschouwd. Voorts kunnen zij door de uitkomst van deze procedure zodanig in hun belangen worden getroffen dat zij daarin behoren te mogen opkomen en worden zij derhalve tevens als belanghebbenden in de zin van artikel 282 Rv aangemerkt."

211 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1825, randnummer 10.4.

> zijn achtergestelde vordering op SNS Bank. Op deze gedachtegang is niets af te dingen."[212]

Nu de A-G concludeert dat de 403-vordering niet onteigend is, is natuurlijk de vraag hoe de schuldeisers hun 403-vordering dan wel hebben kunnen verliezen. Wat daarvoor de rechtsgrond is, wordt door de A-G niet benoemd. Ik merk op dat er op dit punt een belangrijk verschil zit in de redenering van de A-G en de Ondernemingskamer. De A-G stelt dat de vorderingen uit hoofde van de 403-verklaring *niet* onteigend zijn:[213]

> "Hoewel de vorderingen op SNS Reaal uit hoofde van de 403-verklaring als zodanig niet onteigend zijn, kunnen deze vorderingen naar oordeel van de Ondernemingskamer toch een rol spelen bij het bepalen van de schadeloosstelling."

Terwijl de Ondernemingskamer stelt dat:[214]

> …die onteigening omvat ook de daarmee verbonden vordering uit hoofde van de 403-verklaring."

Zijn de 403-vorderingen nu wel of niet onteigend? De A-G zegt van niet, maar de A-G stelt vervolgens wel dat het oordeel van de Ondernemingskamer ertoe leidt dat de schuldeisers niet meer over de 403-vorderingen beschikken:

> "Het oordeel houdt in dat een eventueel nadeel dat een onteigende ondervindt doordat hij niet langer beschikt over een vordering op SNS Reaal uit hoofde van de 403-verklaring."

De Ondernemingskamer gaf als grondslag voor het niet meer kunnen beschikken over de 403-vordering dat de 403-vordering als verbonden vordering eveneens was onteigend. Die onteigening wegens de verbondenheid spreekt de A-G tegen, maar het gevolg dat de schuldeisers niet meer over de vordering kunnen beschikken, houdt hij in stand. Hij laat na om aan te geven wat nu precies de juridische grondslag is die ertoe leidt dat de schuldeisers de beschikking over de vorderingsrechten, die zij op basis van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap op de moeder hadden verkregen, zijn verloren.

Kennelijk waren de 403-vorderingen al wel reeds ontstaan. Deze zelfstandige vorderingen, zijnde vermogensrechten, hebben al wel tot het vermogen van de schuldeiser behoord, want eerder hadden de schuldeiser wel de beschikking over deze vorderingsrechten. Het gaat om hoofdelijke vorderingen. Het verlies van deze vorderingen zou hebben plaatsgevonden omdat de schuldeisers niet meer onder

212 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1825, *r.o.* 10.5.
213 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1825, *r.o.* 10.5.
214 Hof Amsterdam (OK), 11 juli 2013,ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, *r.o.* 6:52.

de reikwijdte van de 403-verklaring vallen. Dat verhoudt zich niet met de regels inzake hoofdelijkheid. Dit verhoudt zich ook niet met de regels die gelden voor zelfstandige (onafhankelijke) vermogensrechten. Ergens wordt door de A-G aan deze regels getornd, zonder dat wordt toegelicht waar dit precies gebeurt.

De wat mij betreft diffuse overwegingen van de A-G – die op een halve redenering van de Ondernemingskamer zijn gestoeld – worden echter één op één door Hoge Raad overgenomen. De Hoge Raad baseert zijn eindoordeel expliciet op de overwegingen van de A-G:[215]

> "VEB c.s. II bestrijden (in hun middel onder 9-11 en onder 18-29) de rov. 6.52-6.53 voor zover die overwegingen inhouden dat de Ondernemingskamer zich bevoegd heeft geacht om zelfstandig te oordelen dat de aanspraken op grond van de verklaring van SNS Reaal uit hoofde van art. 2:403 lid 1, onder f, BW (hierna: de 403-verklaring) zijn onteigend dan wel dat de onteigening mede omvat de vordering uit hoofde van de 403-verklaring. De klachten falen op de gronden uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 10.4-10.5."

Uit de redenering van de Hoge Raad volgt aldus dat wanneer een schuldeiser de oorspronkelijke vordering verliest, hij geen aanspraak meer kan maken op de 403-vordering. Als ik de Hoge Raad goed begrijp, is de grondslag voor deze uitkomst gekregen in het feit dat de schuldeiser niet meer onder de reikwijdte van de 403-verklaring valt.

In geval van onteigening doet het volgens de Hoge Raad – onder verwijzing naar de conclusie van de A-G – niet ter zake of de actieve zijde of de passieve zijde van de vordering is onteigend.[216] Een onteigende hoofdvordering betekent hoe dan ook dat er geen mogelijkheid meer bestaat om een beroep te doen op de 403-verklaring.[217]

Het eindoordeel van de Hoge Raad steunt op het oordeel van de Ondernemingskamer. Het eindoordeel is om verschillende redenen discutabel. De Ondernemingskamer onderbouwt haar conclusie met de aanname dat een 403-vordering een 'verbonden vordering' is. Dat de Hoge Raad dit overneemt, is opmerkelijk. Sinds wanneer aanvaardt de Hoge Raad afhankelijkheid bij zelfstandige hoofdelijke vorderingsrechten? De vraag die de Hoge Raad onbeantwoord laat, is welke juridische vorm van afhankelijkheid met een 'verbonden vordering' wordt bedoeld

215 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *r.o.* 4.30.

216 Met de actieve zijde van de verbintenis wordt gedoeld op het recht van de schuldenaar op de door de moedervennootschap te leveren prestatie. Met de passieve zijde van de verbintenis wordt gedoeld op de verbintenis die rust op de moedervennootschap, de verplichting om de verschuldigde prestatie te verrichten. Zie Asser/Sieburgh 6-I 2012/33.

217 Hof Amsterdam (OK), 11 juli 2013,ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, *r.o.* 6:52. Of men in het geval van de onteigening van vermogensbestanddelen de passieve zijde van het vorderingsrecht of – materieel gezien – de vordering zelf als het voorwerp van die onteigening beschouwt (zie hiervoor), die onteigening omvat ook de daarmee verbonden vordering uit hoofde van de 403-verklaring.

en waarop deze verbondenheid is gebaseerd. De rechten van een schuldeiser voortvloeiend uit hoofdelijke aansprakelijkheid – niet zijnde een borgtocht – kunnen niet als nevenrechten of afhankelijke rechten worden aangemerkt.[218] Dit heeft de Hoge Raad eerder zelf zo bepaald.[219]

Afhankelijkheid van vorderingsrechten past niet binnen de rechtsfiguur hoofdelijkheid. Daarnaast gaat de Hoge Raad op nog een ander punt voorbij aan de regels van hoofdelijkheid. Op basis van die regels bestaan evenveel vorderingsrechten als schuldenaren. Van een onteigening van de 403-vordering is volgens de A-G, gevolgd door de Hoge Raad, geen sprake. De schuldeisers hebben de beschikking over een 403-vordering gehad, maar zijn de beschikking daarover verloren. Maar een duidelijke juridische grondslag op basis waarvan de schuldeisers de beschikking over dit vorderingsrecht verliezen, wordt niet gegeven. De hoofdregels van de hoofdelijkheid kunnen het verlies van deze vordering niet dragen:

> Artikel 6:7 BW
> 1. Indien twee of meer schuldenaren hoofdelijk verbonden zijn, heeft de schuldeiser tegenover ieder van hen recht op nakoming voor het geheel.
> 2. Nakoming door een der schuldenaren bevrijdt ook zijn medeschuldenaren tegenover de schuldeiser. Hetzelfde geldt, wanneer de schuld wordt gedelgd door inbetalinggeving of verrekening, alsmede wanneer de rechter op vordering van een der schuldenaren artikel 60 toepast, tenzij hij daarbij anders bepaalt.

En voor de volledigheid, artikel 6:60 BW bepaalt het volgende:

> Artikel 6:60 BW
> Is de schuldeiser in verzuim, dan kan de rechter op vordering van de schuldenaar bepalen dat deze van zijn verbintenis bevrijd zal zijn, al dan niet onder door de rechter te stellen voorwaarden.

De 403-vordering is op basis van de regels van hoofdelijkheid een zelfstandige vordering, een zelfstandig vermogensrecht. Het verlies van deze hoofdelijke vordering die niet is onteigend, kent geen wettelijke basis. Op basis van de regels van hoofdelijkheid zouden de schuldeisers juist beschermd zijn tegen het verlies van dit vorderingsrecht. Waneer een schuldeiser één van de hoofdelijke vorderingen verliest, beschermt de zelfstandigheid van de hoofdelijke vorderingsrechten de schuldeiser tegen het verlies van zijn aanspraak op de andere hoofdelijk verbonden schuldeiser.

---

218 Zie onder meer Rongen 2012, hoofdstuk X, par. 6.3.

219 Vgl. HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *NJ* 2002/447, m.nt. Maeijer en *JOR* 2002/136, m.nt. Bartman (Akzo Nobel/ING), waarin de Hoge Raad met betrekking tot een 403-verklaring, die in het onderhavige geval door de Hoge Raad als een eenvoudige hoofdelijkheid werd gekwalificeerd, oordeelde dat geen sprake is van een afhankelijk recht. Zie ook: Biemans 2011, nr. 289.

Duidt het feit dat de Hoge Raad aanknoping zoekt bij de reikwijdte van de 403-verklaring erop dat de Hoge Raad de afhankelijkheid construeert via het verbintenissenrecht? Het verbintenissenrecht zou de schuldeisers, die inmiddels ex-schuldeisers van de dochtervennootschap zijn geworden, beletten om de moedervennootschap aan te spreken omdat alleen partijen die (nog) de hoedanigheid van schuldeiser hebben een vordering kunnen instellen op de 403-verklaring. Pakken we de betreffende 403-verklaring er nog eens bij, dan zien we dat de 403-verklaring is opgesteld volgens de standaardformulering van artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Deze tekst impliceert dat voor het kunnen aanspreken van de moedervennootschap is vereist dat sprake moet zijn van schulden van de dochtervennootschap:

> "Hoofdelijke aansprakelijkstelling.
> De ondergetekende: de naamloze vennootschap SNS Reaal Groep N.V., (...) verklaart hierbij zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit de rechtshandelingen van de navolgende vennootschap, te weten: SNS Bank Nederland N.V., (...) voortvloeiende schulden, in de zin van artikel 403, lid 1 Boek 2, Burgerlijk Wetboek, met ingang van 1 januari 1997."

Aangezien het gaat om een 'standaard'-403-verklaring, zou ieder verlies van de hoofdvordering een schuldeiser beletten om een aanspraak te kunnen maken op de 403-verklaring. Dat lijkt mij niet juist. Althans wanneer wordt volgehouden dat sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid.

Of gaan we terug in de tijd? Kan verbintenisrechtelijk een vorm van hoofdelijkheid worden gecreëerd die afwijkt van de wettelijke regels van hoofdelijkheid? Kunnen hoofdelijke vorderingen toch een afhankelijk karakter hebben? De verbintenisrechtelijke varianten van hoofdelijkheid wilde de wetgever nu juist uitbannen bij de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek in 1992. Het toelaten van een contractuele vorm van hoofdelijkheid waarbij wordt afgeweken van de hoofdregels zou een opmerkelijk novum zijn sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1992. Als dat echt de bedoeling is van de Hoge Raad, dan is deze beschikking wel tekortgedaan in de literatuur.

In de literatuur is de nodige aandacht besteed aan de kwestie. Al wordt niet diep ingegaan op de juridische finesses van de redenering van de Hoge Raad. Zo kan Beckman leven met de uiteindelijke uitkomst van de zaak. Zijn commentaar op deze beschikking is niet juridisch-technisch van aard, maar is meer op dogmatische gedachten gestoeld:

> "Het komt mij logisch voor dat als vorderingen op een 403-maatschappij zijn onteigend, de onteigenden ook geen 403-aanspraken meer geldend kunnen maken jegens de moedermaatschappij. Deze heeft zich niet specifiek in relatie tot de betrokken schuldeisers aansprakelijk gesteld, maar generiek voor bestaande en komende schulden uit door de 403-maatschappij aangegane rechtshandelingen. De consequentie is dat alleen de rechthebbende op een vordering op een 403-maatschappij de 403-aanspraak jegens de moedermaat-

> schappij geldend kan maken, d.w.z. door onteigening is de rechthebbende de onteigenaar en heeft hij dus de 403-aanspraak."[220]

Mogelijk berust Beckman erin dat de redenering van de Hoge Raad juridisch lastig uit te leggen valt maar is hij als voorstander van een afhankelijk karakter van de 403-vordering in ieder geval tevreden met de uitkomst.

Beckman is niet de enige die verder niet op de juridisch technische aspecten van de redenering ingaat. Ook Jitta gaat niet in op de juridisch technische merites van hetgeen waartoe de A-G en de Hoge Raad zijn gekomen:[221]

> "A-G Timmerman (par. 10.4 en 10.5) en de Hoge Raad (r.o. 4.30) zijn met de OK van oordeel dat de vorderingen op grond van de door SNS REAAL afgegeven 403-verklaring niet onteigend zijn, maar dat, omdat die vorderingen als gevolg van de onteigening van de door de verklaring gedekte vorderingen op SNS Bank niet meer jegens SNS REAAL geldend gemaakt kunnen worden, de waarde van die vorderingen op SNS REAAL wel de schade mede bepaalt die degenen die gerechtigd waren tot onteigende vorderingen op SNS Bank als gevolg van de onteigening hebben geleden."

Jitta herhaalt in zijn annotatie de uitkomst van de zaak, al verwoordt hij de uitkomst anders. In plaats van het niet meer beschikken over de 403-vordering spreekt Jitta van het niet meer geldend kunnen maken van de 403-vordering. Hij gaat verder niet in op de regels van hoofdelijkheid en de zelfstandigheid van de 403-vordering.

Is de zelfstandigheid van de 403-vordering daarmee een precaire kwestie geworden waar zowel de rechtspraak en de literatuur liever met een boog omheen lopen? Het is nogal opmerkelijk dat de 403-vodering hier *de facto* het lot volgt van de zelfstandige vordering. De redenering van de Hoge Raad, die via de conclusie van de A-G eigenlijk de redenering van de Ondernemingskamer is, wat *de facto* tot een afhankelijke 403-vordering leidt, lijkt niet sluitend te zijn. De redenering laat teveel ruimte open voor vragen. Dat schept onduidelijkheid. Wanneer moet een schuldeiser, die de moedervennootschap wil aanspreken, nog over de hoofdvordering beschikken? Is het relevant hoe de schuldeiser deze hoofdvordering is verloren? Is de 403-vordering toch afhankelijk van de hoofdvordering? Of, om in niet-juridische termen te spreken, is de 403-vordering 'verbonden'[222] met de hoofdvordering? Tot slot riekt de gekunstelde redenering die de Hoge Raad hier kiest toch sterk naar borgtocht. Maar die term wordt natuurlijk nergens genoemd. Die route heeft de Hoge Raad eerder al dichtgezet:

> "Voor zover de Ondernemingskamer dit oordeel heeft gebaseerd op een uitleg van de door Akzo Nobel afgelegde verklaring, is haar oordeel in het licht van de bewoordingen ervan die niets omtrent borgtocht inhouden, onbegrijpelijk. Voor zover de Ondernemingskamer dit oordeel heeft gebaseerd op de strekking van art. 2:403, berust haar oordeel

220 Beckman 2015-I, p. 489, alinea 3.3.
221 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661 *JOR* 2015/140.
222 Hof Amsterdam (OK), 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, *r.o.* 6:52.

> op een onjuiste rechtsopvatting, nu hoofdelijke aansprakelijkheid, ook in het kader van deze bepaling, niet op één lijn gesteld kan worden met borgtocht.[223]

Waarom wordt geen einde gemaakt aan de lastige bochten waarin de rechtspraak zich nu moet wringen? Waarom wordt geen einde gemaakt aan de nieuwe onduidelijkheden die deze gekunstelde oplossing oproept en gewoon uitgesproken dat de zekerheid die een 403-verklaring geeft (toch wel) op één lijn valt te stellen met borgtocht?

6.6 Verjaring en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW

6.6.1 Inleiding

In de paragraaf hiervoor kwam aan de orde dat de onteigening van de oorspronkelijke vordering tot gevolg heeft dat er geen beroep meer kan worden gedaan op de 403-vordering. Wat daar exact de grondslag voor is, is niet duidelijk geworden. Maar als er een soort verband bestaat tussen de oorspronkelijke vordering en de 403-vordering, anders dan de regels van hoofdelijkheid voorschrijven, rijzen er meer vragen. Wat gebeurt er bijvoorbeeld met de 403-vordering als de oorspronkelijke vordering verjaart? In deze paragraaf zal in worden gegaan op de samenloop van het 403-regime met verjaring.

6.6.2 Hoofdelijkheid leidt tot het ontstaan van meerdere vorderingsrechten

Om te kunnen nagaan wat de consequenties van verjaring zijn wanneer er een 403-vordering in het spel is, is het wederom van belang om vast te stellen dat een 403-verklaring leidt tot het ontstaan van hoofdelijke aansprakelijkheid wat weer leidt tot de conclusie dat een 403-vordering een afzonderlijk vorderingsrecht is. Strikt genomen schrijft de wet niet voor dat er in het geval van hoofdelijkheid sprake is van meerdere vorderingsrechten. Artikel 6:7 BW bepaalt:

> Indien twee of meer schuldenaren hoofdelijk verbonden zijn, heeft de schuldeiser tegenover ieder van hen het recht op nakoming van het geheel.

De wet bepaalt echter niet expliciet dat er meerdere vorderingsrechten zijn. Artikel 6:7 BW had ook kunnen luiden:

> Indien twee of meer schuldenaren hoofdelijk verbonden zijn, heeft de schuldeiser tegenover ieder van hen een vorderingsrecht ter grote van het geheel.

223 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *NJ* 2002, 447, m.nt. Maeijer en *JOR* 2002/136, m.nt. Bartman (Akzo Nobel/ING).

Vergelijk bijvoorbeeld artikel 6:15 lid 1 BW, waarin de wetgever wel duidelijk van verschillende vorderingsrechten spreekt:

> Is een prestatie aan twee of meer schuldeisers verschuldigd, dan heeft ieder van hen een vorderingsrecht voor een gelijk deel, tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat de prestatie hun voor ongelijke delen toekomt of dat zij gezamenlijk één vorderingsrecht hebben.

Artikel 6:15 lid 1 BW had ook als volgt kunnen luiden:

> Is een prestatie aan twee of meer schuldeisers verschuldigd, dan hebben de schuldeisers ieder van hen een recht op nakoming voor een gelijk deel, tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat de prestatie hun voor ongelijke delen toekomt.

Een 403-vordering wordt gebaseerd op de 403-verklaring. De inhoud van een 403-verklaring moet worden vastgesteld door de uitleg van de daarin opgenomen tekst.[224] Dit geschiedt volgens de maatstaf die voortvloeit uit DSM/Fox,[225] naar objectieve maatstaven.[226] De Hoge Raad oordeelde dat de betekenis van een 403-verklaring moet worden begrepen tegen de achtergrond dat zij dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van een geconsolideerde jaarrekening.[227] Ervan uitgaande dat de 403-verklaring aansluit bij de bewoordingen van artikel 2:403 lid 1 sub f BW, vloeit het bestaan van twee vorderingsrechten niet direct voort uit de 403-verklaring. Hoe dan ook, op de 403-vordering zijn de reguliere regels van hoofdelijkheid van toepassing.[228] Hoewel de Hoge Raad hieromtrent mist heeft opgeroepen,[229] wordt aangenomen dat er bij hoofdelijke aansprakelijkheid geen sprake is van slechts één vorderingsrecht met twee of meer schuldenaren. Aangenomen wordt dat hoofdelijkheid leidt tot het bestaan van twee of meer vorderingen, al naar gelang het aantal hoofdelijk schuldenaren.[230] Dit zijn beide zelfstandige vorderingsrechten.[231] De vraag of een 403-vordering kwalificeert als een afhankelijk recht (art. 3:82 BW) of een nevenrecht (art. 6:142 BW) is door de Hoge Raad negatief beantwoord.[232]

---

224 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447, *JOR* 2002/136, m.nt. Bartman.

225 HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:AO1427, *NJ* 2005/493.

226 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *r.o.* 4.34.2.

227 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *r.o.* 4.34.1. Dit is niet helemaal zuiver. Mogelijk bedoelde de Hoge Raad dat het deponeren van de 403-verklaring (evenals het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening) een voorwaarde is om de groepsvrijstelling te mogen toepassen.

228 Het bijzondere karakter van een 403-vordering zou een afwijking van een deel van de regels van hoofdelijkheid rechtvaardigen aldus Wibier 2008, par. 3.

229 Zie par. 6.5.4 waar uitgebreid in wordt gegaan op HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661.

230 Biemans 2011, nr. 288.

231 Tussen de verschillende vorderingsrechten die voortvloeien uit hoofdelijkheid kunnen verschillen bestaan, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I*, nr. 100.

232 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *NJ* 2002/447 m.nt. Maeijer, *JOR* 2002/136, m.nt. Bartman, *r.o.* 3.4.5. Zie ook Hof 's-Gravenhage, 6 februari 2007, *JOR* 2007/103, m.nt.

In deze paragraaf worden vorenstaande overwegingen nogmaals benadrukt, omdat, wanneer een 403-vordering afhankelijk zou zijn van de oorspronkelijke vordering en het lot van de oorspronkelijke vordering zou volgen, een 403-vordering niet kan (voort)bestaan wanneer de oorspronkelijke vordering teniet is gegaan. Wanneer de oorspronkelijke vordering verjaart, gaat in dat geval ook de 403-vordering teniet. En dat is, zoals in deze paragraaf uiteen zal worden gezet, nu juist niet het geval.

6.6.3 Het moment waarop een 403-vordering ontstaat

Om te kunnen bepalen op welk moment een vordering verjaart, dient uiteraard eerst te worden vastgesteld wanneer een vordering ontstaat. Veelal wordt aangenomen dat een 403-vordering ontstaat zo gauw een schuldeiser een door een 403-verklaring gedekte vordering op de dochtervennootschap verkrijgt.[233]

Wordt van vorenstaande aanname uitgegaan, dan kan een 403-vordering ontstaan zonder dat de schuldeiser daarmee instemt. Zonder dat sprake is van een wil, laat staan een geopenbaarde wil, wordt aan zijn vermogen een vermogensrecht toegevoegd.[234] Dit doet zich voor wanneer de vordering op de dochtervennootschap al bestaat en op een later tijdstip een 403-verklaring wordt afgegeven.

Zonder daarmee te willen pretenderen dat dit geldend recht is, kan om verschillende redenen worden betoogd dat het voor het ontstaan van een vorderingsrecht nodig is dat de moedervennootschap eerst door de schuldeiser wordt aangesproken. Er zijn verschillende auteurs die betogen dat een schuldeiser de moedervennootschap eerst tot nakoming dient aan te spreken alvorens een vorderingsrecht ontstaat.[235] De 403-verklaring is een ongerichte rechtshandeling.[236] Om haar wer-

---

Faber waarin aan de orde komt dat een vordering die voortvloeit uit hoofdelijkheid en welke niet als een afhankelijk recht kan worden beschouwd, niet als een nevenrecht kan worden beschouwd. Bij de overgang van één van de vorderingsrechten gaat een ander vorderingsrecht niet van rechtswege mee over als afhankelijk recht of als nevenrecht, zie Biemans 2011, nr. 289.

233 Biemans 2011, nr. 312.

234 De vraag is of een inbreuk op een fundamenteel beginsel als de partijautonomie toelaatbaar moet worden geacht. De aanname dat een schuldeiser wordt bevoordeeld door een toevoeging van een vorderingsrecht is betrekkelijk. Verrekeningsmogelijkheden kunnen bijvoorbeeld vervelend voor de schuldeiser uitpakken. Bij schenking wordt ook gemakkelijk aangenomen dat dit per definitie leidt tot voordeel bij de begunstigde. Aanvankelijk was schenking dan ook een eenzijdige rechtshandeling. Maar daar is de wetgever van teruggekomen. In de praktijk bleek het toch (soms) ongewenst te zijn wanneer 'zomaar' een vermogensbestanddeel aan een andermans vermogen kon worden toegevoegd, zonder dat die partij daar zelf mee had ingestemd (impliciet dan wel expliciet).

235 Wibier 2008; Niels 2010, p. 27; Van der Kraan 2013, p. 156-159 en Van der Schee 2014, p. 22-24, par. 3.1.

king te hebben, is niet vereist dat een ongerichte rechtshandeling een ontvanger heeft bereikt. Wanneer ervan uit wordt gegaan dat direct bij het aangaan van een overeenkomst met een dochtervennootschap een 403-vordering op de moedervennootschap ontstaat, dan mag de moedervennootschap ervoor kiezen om de uit de 403-vordering voortvloeiende verbintenis na te komen. Gezien de regels van hoofdelijkheid mag een schuldeiser die nakoming niet weigeren. Dit leidt ertoe dat een schuldeiser ongewenst met nakoming door de moedervennootschap kan worden geconfronteerd. Daarbij is van belang dat wordt gerealiseerd dat het begrip 'schulden' van art. 2:403 BW niet louter ziet op geldvorderingen.[237]

Er zijn genoeg situaties te bedenken waarin een contractant bewust met een bepaalde partij contracteert en dat nakoming door een andere partij, in dit geval de moedervennootschap, niet gewenst is.[238] Dient een schuldeiser hiertegen actief op te treden en afstand te doen van zijn vorderingsrecht op de moedervennootschap?[239] Daarmee zal een schuldeiser zijn rechten prijsgeven, hetgeen de schuldeiser in een later stadium wellicht duur kan komen te staan, als de dochtervennootschap uiteindelijk toch niet in staat blijkt om haar schulden na te komen. Daarbij geldt bovendien dat de enkele wil van de schuldeiser niet voldoende is om van een vorderingsrecht af te komen. Wanneer een schuldeiser afstand wenst te doen van een vorderingsrecht, dient dit door de schuldenaar te worden aanvaard.

De compensatie die een 403-vordering biedt, is in het leven geroepen om schuldeisers tegemoet te komen. De faciliteit mag zich niet tegen de schuldeiser keren. De mogelijkheid dat een moedervennootschap een schuldeiser eenzijdig een vorderingsrecht en de daarop volgende prestatie kan opdringen, is een vrij ongelukkige bijkomstigheid. Wederom een die verband houdt met de regels van de hoofdelijkheid.

In deze paragraaf zal hierna aangesloten worden bij de heersende opvatting dat een 403-vordering automatisch ontstaat wanneer er een 403-verklaring is en een uit een rechtshandeling voortvloeiende schuld van de dochtervennootschap.

236 Daaruit volgt dat een 403-verklaring niet kan worden gezien als een aanbod, aangezien een aanbod een tot een partij gerichte rechtshandeling is, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014, nr. 99.

237 Zie Rb. Rotterdam 24 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10454, *Ondernemingsrecht* 2014/31 en *JIN* 2014/44; Beckman 1995, p. 293 en Van Solinge 2006, p. 251.

238 Bijvoorbeeld wegens bepaalde kwaliteiten of een bepaalde reputatie van een specifieke partij. Binnen een concern kan een premiumtak en een budgettak bestaan, gepositioneerd onder dezelfde moedervennootschap. Nakoming door een andere partij, in dit geval de moedervennootschap, is niet gewenst. Een vervolgvraag daarbij is of de moedervennootschap zich bijvoorbeeld van haar verplichting kan bevrijden door één van haar andere dochters de verbintenis te laten nakomen of kan volstaan de verbintenis af te kopen met een vervangende schadevergoeding.

239 Een schuldeiser kan afzonderlijk afstand doen van één van zijn vorderingen op hoofdelijk verbonden schuldenaren, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I*, nr. 100.

6.6.4 Verjaring

Boek 3 BW geeft een aantal grondslagen voor de verjaring van opeisbare vorderingen.[240] De algemene verjaringsgrondslag is geregeld in artikel 3:306 BW. Daarnaast zijn er een aantal specifieke bepalingen opgenomen in artikel 3:307 BW en verder.[241] De belangrijkste consequentie van dit onderscheid houdt verband met de verjaringstermijn. Is de grondslag voor de verjaring gelegen in artikel 3:306 BW, dan geldt de algemene verjaringstermijn en die bedraagt twintig jaar. Die termijn geldt, tenzij in de bijzondere bepalingen een afzonderlijke termijn is voorgeschreven. Voor veel verbintenissen geldt dat een afzonderlijke verjaringstermijn is voorgeschreven. In de meeste van die gevallen bedraagt de verjaringstermijn vijf jaar.

6.6.5 De verjaring van een 403-vordering

Los van mijn beschouwingen, wordt in de literatuur niet concreet ingegaan op de vraag welke verjaringsbepaling van toepassing is op een 403-vordering. In algemene zin wordt opgemerkt dat een 403-vordering kan verjaren.[242] In het kader van artikel 2:403 BW wordt in de literatuur onder verwijzing naar artikel 3:307 BW en artikel 3:308 BW opgemerkt dat de gebruikelijke verjaringstermijn voor opeisbare vorderingen vijf jaar is.[243] Dat Beckman en Wijngaarden geheel in het midden laten welke verjaringstermijn nu concreet van toepassing is op een 403-vordering, is opmerkelijk. In de literatuur wordt de vraag welk verjaringsregime van toepassing is op een 403-vordering verder in het midden gelaten.

Het Gerechtshof Den Haag heeft zich een enkele keer uit mogen laten over de verjaring van een 403-vordering.[244] Helaas is deze gelegenheid niet aangegrepen om duidelijkheid te scheppen. Ook in een later stadium heeft de Hoge Raad niet ingegrepen en het cassatieberoep in deze zaak afgedaan op basis van artikel 81 Ro. In de betreffende zaak had de schuldeiser de dochtervennootschap aangesproken op 30 juni 2005. Bijna een jaar later zijn de vorderingen klaarblijkelijk nog niet voldaan. Op 20 maart 2006 spreekt de schuldeiser (de pandhouder van

240 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat uiteraard ook buiten boek 3 BW verjaringsgrondslagen zijn opgenomen. Zie bijvoorbeeld art. 7:28 BW voor de verjaring van een vordering voortvloeiend uit een consumentenkoop.

241 Aangezien verjaring op grond van art. 3:307 BW vaker voorkomt dan verjaring op grond van art. 3:306 BW, wordt de verjaring op grond van art. 3:307 BW ook wel aangemerkt als de algemene bepaling inzake verjaring en wordt art. 3:306 BW als een *species* beschouwd.

242 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I*, nr. 583 onder sub g.

243 Beckman & Van Wijngaarden, art. 2:403 BW. aant. C4.4.

244 Hof Den Haag, 18 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:892, *JOR* 2015/93. Tegen deze uitspraak is cassatie ingesteld, maar dat is verworpen. Zie HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1691.

vorderingen op de dochtervennootschap)[245] de moedervennootschap aan op basis van de 403-verklaring. De moedervennootschap weigert te betalen en er volgt een rechtszaak. De moedervennootschap stelt zich op het standpunt dat de 403-vorderingen zijn verjaard. Dit beroep op verjaring wordt in eerste aanleg gehonoreerd. De rechtbank constateert dat de oorspronkelijke vorderingen opeisbaar zijn geworden in de loop van 1999, zodat de verjaringstermijnen van vijf jaar afliepen in de loop van 2004 (art. 3:307 lid 1 BW). De 403-verklaring was reeds afgegeven voordat de oorspronkelijke vorderingen opeisbaar werden. De verjaringstermijn van de 403-vorderingen liep eveneens af in de loop van 2004.

Voor zover het de verjaring van een 403-vordering betreft, wordt door het hof eveneens aangehaakt bij een termijn van vijf jaar. Het hof gaat voorbij aan de vraag wanneer een 403-vordering ontstaat en laat na om de verjaring van de 403-vorderingen op de eigen merites te beoordelen. Het hof lijkt er daarmee vanuit te gaan dat een 403-vordering afhankelijk is van de oorspronkelijke vordering. Het hof concludeert namelijk dat wanneer de oorspronkelijke vordering verjaart, de 403-vordering ook verjaart. Het hof overweegt in *rechtsoverweging* 8 van haar uitspraak het volgende:

> "Het hof stelt daarbij vast dat partijen er beide vanuit gaan dat, wanneer de vorderingen van DVO P op Etis zijn verjaard, ook de vorderingen op Eneco zijn verjaard. Het beroep van Eneco op verjaring zal door het hof dan ook in die zin worden begrepen."[246]

De vraag is of hieruit kan worden afgeleid dat het hof van mening is dat de verjaring van de 403-vordering afhankelijk is van de verjaring van de oorspronkelijke vordering. Ik meen van niet. Althans ik hoop het niet. De vraag wanneer een 403-vordering verjaart, wordt niet expliciet door het hof beantwoord. Deze vraag vormt geen onderwerp van het geschil en wordt niet ter beoordeling aan het hof voorgelegd. Partijen waren op dit vlak kennelijk niet verdeeld, en het Hof heeft het standpunt van partijen dat een 403-vordering op hetzelfde moment verjaart als de oorspronkelijke vorderingen overgenomen.

---

245 In deze kwestie wordt niet ingegaan of de 403-vorderingen eveneens waren verpand. Aangenomen wordt dat de pandhouder naast de dochtervennootschap ook de moedervennootschap kon aanspreken. Bartman merkt daarover op: "Partijen hadden het de appelrechter op dit punt ook niet moeilijk gemaakt. Uit r.o. 7, laatste zin, blijkt immers dat Eneco Beheer niet het verweer had gevoerd dat een rechtsgeldige verpanding van de Onderliggende Vorderingen niet automatisch betekent dat TPB dus ook – naar believen – verhaal kon zoeken op Eneco Beheer vanwege haar 403-verklaring. De 403-vordering wordt immers wel beschouwd als een zelfstandig vorderingsrecht dat voor afzonderlijke verpanding vatbaar is. Dat de 403-vorderingen van DVO P op Eneco Beheer in casu ook aan TPB waren verpand, is echter, zoals hiervoor geconstateerd, gesteld noch gebleken. Bij gebreke daarvan was TPB dus ook niet inningsbevoegdheid tegenover Eneco Beheer (art. 3:246 lid 1 BW), zo had deze laatste kunnen betogen", Bartman in *JOR* 2015/93, randnr. 9.

246 Hof Den Haag, 18 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:892, *JOR* 2015/93, *r.o.* 8.

Het hof kan zich gemakshalve en/of om dogmatische redenen bij deze opvatting van partijen hebben neergelegd. Het standpunt is dan evenwel niet in lijn met de regels van hoofdelijkheid. Uit die regels vloeit immers voort dat de oorspronkelijke vordering en de 403-vordering onafhankelijk van elkaar zijn. Dat betekent dat voor zowel de hoofdvordering als voor de 403-vordering moet worden nagegaan wanneer deze vorderingen zijn ontstaan. Bartman verwoordt de worsteling met de regels van de hoofdelijkheid in zijn annotatie:[247]

> "10. Ook in een ander opzicht maakte het hof maar al te graag gebruik van de – beweerdelijke – consensus tussen partijen, waar het betreft de juridisch-dogmatische duiding van de 403-vordering. In r.o. 8 overweegt het hof: "Het hof stelt daarbij vast dat partijen er beide vanuit gaan dat, wanneer de vorderingen van DVO P op Etis zijn verjaard, ook de vorderingen op Eneco zijn verjaard. Het beroep van Eneco op verjaring zal door het hof dan ook in die zin worden begrepen."
>
> 11. Met andere woorden, het hof lijkt er met partijen vanuit te gaan dat de 403-vordering tot op zekere hoogte een afhankelijk verjaringsregime kent. Dat wil zeggen dat wanneer de Onderliggende Vordering op de dochter is verjaard, daarmee ook steeds de 403-vordering op de moeder is verjaard, ongeacht een eventuele stuitingshandeling ten aanzien van deze laatste."

Het lijkt erop dat het hof de jurisprudentie van de Hoge Raad en de wettelijke regels van de hoofdelijkheid zonder nadere onderbouwing naast zich neer heeft gelegd.[248] Bartman neemt aan dat het hof niet slechts het door partijen ingenomen standpunt volgt maar dat de uitspraak laat zien dat het hof uitgaat van afhankelijkheid van de 403-vordering. Bartman merkt het volgende op:

> "12. Het standpunt van het hof op dit punt is in lijn met de opvatting die de 403-vordering beschouwt als een zelfstandig vorderingsrecht met een – in sommige opzichten – afhankelijk karakter (vgl. Bartman/Dorresteijn, Van het concern, 8e dr., 2013, p. 240)."

Bartman concludeert dat het hof de 403-vordering een (deels) afhankelijk karakter toedicht. Dit deels afhankelijke karakter zou een van de oplossingen zijn[249] tegen de ongewenste consequentie van de hoofdelijkheid, namelijk dat de oorspronkelijke

247 Bartman in *JOR* 2015, 93, randnr. 10 en 11.

248 Verwezen zij naar de materiële regels van de hoofdelijkheid, op basis waarvan algemeen wordt aanvaard dat hoofdelijkheid leidt tot meerdere zelfstandige vorderingsrechten. Daarnaast is de uitspraak van het Gerechtshof ook formeel-rechtelijk gezien bijzonder te noemen, zie Zie HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2911, *NJ* 2000/290 m.nt. Vranken, waar de Hoge Raad oordeelde dat wanneer een vordering wordt ingesteld tegen meer dan één hoofdelijk verbonden schuldenaar, niet ten aanzien van iedere schuldenaar hetzelfde behoeft te worden beslist.

249 Voor verschillende reeds eerder in de literatuur genoemde oplossingen verwijst Bartman naar Timmerman & De Winter 2013, p. 355 (357) en Nass & Nass 2014, p. 735.

vordering en de 403-vordering zelfstandig zijn en dus een tijdstip van verjaring kunnen hebben:

> "Het betreft één van de vele suggesties die in de literatuur inmiddels zijn geopperd om, met onderkenning van het Akzo/ING-arrest («JOR» 2002/136), "de boel" – dat wil zeggen 403-vordering en Onderliggende Vordering – toch zo veel mogelijk bij elkaar te houden. Dit gezien de bezwaren in de praktijk tegen een ongewenst uiteenlopen bij tenietgaan, overdracht, bezwaring en dus ook bij verjaring."

Het lijkt erop dat eiseres heeft gepoogd om een beroep te doen op de zogenaamde wilsrechttheorie.[250] Dat blijkt uit *rechtsoverweging* 9 van het arrest van het hof waar het hof ingaat op de stelling in de Memorie van Grieven van de eisende schuldeiser dat "de verjaring niet eerder is aangevangen dan na het op 20 maart 2006 opeisen van de vorderingen bij Eneco op grond van de aansprakelijkheidsverklaring". Het hof heeft dit op een onbegrijpelijke wijze verworpen. Zie wederom Bartman:

> "Het Hof verwerpt dit betoog met de volgende woorden: "Voor zover hierin een grief tegen het oordeel van de rechtbank moet worden gelezen, stuit die af op hetgeen hierboven is overwogen met betrekking tot het karakter van de aansprakelijkheidsverklaring.
> (…)
> Met "hetgeen hierboven is overwogen met betrekking tot het karakter van de aansprakelijkheidsverklaring", beoogt het hof kennelijk te verwijzen naar r.o. 8. Over het (rechts)karakter van de 403-verklaring wordt daar echter niet meer vermeld dan dat, conform HR Akzo/ING, zij een generieke, eenzijdige rechtshandeling betreft, waaruit hoofdelijkheid ontstaat en die geen afhankelijk recht in het leven roept als bedoeld in art. 3:7 jo. art. 3:82 BW. Trekt men echter die lijn door dan zou de 403-vordering juist wel een zelfstandig – dat wil zeggen, los van de Onderliggende Vordering – verjaringsregime moeten kennen. Aldus ook Beckman in Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/583, alsmede in P.J. Dortmond (red.), Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, 13e dr., 2013, nr. 324. Maar hoe verhoudt zich dat dan met de hiervoor gesignaleerde opvatting van het hof (en partijen) over een afhankelijk verjaringsregime van de 403-vordering? In zoverre is het arrest van het hof niet optimaal gemotiveerd."
> (…)
> "Van het onderhavige arrest is cassatieberoep ingesteld. Uit het voorafgaande moge blijken dat er over het rechtskarakter van de 403-vordering nog wel wat juridisch dogmatische noten door de Hoge Raad zijn te kraken. Uit het Econcern-arrest van vorig jaar (NJ 2014, 309, m.nt. Van Schilfgaarde, «JOR» 2014/199, m.nt. Van Dooren), zou men kunnen afleiden dat de Hoge Raad wat terughoudend is om de 403-verklaring te beoordelen vanuit haar specifieke, ondernemingsrechtelijke functie. Echter, in zijn SNS-beschikking van 20 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:661) overweegt de Hoge Raad met zoveel woorden in r.o. 4.34.1 dat het hier gaat om een verklaring "waarvan de betekenis moet worden begrepen tegen de achtergrond dat zij dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van een geconsolideerde jaarrekening." Los van het feit dat deze overweging feitelijk onjuist is (403-verklaring en consolidatie zijn beide voorwaarden voor vrijstelling) biedt

250 Zie Van der Kraan 2012.

> zij enige hoop dat de Hoge Raad misschien toch bereid is tot een wat meer functionele duiding van de 403-verklaring. En nu maar hopen dat ook de formulering van het cassatiemiddel in onderhavige zaak daar aanleiding toe geeft."

Een andere mogelijkheid is dat het Hof heeft bedoeld aan te geven dat partijen ervan uit zijn gegaan dat beide vorderingen zijn verjaard. Niet omdat zij van elkaar afhankelijk zijn, maar omdat partijen ervan uit zijn gegaan dat de hoofdvordering en de 403-vordering tegelijkertijd zijn ontstaan en dat daarom de verjaringstermijn tegelijk is omgekomen.

Een andere mogelijkheid is dat het Hof heeft onderkend dat de schuldeiser het wilsrecht niet tijdig heeft ingeroepen, en dat wanneer de hoofdvordering is verjaard, ook de mogelijkheid om de moedervennootschap aansprakelijk te stellen – en een 403-vordering tot stand te doen komen – is verjaard. Het Hof geeft in *rechtsoverweging* 8 een onderbouwing, maar daaruit valt geen duidelijke conclusie te trekken:

> "Het gaat bij deze verklaring om een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling op grond waarvan rechtstreekse aansprakelijkheid (dus geen vorderingsrecht, JK) van de moedervennootschap ontstaat (HR 28 juni 2002, NJ 2002, 447). Die hoofdelijkheid brengt met zich mee dat de schuldeiser naar keuze zowel de dochtervennootschap (Etis) als de moedervennootschap (Eneco) kan aanspreken, met dien verstande dat nakoming door een van hen ook de andere medeschuldenaar bevrijdt. Nu de aansprakelijkheidsverklaring van Eneco al vóór de opeisbaarheid van de in het geding aan de orde zijnde facturen was afgegeven, kon DVO P of TPB er direct voor kiezen hetzij Etis, hetzij Eneco aan te spreken. TPB heeft immers niet weersproken dat zij van deze aansprakelijkheidsverklaring op de hoogte kon zijn."

Wanneer wel sprake is van een 403-vordering, dan past het hof kennelijk een verjaringstermijn van vijf jaar toe. Op grond van welke wettelijke bepaling het hof oordeelt dat sprake is van een verjaringstermijn van vijf jaar, blijkt niet uit het arrest.

6.6.6 Is artikel 3:306 BW of artikel 3:307 BW van toepassing op een 403-vordering?

In artikel 3:307 BW[251] wordt een verjaringstermijn van vijf jaar genoemd. Artikel 3:307 BW geldt ten aanzien van de verjaring van *rechtsvorderingen tot nakoming van verbintenissen uit overeenkomsten*. Artikel 3:307 BW luidt als volgt:

251 De verjaring van (nog) niet opeisbare vorderingen volgens art. 3:307 lid 2 BW zal hier buiten beschouwing worden gelaten.

> Artikel 3:307 BW
> 1. Een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot een geven of een doen verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden.
> 2. In geval van een verbintenis tot nakoming na onbepaalde tijd loopt de in lid 1 bedoelde termijn pas van de aanvang van de dag, volgende op die waartegen de schuldeiser heeft medegedeeld tot opeising over te gaan, en verjaart de in lid 1 bedoelde rechtsvordering in elk geval door verloop van twintig jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waartegen de opeising, zonodig na opzegging door de schuldeiser, op zijn vroegst mogelijk was.

Niet zonder meer kan worden aangenomen dat een vordering tot nakoming van een 403-vordering een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit een overeenkomst betreft. Dat artikel 3:307 BW van toepassing is op de verjaring van een 403-vordering, is dan ook allerminst een gegeven. Naar huidig recht lijkt niet te worden aangenomen dat er tussen een schuldeiser, die een beroep doet op de 403-verklaring, en de moedervennootschap een rechtsverhouding ontstaat die kwalificeert als een overeenkomst in de zin van art. 3:307 BW. Op basis van de letterlijke tekst van artikel 3:307 BW ligt het daarom niet voor de hand om aan te nemen dat de verjaringstermijn van artikel 3:307 op een 403-vordering van toepassing is. Maar het begrip *overeenkomst* in de zin van art. 3:307 BW blijkt een rekbaar begrip te zijn. Zo is bijvoorbeeld uitgemaakt dat de verstrekking van bijstand in de vorm van een geldlening onder het begrip overeenkomst van artikel 3:307 BW valt,[252] evenals de rechtsverhouding tussen een vennootschap en de aandeelhouder op basis waarvan de aandeelhouder verplicht is om zijn aandelen vol te storten[253] alsook een vordering uit hoofde van een creditnota.[254] Anderzijds vallen een rechtsvordering uit overbedeling na boedelverdeling[255] en een vordering tot toekenning van pensioenaanspraken over een bepaalde periode[256]

252 HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC3206, *NJ* 1999/445. Het oogmerk van de Algemene Bijstandswet was volgens de rechter om een (lenings)overeenkomst naar burgerlijk recht in het leven te roepen, ook al was de bijstand verstrekt op basis van een door de gemeente genomen bestuursrechtelijk besluit.

253 HR 17 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2004:AI0308, *NJ* 2004/282. De Hoge Raad besliste dat de vordering tot volstorting een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot een geven is. Volgens Van Schilfgaarde is sprake van een verplichting (verbintenis) uit de overeenkomst tot deelname in het kapitaal.

254 Hof Amsterdam 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU7798. Vordering in verband met creditnota is een vordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst en niet een uit onverschuldigde betaling.

255 Hof Amsterdam 28 juni 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AD8635. De erflater brengt de ouderlijke boedelverdeling tot stand. Die toedeling heeft niet het karakter van een overeenkomst tussen de erven.

256 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462, *NJ* 2001/673. Indien voldaan is aan de in het Pensioenreglement neergelegde voorwaarden, is het ontstaan van pensioenaanspraken niet afhankelijk van een daartoe strekkende handeling van (het bestuur van) BPF. De vordering tot toekenning van pensioenaanspraken over een bepaalde periode wordt niet geacht te strekken

niet onder 3:307 BW. Uit deze jurisprudentie volgt dat het moeilijk is om een lijn te trekken. Aan het begrip overeenkomst wordt niet strikt de hand gehouden. De vraag of een 403-vordering onder deze term kan worden begrepen, is tot op heden niet beantwoord en het antwoord is dus onzeker. Zou worden geconcludeerd dat een schuldeiser de 403-vordering eerst dient te aanvaarden alvorens de 403-vordering ontstaat, dan zou sneller geconcludeerd kunnen worden dat artikel 3:307 BW van toepassing is op een 403-vordering.

Wanneer artikel 3:307 BW niet van toepassing is op een 403-vordering, geldt dat voor de 403-vordering in beginsel de langere verjaringstermijn geldt van art. 3:306 BW. Artikel 3:306 BW luidt als volgt:

> Artikel 3:306 BW
> Indien de wet niet anders bepaalt, verjaart een rechtsvordering door verloop van twintig jaren.

Wanneer geconcludeerd wordt dat artikel 3:306 BW van toepassing is, dan bedraagt de verjaringstermijn voor de 403-vordering twintig jaar. Wanneer de hoofdvordering voortvloeit uit een overeenkomst, en daarop derhalve de verjaringstermijn van vijf jaar op basis van art. 3:307 BW van toepassing is, bestaat de situatie waarin de verjaringstermijn van de hoofdvordering en de verjaringstermijn van de 403-vordering niet even lang zijn. Het spiegelbeeld is ook mogelijk. Wanneer de hoofdvordering niet voortvloeit uit een overeenkomst, is op de hoofdvordering de verjaringstermijn van twintig jaar uit art. 3:306 BW van toepassing. Bij de aanname dat een 403-vordering wordt geacht voort te vloeien uit een overeenkomst zoals bedoeld in art. 3:307 BW, zal de verjaringstermijn van art. 3:307 BW van toepassing zijn op de 403-vordering en vijf jaar betreffen.

Vanuit de verjaring gezien is het feit dat er twee zelfstandige vorderingsrechten bestaan – met elk een afwijkende ontstaansgrond – onwenselijk. Het zal op de meeste deelnemers aan het rechtsverkeer vreemd overkomen dat wanneer de hoofdvordering is verjaard, de aansprakelijkheid van de moedervennootschap nog voor een hele lange periode doorloopt. Daarnaast kan een onopgemerkte 403-vordering die niet is verjaard voor vervelende verrassingen zorgen.

6.6.7 Aanvang van de verjaring

Ervan uitgaande dat de 403-vordering als gevolg van hoofdelijkheid direct ontstaat wanneer de vordering op de dochtervennootschap ontstaat, zal de verjaringstermijn van de hoofdvordering en de verjaring van de 403-vordering in de meeste situaties

---

tot nakoming van 'een verbintenis tot een geven of een doen' in de zin van art. 3:307 BW, maar heeft het karakter van een verklaring voor recht dat de werknemer jegens BPF uit hoofde van het Pensioenreglement pensioenaanspraken heeft. Hieraan doet niet af dat een pensioenaanspraak een zelfstandig (voorwaardelijk) vermogensrecht vormt.

op hetzelfde tijdstip aanvangen. Dit is het geval wanneer de 403-verklaring reeds is afgegeven op het moment dat de schuld van de dochtervennootschap ontstaat.

Voor schulden van de dochtervennootschap die reeds bestaan op het moment waarop de 403-verklaring wordt afgegeven, geldt dat de hoofdvordering en de 403-vordering niet op hetzelfde tijdstip ontstaan.

6.6.8 Afzonderlijke vorderingen, afzonderlijke stuiting

Ten aanzien van een 403-vordering geldt de reguliere regeling ten aanzien van stuiting. Deze regeling is opgenomen in artikel 3:319 BW en luidt als volgt:

> Artikel 3:319 BW
> 1. Door stuiting van de verjaring van een rechtsvordering, anders dan door het instellen van een eis die door toewijzing wordt gevolgd, begint een nieuwe verjaringstermijn te lopen met de aanvang van de volgende dag. Is een bindend advies gevraagd en verkregen, dan begint de nieuwe verjaringstermijn te lopen met de aanvang van de dag, volgende op die waarop het bindend advies is uitgebracht.
> 2. De nieuwe verjaringstermijn is gelijk aan de oorspronkelijke, doch niet langer dan vijf jaren. Niettemin treedt de verjaring in geen geval op een eerder tijdstip in dan waarop ook de oorspronkelijke termijn zonder stuiting zou zijn verstreken.
> 3. Door stuiting van de verjaring van een rechtsvordering op grond van artikel 316, lid 4, begint een nieuwe verjaringstermijn te lopen met aanvang van de dag volgende op de dag van de uitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan. De nieuwe verjaringstermijn is gelijk aan de oorspronkelijke verjaringstermijn, doch niet langer dan vijf jaren. Niettemin treedt de verjaring in geen geval op een eerder tijdstip in dan waarop ook de oorspronkelijke termijn zonder stuiting zou zijn verstreken.

De hoofdelijkheid brengt met zich dat er afzonderlijke vorderingsrechten zijn en daarom dient de verjaring van beide vorderingsrechten afzonderlijk te worden gestuit. Stuiting van de verjaring van de hoofdvordering leidt niet tot stuiting van de verjaring van de 403-vordering. Vice versa geldt natuurlijk hetzelfde. Ervan uitgaande dat er geen overgang of overdracht van de vorderingsrechten heeft plaatsgevonden, dient stuiting van de hoofdvordering te worden gericht aan de dochtervennootschap en de stuiting van de 403-vordering dient te worden gericht aan de moedervennootschap.

Wanneer wordt vergeten om de 403-vordering te stuiten en de 403-vordering blijkt te zijn verjaard, dan is de vraag wat daarvan het effect is. De schuldeiser die nog wel de hoofdvordering heeft, zou in principe nog steeds of opnieuw een beroep kunnen doen op de 403-verklaring, zo lang die niet is ingetrokken. De schuldeiser is nog steeds schuldeiser van de dochtervennootschap en de generieke ongerichte verklaring van de moedervennootschap ligt er nog steeds.

De vraag is of dit juist is. De 403-vordering die is verjaard, is niet tenietgegaan. Maar omgezet in een natuurlijke verbintenis. Wanneer een schuldeiser opnieuw een beroep op de 403-verklaring zou kunnen doen dan zou hij een tweede vorderingsrecht op de moedervennootschap verkrijgen. Dat kan niet de bedoeling zijn.

De schuldeiser kan afstand doen van zijn vordering die een natuurlijke verbintenis is, maar dit moet dan wel door de moedervennootschap worden aanvaard.

6.6.9 De verjaarde vordering bestaat voort als natuurlijke verbintenis

De resterende natuurlijke verbintenis vloeit voort uit het feit dat de verjaring van artikel 3:306 BW en artikel 3:307 BW de zogenaamde 'zwakke werking' kent.[257] Dit betekent dat de rechtsvordering om de nakoming van het vorderingsrecht af te dwingen, tenietgaat. Het vorderingsrecht zelf blijft echter wel bestaan. Deze voortbestaande vordering is een natuurlijke verbintenis. Een natuurlijke verbintenis kent aan de actieve zijde een vordering zonder rechtsvordering en aan de passieve zijde een schuld.

Hiervóór lag het accent op de verjaring van de 403-vordering, maar de hoofdvordering kan uiteraard ook verjaren en om worden gezet in een natuurlijke verbintenis. Wanneer de hoofdvordering is verjaard, behoudt de schuldeiser zijn hoedanigheid als schuldeiser. Hij is dan schuldeiser van een natuurlijke verbintenis. Een schuldeiser met een natuurlijke verbintenis kan nog steeds een beroep doen op de 403-verklaring. Daar vloeit dan een vorderingsrecht uit voort die wel rechtens afdwingbaar is. Is de 403-verklaring inmiddels ingetrokken (art. 2:404 lid 1 BW) dan kan de schuldeiser nog steeds een beroep doen op de 403-verklaring voor zover de overblijvende aansprakelijkheid niet is beëindigd (art. 2:404 lid 3 BW). Dit brengt met zich dat een schuldeiser van de dochtervennootschap, die een vordering heeft die voortvloeit uit een natuurlijke verbintenis, in verzet kan gaan tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Voor de moedervennootschap geldt dus dat wanneer er verjaarde vorderingen op een ex-dochtervennootschap zijn het nog steeds verstandig is om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen.

De afzonderlijke verjaring van de 403-vordering en de hoofdvordering laat zien dat de juridische gevolgen van de verjaring complex kunnen zijn. Wanneer de hoofdvordering is verjaard, zal niet snel worden stilgestaan bij de mogelijkheid om alsnog een beroep te doen op een 403-verklaring. De moedervennootschap zal op haar beurt mogelijk niet stilstaan bij de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ten aanzien van reeds verjaarde vorderingen op de dochtervennootschap.

257 Zie onder meer Hartkamp 2005, nr. 192.

6.7 Het 403-regime en cessie

6.7.1 Complicaties door separate cessie van de zelfstandige vorderingsrechten

Dat de zelfstandigheid van de hoofdvordering en de 403-vordering tot complexe situaties leidt en aanleiding geeft tot verwarring, komt ook bij de samenloop van het 403-regime en cessie aan het licht. Dat de hoofdvordering en de 403-vorderingen in verschillende handen kunnen raken, kan ongewenste en onvoorziene consequenties hebben.

6.7.2 Een zelfstandig vorderingsrecht volgt geen ander recht en is zelfstandig vatbaar voor cessie

Een vorderingsrecht is een vermogensrecht en wordt aangemerkt als een goed:

> Artikel 3:1 BW
> Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten.
>
> Artikel 3:2 BW
> Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten.
>
> Artikel 3:6 BW
> Rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel, zijn vermogensrechten.

Zelfstandige vorderingsrechten kunnen ieder afzonderlijk worden overgedragen:

> Artikel 3:83 BW
> 1. Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet.
> 2. De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten.
> 3. Alle andere rechten zijn slechts overdraagbaar, wanneer de wet dit bepaalt.

De overdracht van een vorderingsrecht dient te voldoen aan de vereisten van artikel 3:84 BW en aan de bijzondere bepaling voor cessie, artikel 3:94 BW. De tussenconclusie is dat een 403-vordering een vorderingsrecht is dat zelfstandig kan worden overgedragen. Dit zou niet opgaan wanneer een 403-vordering zou kunnen worden aangemerkt als een afhankelijk recht:

> Artikel 3:7 BW
> Een afhankelijk recht is een recht dat aan een ander recht zodanig verbonden is, dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan.

Het gevolg van het aanmerken van een 403-vordering als een afhankelijk recht zou zijn dat een 403-vordering mee overgaat als de hoofdvordering overgaat op een nieuwe schuldeiser:

> Artikel 3:82 BW
> Afhankelijke rechten volgen het recht waaraan zij verbonden zijn.

De Hoge Raad heeft inzake de kwestie Akzo Nobel/ING[258] aangegeven dat een 403-vordering *geen* van de hoofdvordering afhankelijk recht is:[259]

> "Nu een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid niet een afhankelijk recht in het leven roept, getuigt het oordeel van de Ondernemingskamer dat het recht dat de contractant verkrijgt jegens de moedermaatschappij, een afhankelijk recht – als bedoeld in de artikelen 3:7 en 3:82 BW – is, van een onjuiste rechtsopvatting."

In een latere uitspraak[260] lijkt de Hoge Raad te hebben betoogd dat de hoofdvordering en de 403-vordering met elkaar 'verbonden' zijn.[261] Hoe deze verbondenheid precies moet worden geduid, is onduidelijk. Daarom zal er – in lijn met de uitspraak inzake de kwestie Akzo Nobel/ING[262] – vanuit worden gegaan dat de Hoge Raad van mening is dat een 403-vordering geen afhankelijk recht is. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad en de hiervoor geciteerde regelgeving volgt dan dat een 403-vordering een zelfstandig recht is wat met zich brengt dat een 403-vordering achterblijft wanneer de hoofdvordering wordt overgedragen. De zelfstandigheid van de 403-vordering brengt niet alleen met zich dat deze bij de cessionaris achterblijft, maar dit leidt er ook nog toe dat de 403-vordering zelfstandig kan worden overgedragen.

6.7.3 Is de 403-vordering een nevenrecht?

Als de 403-vordering geen afhankelijk recht is, is de vraag of een 403-vordering nog op een andere wetstechnische wijze aan de hoofdvordering verbonden kan zijn.[263] Bijvoorbeeld door een 403-vordering aan te merken als een nevenrecht in de zin van artikel 6:142 BW:

258 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *JOR* 2002/136 (Akzo Nobel/ING).
259 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *JOR* 2002/136 (Akzo Nobel/ING), *r.o.* 3.4.5.
260 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661.
261 Zie paragraaf 6.5.4.
262 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *JOR* 2002/136 (Akzo Nobel/ING).
263 Hierover heeft de Hoge Raad enige onduidelijkheid laten ontstaan, zie HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661 en paragraaf 6.5.4.

> Artikel 6:142 BW
> 1. Bij overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser verkrijgt deze de daarbij behorende nevenrechten, zoals rechten van pand en hypotheek en uit borgtocht, voorrechten en de bevoegdheid om de ter zake van de vordering en de nevenrechten bestaande executoriale titels ten uitvoer te leggen.
> 2. Onder de nevenrechten zijn tevens begrepen het recht van de vorige schuldeiser op bedongen rente of boete of op een dwangsom, behalve voor zover de rente opeisbaar of de boete of dwangsom reeds verbeurd was op het tijdstip van de overgang.

Hieruit vloeit voort dat wanneer een vordering wordt overgedragen de nevenrechten mee overgaan op de verkrijger van de vordering. In zijn dissertatie licht Rongen de overgang van nevenrechten uitgebreid toe:[264]

> "De cessionaris verkrijgt bovendien van rechtswege de bij de vordering behorende nevenrechten, zo volgt uit art. 6:142 BW. Deze rechten behoeven niet afzonderlijk te worden overgedragen. Dit houdt verband met de gedachte dat de positie van de schuldenaar er als gevolg van de cessie niet slechter op mag worden, maar ook niet beter. Deze gedachte verklaart enerzijds de regel dat de schuldenaar tegenover de cessionaris dezelfde verweermiddelen kan voeren als tegenover de cedent, anderzijds dat de cessionaris de bij de vordering behorende nevenrechten verkrijgt. Het is bovendien praktisch en efficiënt dat de nevenrechten van rechtswege volgen. Vanwege de nauwe band tussen de hoofdvordering en de nevenrechten mag worden aangenomen dat de cessionaris zowel de hoofdvordering als de daarbij behorende nevenrechten zal willen verkrijgen. Indien hij dat niet wenst, zal hij een uitsluiting van de overgang van (bepaalde) nevenrechten moeten bedingen.
> Rechten die niet als nevenrechten kunnen worden aangemerkt, maar wel nauw verband houden met de in de cessie betrokken vordering, dienen afzonderlijk aan de cessionaris te worden overgedragen. Het is zodoende van belang om vast te stellen welke rechten als nevenrechten van de gecedeerde vordering kunnen worden aangemerkt."

Duidelijk is dat nevenrechten in beginsel met de hoofdvordering mee overgaan. Indien een 403-vordering als nevenrecht zou kunnen worden aangemerkt, zou een 403-vordering op basis van artikel 6:142 BW de hoofdvordering kunnen volgen. Uit artikel 6:142 BW kan echter geen definitie van het begrip 'nevenrecht' worden gedestilleerd.[265] Om een 403-vordering onder het begrip 'nevenrecht' te kunnen scharen, moet de definitie van het begrip nevenrecht eerst helder zijn. De wetgever heeft geprobeerd duidelijkheid te scheppen met betrekking tot het begrip nevenrecht door een aantal voorbeelden te geven welke in onderling verband met elkaar moeten worden gezien.[266] Artikel 6:142 BW noemt "rechten van pand en hypotheek en uit borgtocht, voorrechten en de bevoegdheid om de ter zake van de vordering en de nevenrechten bestaande executoriale titels ten uitvoer te leggen". Wat de beslissende algemene deler is, blijft de vraag. Maar hetgeen deze rechten gemeen

264 Rongen 2012, p. 268.
265 Zo ook: Rongen 2012, hoofdstuk X, par. 2.
266 Aldus: MvA II, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 531.

hebben, is dat het rechten zijn die duidelijk bij een vordering horen. De vordering kan ten aanzien van de nevenrechten als het hoofdrecht worden gezien.[267] Over het algemeen wordt aanvaard dat nevenrechten alleen verbonden kunnen zijn aan vorderingsrechten.[268] In het kader van de vraag of een 403-vordering als een nevenrecht kan worden aangemerkt, is het dus van belang om na te gaan of een nevenrecht ook een zelfstandig karakter kan hebben. Rongen betoogt dat nevenrechten voor wat betreft hun ontstaan en voortbestaan een onzelfstandig karakter hebben:[269]

> "De wet geeft geen definitie van het begrip 'nevenrecht', maar poogt het begrip nader te omlijnen door het geven van een aantal voorbeelden dat in onderling verband moet worden gezien. In het algemeen kan worden gesteld dat het gaat om bij de vordering als hoofdrecht behorende rechten die in een zeker verband met de hoofdvordering staan en meestal een aan de hoofdvordering ondergeschikt en een wat betreft hun ontstaan en voortbestaan onzelfstandig karakter hebben."

Hij nuanceert dit door te stellen dat over sommige nevenrechten kan worden beschikt *alsof* dit zelfstandige goederen zijn. Hij stelt vervolgens dat na de afzonderlijke vervreemding van een nevenrecht, dit recht niet langer als een bij de hoofdvordering behorend nevenrecht kan worden beschouwd:[270]

> "Dit laatste neemt niet weg dat over sommige nevenrechten (al dan niet bij voorbaat) als zelfstandige goederen kan worden beschikt. Denk aan het recht op rente dat los van de hoofdvordering aan een derde kan worden overgedragen. Vgl. nr. 899. Een afzonderlijke vervreemding van een nevenrecht, voor zover mogelijk, heeft tot gevolg dat het recht daarna niet langer als een bij de hoofdvordering behorend nevenrecht kan worden beschouwd."

Biemans lijkt een van de visie van Rongen afwijkende opvatting te hebben. Waar Rongen duidelijk aangeeft dat bepaalde nevenrechten losgekoppeld kunnen worden van het hoofdrecht en een zelfstandig bestaan kunnen leiden, geeft Biemans aan dat nevenrechten weliswaar van het hoofdrecht kunnen worden onderscheiden, maar dat de nevenrechten wel zijn geïncorporeerd in de rechtspositie van de tot het hoofdrecht gerechtigde. Hij schetst een beeld waarbij een nevenrecht meer kan worden gezien als een (bijzondere) bevoegdheid van een schuldeiser:[271]

> "De vordering is het recht jegens de schuldenaar op een te verrichten prestatie. Het verrichten van de prestatie vereist een handeling van de schuldenaar, zoals de levering van een goed, het geven van juridisch advies, het schilderen van een huis of het betalen

267 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 52 en Rongen 2012, hoofdstuk X, par. 2.
268 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nrs. 257 e.v. en Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2006, nrs. 11 e.v. Vgl. Biemans 2011, nr. 17.
269 Rongen 2012, hoofdstuk X, par. 2.
270 Rongen 2012, hoofdstuk X, par. 2, noot 3.
271 Biemans 2011, p. 717-719.

van een geldsom. Wordt de vordering overgedragen, dan verkrijgt de stille cessionaris dit recht jegens de schuldenaar; de schuldenaar dient de prestatie in beginsel voortaan jegens hem te verrichten. Op grond van de wet heeft de schuldeiser verschillende bevoegdheden, zoals de inningsbevoegdheid. De bevoegdheden maken onderdeel uit van de vordering; de vordering is een bundel van bevoegdheden. Wordt de vordering overgedragen, dan komen deze bevoegdheden uit dien hoofde aan de stille cessionaris toe. (…)
Voor zover de aan de schuldeiser (en de schuldenaar) krachtens de wet toegekende bevoegdheden van regelend recht zijn, kunnen de schuldenaar en de schuldeiser daarvan krachtens overeenkomst afwijken. De schuldenaar en de schuldeiser kunnen daarvan afwijken krachtens een beding in de aan de vordering ten grondslag liggende overeenkomst of krachtens een zelfstandige, na het ontstaan van de vordering aangegane overeenkomst. (…)

Omdat dergelijke bedingen en overeenkomsten nader de inhoud van de vordering bepalen, zijn zij onlosmakelijk met de vordering verbonden. Omdat zij een nadere, afwijkende regeling geven, zijn zij als zodanig van de vordering te onderscheiden. Zij maken geen onderdeel uit van de vordering als subjectief vermogensrecht, maar worden aangemerkt als nevenrechten. Ook de bedingen die de wettelijke (schadevergoedings)aanspraken van de schuldeiser nader bepalen, zoals een exoneratieclausule, maken geen onderdeel uit van de vordering als vermogensrecht, maar worden aangemerkt als nevenrechten. De nevenrechten bepalen nader de inhoud van het schuldeiserschap."

In die zin zou verdedigd kunnen worden dat een 403-vordering een recht is dat nadere inhoud geeft aan het schuldeiserschap. Echter, deze ruime categorie die Biemans in voornoemde benadering schetst, wordt verderop in zijn proefschrift nader afgebakend:

"Tussen de bij de vordering behorende nevenrechten en kwalitatieve rechten enerzijds en de zelfstandige vermogensrechten die niet van rechtswege met de vordering overgaan, kan meestal een duidelijk onderscheid worden gemaakt.

Gaat het bijvoorbeeld om schadevergoedingsvorderingen, dan volgt zowel uit de regeling van nevenrechten, als uit de regeling van kwalitatieve rechten, dat deze vorderingen niet van rechtswege op de stille cessionaris overgaan. De schadevergoedingsvordering is geen nevenrecht, omdat het een zelfstandig, overdraagbaar vermogensrecht is, terwijl nevenrechten onlosmakelijk met de vordering zijn verbonden. De schadevergoedingsvordering is evenmin een kwalitatief recht, omdat de stille cedent daar naar de aard van de vordering een belang houdt bij de vordering. De schadevergoedingsvordering kan steeds bestaan zonder de hoofdvordering. De vorderingen uit borgtocht, koop en verzekering die op de stille cessionaris overgaan, daarentegen, kunnen naar hun aard in beginsel niet bestaan zonder de hoofdvordering.

Ook voor de andere vermogensrechten die niet als nevenrechten of kwalitatieve rechten worden aangemerkt, geldt dat zij kunnen bestaan zonder de hoofdvordering. Het eigendomsrecht op een zaak ten aanzien waarvan de eigendom is voorbehouden, kan ook bestaan zonder de hoofdvordering. Bestaat de hoofdvordering niet (meer), dan komt weliswaar in de regel het eigendomsvoorbehoud te vervallen (de opschortende voorwaarde gaat in vervulling),45 maar het vermogensrecht als zodanig – het eigendomsrecht-blijft

> zonder de hoofd vordering bestaan. Hetzelfde geldt voor de vordering jegens de hoofdelijk schuldenaar, zoals een 403-vordering jegens de moedermaatschappij. Deze vordering kan ook blijven bestaan zonder de hoofdvordering. Vervalt de 'hoofdvordering' jegens de ene hoofdelijke schuldenaar, dan is niet langer sprake van hoofdelijkheid, maar blijft de vordering jegens de andere hoofdelijke schuldenaar wel bestaan."

In de visie van Biemans is het voor wat betreft een 403-vordering duidelijk. Uit het feit dat een 403-vordering een vorderingsrecht is dat zelfstandig kan bestaan, kan worden afgeleid dat een 403-vordering geen nevenrecht is.[272] Hoewel de wet dat niet uitdrukkelijk bepaalt, wordt ervan uitgegaan dat hoofdelijkheid leidt tot het ontstaan van meerdere zelfstandige vorderingsrechten. Een alternatieve benadering zou kunnen zijn dat de schuldeiser niet direct een vorderingsrecht heeft maar een wilsrecht om de moedervennootschap aan te spreken. Een dergelijk recht zou eerder in aanmerking komen om als nevenrecht te worden gekwalificeerd.

In de rechtspraak is een enkele maal geoordeeld dat de 403-vordering kan worden aangemerkt als een nevenrecht. De Rechtbank Den Haag heeft geoordeeld dat ondanks het feit dat de Hoge Raad in de Akzo/ING zaak heeft uitgemaakt dat een 403-vordering geen afhankelijk recht is, een 403-vordering wel een nevenrecht is:[273]

> "3.6. Niettemin is de aanspraak ex artikel 2:403 B.W. nauw verbonden met de schuldvordering van de betrokken leverancier jegens de dochtermaatschappij: zonder die laatste schuldvordering kan zij niet bestaan. De vordering ex artikel 2:403 B.W. ziet de rechtbank dan ook als een nevenrecht (in de zin van artikel 6:142 B.W.). Dit brengt mee dat, als de schuldvordering van de leverancier op de dochter rechtsgeldig aan een ander wordt overgedragen, daarmee ook de ermee samenhangende aanspraak jegens de moeder op die ander overgaat. In dit verband zij verwezen naar de noten onder HR 28 juni 2002 (ING/AKZO, in JOR 2002, 136, m.n. Steef. M. Bartman /NJ 2002, 447 m.n. Ma.). Weliswaar worden ook afhankelijke rechten als pand en hypotheek in artikel 6:142, lid 1, B.W. als voorbeelden van een nevenrecht genoemd, maar omgekeerd zijn er ook nevenrechten die níet als een afhankelijk recht kunnen worden aangemerkt. Hiervoor wordt verwezen naar Asser-Hartkamp I, 563–564 en Losbladig Verbintenissenrecht artikel

272 Deze benadering is vrij technisch. Rongen geeft aan dat de beoordeling of een recht kan worden aangemerkt als een nevenrecht mogelijk dient te worden beoordeeld aan de hand van partijbedoelingen, zie Rongen (1012/X.2): "In een oude uitspraak heeft de Hoge Raad eens geoordeeld dat onder nevenrechten zijn te verstaan: de rechten die krachtens de wet of naar de bedoeling van partijen tot de vordering behoren. Bij de vraag of een recht een nevenrecht is, speelt de (geobjectiveerde) partijbedoeling kennelijk een belangrijke rol. De partijen bij de verbintenis, schuldenaar en schuldeiser, hebben een zekere vrijheid om zelf vast te stellen welke rechten en bevoegdheden bij de vordering behoren." Hij verwijst naar HR 30 november 1945, *NJ* 1946/64 (Van der Waard/Verzicht). Hoewel van partijbedoelingen bij een 403-situatie amper sprake is, zou kunnen worden betoogd dat partijen ervan uit zijn gegaan dat de 403-vordering strekt ter zekering van de hoofdvordering en dat partijen nimmer hebben beoogd dat aan een 403-vordering zelfstandige betekenis toekomt.

273 Rb. 's-Gravenhage, 5 juli 2006, *JOR* 2007/53, *r.o.* 3.6.

> 6:142, Aantekening 6 e.v. (Van Mierlo-Beijer). De aanspraak ex artikel 2:403 B.W. merkt de rechtbank aan als een nevenrecht in laatstbedoelde zin."

In zijn annotatie onder deze uitspraak[274] onderschrijft Verdaas de opvatting van de rechtbank. De oplossing die de rechtbank kiest, leidt volgens hem tot een bevredigend resultaat en dogmatische bezwaren tegen het oordeel ziet hij niet. Het is een goede oplossing voor de situatie waarin een cessionaris die de hoofdvordering heeft verkregen geen aanspraak heeft jegens de moedervennootschap en de cedent een vordering op de moedervennootschap behoudt. Volgens Verdaas kunnen "door het "achterblijven" van vorderingen uit 403-verklaringen bij schuldeisers die hun vorderingen hebben gecedeerd, zeer complexe en diffuse situaties ontstaan". Verdaas merkt in zijn annotatie het volgende op:

> "5. Voor de onderhavige problematiek, welke rechten de cessionaris van een vordering op een dochtervennootschap kan ontlenen aan een 403-verklaring, is het volgende van belang. In voornoemd arrest AKZO Nobel/ING oordeelde de Hoge Raad dat een 403-verklaring geen borgtocht is en dat de vorderingen die eruit ontstaan geen van de vorderingen van de crediteuren op de dochtervennootschap afhankelijke rechten zijn. Op het oordeel van de Hoge Raad dat een 403-verklaring geen borgtocht en de vordering uit een 403-verklaring geen afhankelijk recht is, is kritisch gereageerd in de literatuur. Zo heeft Schoordijk, met onder meer een beroep op het beoogde subsidiaire karakter van de vordering uit een 403-verklaring, in zijn bijdrage aan de Uniken Venema bundel betoogd dat zo een 403-verklaring als een borgtocht geduid moet worden. Bartman heeft er, in Ondernemingsrecht 2004, p. 48–52, voor gepleit om de concrete aanspraak uit een 403-verklaring van een individuele crediteur van de dochtervennootschap als een afhankelijk recht te zien. Zijn motivering hiervoor is, dat de vordering uit een 403-verklaring zodanig verbonden is met de vordering op de dochtervennootschap, dat de eerste zonder de tweede niet kan bestaan. Vermelding verdient ook de kritische analyse die De Neve van het arrest AKZO Nobel/ING heeft gemaakt in TvI 2002, p. 235–242.
>
> 6. In navolging van de Hoge Raad overweegt de rechtbank (in r.o. 3.5) dat de vorderingen uit een 403-verklaring geen afhankelijke rechten zijn. De rechtbank overweegt vervolgens (in *r.o.* 3.6–3.7) dat dergelijke vorderingen wel als nevenrechten zijn aan te merken. De bij een vordering behorende nevenrechten gaan in geval van cessie van de vordering over op de cessionaris (zie art. 6:142 BW), zodat Den Heijer Beheer door NCM naar het oordeel van de rechtbank toch tot betaling onder de 403-verklaring kan worden aangesproken.
>
> 7. Hoe te denken over deze oplossing van de rechtbank? De vaststelling van de rechtbank dat er nevenrechten zijn die niet tevens een afhankelijk recht zijn, is juist; vergelijk het in lid 2 van art. 6:142 BW genoemde recht op bedongen, maar nog niet opeisbare rente. Het lijkt mij daarnaast wenselijk dat enerzijds de cessionaris een moedervennootschap kan aanspreken onder een 403-verklaring en dat anderzijds de cedent dat niet meer kan. Dat een cessionaris zich op een 403-verklaring kan beroepen, is in overeenstemming met de waarborg die de wetgever met een dergelijke verklaring heeft beoogd. Dat de

274 Rb. 's-Gravenhage, 5 juli 2006, *JOR* 2007/53.

> cedent dat niet meer kan is redelijk omdat hij bij deze waarborg na overdracht van zijn vordering geen (direct) belang meer heeft; dat belang heeft de cessionaris. Bovendien kunnen, zo heeft De Neve t.a.p. uiteengezet, door het ''achterblijven'' van vorderingen uit 403-verklaringen bij schuldeisers die hun vorderingen hebben gecedeerd, zeer complexe en diffuse situaties ontstaan, in het bijzonder als ook de verkrijger van de gecedeerde vordering de moedervennootschap onder de 403-verklaring kan aanspreken. Zo een aanspraak heeft een verkrijger in ieder geval als hij een vordering verkrijgt voordat de 403-verklaring door de moedervennootschap is ingetrokken. Hij heeft dan, als schuldeiser van de dochtervennootschap, een ''eigen'' aanspraak uit de 403-verklaring op de moedervennootschap. In het onderhavige geval had NCM mijns inziens zo een eigen aanspraak op Den Heijer Beheer voor de vorderingen die vóór de intrekking van de 403-verklaring aan NCM waren overgedragen.
>
> 8. De oplossing die de rechtbank kiest, leidt tot een bevredigend resultaat en dogmatische bezwaren ertegen zie ik niet. Of de door de rechtbank gekozen oplossing stand zou houden bij de Hoge Raad moet worden afgewacht. In voorkomend geval doet men er daarom verstandig aan om bij de cessie of verpanding van vorderingen op een dochtervennootschap tevens de vorderingen op een moedervennootschap uit hoofde van een 403-verklaring te cederen of te verpanden. Gelet op de beperking van de mogelijkheid tot verpanding van toekomstige vorderingen tot vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding (art. 3:239 lid 1 BW), doet men er verstandig aan om aan te nemen dat verpanding van vorderingen uit een 403-verklaring eerst mogelijk is nadat de verklaring is afgelegd."

In zijn latere dissertatie blijft Verdaas bij zijn opvatting dat een 403-vordering kan worden aangemerkt als een nevenrecht.[275] Gezien het feit dat de wet geen heldere definitie geeft van het begrip 'nevenrecht' kan een 403-vordering een nevenrecht zijn.

Faber is het op dit punt niet met Verdaas eens. Faber is van mening dat een zelfstandig vorderingsrecht, zoals een 403-vordering, geen nevenrecht kan zijn. Faber geeft zijn visie in een annotatie bij een uitspraak van het Hof Den Haag die overigens geen betrekking heeft op de kwestie waarvan Verdaas een annotatie schreef bij het vonnis. Faber komt in een noot onder een andere uitspraak terug op de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 5 juli 2007. Ten aanzien van deze uitspraak merkt hij het volgende op:[276]

> "3.1. De tweede kwestie die ik in deze noot bespreek, betreft de aard en het rechtskarakter van een 403-verklaring. KPN NV heeft voor haar dochtervennootschap KPN Telecom een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid afgegeven, als bedoeld in art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW. Citibank stelt zich op het standpunt dat zij (als pandhouder van vorderingen van de KQ-vennootschappen op KPN Telecom) een beroep op die 403-verklaring kan doen. In r.o. 53 oordeelt het hof terecht dat dit alleen kan indien niet alleen de vorderingen op KPN Telecom aan Citibank zijn verpand, maar ook de vorderingen op KPN NV uit hoofde van de 403-verklaring. Dit is in overeenstemming

275 Verdaas 2008, p. 306, nr. 419.

276 Faber in zijn noot bij Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, *JOR* 2007/103.

met HR 28 juni 2002, «*JOR*» 2002/136, m.nt. Bartman (Akzo/ING). Een 403-verklaring is volgens de Hoge Raad niet gelijk te stellen met borgtocht, maar leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor schulden die voortvloeien uit met de dochtermaatschappij verrichte rechtshandelingen. De moedermaatschappij is op dezelfde voet als de dochtermaatschappij tot nakoming gehouden van de op de dochtermaatschappij rustende verbintenissen. Zulks brengt met zich dat de vordering uit hoofde van de 403-verklaring niet als een afhankelijk recht kan worden aangemerkt, maar als een zelfstandige vordering moet worden beschouwd. Zou de 403-verklaring een vorm van borgtocht zijn geweest (een afhankelijk recht), dan zou de vordering uit hoofde van de 403-verklaring niet voor verpanding vatbaar zijn geweest (vgl. art. 3:81 lid 1 BW). Wel zou de innings-bevoegde pandhouder van een vordering op de dochtermaatschappij in dat geval bevoegd zijn geweest een beroep te doen op de aan die vordering verbonden 403-verklaring. Vgl. OK 31 juli 2001, «*JOR*» 2001/170, m.nt. Bartman (ING/Akzo). Vgl. ook (in verband met beslag op een hypothecaire vordering) HR 11 maart 2005, «*JOR*» 2005/131, m.nt. SCJJK (Rabobank/Stormpolder Vastgoed). In het voorliggende geval oordeelt het hof dat de relevante KQ-vennootschappen niet alleen hun vorderingen op KPN Telecom, maar ook hun (zelfstandige) vorderingen uit hoofde van de 403-verklaring aan Citibank hebben verpand. De betreffende pandakten bevatten een voldoende ruime algemene clausule ter aanduiding van de te verpanden vorderingen. Het hof neemt voorts aan dat in de processtukken besloten ligt dat Citibank mededeling van haar pandrecht heeft gedaan aan KPN NV. Of van een zodanige mededeling sprake is geweest, moet overigens worden beoordeeld aan de hand van de art. 3:33, 3:35 en 3:37 BW.

3.2. Op een enkel punt wil ik in dit verband nog wijzen. Het gegeven dat een vordering uit hoofde van een 403- verklaring niet als een afhankelijk recht kan worden aangemerkt, maar moet worden beschouwd als een zelfstandige vordering, brengt met zich dat de vordering evenmin valt te kwalificeren als een nevenrecht (of als een kwalitatief recht). Niet juist acht ik dan ook Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, «*JOR*» 2007/53, m.nt. Verdaas, waarin de vordering uit hoofde van een 403-verklaring als nevenrecht wordt gekwalificeerd. De wet kent weliswaar geen uitputtende opsomming van nevenrechten (art. 6:142 BW geeft slechts enkele voorbeelden), maar aangenomen moet worden dat een zelfstandige vordering niet als nevenrecht in aanmerking komt. Kenmerkend voor zelfstandige vorderingen is nu juist dat zij niet zodanig bij een andere vordering behoren, dat de verkrijger van laatstgenoemde vordering van rechtswege ook eerstgenoemde vordering verkrijgt. Zelf zou ik overigens een voorstander zijn van het kwalificeren van een 403-verklaring als een vorm van borgtocht, maar de Hoge Raad heeft daarover – zoals gezegd – andere gedachten."

In plaats van de meer praktische invalshoek van de Rechtbank Den Haag welke wordt gesteund door Verdaas, kiest Faber een meer strikt juridische koers. Een nevenrecht kan geen zelfstandig recht zijn. Daar kan tegenin worden gebracht dat er wellicht geen strikt juridische koers valt te varen waar het gaat om de categorie nevenrechten. Wellicht heeft de wetgever dit begrip niet voor niets opengelaten om als vergaarbak te dienen wanneer er ongewenste situaties dreigen te ontstaan. Begrijpelijk is de kritiek van Faber wel. De kwalificatie als nevenrecht, een recht behorend bij een ander recht, doet denken aan een ondergeschikte positie van dit recht. Maar dat hoeft natuurlijk niet. Het kan ook zijn dat een nevenrecht neven-geschikt is aan het recht waartoe het behoort. De twee aan elkaar gekoppelde

rechten zijn dan gelijkwaardig aan elkaar en aan elkaar gekoppeld. Het zijn dan elkaars nevenrechten. De vraag is dan alleen wel welk recht welk recht volgt.

Of de 403-verklaring als nevenrecht kan worden aangemerkt, blijft een twistpunt. Er is tot op heden slechts één uitspraak van de Rechtbank Den Haag. De kwalificatie als nevenrecht zou de ongewenste waarin de 403-vordering als een volledig onafhankelijk en zelfstandig vorderingsrecht naast de hoofdvordering bestaat, kunnen voorkomen.

Met de opmerking van Faber dat een vorm van borgtocht goed bij de 403-vordering past, ben ik het volledig eens. Dat is wellicht nog praktischer dan de aanname dat sprake is van een zelfstandig vorderingsrecht dat tevens moet worden aangemerkt als een nevenrecht.

6.7.4 De 403-vordering is geen afhankelijk recht en gaat niet mee over bij cessie

In de vorige paragraaf is besproken dat het onduidelijk is of een 403-vordering als nevenrecht kan worden aangemerkt. De kwalificatie van een 403-vordering als nevenrecht zou ervoor zorgen dat de 403-vordering bij de hoofdvordering blijft als de hoofdvordering overgaat. De kwalificatie nevenrecht lijkt een minder sterke band met de hoofdvordering te creëren dan de kwalificatie als afhankelijk recht. Een afhankelijk recht volgt niet alleen het hoofdrecht, een afhankelijk recht kan ook niet voortbestaan zonder het hoofdrecht.

Nu de 403-vordering dient als een compenserende waarborg voor een schuldeiser met een hoofdvordering op de dochtervennootschap, is de vraag of een 403-vordering als een afhankelijk recht aangemerkt zou kunnen worden. Onverkorte toepassing van de 'regels' van hoofdelijkheid zouden hieraan in de weg staan. Maar misschien geeft het feit dat de wet in geval van hoofdelijkheid niet expliciet voorschrijft dat in geval van hoofdelijkheid sprake is van twee zelfstandige vorderingsrechten de nodige ruimte voor de bijzondere situatie van de 403-vordering. Of mogelijk geeft het (bijzondere) rechtskarakter van de 403-vordering daarvoor ruimte. Open eindjes binnen het op het eerste oog starre rechtssysteem zouden met enige creativiteit wel kunnen worden gevonden. Maar de route om aan de 403-vordering een afhankelijk karakter toe te dichten, is door de Hoge Raad vrij resoluut afgesneden. In zeer duidelijke bewoordingen heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat een 403-vordering een niet afhankelijk recht is:[277]

> "3.4.5 Nu een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid niet een afhankelijk recht in het leven roept, getuigt het oordeel van de Ondernemingskamer dat het recht dat de contractant verkrijgt jegens de moedermaatschappij, een afhankelijk recht – als bedoeld in de artikelen 3:7 en 3:82 BW – is, van een onjuiste rechtsopvatting."

277 Zie HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *NJ* 2002, 447 (Akzo Nobel/ING), *r.o.* 3.4.5.

Artikel 3:7 BW is daarmee niet van toepassing op een 403-vordering;

> Artikel 3:7 BW
> Een afhankelijk recht is een recht dat aan een ander recht zodanig verbonden is, dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan.

Wanneer een 403-vordering wel als een afhankelijk recht zou zijn aangemerkt, dan zou dat tot gevolg hebben dat een 403-vordering mee overgaat als de hoofdvordering overgaat:

> Artikel 3:82 BW
> Afhankelijke rechten volgen het recht waaraan zij verbonden zijn.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad[278] en de hiervoor geciteerde regelgeving volgt dat een 403-vordering een zelfstandig recht is. Dat heeft gevolgen voor de situatie waarin sprake is van cessie. Bijvoorbeeld in de situatie waarin de vordering op de dochtervennootschap wordt overgedragen. De zelfstandigheid brengt met zich dat een 403-vordering achterblijft wanneer de hoofdvordering wordt overgedragen. De zelfstandigheid van de 403-vordering brengt daarnaast nog een andere (ongewenste) mogelijkheid met zich. Namelijk dat de 403-vordering ook zelfstandig kan worden overgedragen. Wanneer de 403-vordering wel afhankelijk zou zijn van de hoofdvordering en de 403-vordering de hoofdvordering zou volgen, zou dit in de praktijk voor minder onduidelijke situaties zorgen. Dit past ook beter bij het karakter dat in de regel aan een 403-vordering wordt toegedicht. De hoofdelijke aansprakelijkheid die ontstaat op grond van een 403-verklaring wordt in de regel gezien als een zekerheid die is gekoppeld aan de hoofdvordering. Een 403-vordering geeft zekerheid voor de situatie waarin de hoofdvordering niet wordt nagekomen.

6.7.5 Een 403-verklaring is geen borgstelling volgens de Hoge Raad

Naast de mogelijkheid om een 403-vordering te kwalificeren als nevenrecht of als afhankelijk recht is ook geprobeerd om de 403-vordering te kwalificeren als borgtocht. Zie de beschikking van de Ondernemingskamer inzake Akzo Nobel/ING van 31 juli 2001.[279] In de literatuur is dit ook geopperd.[280] In dat geval zouden de hoofdvordering en de mogelijkheid om de moeder aan te spreken op basis van een 403-verklaring ook bij elkaar blijven. Bij borgtocht bestaan niet twee afzonderlijke vorderingsrechten (en dus ontstaat er geen 403-vordering) zodat de kwalificatie van de 403-vordering geen vraagstuk meer zou zijn.

278 Zie HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *NJ* 2002, 447 (Akzo Nobel/lNG).
279 Hof Amsterdam 31 juli 2001, *JOR* 2001/170 (ING Bank NV/Akzo Nobel NV).
280 Zie onder meer Faber in zijn noot bij Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, *JOR* 2007/103 en Biemans 2011.

Maar ook door de kwalificatie als borgtocht heeft de Hoge Raad een duidelijke streep gezet. De Hoge Raad heeft zeer duidelijk aangegeven dat de 403-vordering niet op één lijn worden gesteld met borgtocht:[281]

> "3.4.6 Uit het voorafgaande volgt dat ook het oordeel van de Ondernemingskamer dat Akzo Nobel in een positie is komen te verkeren "als had zij zich ten behoeve van de dochter (...) jegens de contractant tot borg gesteld", geen stand kan houden. Voor zover de Ondernemingskamer dit oordeel heeft gebaseerd op een uitleg van de door Akzo Nobel afgelegde verklaring, is haar oordeel in het licht van de bewoordingen ervan die niets omtrent borgtocht inhouden, onbegrijpelijk. Voor zover de Ondernemingskamer dit oordeel heeft gebaseerd op de strekking van art. 2:403, berust haar oordeel op een onjuiste rechtsopvatting, nu hoofdelijke aansprakelijkheid, ook in het kader van deze bepaling, niet op één lijn gesteld kan worden met borgtocht."

Dat de Hoge Raad tot deze conclusie is gekomen, is verklaarbaar als wordt aangenomen dat de aansprakelijkheid die met een 403-vordering wordt gecreëerd inderdaad als hoofdelijke aansprakelijkheid kwalificeert. De lijn die de Hoge Raad vervolgens hanteert, is inderdaad in lijn met hoe binnen het Nederlands recht met de rechtsfiguur hoofdelijke aansprakelijkheid wordt omgegaan. Hoofdelijke aansprakelijkheid leidt tot meerdere zelfstandige vorderingsrechten; evenveel zelfstandige vorderingsrechten als schuldeisers. Hier wordt wel kritisch over gedacht, temeer omdat de wet niet duidelijk aangeeft dat er bij hoofdelijke aansprakelijkheid meerdere vorderingsrechten bestaan.

Een schuldeiser die een vordering heeft op een dochtervennootschap waarvoor de moedervennootschap een 403-verklaring heeft afgegeven, heeft dus meerdere zelfstandige vorderingsrechten. Er bestaat een zelfstandig vorderingsrecht ten aanzien van iedere schuldenaar; de moedervennootschap en de dochtervennootschap.[282] De enige koppeling die tussen de verschillende zelfstandige vorderingsrechten bestaat, is de koppeling van artikel 6:7 lid 2 BW inhoudende dat nakoming

281 Zie HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *NJ* 2002, 447 (Akzo Nobel/ING), *r.o.* 3.4.6.

282 Zie onder meer Biemans 2011, hoofdstuk 5 Verhaal en voorrang, par. 5.6.1. Twee of meer vorderingen en de daar aangehaalde literatuur. Biemans schrijft daar onder meer: "Is een prestatie door twee of meer schuldenaren verschuldigd, en is de prestatie ondeelbaar of vloeit uit wet, gewoonte of rechtshandeling voort dat de schuldenaren ten aanzien van de schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn, dan zijn zij hoofdelijk verbonden (art. 6:6 BW). De schuldeiser heeft tegenover ieder van de hoofdelijk verbonden schuldenaren voor het geheel een recht op nakoming (art. 6:7 lid 1 BW). Uit de wet volgt niet of in een dergelijk geval een vordering bestaat met twee of meer schuldenaren of dat twee of meer vorderingen bestaan met even zoveel schuldenaren. Het laatste ligt het meeste voor de hand: hoewel de schuldenaren dezelfde prestatie verschuldigd zijn, kunnen tussen de vorderingen namelijk verschillen bestaan met betrekking tot voorwaardelijkheid, opeisbaarheid, voorrang, plaats van betaling, verweermiddelen, bevrijdende verjaring, verzuim en schadeplichtigheid en schuldovememing. De schuldeiser kan bovendien over ieder van de vorderingen afzonderlijk beschikken, bijvoorbeeld door afzonderlijke overdracht, afzonderlijke bezwaring of door afzonderlijke afstand om baat of om niet."

door een schuldenaar ook de andere schuldenaren bevrijdt tegenover de schuldeiser. Hetzelfde geldt, wanneer de schuld wordt gedelgd door inbetalinggeving of verrekening, alsmede wanneer de rechter na verzuim van de schuldeiser heeft uitgesproken dat een schuldenaar van de verplichting, voortvloeiend uit de verschuldigde verplichting, is bevrijd. Maar wanneer de schuldeiser bijvoorbeeld afstand doet van zijn vordering op de dochtermaatschappij, dan behoudt hij de vordering op de moedervennootschap. Deze zelfstandige status van de 403-vordering wordt niet door iedereen omarmd. In tegendeel.

6.7.6 Kritiek op de zelfstandigheid van de hoofdvordering en de 403-vordering

In voorgaande paragrafen is uiteengezet op welke wijzen de hoofdvordering en de 403-vordering aan elkaar gekoppeld zouden kunnen worden. Tevens is uiteengezet dat er thans geen enkele beproefde juridische oplossing bestaat om de hoofdvordering en de 403-vordering duurzaam aan elkaar te koppelen.[283] De zelfstandigheid heeft in samenloop met de mogelijkheid van cessie vele nadelige gevolgen[284] en de onwenselijkheid daarvan is in de literatuur uitgebreid aan de kaak gesteld.[285]

Een tegenstander van de toepassing van de standaardregels van de hoofdelijkheid op een 403-vordering met tot gevolg het bestaan van twee zelfstandige vorderingsrechten is Bartman. Hij schreef onder meer:

> "De duiding van het 403-recht als een afhankelijk recht lijkt mij op zichzelf wel juist; zonder schuld van de dochter geen 403-recht jegens de moeder."[286]

283 Uiteraard zijn er binnen het verbintenissenrecht allerlei kunstgrepen te bedenken. Veelal nodeloos gecompliceerd. En de sterkte hangt af van de sterkte van het contract.

284 Zie onder meer De Neve 2002, p. 235 e.v. en Verdaas 2008, p. 304 e.v.

285 Zie bijvoorbeeld Wibier 2008, par. 3: "Mijn uitgangspunt is dat het onwenselijk zou zijn wanneer de vordering uit hoofde van de 403-verklaring (goederenrechtelijk) een eigen leven zou gaan leiden, dat wil zeggen: een leven waarbij die vordering geheel los zou komen te staan van de vordering op Werkmaatschappij B.V. Dat volgt uit de aard en strekking van de 403-verklaring en de achtergrond waartegen deze wordt afgegeven. De gedeponeerde verklaring dient ertoe schuldeisers van Werkmaatschappij B.V te beschermen tegen het gebrek aan inzicht in de financiele positie van Werkmaatschappij B.V. dat ontstaat doordat de jaarrekening niet aan de gebruikelijke vereisten voldoet. Wanneer de vordering op Holding N.V. een zelfstandig goederenrechtelijk bestaan zou kunnen leiden, wordt dit doel voorbijgeschoten. Holding N.V. zou dan kunnen worden aangesproken door derden die in het geheel geen rechten jegens Werkmaatschappij B.V. geldend kunnen maken. Daarbij past het dat degene die bevoegd is de vordering op de 403-vennootschap te innen, ook de bevoegdheid heeft de moeder aan te spreken onder de 403-verklaring."

286 Bartman in sub 4 van zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2001, *JOR* 2001/170 (Akzo Nobel/lNG).

en:

> "Anders dan de OK beschouwt de Hoge Raad het "403-recht" van de schuldeiser van de dochter jegens haar moeder niet als een afhankelijk recht, omdat "een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid niet een afhankelijk recht in het leven roept" (r.o. 3.4.5). Daar zou men nog over kunnen twisten. Immers, zonder vorderingsrecht op de dochter, geen 403-aanspraak op de moeder. Het laatste recht is zodanig verbonden aan het eerste, dat het daarzonder niet kan bestaan (art. 3:7 BW). Gaat de vordering op de dochter over, door cessie, contractsoverneming of onder algemene titel, dan verkrijgt de nieuwe crediteur ook een 403-aanspraak op de moeder. Of is hier geen sprake van "volgen" in de zin van art. 3:82 BW, maar van een hernieuwd "ontspringen" uit de eenmaal gedeponeerde, eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 2:403 BW? Waarschijnlijk is dit laatste de visie van de Hoge Raad."[287]

Bartman is niet de enige die moeite heeft met de zelfstandigheid van de 403-vordering. In brede kring wordt hierop kritiek geuit. In grote lijnen komt die kritiek erop neer dat het karakter van de 403-vordering zich niet verdraagt met de zelfstandigheid van deze vordering ten opzichte van de hoofdvordering. Dat de 403-vordering los van de hoofdvordering gecedeerd kan worden, of *vice versa,* wordt daarbij als een belangrijk bezwaar genoemd. Verdaas schrijft hierover bijvoorbeeld:

> "In afwijking van hetgeen de hoge Raad overwoog in het arrest Akzo Nobel/ING meen ik met Bartman dat niet de 403-verklaring zelf, maar wel de daaruit voortvloeiende vordering op de moedervennootschap een afhankelijk recht is. Consequentie van deze opvatting is dat bij cessie van de vordering op de dochtervennootschap de vordering op de moedervennootschap uit de 403-verklaring als afhankelijk recht op de cessionaris overgaat. Een andere consequentie van deze opvatting is dat de vordering uit een 403-verklaring niet (zelfstandig) overdraagbaar en daarom ook niet vatbaar voor verpanding is."[288]

In zijn bespreking van het Akzo/ING arrest merkt Biemans het volgende op:

> "Hoewel het oordeel van de Hoge Raad naar de letter van de wet juist is, was het wenselijker geweest als de Hoge Raad de 403-vordering als een vorm van borgtocht had beschouwd.
>
> Ten eerste past de bij borgtocht behorende subsidiariteit goed bij het rechtskarakter van de 403-verklaring. De aansprakelijkheid van de moedermaatschappij heeft tot doel om de schuldeiser (de contractant van de dochtermaatschappij) te compenseren voor het gebrek aan financiële informatie over de schuldenaar (de dochtermaatschappij) vanwege de vrijstelling om een eigen jaarrekening in te richten en te publiceren. De aansprakelijkheid van de moedermaatschappij dient ter ondersteuning en versterking van de vordering jegens de dochtermaatschappij, mocht blijken dat de dochtermaatschappij tekortschiet

287 Bartman in sub 2 van zijn noot bij HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *JOR* 2002/136 (Akzo Nobel/lNG).

288 Verdaas 2008, p. 305.

in de nakoming van haar verplichting wegens een gebrek aan solvabiliteit waarvan de schuldeiser niet op de hoogte kon zijn.

Ten tweede zou de kwalificatie van de vordering jegens de moedermaatschappij als een vorm van borgtocht het rechtskarakter van de 403-verklaring minder gecompliceerd maken. Beide vorderingen zouden steeds in een hand blijven: de 403-vordering zou als een afhankelijk recht en nevenrecht met de vordering jegens de moedermaatschappij op de nieuwe schuldeiser overgaan en niet voor (afzonderlijke) overdracht vatbaar zijn. Een inningsbevoegde derde zou ten aanzien van beide vorderingen bevoegd zijn, niet slechts ten aanzien van een van beide vorderingen bevoegd (kunnen) zijn. Bij het voornemen van de moedermaatschappij om de aansprakelijkheid uit de 403-verklaring te beëindigen, zou de bevoegdheid tot verzet (art. 2:404 BW) steeds toekomen aan de schuldeiser van de vordering jegens de dochtermaatschappij.

Door de kwalificatie van hoofdelijke aansprakelijkheid zijn de rechtsgevolgen van de 403-verklaring bij de overgang van een van beide vorderingen complex. Dat komt omdat het rechtsgevolgen van de hoofdelijke aansprakelijkheid bij de overgang van een van de hoofdelijke vorderingen zelf complex zijn."[289]

Ook Rongen is kritisch over het rechtlijnige oordeel van de Hoge Raad. Rongen betoogd onder meer dat een redelijke uitleg van een 403-verklaring toch tot een andere uitkomst zou moeten leiden;

"Uit de beschikking volgt dat een '403'-verklaring als hiervoor beschreven niet als een borgtocht kan worden aangemerkt en evenmin als een daarmee vergelijkbare rechtsfiguur. Volgens de Hoge Raad zou de '403'-verklaring in het voorliggende geval slechts een hoofdelijke aansprakelijkstelling inhouden. Een dergelijke eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid zou niet een afhankelijk recht in het leven roepen. De vraag kan worden gesteld of het oordeel van de Hoge Raad niet te stellig is. Dat in de verklaring de term 'borgstellen' niet wordt gebruikt, behoeft niet beslissend te zijn. Tenzij duidelijk van een andere bedoeling blijkt, is mijns inziens een redelijke uitleg van een '403'-verklaring dat (i) een schuldeiser enkel een aanspraak heeft onder de '403'-verklaring, indien hij ten tijde van het inroepen van de '403'-verklaring ook een vordering op de dochter heeft en dat (ii) de moedermaatschappij enkel subsidiair gebonden is, dat wil zeggen dat zij eerst kan worden aangesproken, indien de dochter in gebreke blijft.137 Het accessoire en subsidiaire karakter van de '403'-verklaring wijst in de richting van borgtocht of een daarmee op een lijn te stellen rechtsfiguur."[290]

Felle kritiek op de beslissing van de hoge Raad is ook geuit door Schoordijk:[291]

"(…) het arrest van de Hoge Raad van 31 juli 2001 (JOR 2001, 170; NJ 2002, 447): een moedermaatschappij die zich hoofdelijk garant stelt voor een dochter, een geval ook

289 Biemans 2011, par. 5.8.2.1.
290 Rongen 2012, nr. 986.
291 Schoordijk 2003, p. 59-82.

met een uiteindelijk groot, algemeen civielrechtelijk karakter dat op hoogst bestrijdbare dogmatische gronden naar een beslissing zonder werfkracht."
(…)
AKZO verklaart zich hoofdelijk aansprakelijk. Is daarmee alles gezegd? Het antwoord hierop moet ontkennend luiden. De garantieverklaring behoeft – hoezeer AKZO zich nominatim als hoofdelijk schuldenaar voor de schulden van haar dochter verbonden heeft – een denken in termen van borgtocht niet uit te sluiten. Verklaringen dienen in context geduid te worden. De praktijk leert dat als iemand zich garant stelt, bijna altijd termen als borgtocht en hoofdelijk schuldenaarschap – als vormen zij een eenheid – gebruikt worden.
(…)
Dit alles geeft mij de gedachte in dat het hoofdelijk schuldenaarschap van AKZO als borgtocht geduid had dienen te worden. De ondernemingskamer dacht in r.o. 4:10 in dezelfde termen:

"Anders dan AKZO heeft betoogd gaat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap niet zo ver dat de contractant de moedervennootschap onmiddellijk en rechtstreeks kan aanspreken."

De Ondernemingskamer betoogt dan vervolgens – kort samengevat – dat de moedervennootschap komt te verkeren in een positie

"als had zij zich ten behoeve van de dochter, ten aanzien van de in artikel 2:403 genoemde schulden jegens de contractant tot borg gesteld."

De Hoge Raad overweegt in *r.o.* 2.33 dat dit een onjuist oordeel is. Wellicht dat de fictieve formulering van de Ondernemingskamer voor wie het niet wil begrijpen, wat cryptisch was. De Hoge Raad had dan echter het Hof a quo beter moeten begrijpen dan het zichzelf begreep. De strekking van het arrest van de OK lijkt mij toch duidelijk. Uitleg (naar redelijkheid en billijkheid) van de verklaring brengt – gegeven de aard van die verklaring – met zich dat de hoofdelijkheid geduid moet worden als mede borgtocht (…)"

Faber neemt het volgend standpunt in:[292]

"Zelf zou ik overigens een voorstander zijn van het kwalificeren van een 403-verklaring als een vorm van borgtocht, maar de Hoge Raad heeft daarover – zoals gezegd – andere gedachten."

Tevens kritisch de gevolgen van de uitspraak van de Hoge Raad overziend, maar in mildere vorm, De Neve:[293]

"De Hoge Raad gaat na het vaststellen dat in geval van een aansprakelijkstelling in de zin van art. 2:403 BW geen sprake is van borgtocht maar van hoofdelijkheid verder door te overwegen dat een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid niet een

292 Faber 2007.
293 De Neve 2002, p. 235 e.v.

> afhankelijk recht in het leven roept. Enige onderbouwing voor deze redenering geeft de Hoge Raad niet. De hoofdelijke aansprakelijkheid leidt tot een zelfstandige verbintenis van de moedervennootschap en, zo maak ik op uit de overweging van de Hoge Raad, dit zou de kwalificatie als afhankelijk recht uitsluiten. Toch zijn er argumenten om aan het vorderingsrecht op de moedervennootschap, juist door weer wel de strekking van de verklaring erbij te betrekken, een afhankelijk karakter toe te dichten."

6.7.7 Het opnieuw ontspringen van een 403-vordering

De zelfstandigheid heeft in samenloop met de mogelijkheid van cessie vele nadelige gevolgen. In hoofdlijn zijn de nadelige gevolgen terug te voeren op de volgende consequenties:

- De 403-vordering is zelfstandig overdraagbaar en kan in de handen van een partij terechtkomen niet zijnde de rechthebbende van de vordering;
- De cessionaris van de hoofdvordering verkrijgt niet automatisch de 403-vordering die ter zekerheid van de nakoming van de hoofdvordering strekt.

Ten aanzien van dit laatste nadeel kunnen nog een aantal opmerkingen worden gemaakt. De cessionaris die de hoofdvordering krijgt gecedeerd, verkrijgt niet de 403-vordering tenzij deze ook aan hem wordt gecedeerd. Dat levert de cessionaris verschillende risico's op. De cedent die de 403-vordering behoudt, kan die incasseren en daardoor gaat de hoofdvordering die de cessionaris verkreeg, teniet. De cessionaris kan daar natuurlijk verschillende verweren tegen voeren, maar hij komt wel in een zeer vervelende situatie terecht. Een ander punt is dat de cessionaris een hoofdvordering verkrijgt die in beginsel niet is gezekerd met een 403-vordering. Blijkt dat de dochtervennootschap geen verhaal biedt, dan heeft de cessionaris een waardeloze vordering. Echter, bij dit laatste risico kunnen kanttekeningen worden gemaakt. De vraag is of een cessionaris, die de hoofdvordering heeft verkregen, niet zelfstandig een beroep op de 403-verklaring kan doen, als deze in de tussentijd nog niet is ingetrokken en de overblijvende aansprakelijkheid nog niet is beëindigd.[294] Artikel 2:403 lid 1 sub f BW bepaalt:

> "de onder c bedoelde rechtspersoon of vennootschap [de moedervennootschap] schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon [de dochtervennootschap] voortvloeiende schulden;"

Hieruit vloeit voort dat de moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk heeft verklaard voor de schulden van de dochtervennootschap. De Hoge Raad is duidelijk over de kwalificatie van de 403-verklaring:[295]

---

294 Zie in dit kader Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, *JOR* 2007/53.

295 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, (Akzo Nobel/lNG), *r.o.* 3.4.3. Bij dit citaat merk ik op dat 'rechtstreeks' niet moet worden verward met 'direct'.

> "De hier bedoelde verklaring die de moedermaatschappij heeft afgelegd, is een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling op grond waarvan rechtstreeks aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ontstaat."

Aangezien het een uitgemaakte zaak is dat een 403-verklaring wordt gekwalificeerd als een eenzijdige ongerichte rechtshandeling, richt deze 403-verklaring zich niet of niet alleen tot de oorspronkelijke schuldeiser van de hoofdvordering. Op deze 403-verklaring, die ongericht is, kan evenzeer een beroep worden gedaan door de cessionaris die de hoofdvordering heeft verkregen. In gelijke zin Verdaas, die stelt:

> "In het algemeen zal een 403-verklaring een eenzijdige rechtshandeling zijn. Uit deze rechtshandeling kan een vordering van elke crediteur van de dochtervennootschap op de moedervennootschap ontstaan, mits de vordering van de crediteur op de dochtervennootschap ontstaan is uit een rechtshandeling met de dochtervennootschap."[296]
>
> (…)
>
> "Opmerking verdient dat de cessionaris van de vordering op de dochtervennootschap ook een beroep op de 403-verklaring zou kunnen doen als hij niet, door overgang daarvan als afhankelijk recht of door overdracht, rechthebbende van de vordering van de cedent uit de 403-verklaring zou zijn geworden. (…) De cessionaris heeft, als schuldeiser van de dochtervennootschap, een eigen vordering uit hoofde van de 403-verklaring. Zo een 'eigen vordering' heeft de cessionaris vanzelfsprekend niet als de aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor schulden uit reeds verrichte rechtshandelingen vóór de cessie is geëindigd."[297]

De opvatting dat iedere crediteur van de dochtervennootschap de moedervennootschap tot nakoming aan kan spreken, wordt niet door iedereen gedeeld. Zo schrijft Biemans:[298]

> "Uit het arrest volgt dat ook de 403-verklaring zelf – als de ontstaansgrond voor de hoofdelijke aansprakelijkheid – niet als een nevenrecht met de vordering jegens de dochtermaatschappij overgaat. Bij de nieuwe schuldeiser ontstaat na de overgang van de vordering jegens de dochtermaatschappij geen 403-vordering uit hoofde van de 403-verklaring."

Deze redenering van Biemans volg ik niet.[299] De verklaring, die eenzijdig en ongericht is, behoeft en kan naar mijn idee in deze situatie niet 'overgaan'. De Hoge Raad is hier overigens ook niet op ingegaan.

---

296 Verdaas 2008, p. 304.

297 Verdaas 2008, p. 306.

298 Biemans 2011, par 5.8.2.1.

299 Verderop stelt Biemans nog het volgende: "De 403-vordering ontstaat omdat de moedermaatschappij zich aansprakelijk stelt voor de uit rechtshandelingen van de schuldeiser voort-

De vrees die ten grondslag ligt aan de gedachte dat per hoofdvordering maar één 403-vordering kan ontstaan, is begrijpelijk. Het opnieuw ontspringen van vorderingsrechten uit een 403-verklaring ten aanzien van dezelfde hoofdvordering, zou een 'wildgroei' van vorderingsrechten opleveren. Daar valt wel een gedachte tegenin te brengen. Uiteindelijk hoeft de vordering maar een keer voldaan te worden, ongeacht het aantal vorderingsrechten. De schuldeisers zijn met elkaar verbonden op basis van de regels van hoofdelijkheid en dienen zich jegens elkaar redelijk en billijk te gedragen. Het incasseren van een vergeten of achtergehouden vordering, is daar mee in strijd.

In lijn met de SNS-beschikking[300] kan nog worden aangevoerd dat de cedent, die geen schuldeiser meer is, zijn aanspraak op basis van de 403-verklaring verliest. Hij kan geen beroep meer doen op de verklaring aangezien de daarin vervatte tekst waarop hij zich moet baseren daarvoor geen aanleiding (meer) geeft want de cedent is geen schuldeiser meer. Daarmee valt de cedent niet meer onder de reikwijdte van de 403-vordering. Dit lijkt verbintenisrechtelijk verdedigbaar, ware het niet dat ook hier de hoofdelijkheid roet in het eten gooit. De hoofdelijkheid leidt ertoe dat direct een vorderingsrecht van de cedent op de moedervennootschap is ontstaan. En als dat vorderingsrecht eenmaal in het vermogen van de cedent zit, moet er een geldige rechtsgrond zijn om dat vorderingsrecht daar weer uit te krijgen, door tenietgaan of overgang.

De conclusie die kan worden getrokken is dat het standpunt dat het bestaan van meerdere zelfstandige vorderingsrechten ongewenst is. De nadelige gevolgen daarvan manifesteren zich onder andere bij cessie. Uit de Akzo Nobel/ING-beschikking[301] en de SNS-beschikking[302] blijkt dat zelfs de Hoge Raad worstelt met de zelfstandigheid van de 403-vordering.

6.8 Verpanding en de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW

6.8.1 De bevoegdheden van een pandhouder

De zelfstandigheid van de 403-vordering leidt ook bij verschillende situatie waarbij gebruik wordt gemaakt van verpanding tot hoofdbrekens. In dergelijke situaties is het de vraag of de pandhouder van een vordering op een vrijgestelde dochterven-

---

vloeiende schulden. De 403-vordering ontstaat slechts op het moment dat de vordering van de schuldeiser jegens de dochtermaatschappij ontstaat, niet op een later moment." Zie Biemans 2011, par 5.8.2.1. Ook hier volg ik de visie van Biemans op de werking van de 403-verklaring niet. Het is goed mogelijk dat de 403-verklaring op een later moment wordt afgegeven dan het moment waarop de vordering op een dochtervennootschap is ontstaan. Gezien de ruime temporele reikwijdte, ontstaat er wel degelijk op een tijdstip (dat later ligt dan het moment waarop de hoofdvordering ontstaat) een 403-vordering.

300 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661.

301 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, (Akzo Nobel/lNG).

302 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661.

nootschap de bevoegdheid heeft om de moedervennootschap aan te spreken en daarnaast of hij de enige is die dit recht heeft.

Artikel 3:246 lid 1 BW geeft een pandhouder de bevoegdheid om de vordering waarop het pandrecht rust, te innen.

> Artikel 3:246
> 1. Rust het pandrecht op een vordering, dan is de pandhouder bevoegd in en buiten rechte nakoming daarvan te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Deze bevoegdheden blijven bij de pandgever, zolang het pandrecht niet aan de schuldenaar van de vordering is medegedeeld.

Om inningsbevoegd te worden met betrekking tot de verpande vordering, dient de pandhouder een mededeling daaromtrent te doen aan de debiteur. Artikel 3:246 BW zou de pandhouder van de hoofdvordering de mogelijkheid geven de moedervennootschap aan te spreken wanneer hij naast een pandrecht op de hoofdvordering tevens een pandrecht op de 403-vordering had verkregen. Indien dat niet het geval is, is het nog maar de vraag of een pandhouder dat recht heeft en of hij het recht heeft om zich te verzetten tegen een door de moedervennootschap voorgenomen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Mogelijk biedt artikel 3:245 BW uitkomst:

> Artikel 3:245 BW:
> Tot het instellen van rechtsvorderingen tegen derden ter bescherming van het verpande goed is zowel de pandhouder als de pandgever bevoegd, mits hij zorg draagt dat de ander tijdig in het geding wordt geroepen.

Op basis van dit artikel zou geredeneerd kunnen worden dat een pandhouder – met slechts een pandrecht op de hoofdvordering en niet op de 403-vordering – de moedervennootschap moet kunnen aanspreken op basis van een 403-verklaring en verzet moet kunnen aantekenen tegen het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid van de moedervennootschap omdat deze acties erop zijn gericht om de vordering te beschermen. De vraag is wel of de term ‘het verpande goed’ ruim mag worden gelezen, wanneer de conclusie wordt getrokken dat alleen de hoofdvordering is verpand.

6.8.2 De kwestie Akzo – ING

In de kwestie rondom ING en Akzo heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over deze problematiek. ING had een pandrecht op vorderingen op een vrijgestelde dochtervennootschap maar ING had geen pandrecht op de 403-vorderingen. Toen de moedervennootschap van die betreffende dochtervennootschap haar overblijvende aansprakelijkheid wenste te beëindigen, kwam ING daar als pandhouder tegen in verzet. De moedervennootschap, Akzo, stelde dat ING niet ontvankelijk was om

in verzet te komen omdat ING slechts een pandrecht had op de vorderingen van de dochtervennootschap en geen *schuldeiser* van de dochtervennootschap was.[303]

In eerste aanleg overwoog de Rechtbank Arnhem[304] als volgt:[305]

> "5. Als pandhouder van de vorderingen van WKC VOF op Industriepark uit hoofde van de energielevering kan ING niet worden aangemerkt als "de schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt", als bedoeld in artikel 2:404 lid 5 BW. Aan de pandhouder van een vordering komen weliswaar bevoegdheden toe die ook aan de hoofdgerechtigde tot de vordering toekomen, zoals de bevoegdheid tot inning (artikel 3:246 BW) of ter zake van de keuzebevoegdheid bij alternatieve verbintenissen (artikel 6:19 lid 3 BW), maar dit maakt hem nog niet tot die hoofdgerechtigde. Ook een redelijke wetsuitleg van "schuldeiser" in artikel 2:404 BW leidt niet tot de opvatting dat daaronder ook de pandhouder moet worden verstaan. De strekking van de aansprakelijkheidsverklaring van artikel 2:403 lid l onder f BW is immers in die zin beperkt dat zij enkel beoogt potentiële crediteuren die ingevolge de toepassing van de regeling tot vrijstelling van inrichting van de jaarrekening overeenkomstig de voorschriften van titel 9 van boek 2 BW hun beslissing om al dan niet met de dochtervennootschap te contracteren niet meer op de jaarstukken van de vrijgestelde dochtervennootschap kunnen baseren, een vorm van zekerheid ter compensatie te bieden. De pandhouder ontleent aan die strekking geen belang.
>
> 6. De vraag is dan nog of een belang van ING in die zin aanwezig kan worden geacht dat het haar rechtens niet onverschillig kan zijn als de "overblijvende aansprakelijkheid" van Akzo zou komen te vervallen. Alsdan zou er immers aanleiding kunnen zijn om haar als pandhouder onder omstandigheden bevoegd te kunnen achten het recht tot verzet van de hoofdgerechtigde tegen de beëindiging van de "overblijvende aansprakelijkheid" uit te oefenen. Weliswaar kan de pandhouder zich bij uitwinning wel op aan de vordering verbonden – afhankelijke – zekerheidsrechten als pand, hypotheek en borgtocht verhalen, maar zulk een recht van verhaal komt hem, anders dan ING tijdens de mondelinge behandeling heeft betoogd, niet toe ten opzichte van een naast de hoofdschuldenaar verbonden hoofdelijk medeschuldenaar als Akzo. Daarvoor toch zou nodig zijn dat WKC VOF haar vorderingen jegens Akzo ook aan ING in pand zou hebben gegeven, hetgeen niet is gebeurd."

Dat een 403-verklaring "enkel beoogt potentiële crediteuren die ingevolge de toepassing van de regeling tot vrijstelling van inrichting van de jaarrekening overeenkomstig de voorschriften van titel 9 van boek 2 BW hun beslissing om al dan niet met de dochtervennootschap te contracteren niet meer op de jaarstukken van de vrijgestelde dochtervennootschap kunnen baseren, een vorm van zekerheid ter compensatie te bieden" is niet juist. Bestaande schuldeisers die reeds een contract met de dochtervennootschap hebben gesloten op het moment dat de dochtervennootschap wordt vrijgesteld, worden evengoed beschermd. De 403-verklaring

303 Voor een schets van de casussituatie zie paragraaf 9.8.7.1.
304 Uiteindelijk door de Hoge Raad over beslist in HR 28 juni 2002, ECLI:NL:2002:AE4663.
305 Rb. Arnhem, 1 februari 2001, *JOR* 2001/88, m.nt. Bartman.

heeft dan geen enkele invloed op de beslissing om met de dochtervennootschap te contracteren.

De overweging dat een pandhouder niet als schuldeiser kwalificeert, is een vrij strikte toepassing van de letterlijke tekst en de vraag is of dat in dit geval te prefereren valt.

De overwegingen van de rechtbank in de zesde alinea laten precies zien waar het probleem zit. Was de 403-vordering een aan de hoofdvordering gekoppeld afhankelijk recht of nevenrecht, dan had een pandhouder uit hoofde van zijn positie en zijn belang het recht gehad om in verzet te komen. Nu de 403-vordering een zelfstandig vorderingsrecht is, valt dit recht volgens de rechtbank niet te plaatsen in de 'bundel van rechten' die een pandhouder toekomen bij het uitoefenen van zijn pandrecht.

De rechtbank is van mening dat het noodzakelijk is dat de zelfstandige 403-vordering zelfstandig aan de pandhouder dient te worden verpand, wil de pandhouder gerechtigd zijn om de moedervennootschap aan te spreken. Bijkomend voordeel is dat dit de pandgever (of een van zijn schuldeisers) belet om op eigen houtje de moedervennootschap aan te spreken en zo via deze achterdeur het pandrecht op de dan verdwijnende hoofdvordering uit te hollen. De chaos in de financieringspraktijk moet compleet zijn geweest na deze uitspraak. Het was beslist geen bestendige praktijk om naast de 403-vordering tevens de 403-vordering te verpanden.

ING legt zich niet neer bij de beslissing van de rechtbank. ING gaat in hoger beroep bij de Ondernemingskamer. Door de Ondernemingskamer wordt onder andere het volgende overwogen:[306]

> "4.9. De strekking van de "artikel 403-verklaring" is bescherming te bieden aan potentiële schuldeisers die ingevolge de toepassing van de vrijstellingsregeling als bedoeld in artikel 2:403 lid 1 BW hun beslissing om al of niet met de dochtervennootschap te contracteren niet meer op de jaarstukken van die dochter kunnen baseren. De bescherming bestaat erin dat de vennootschap die zich op vrijstelling beroept (hierna, om redenen van eenvoud, aan te duiden als: de moedervennootschap) in een bij het Handelsregister gedeponeerde verklaring heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de dochter voortvloeiende schulden. In de wet worden de aard en de rechtsgevolgen van deze hoofdelijke aansprakelijkheid niet (verder) uitgewerkt."

Ook de Ondernemingskamer gaat voorbij aan het feit dat een 403-verklaring tevens bescherming biedt aan de groep schuldeisers die ten tijde van het deponeren van de 403-verklaring reeds een vordering op de dochtervennootschap hebben. Mogelijk zijn er partijen die het bestaan van een 403-verklaring laten meewegen bij de beslissing met een vennootschap te contracteren. Dat betekent niet dat dit de strekking is die achter de 403-verklaring als onderdeel van de groepsvrijstelling zit. De wetsgeschiedenis geeft geen grond voor deze aanname. De strekking van

306 Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2001, *JOR* 2001/170 m.nt. Bartman.

de 403-verklaring wordt door de Ondernemingskamer op dit vlak naar mijn mening niet juist weergegeven.[307] De Ondernemingskamer overweegt voorts:

> "4.10. Anders dan Akzo heeft betoogd gaat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap niet zover dat de contractant van de dochtervennootschap de moedervennootschap onmiddellijk en rechtstreeks tot nakoming kan aanspreken. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer wordt aan de door de wet beoogde bescherming van de contractant van de dochtervennootschap voldoende recht gedaan indien de moedervennootschap ten gevolge van de "artikel 403-verklaring" jegens de contractant van de dochtervennootschap komt te verkeren in een positie als had zij zich ten behoeve van de dochter, ten aanzien van de in artikel 2:403 BW genoemde schulden, jegens de contractant tot borg gesteld. Aldus beschouwd is het recht dat de contractant jegens de moedervennootschap aan artikel 2:403 BW ontleent, een afhankelijk recht als bedoeld in de artikelen 3:7 en 3:82 BW, dat, indien daartoe gronden zijn, ook door de pandhouder van de vordering uitgeoefend kan worden."

Het is interessant om te zien hoe de Ondernemingskamer het probleem dat de rechtbank signaleerde heeft opgelost. De Ondernemingskamer besluit om de hoofdelijke aansprakelijkheid, die voortvloeit uit een 403-verklaring, een eigen karakter toe te kennen. De Ondernemingskamer zegt niet dat de aansprakelijkheid van de moedervennootschap op één lijn te stellen is, maar wel dat deze hoofdelijke aansprakelijkheid trekken heeft van een borgtocht. Deze uitspraak moet worden gezien in het licht van het feitensubstraat in onderhavig geval. Het toekennen van 'borgtochtachtige trekken' geschiedt teneinde de pandhouder de mogelijkheid te geven om in verzet te komen tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Uit de passage: "In de wet worden de aard en de rechtsgevolgen van deze hoofdelijke aansprakelijkheid niet (verder) uitgewerkt" blijkt dat de Ondernemingskamer de reguliere regels van hoofdelijkheid niet één op één koppelt aan de hoofdelijkheid die voortvloeit uit een 403-verklaring. Het lijkt erop dat de Ondernemingskamer deze hoofdelijkheid een afwijkend eigen (*sui generis*) rechtskarakter wenst toe te dichten. De Ondernemingskamer overweegt vervolgens nog het volgende:

> "4.11. Alvorens het verzet tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid in te stellen heeft ING aan Industriepark en Akzo Nobel mededeling gedaan van het ten behoeve van haar gevestigde pandrecht. Hierdoor werd zij blijkens punt 6 van de pandakte bevoegd "de vordering te innen en in en buiten rechte nakoming van de vordering te

307 Deze gedachte is de bron van de verkeerde gedachte dat een 403-verklaring als een reguliere zekerheid dient te worden beschouwd. De 403-verklaring heeft dat doel niet. Het doel, de strekking en de gedachte achter het 403-regime hebben een jaarrekeningrechtelijke achtergrond. Naast de 403-verklaring kunnen – zoals in iedere andere situatie – reguliere zekerheidsrechten worden bedongen. Zekerheidsrechten die ook de strekking hebben louter als zekerheidsrecht te dienen en geen onderdeel zijn van een jaarrekeningrechtelijke faciliteit. Door de 403-verklaring op de hoop van zekerheidsrechten te gooien, komt de werking en de effectiviteit van het 403-regime als jaarrekeningrechtelijke faciliteit in gevaar.

> eisen". Voor zover zij niet reeds op grond hiervan voldoet aan de hoedanigheid van schuldeiser als bedoeld in artikel 2:404 lid 3 onder d BW, brengt een redelijke uitleg van artikel 2:404 BW, gelezen in samenhang met artikel 3:245 BW, in ieder geval met zich dat ING ter bescherming van de aan haar verpande toekomstige vorderingen verzet op de voet van artikel 2:404 lid 5 BW kan instellen. Hieraan kan de in artikel 3:245 BW vervatte eis dat de schuldeiser in het geding wordt opgeroepen niet afdoen omdat WKC ondubbelzinnig te kennen heeft gegeven haar rechten uit hoofde van artikel 2:404 BW niet te willen inroepen."

De Ondernemingskamer kent de 403-vordering niet alleen een borgtochtrechtelijk karakter toe wat de 403-vordering een afhankelijk recht maakt, hetgeen voldoende zou zijn om een pandhouder van de hoofdvordering het recht van verzet te geven. De Ondernemingskamer kent de pandhouder ook de positie van schuldeiser toe, zoals bedoeld in artikel 2:404 lid 5 BW.

Hoewel de benadering van de Ondernemingskamer wetstechnisch wat moeilijk valt in te passen, is de benadering van de Ondernemingskamer meer dogmatisch en past deze bij het karakter dat aan een 403-vordering kan worden toegedicht. De zekerheid die een moedervennootschap aan de schuldeisers van de dochtervennootschap verstrekt, zal door veel deelnemers aan het rechtsverkeer als een waarborg behorend bij de hoofdvordering worden gezien. Is die hoofdvordering verpand, dan zou de pandhouder zonodig de moedervennootschap moeten kunnen aanspreken om de vordering geïnd te krijgen.

Akzo Nobel gaat in cassatie. De Hoge Raad laat vervolgens geen spaan heel van de praktische benadering van de Ondernemingskamer. De Hoge Raad houdt vast aan een wetstechnische benadering. De Hoge Raad leest in de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 2:403 BW de reguliere vorm van hoofdelijkheid en ziet geen ruimte om daarin een afwijkende vorm van hoofdelijkheid te zien.[308] De Hoge Raad overweegt als volgt:

> "3.3 De Hoge Raad zal eerst de onderdelen 4 en 6 van het middel behandelen. Het slagen van deze onderdelen, die bestrijden dat ING in haar hoedanigheid van pandhouder kan worden aangemerkt als de schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt in de zin van art. 2:403 en 404 BW, heeft tot gevolg dat de beschikking van de Ondernemingskamer niet in stand kan blijven en de beslissing van de Rechtbank moet worden bekrachtigd, zodat de overige onderdelen geen bespreking behoeven.

308 Met name de volgende passage, afkomstig van de Hoge Raad zelf, lijkt juist de deur open te zetten voor een alternatieve vorm van hoofdelijkheid: "Wat deze verklaring – waarvan de betekenis moet worden begrepen tegen de hiervoor vermelde achtergrond dat zij dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van een geconsolideerde jaarrekening – in een concreet geval inhoudt moet worden vastgesteld door uitleg daarvan. Daarbij zal in beginsel vooral moeten worden gelet op de aard van deze verklaring, zoals hierna in 3.4.3 aangeduid. De strekking van de verklaring zoals deze volgt uit de hiervoor vermelde context van de wet, kan ook een rol spelen bij deze uitleg."

3.4.1 Onderdeel 4 keert zich met rechts- en motiveringsklachten tegen de oordelen als hiervoor in 3.2 onder c en d vermeld. Een aantal van de in het onderdeel vervatte klachten treft doel op grond van het navolgende.

3.4.2 Art. 2:403 lid 1 bepaalt dat een tot een groep behorende rechtspersoon de jaarrekening niet behoeft in te richten overeenkomstig de voorschriften van titel 9 van boek 2 BW, mits is voldaan aan de in het eerste lid vermelde voorwaarden. Een van deze voorwaarden – als vermeld onder f van het artikellid – is dat een andere rechtspersoon of vennootschap, in wiens jaarrekening de gegevens zijn geconsolideerd (hierna aan te duiden als de moedermaatschappij), schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon (verder te noemen de dochtermaatschappij) voortvloeiende schulden. Wat deze verklaring – waarvan de betekenis moet worden begrepen tegen de hiervoor vermelde achtergrond dat zij dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van een geconsolideerde jaarrekening – in een concreet geval inhoudt moet worden vastgesteld door uitleg daarvan. Daarbij zal in beginsel vooral moeten worden gelet op de aard van deze verklaring, zoals hierna in 3.4.3 aangeduid. De strekking van de verklaring zoals deze volgt uit de hiervoor vermelde context van de wet, kan ook een rol spelen bij deze uitleg. Door de strekking in rov. 4.9 voorop te stellen is de Ondernemingskamer echter uitgegaan van een onjuiste maatstaf.

3.4.3 De hier bedoelde verklaring die de moedermaatschappij heeft afgelegd, is een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling op grond waarvan rechtstreeks aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ontstaat. Anders dan de Ondernemingskamer heeft geoordeeld, kan de "contractant" jegens de moedermaatschappij geen recht ontlenen aan art. 2:403, doch uitsluitend aan de door deze gedeponeerde verklaring.

3.4.4 In cassatie moet ervan worden uitgegaan dat de verklaring in het onderhavige geval slechts inhoudt dat Akzo Nobel zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de uit rechtshandelingen van Industrie Park voortvloeiende schulden.

3.4.5 Nu een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid niet een afhankelijk recht in het leven roept, getuigt het oordeel van de Ondernemingskamer dat het recht dat de contractant verkrijgt jegens de moedermaatschappij, een afhankelijk recht – als bedoeld in de artikelen 3:7 en 3:82 BW – is, van een onjuiste rechtsopvatting.

3.4.6 Uit het voorafgaande volgt dat ook het oordeel van de Ondernemingskamer dat Akzo Nobel in een positie is komen te verkeren "als had zij zich ten behoeve van de dochter (...) jegens de contractant tot borg gesteld", geen stand kan houden. Voor zover de Ondernemingskamer dit oordeel heeft gebaseerd op een uitleg van de door Akzo Nobel afgelegde verklaring, is haar oordeel in het licht van de bewoordingen ervan die niets omtrent borgtocht inhouden, onbegrijpelijk. Voor zover de Ondernemingskamer dit oordeel heeft gebaseerd op de strekking van art. 2:403, berust haar oordeel op een onjuiste rechtsopvatting, nu hoofdelijke aansprakelijkheid, ook in het kader van deze bepaling, niet op één lijn gesteld kan worden met borgtocht."

Met deze overwegingen heeft de Hoge Raad duidelijk aangegeven dat er geen parallel bestaat tussen een 403-vordering en borgtocht. Ter onderbouwing van deze conclusie heeft de Hoge Raad aangegeven dat de vordering van de schuldeiser uit hoofde van een 403-verklaring op de moedervennootschap niet afhankelijk is

van de vordering van de schuldeiser op de dochtervennootschap. In artikel 3:7 BW wordt een afhankelijk recht omschreven als "een recht dat aan een ander recht zodanig verbonden is, dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan". Het recht waar het afhankelijke recht van afhankelijk is, wordt het hoofdrecht genoemd. Afhankelijke rechten zijn het recht van pand, hypotheek of borgtocht verbonden aan een vorderingsrecht; het recht van erfdienstbaarheid verbonden aan de eigendom van een heersend erf en een recht van mede-eigendom verbonden aan bepaalde onroerende zaken.[309]

Wordt gekeken naar de categorisering van afhankelijke rechten, dan valt op dat het recht van erfpacht en het recht van vruchtgebruik ook onder de voornoemde definitie van 'afhankelijk recht' vallen maar toch niet tot de afhankelijke rechten worden gerekend.[310] Het onderscheid is dat erfpacht en vruchtgebruik niet in dezelfde hand zijn als het hoofdrecht waarvan zij afhankelijk zijn. Bij de rechten die tot de afhankelijke rechten worden gerekend, geldt dat dit wel het geval is. Tegenover afhankelijke rechten staan zelfstandige rechten. De afhankelijke rechten zijn steeds in dezelfde hand terwijl zelfstandige rechten naar hun aard steeds in verschillende handen zijn.[311] Bij de rechten die tot de afhankelijke rechten worden gerekend, geldt dat dit wel het geval is. Een 403-vordering zal in beginsel wel in dezelfde hand zijn als de hoofdvordering. Afhankelijke rechten volgen het recht waaraan zij verbonden zijn, zie artikel 3:82 BW. Gaat het hoofdrecht teniet, dan gaat het afhankelijke recht ook teniet. Gaat het hoofdrecht over, dan gaat het afhankelijke recht ook mee over. Een afhankelijk recht is niet zelfstandig overdraagbaar.[312]

De Hoge Raad heeft in de Akzo/ING kwestie bepaald dat een 403-vordering geen afhankelijk recht is maar een zelfstandig recht. Een pandhouder komt daarom niet het recht van verzet toe zolang de zelfstandige 403-vordeing niet tevens – naast de hoofdvordering – aan dezelfde pandhouder verpand is. De Hoge Raad ziet voorts ook geen grond voor de tweede route. Een pandhouder heeft volgens de Hoge Raad niet de positie van 'schuldeiser' als bedoeld in artikel 2:404 lid 5 BW:

> "3.5.3 Het recht van instellen van verzet op de voet van art. 2:404 lid 5 komt – in de bewoordingen van dit artikellid – toe aan "de schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt". De gedingstukken laten geen andere conclusie toe dan dat ING niet als zodanig kan worden beschouwd.

309 Van Cassel-van Zeeland, art. 3:7 BW, aant. 4.

310 Van Cassel-van Zeeland, art. 3:7 BW, aant. 4: "Er komen echter ook beperkte rechten voor die niet afhankelijke rechten zijn en dat geldt met name voor vruchtgebruik, erfpacht en opstalrecht."

311 Te denken valt enerzijds aan een vordering van een bank op een kredietnemer en het daaraan gekoppelde recht van hypotheek (beide in handen van de bank). Anderzijds geldt dat bij het recht van erfpacht dat een particulier heeft op een stuk grond van de gemeente. Beide rechten zijn in verschillende handen.

312 Zie bijvoorbeeld Huijgen 2013.

> 3.5.4 Voor zover de Ondernemingskamer haar oordeel heeft gebaseerd op een "redelijke uitleg van art. 2:404" in verband met art. 3:245, getuigt haar oordeel van een onjuiste rechtsopvatting. De in deze laatste bepaling bedoelde rechtsvorderingen strekken immers tot bescherming van het verpande goed. Het doen van verzet als hier bedoeld kan niet worden aangemerkt als een zodanige rechtsvordering, omdat beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid van Akzo Nobel het pandrecht van ING op de vorderingen van WKC op IndustriePark in stand laat en er geen pandrecht is gevestigd ten behoeve van ING op vorderingen van WKC op Akzo Nobel.
>
> 3.6 Het vorenoverwogene leidt tot de slotsom dat de Rechtbank ING terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard in haar verzoek, zodat de beschikking van de Rechtbank in het daartegen gerichte hoger beroep moet worden bekrachtigd. De Hoge Raad kan daarom zelf de zaak afdoen als hierna aangegeven."

De Hoge Raad heeft ter onderbouwing van zijn standpunt aangegeven dat een houder van een pandrecht op de hoofdvordering niet als een schuldeiser in de zin van artikel 2:404 BW in verband met 3:245 BW kan kwalificeren. Artikel 3:245 BW luidt als volgt:

> Artikel 3:245 BW
> Tot het instellen van rechtsvorderingen tegen derden ter bescherming van het verpande goed is zowel de pandhouder als de pandgever bevoegd, mits hij zorg draagt dat de ander tijdig in het geding wordt geroepen.

De mening van de hoge Raad zou aldus kunnen worden opgevat dat artikel 3:245 BW beperkt dient te moeten worden gelezen en alleen ziet op rechtsvorderingen die betrekking hebben op het verpande goed. En het verpande goed is alleen de hoofdvordering, niet de 403-vordering.

De uitspraak van de Hoge Raad heeft tot de nodige kritische reacties geleid.[313] Een uitvoeriger uiteenzetting daarvan is reeds gegeven in alinea 5.8.5.2. Samen met de ongelukkige keuze van de wetgever voor 'hoofdelijke aansprakelijkheid' in artikel 2:403 lid 1 sub f[314] is dit arrest, waarin de hoofdelijkheid strikt wordt uitgelegd, misschien wel de voornaamste oorzaak van een groot aantal 403-problemen.

313 De opvatting dat de 403-vordering een borgtocht-achtig karakter dient te hebben (althans dat dit wenselijk zou zijn) in plaats van een hoofdelijk karakter, zodat de vordering op de moedervennootschap een afhankelijk en subsidiair karakter heeft, vindt veel steun in de literatuur. Zie in dit verband: Schoordijk 2003, p. 59-82; De Neve 2002, p. 239-240; Bartman 2004, p. 51; Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, *JOR* 2007/103, sub 3.2, m.nt. Faber; Biemans 2011, p. 306; Rongen 2012, p. 1303/1304; Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012, *JOR* 2012/165, sub 4, m.nt. Bertrams en Timmerman & De Winter 2013, p. 360-361.

314 Of dit een hele bewuste keuze is, kan bovendien worden betwijfeld. Zie de beschrijving van de parlementaire geschiedenis van artikel 2:403 BW en haar voorgangers zie par. 7.3.

6.8.3 Ontwikkelingen ten aanzien van de positie van een pandhouder

In de voorgaande alinea's is uiteengezet dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een pandhouder niet als verzetsgerechtigde in de zin van artikel 2:404 lid 5 BW kan worden aangemerkt wanneer niet tevens de 403-vordering aan hem is verpand. Ook wordt een pandhouder niet aangemerkt als een schuldeiser zoals bedoeld in artikel 3:245 BW.

Uit de recente ontwikkelingen in de rechtspraak[315] valt af te leiden dat de kwalificatie van de rechten die de pandgever heeft om zijn vordering geïnd te krijgen geen rol speelt bij de beantwoording van de vraag of de betreffende bevoegdheden door een pandhouder kunnen worden uitgeoefend. Wat bepalend lijkt te zijn, is of de bevoegdheden strekken tot inning van de vordering of het verhalen van die vordering. De hoofdelijke aansprakelijkheid van zowel de dochtervennootschap als de moedervennootschap leidt ertoe dat de schuldeiser uitgebreidere verhaalsmogelijkheden heeft ten aanzien van zijn vordering. Tegen de achtergrond van de recente ontwikkelingen in rechtspraak valt niet in te zien waarom de pandhouder die bevoegdheid niet ook uit zou kunnen oefenen. De mogelijkheid om zowel verhaal te kunnen nemen op het vermogen van de dochtervennootschap als ook op het vermogen van de moedervennootschap, vergroot de mogelijkheden om de vordering geïnd te krijgen. Vanuit de positie van de pandhouder bezien, zou het recht om deze verhaalsmogelijkheid van de pandgever aan te kunnen wenden, kunnen worden beschouwd als een recht dat de pandnemer ook toekomt, als voortvloeiend uit zijn recht om de vordering te innen.[316]

De inningsbevoegdheid van de pandhouder moet ruim worden opgevat en de tendens is dat de pandhouder een steeds sterkere positie krijgt.[317] Naast de inningsbevoegdheid, die de pandhouder het recht geeft een betaling in ontvangst te nemen en af te dwingen, zijn er diverse aanvullende bevoegdheden die een pandhouder ten dienste staan. Zo kan een pandhouder een vordering opeisbaar maken door opzegging en ook kan hij – indien dat aan de orde is – incassokosten van de debiteur vorderen Deze aanvullende bevoegdheden die de pandhouder toekomen, hangen samen met zijn inningsbevoegdheid. De bevoegdheden zijn erop gericht verhaal te kunnen halen teneinde zijn gesecureerde vordering voldaan te krijgen. In lijn daarmee kan de pandhouder tevens de aan de verpande vordering verbonden zekerheidsrechten en andere nevenrechten uitoefenen.[318] De bevoegdheden die een pandhouder in dat kader toekomen, zijn ruim. Onlangs heeft de Hoge Raad beslist dat een openbaar pandhouder kan worden aangemerkt als een schuldeiser in de zin van artikel 1 lid 1 Fw.[319] De pandhouder is aldus – onder omstan-

315 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, *JOR* 2015/191 en HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833 *NJ* 2017/2.
316 Artikel 3:246 BW.
317 Zie de hierna aangehaalde jurisprudentie.
318 HR 18 december 2015, *NJ* 2016/34. Vgl. HR 11 maart 2005, *NJ* 2006/362.
319 HR 9 december 2016, *NJ* 2017/2.

digheden – bevoegd om het faillissement van de debiteur van de verpande vordering aan te vragen:

> Artikel 1 lid 1 FW
> De schuldenaar, die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, wordt, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van een of meer zijner schuldeisers, bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement verklaard.

Hoewel een pandhouder qua bevoegdheden (nog?) niet volledig op één lijn kan worden gesteld met de oorspronkelijke schuldeiser,[320] kan een pandhouder uit hoofde van zijn inningsbevoegdheid praktisch gezien bijna alles doen om zijn zekerheid te effectueren.[321] Gezien de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie, kan de gedachte dat een pandhouder alleen de aan de verpande vordering verbonden rechten die kwalificeren als afhankelijke[322] of als nevenrechten[323] kan uitoefenen, steeds moeilijker worden verdedigd.[324] Naar aanleiding van de recente ontwikkelingen in de rechtspraak wordt betoogd dat een pandhouder mogelijk ook andere aan een verpande vordering gekoppelde zekerheidsrechten kan uitoefenen.[325]

Uit een arrest van de Hoge Raad[326] kan worden afgeleid dat niet de kwalificatie van de aan een pandrecht gekoppelde rechten als uitgangspunt wordt genomen om te bepalen of die rechten door een pandhouder kunnen worden uitgeoefend maar dat in plaats daarvan bepalend is of de uitoefening van bepaalde aan een verpande vordering gekoppelde schuldeisersbevoegdheden zijn gericht op de inning van de verpande vordering en of deze bevoegdheden daarmee vallen onder de mogelijkheden die een pandhouder heeft of moet hebben om verhaal te kunnen halen.

Zo wordt de bevoegdheid van de openbaar pandhouder tot uitoefening van een aan de verpande vorderingen verbonden pandrecht gezien als een uitvloeisel van de inningsbevoegdheid.[327] De pandhouder heeft deze bevoegdheid niet omdat het gaat om een afhankelijk recht. Met deze benadering lijkt het erop dat afstand wordt genomen van de opvatting dat een pandhouder zijn positie ontleent aan een partiële overdracht van de vordering en de daaraan gekoppelde rechten.

---

320 Voor schuldeisersbevoegdheden die bij de pandgever blijven rusten zie bijvoorbeeld HR 21 februari 2014, *NJ* 2015/82.

321 Krzemiński 2018, p. 503.

322 Zie artikel 3:7 BW.

323 Zie artikel 6:142 BW.

324 Er zijn diverse auteurs die deze opvatting hebben (of hadden): zie onder meer: Stein, art. 3:228 BW, aant. 2.1.9; Steneker 2012; Rongen 2012, p. 1285; Biemans 2011, hoofdstuk 5 en Verdaas 2008, p. 277 e.v. en 295 e.v.

325 Houdijk & Breeman 2016 en Krzemiński 2018, p. 503.

326 HR 18 december 2015, *NJ* 2016/34.

327 HR 18 december 2015, *NJ* 2016/34.

In een later arrest heeft de Hoge Raad onderscheid gemaakt tussen schuldeisersbevoegdheden die betrekking hebben op de vordering en schuldeisersbevoegdheden die strekken tot het innen van de vordering en verhalen van de vordering op het vermogen van de schuldenaar.[328] Schuldeisersbevoegdheden die betrekking hebben op de vordering komen in principe niet toe aan de pandhouder tenzij in de wet anders bepaald. De bevoegdheden die strekken tot het innen van de vordering en het verhalen daarvan komen allemaal wel toe aan de pandhouder. In dat kader mag een pandhouder ook het faillissement van de schuldenaar aanvragen.[329]

Concluderend kan worden gesteld dat schuldeisersbevoegdheden toekomen aan een pandhouder wanneer die bevoegdheden strekken tot het innen van de vordering of het verhalen daarvan.[330] Het lijkt niet bepalend te zijn hoe die bevoegdheden of rechten worden geclassificeerd. De rechten die een pandhouder toekomen kunnen afhankelijke rechten of nevenrechten zijn, maar beslissend is dat niet. Dat brengt met zich dat bijvoorbeeld ook niet-afhankelijke zekerheidsrechten, zoals persoonlijke zekerheidsrechten die strekken tot het innen van de verpande vordering of het halen van verhaal, zouden kunnen worden uitgeoefend door een pandhouder.[331]

Gezien de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie, lijkt de kwalificatie van een 403-vordering als een niet-afhankelijk recht geen beletsel te vormen om door een pandhouder met een pandrecht op een vordering van de dochtervennootschap te worden ingeroepen. Het recht van een pandhouder om een beroep te doen op een 403-verklaring zou, in lijn met de hiervoor geschetste recente ontwikkelingen in de jurisprudentie, voort kunnen vloeien uit het recht van een pandhouder om een vordering te innen en te verhalen op basis van artikel 3:246 lid 1 BW.

Aan de mogelijkheid van een pandhouder met een pandrecht op een vordering op een dochtervennootschap om de moedervennootschap aan te spreken, staan de arresten ING/Akzo[332] en Bia Beheer[333] niet in de weg. In ING/Akzo was niet de vraag of de pandhouder de moedervennootschap aan kon spreken maar of hij kwalificeerde als schuldeiser in de zin van artikel 2:404 lid 5 BW. Die bepaling regelt niet de aansprakelijkheid van de moedervennootschap maar regelt de mogelijkheid om in verzet te gaan. In Bia Beheer is uitgemaakt dat er in geval van hoofdelijke aansprakelijkheid twee separate vorderingsrechten zijn.

328 HR 9 december 2016, *NJ* 2017/2.

329 HR 9 december 2016, *NJ* 2017/2, *r.o.* 3.3.3-3.3.4. In gelijke zin: A-G Timmerman, randnr. 3.6 en 3.8.

330 Verhaal zal als eerst worden gehaald op het vermogen van de schuldenaar, maar er kan ook verhaal worden gehaald op het vermogen van een derde als daar een rechtsgrond voor bestaat.

331 In gelijke zin: Faber en Vermunt in nr. 3 van hun noot bij HR 18 december 2015, *JOR* 2016/105; Krzemiñski 2018, p. 504 en Houdijk & Breeman 2016.

332 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *JOR* 2002/136.

333 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, *JOR* 2015/191.

6.8.4 Hoge Raad heeft pandhouder eerder buiten de deur gezet, maar er zijn misschien nieuwe kansen

De slotconclusie van dit onderdeel is dat de Hoge Raad pandhouders met slechts een pandrecht op een vordering van de dochter nadrukkelijk buiten de deur houdt voor wat betreft de verzetprocedure. Maar in het licht van de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie kan een pandhouder wellicht een succesvol kansje wagen om een beroep te doen op de 403-verklaring. Er ontstaat dan de bipolaire situatie dat een pandhouder wel schuldeiser is zoals bedoeld in de door de moeder afgegeven 403-verklaring maar niet als schuldeiser moet worden aangemerkt in de zin van artikel 2:404 lid 5 BW.[334]

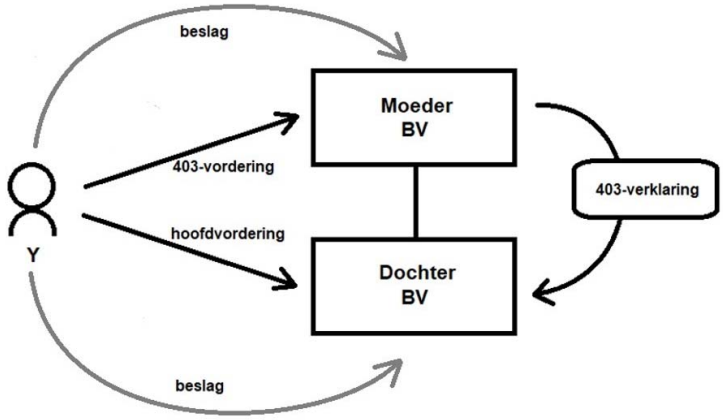
De positie van een pandhouder van een hoofdvordering die niet tevens een pandrecht op de bijbehorende 403-vordering heeft, blijft onzeker totdat de Hoge Raad hier een oordeel over heeft gegeven. Opnieuw kan de conclusie worden getrokken dat de hoofdelijkheid tot onduidelijke gevolgen heeft geleid en nog steeds leidt in situaties waarbij verpanding in het spel is. Kennelijk lag het in het rechtsverkeer niet voor de hand dat de 403-vordering apart verpand diende te worden om de pandhouder de beoogde zekerheid te geven. Een recht om de aan een hoofdvordering gekoppelde 403-vordering(en) te mogen innen, zou een stuk praktischer zijn en meer tegemoetkomen aan de rechtspraktijk en ook meer stroken met de binnen de rechtspraktijk levende opvattingen.

6.9 Beslag en de vrijstelling van artikel 2:403 BW

6.9.1 Algemeen

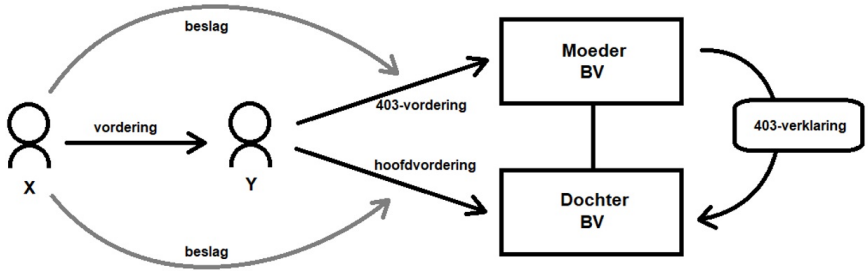
In deze paragraaf zal worden onderzocht of de hoofdelijke aansprakelijkheid en het bestaan van twee vorderingsrechten aanleiding geven tot problemen bij het leggen van beslag. Om de problematiek van de hoofdelijkheid bij de samenloop tussen beslag en het groepsregime nader toe te lichten, kunnen onderstaande situatieschetsen behulpzaam zijn. De eerste schets geeft een situatie aan waarin de schuldeiser, die met de dochtervennootschap contracteerde, beslag legt onder de dochtervennootschap en de moedervennootschap. Hij heeft twee separate vorderingsrechten en hij kan onder beide vennootschappen beslag leggen:

334 In HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, *JOR* 2015/191 is de pandhouder al wel als schuldeiser aangemerkt in de zin van artikel 1 lid 1 Fw.



Figuur 20

Naast bovenstaande situatie kunnen zich natuurlijk ook andere situaties voordoen:



Figuur 21

Wanneer schuldeiser X een vordering heeft op schuldenaar Y en schuldenaar Y nalaat te betalen, zal X verhaal proberen te halen op de vermogensbestanddelen van Y. Dat kan door middel van het leggen van beslag. Indien X beslag legt op vermogensbestanddelen van Y, dan heeft X te gelden als beslaglegger en Y als de beslagene.

Wanneer de reguliere regels van hoofdelijkheid onverkort van toepassing zijn binnen het groepsregime, hetgeen in lijn lijkt te zijn met de opvatting van de Hoge Raad, dan zullen er in bovenstaande situatie twee vermogensbestanddelen in het vermogen van Y zitten. De hoofdvordering van Y op Dochter BV en de 403-vordering van Y op Moeder BV. Wordt op deze vorderingen beslag gelegd dan hebben Moeder BV en Dochter BV te gelden als derde-beslagenen.

X dient zich ervan te vergewissen dat er twee vorderingsrechten zijn wanneer de 403-verklaring op het moment dat hij beslag legt al is afgegeven. Wordt de 403-verklaring pas afgegeven nadat hij beslag heeft gelegd, dan bestaat de 403-vordering uiteraard nog niet. X zal dan spoedig beslag moeten leggen op de 403-vordering om te voorkomen dat er een niet-beslagen 403-vordering ontstaat die Moeder BV kan aflossen door aan Y te voldoen. Het beslagen object, de hoofdvordering, gaat dan in beginsel op basis van de regels van hoofdelijkheid teniet.

Een andere vraag is wat de positie van X is wanneer hij geen beslag legt op de 403-vordering. Is X dan alsnog uit hoofde van zijn positie als executant bevoegd om een beroep te doen op de 403-verklaring? Of kan hij de bestaande 403-vordering die op basis van de regels van hoofdelijkheid gekoppeld is aan de hoofdvordering ook incasseren?

6.9.2 Beslag op de hoofdvordering en de 403-vordering: derdenbeslag

Wanneer de Dochter BV en Moeder BV niet nakomen jegens Y, zal Y zelf beslag kunnen leggen onder Dochter BV en Moeder BV. In bovenstaande situatie wordt beslag gelegd op vorderingen die de schuldenaar Y op derden heeft of uit reeds bestaande rechtsverhoudingen zal verkrijgen. Dit wordt derdenbeslag genoemd en ten aanzien van derdenbeslag gelden enkele bijzondere regels.[335] Derdenbeslag is geduid in artikel 475 lid 1 Rv:[336]

> Artikel 475 Rv
> 1. Het beslag op vorderingen die de geëxecuteerde op derden mocht hebben of uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding rechtstreeks zal verkrijgen, en op hem toebehorende roerende zaken die onder derden mochten berusten en geen registergoederen zijn, geschiedt bij een exploit van een deurwaarder dat, behalve de gewone formaliteiten, op straffe van nietigheid inhoudt:
> a. een bevel aan de derde om het verschuldigde of de zaken onder zich te houden op straffe van onwaarde van elke in weerwil van het beslag gedane betaling of afgifte;
> b. een vermelding van de naam, voornaam en woonplaats van de executant en de naam en woonplaats van de geëxecuteerde;
> c. een vermelding van de titel uit hoofde waarvan het beslag wordt gelegd, en een opgave van hetgeen de geëxecuteerde krachtens deze titel aan de executant verschuldigd is;
> d. een keuze van woonplaats ten kantore van de deurwaarder;
> e. een vermelding dat in weerwil van het beslag de koopsom aan de notaris kan worden betaald, in geval het beslag is gelegd op de vordering tot betaling van de koopsom van een onroerende zaak, nadat de koop van de zaak is ingeschreven in de openbare registers,

335 Voor een uitvoeriger behandeling van het onderwerp derdenbeslag zie onder meer Mijnssen Van Mierlo 2018.

336 Broekveldt 2003; Jansen 1990, p. 190 e.v.; Hugenholtz & Heemskerk 2018, nr. 237 e.v.; Oudelaar 2000, p. 84 e.v.; Stein 2016, 5.1 e.v. en Jongbloed & Thoe Schwartzenberg 2014.

bedoeld in afdeling 2 van titel 1 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, op de wijze die is voorgeschreven in artikel 3 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

De regels omtrent beslag worden beheerst door twee beginselen. Ten eerste geldt het *nemo plus-beginsel*[337] wat betekent dat de beslaglegger niet meer kan verkrijgen dan de beslagene heeft, de bestaande rechtsverhouding tussen derde-beslagene en geëxecuteerde moet worden geëerbiedigd.[338] Ten tweede geldt het *non peius-beginsel* wat inhoudt dat de derde-beslagene als gevolg van het beslag niet in een slechtere positie ten opzichte van de beslagene mag geraken dan waarin hij verkeerde. De toepassing van deze beginselen heeft tot gevolg dat de beslaglegger (slechts) de bevoegdheden die de beslagene jegens de derde-beslagene heeft, kan uitoefenen.[339]

6.9.3 Beslagobject

6.9.3.1 Beslag op vorderingen algemeen

Op basis van artikel 475 Rv kan (derden)beslag worden gelegd op iedere vordering tot overdracht van een goed.[340] Aangezien vorderingen tot doen, dulden of niet doen niet kunnen worden uitgewonnen, zijn alleen vorderingen tot geven voor derdenbeslag vatbaar.[341]

Een 403-verklaring geeft dekking voor iedere uit een rechtshandeling voortvloeiende schuld. Voor zover een schuld denkbaar is die bestaat uit een doen, dulden of niet doen dan kan de moedervennootschap wel worden aangesproken om nakoming hiervan te bewerkstelligen, maar beslag op een dergelijke vordering is niet mogelijk. Beslag op een dergelijke vordering onder de dochtervennootschap is eveneens onmogelijk.

337 Van het *nemo-plus*beginsel wordt in de regel slechts gesproken in het kader van overdracht. Van overdracht (van de beslagene aan de beslaglegger) is bij het leggen van beslag geen sprake.

338 Mijnssen & Van Mierlo 2018, par 3.1:"Het beslag treft de vordering van de schuldeiser/geëxecuteerde zoals die geldt in diens verhouding tot de schuldenaar/derde-beslagene."

339 HR 30 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3953, *NJ* 2002/419, m.nt. Snijders en *AA* 2002, p. 276, m.nt. van Mierlo; HR 5 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1128, *NJ* 1994/640, m.nt. Snijders. Zie voorts: Stein 2016, par. 5.1 en Jongbloed & Thoe Schwarzenberg 2014.

340 Zie *Parl. Gesch.* BW Inv. 3, 5 en 6 (Wijziging Rv, Wet RO en Fw) 1992, p. 153, onder a. Beslag op een vordering tot overdracht van enig goed – ongeacht de aard ervan – wat niet is beperkt tot geldvorderingen en vorderingen tot overdracht van roerende zaken die geen registergoederen zijn is wenselijk, gezien artikel 3:276 BW. In dit artikel wordt aan een schuldeiser de bevoegdheid toegekend om verhaal te kunnen nemen op alle goederen van diens schuldenaar. Beslagmogelijkheden dienen dat niet te beperken. Zie ook Broekveldt 2003, p. 100 e.v. en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 219 e.v.

341 Zie MvT II bij art. 475 Rv (*Parl. Gesch.* BW Inv. 3, 5 en 6 (Wijziging Rv, Wet RO en Fw) 1992, p. 155); een vordering die vatbaar is voor beslag dient te strekken tot betaling van een geldsom of levering van een goed. Andere voor beslag vatbare prestaties zijn niet denkbaar.

6.9.3.2 Beslag op een geldvordering

Wanneer beslag wordt gelegd op een geldvordering heeft de beslaglegger twee mogelijkheden. Hij kan ervoor kiezen om de vordering die hij heeft op zijn schuldenaar te innen[342] bij de derde-beslagene.[343] Uit artikel 730 Rv volgt dat derdenbeslag ook kan strekken tot levering van de beslagen vordering.[344]

De mogelijkheid die volgt uit artikel 730 Rv, is interessant. Wanneer de beslagen vordering de hoofdvordering is, kan de vraag opkomen of de beslaglegger nevenrechten behorend bij die de hoofdvordering geleverd krijgt kan inroepen en of hij daarnaast een beroep kan doen op de 403-verklaring.

6.9.3.3 Beslag op een andere vordering dan de vordering tot betaling van geld

Het is mogelijk om derdenbeslag te leggen op een andere vordering dan die tot betaling van geld.[345] De hoofdvordering en de 403-vordering hoeven niet per definitie een vordering tot betaling van een geldsom te behelzen. In die situaties kan het voorkomen dat de moedervennootschap kan worden aangesproken voor een prestatie die zij zelf niet kan uitvoeren. Het beslag komt dan op de vervangende schadevergoeding te rusten. De executie van een vordering anders dan in geld geschiedt niet door de inning van de geldvordering. De derde-beslagene moet het goed dat op basis van de beslagen vordering dient te worden afgegeven ter beschikking stellen aan de deurwaarder. De executie vindt vervolgens plaats op de wijze die is voorgeschreven voor het betreffende goed.[346]

342 In HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:AS2619, *NJ* 2006/362, m.nt. Snijders (Rabobank/Stormpolder) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een beslaglegger, die executoriaal derdenbeslag heeft gelegd en tot executie overgaat op basis van artikel 477 Rv jo. artikel 477a Rv, de bevoegdheid heeft om zijn vordering te verhalen door deze vordering bij de derde-beslagene te innen.

343 Uit het *nemo-plus*beginsel vloeit voort dat de vordering wel opeisbaar moet zijn. Op basis van het *non-peius*beginsel mag de derde-beslagene niet in een slechtere toestand komen te verkeren door het beslag.

344 Artikel 730 Rv geeft de mogelijkheid om de levering van een *goed* te verlangen, dus ook een vermogensrecht zoals een vordering. Zie 3:1 BW en 3:6 BW. Zie voor het begrip *vermogensrecht* Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 1 e.v.; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, par. 7 e.v.; Rank-Berenschot & Snijders 2017, nr. 29. Voor de perikelen rondom de inning van de vordering, het feit dat het beslag tot levering geen executoriale vorm kent, de onmogelijkheid om revindicatoir beslag op vorderingen te leggen etc. zij verwezen naar onder meer Mijnssen & Van Mierlo 2018, hoofdstuk 3, par. 3.2.

345 Een beslaglegger kan derdenbeslag leggen. In het beslagexploot moet de vordering dan uitdrukkelijk worden beschreven, art. 475a lid 3 Rv.

346 Zie artikel 477 Rv en verder.

6.9.4 Gevolgen derdenbeslag

Het leggen van derdenbeslag heeft in twee opzichten een blokkerend effect.[347] Wanneer het beslag is gelegd, wordt de schuldenaar belet in zijn mogelijkheden om over de vordering te beschikken.[348] De schuldenaar kan de vordering niet meer vervreemden en bezwaren en ook kan de schuldenaar geen afstand meer van het vorderingsrecht doen.[349] Een eventuele onderbewindstelling van de vordering kan niet aan de beslaglegger worden tegengeworpen.

Naast het feit dat de schuldenaar wordt belet om over zijn vordering te beschikken, belet het beslag dat de derde-beslagene na kan komen jegens de schuldenaar. Wanneer de derde-beslagene toch aan de schuldeiser betaalt dan kan dit niet aan de schuldeiser die beslag heeft gelegd worden tegengeworpen. De derde-beslagene dient hetgeen hij was verschuldigd aan de schuldenaar alsnog af te dragen aan de deurwaarder.[350] Een derde-beslagene wordt hierover overigens geïnformeerd. Het beslagexploot waarbij derdenbeslag wordt gelegd, dient aan te geven dat de derde-beslagene de beslagen goederen onder zich dient te houden.[351] De derde-beslagene heeft het recht om de betaling aan zijn oorspronkelijke schuldeiser op te schorten.[352] Wanneer de derde-beslagene toch betaalt, gaat de vordering niet teniet. Hij kan door de schuldeiser die beslag heeft gelegd worden gehouden om nogmaals te betalen.[353] De derde-beslagene kan wel het meerdere aan zijn schuldeiser betalen, bijvoorbeeld wanneer beslag is gelegd voor twintig duizend euro en de vordering de derde-beslagene aan zijn schuldeiser dient te voldoen vijftig duizend euro bedraagt.[354]

---

347 Zie artikel 475a Rv.

348 HR 10 april 1953, *NJ* 1953/587, m.nt. Houwing. Beslag tast de beschikkingsbevoegdheid van degene aan wie de vordering toebehoort slechts in zoverre aan dat een beschikkingshandeling met betrekking tot het beslagen goed geen werking heeft tegenover de beslaglegger. Zie ook 475h Rv: de schuldeiser op wiens vordering beslag is gelegd, wordt niet beschikkingsonbevoegd. Zie voorts MvT Inv. bij art. 475h Rv, *Parl. Gesch.* BW Inv. 3, 5 en 6 (Wijziging Rv, Wet RO en Fw 1992, p. 163; Jansen 1990, p. 199 e.v.; Oudelaar 2000, p. 95 e.v.; Stein 2016, par. 5.5 en Jongbloed & Thoe Schwartzenberg 2014.

349 HR 25 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0122, *NJ* 1992/172, m.nt. Snijders (Van Berkel/Tribosa). Deze uitspraak is interessant met betrekking tot vorderingen uit duurovereenkomsten zoals een huurovereenkomst. *In casu* was beslag gelegd op toekomstige huurtermijnen. Het pand werd overgedragen en er werd met de nieuwe eigenaar een nieuwe huurovereenkomst gesloten. Deze truc kon niet aan de beslaglegger worden tegengeworpen.

350 Zie art. 477 Rv.

351 Voor de sanctie zie artikel 475 lid 1, aanhef en onder a, Rv en artikel 475h Rv: betaling nadat het beslag is gelegd, kan niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen.

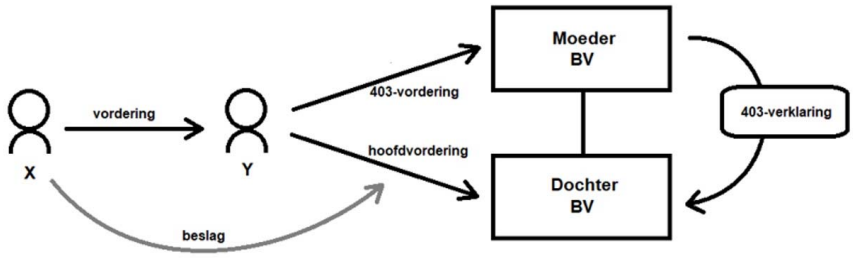
352 Zie HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1336, *NJ* 1995/268, m.nt. Snijders; de nakoming van een vordering waar derdenbeslag op is gelegd, mag worden opgeschort zolang het beslag voortduurt.

353 Zie naast artikel 475h Rv ook artikel 6:33 BW.

354 Zie Mijnssen & Van Mierlo 2018, hoofdstuk 3, par. 3.3.

6.9.5 Tenietgaan hoofdvordering door betaling 403-vordering

Een precaire situatie kan zich voordoen onder de volgende omstandigheden:



Figuur 22

X levert grondstoffen aan Y. Y produceert en levert goederen aan Dochter BV. X heeft een vordering op Y. Aangezien Y in gebreke blijft met zijn betalingen aan X, legt X beslag op de vordering die Y heeft op zijn vaste handelspartner, Dochter BV. Wat X niet heeft bedacht, is dat Moeder BV een 403-verklaring heeft afgegeven. X heeft daarom geen beslag gelegd op de 403-vordering. Vervolgens kunnen er zich twee situaties voordoen. Y spreekt Moeder BV aan om de 403-vordering te voldoen of Moeder BV gaat uit zichzelf over tot het voldoen van de 403-vordering. Op basis van de regels van de hoofdelijkheid geldt dat wanneer aan een van de vorderingsrechten wordt voldaan, het andere vorderingsrecht tenietgaat. X die veronderstelt zekerheid te hebben doordat hij beslag heeft gelegd op de hoofdvordering ziet zijn verhaalsobject voor zijn neus verdwijnen. Y kan het geld dat hij van Moeder BV ontvangt via de achterdeur wegsluizen.

Het bestaan van twee afzonderlijke vorderingsrechten zal mogelijk niet altijd door X onderkend worden. Niet zelden wordt een 403-vordering als zekerheid bij de hoofdvordering beschouwd. Evenals bij het treffen van een schikking kan het niet onderkennen van de 403-vordering als een zelfstandig vorderingsrecht bij het leggen van beslag tot vervelende situaties leiden.

Zoals in de vorige paragraaf uiteen is gezet, belet het beslag dat de derde-beslagene na kan komen jegens de schuldenaar. In bovenstaande situatie is Moeder BV echter geen derde-beslagene. Moeder BV is in het geheel niet bij de beslaglegging betrokken. Dit brengt tevens met zich dat Moeder BV niet, zoals Dochter BV de als derde-beslagene heeft te gelden, het recht heeft om haar betaling aan Y op te schorten en kan Moeder BV mogelijk rente verschuldigd raken als zij niet tijdig aan Y betaalt. Bij borgtocht kan de borg tevens een beroep doen op het opschortingsrecht van de hoofdschuldenaar. Bij hoofdelijke aansprakelijkheid is dit niet het geval. Hoofdelijk gebonden schuldenaren kunnen in principe alleen een beroep doen op de verweermiddelen die hen zelf toekomen. De hoofdregels

van hoofdelijkheid lijken hier tot een minder bevredigende uitkomst te leiden. Wanneer de 403-aansprakelijkheid het karakter van borgtocht zou hebben, zou de moedervennootschap haar betaalverplichting kunnen opschorten en zou het gelegde beslag kunnen worden gerespecteerd.

Het 403-regime wordt veelvuldig toegepast maar aan het leggen van beslag op zowel de hoofdvordering als ook op de 403-vordering wordt niet altijd gedacht. Daarin schuilt uiteraard het risico dat de moedervennootschap op een gegeven moment overgaat tot het voldoen van de 403-vordering teneinde zichzelf en de dochtervennootschap van de schuld te bevrijden. De vraag is of artikel 475h lid 1 Rv voor deze precaire situatie een oplossing biedt. Artikel 475h lid 1 Rv luidt als volgt:

> Artikel 475h lid 1 Rv
> 1. Een vervreemding, bezwaring, afstand of onderbewindstelling van een door het beslag getroffen vordering, tot stand gekomen nadat het beslag is gelegd, kan niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen. Hetzelfde geldt voor een in weerwil van het beslag gedane betaling of afgifte, tenzij de derde heeft gedaan wat redelijkerwijs van hem kon worden gevergd om de betaling of afgifte te voorkomen.

In de literatuur[355] wordt beschreven dat de tweede volzin van artikel 475h lid 1 Rv geen rechtstreekse betrekking heeft op de positie van de schuldenaar ten laste van wie het beslag wordt gelegd (in de situatieschets: Y). In de memorie van toelichting wordt beschreven waar artikel 475h lid 1 Rv op ziet:[356]

> "op handelingen van andere aard, nl. op de voldoening of afgifte waarmee de derde of een ander de in beslag genomen vordering zou kunnen doen teniet gaan of de in beslag genomen zaken weer in handen van de geëxecuteerde zou brengen."

Dat het hier de positie betreft van een derde partij die mogelijk het beslag frustreert, is duidelijk. Wanneer een derde in weerwil van het gelegde beslag aan de schuldenaar betaalt, kan deze betaling niet aan de beslaglegger worden tegengeworpen. Wanneer de derde een dergelijke betaling toch verricht, kan de beslaglegger van hem vorderen dat hij opnieuw betaalt.[357] Uit artikel 475h lid 1 Rv volgt daarom

355 Broekveldt 2003, par. 4.3.5.3.

356 *Parl. Gesch.* Wijz. Rv, p. 163-164.

357 In dat geval kan de derde zich op basis van artikel 6:33 BW verhalen op de debiteur, voor zover de derde dubbel heeft betaald. Artikel 6:33 BW luidt als volgt: "Is de betaling gedaan in weerwil van een beslag of terwijl de schuldeiser wegens een beperkt recht, een bewind of een soortgelijk beletsel onbevoegd was haar te ontvangen, en wordt de schuldenaar deswege genoodzaakt opnieuw te betalen, dan heeft hij verhaal op de schuldeiser."

de verplichting voor de derde[358] om het beslagen goed (vordering of roerende zaak) 'onder zich te houden'.[359]

De vraag is wat moet worden verstaan onder betaling of afgifte door "een ander" zoals genoemd in artikel 475h Rv. Gaat het dan alleen om de derde-beslagene (in de situatieschets de dochtervennootschap)? Of betreft het ook andere partijen, zoals de moedervennootschap onder wie geen derdenbeslag is gelegd? Uit de Memorie van Toelichting[360] kan worden afgeleid dat de wetgever niet alleen de derde-beslagene in het vizier had maar ook "een ander de in beslag genomen vordering zou kunnen doen teniet gaan of de in beslag genomen zaken weer in handen van de geëxecuteerde zou brengen". In de literatuur[361] is vervolgens de vraag gesteld aan welke 'ander' daarbij gedacht moet worden, aangezien de wetgever daar verder niets over zegt. In dat kader wordt opgemerkt dat – hoewel de wet ook op dit punt niet duidelijk is – het niet logisch is dat de sanctie van artikel 6:33 BW ook op een ander dan de derde-beslagene kan worden toegepast. Geredeneerd wordt dat onder deze ander geen beslag is gelegd, zodat deze ander niet zelf in weerwil van het beslag zoals bedoeld in artikel 475h lid 1 Rv en artikel 6:33 BW heeft betaald of beslagen goederen heeft afgegeven. Wordt die beredenering gevolgd, dan is de vraag welke groep van anderen er dan nog overblijft. In de literatuur wordt geopperd dat bijvoorbeeld kan worden gedacht aan:[362]

> "een situatie waarin die 'ander' met de derdebeslagene moet worden vereenzelvigd , of aan een geval dat die 'ander' krachtens volmacht of anderszins – bijv. omdat hij zélf een schuld aan de derde-beslagene heeft – voor en namens deze aan de beslagdebiteur betaalt."

Voorts wordt ten aanzien van hoofdelijk verbonden schuldenaren opgemerkt:[363]

> "Mogelijk kan hier ook nog worden gedacht aan de situatie dat de 'ander' samen met de derde-beslagene jegens de beslagdebiteur hoofdelijk verbonden is dezelfde schuld te voldoen (art. 6:6 lid 2). In al deze gevallen zal betaling of afgifte door die 'ander', wil de beslaglegger de derde-beslagene overeenkomstig art. 6:33 kunnen noodzaken 'opnieuw te betalen', in die zin aan de derde moeten kunnen worden toegerekend dat deze rechtens geldt als een door hém gedane betaling of afgifte."

---

358 Het beslagexploot moet ingevolge art. 475 lid 1 Rv op straffe van nietigheid "een bevel aan de derde om het verschuldigde of de zaken onder zich te houden op straffe van onwaarde van elke in weerwil van het beslag gedane betaling of afgifte" (wat, zo meen ik, aan die 'derde' is gericht) bevatten.

359 Van Mierlo & Van Nispen 2014, art. 475 Rv, aant. 3.

360 *Parl. Gesch.* Wijz. Rv, p. 164.

361 Broekveldt 2003, par. 4.3.5.3, nr. 169.

362 Broekveldt 2003, par. 4.3.5.3, nr. 169.

363 Broekveldt merkt in voetnoot 11 op dat geen enkele andere auteur ingaat op de vraag wie onder deze categorie van 'derden' of 'anderen' dienen te worden verstaan. Er is dus in principe volstrekte onduidelijkheid op dit vlak, zie Broekveldt 2003, par. 4.3.5.3, nr. 169.

Ten aanzien van dit vraagstuk is mij geen verdere literatuur of jurisprudentie bekend. Dat doet de vraag rijzen of zich in de praktijk problemen op dit vlak voordoen of dat dit vraagstuk in de praktijk (nog) niet wordt gesignaleerd. De conclusie is dat de hoofdelijkheid die afzonderlijke vorderingsrechten creëert ten aanzien van dezelfde schuld, in het kader van beslag een onduidelijke situatie oplevert. Het is allerminst duidelijk wat de positie van de moedervennootschap in een dergelijk geval is. Kan zij worden aangemerkt als een derde die het onder de dochtervennootschap gelegde derdenbeslag niet mag frustreren, met als sanctie de gehoudenheid om opnieuw aan de beslaglegger te moeten betalen op basis van artikel 6:33 BW? Of dient zij gewoon na te komen, omdat zij geen recht heeft om haar prestatie op te schorten en anders mogelijkerwijs rente (of boetes) verschuldigd raakt wegens niet of te laat nakomen?

6.9.6 Beslag op toekomstige 403-vordering

In de vorige paragraaf kwam de situatie aan de orde waarbij door de beslaglegger, die derdenbeslag legt op een hoofdvordering, niet voorzien was dat de 403-vordering een zelfstandig vorderingsrecht is en de 403-vordering om die reden niet tevens was beslagen. Maar ook een beslaglegger die meer doortastend handelt, kan met een vervelende situatie worden geconfronteerd. Wanneer het 403-regime pas wordt toegepast nadat derdenbeslag op de hoofdvordering is gelegd, kan de beslaglegger niet de wetenschap hebben dat er een toekomstige 403-vordering ontstaat waarop hij tevens beslag dient te leggen. De vraag is of het überhaupt mogelijk is om beslag te leggen op een toekomstige 403-vordering. In deze paragraaf zal op deze uitzonderlijke maar niet ondenkbare situatie[364] in worden gegaan.

Wanneer een schuldeiser derdenbeslag legt op een vordering van zijn schuldenaar op de dochtervennootschap dan kan de schuldeiser mogelijk willen anticiperen op de ongewenste situatie zoals beschreven in de vorige paragraaf. Wanneer er al een 403-verklaring ligt, zal hij tevens beslag leggen op de 403-vordering en uit de daaruit voortvloeiende toekomstige 403-vorderingen. Ligt die 403-verklaring er nog niet, maar wil de schuldeiser te allen tijde voorkomen dat hij achter het net vist, dan rijst de vraag of hij reeds op voorhand beslag kan leggen op een mogelijk toekomstige 403-vordering.

Als hoofdregel geldt dat toekomstige goederen in beginsel niet vatbaar zijn voor beslag. Met betrekking tot derdenbeslag worden op dit beginsel beperkte uitzonderingen gemaakt. Zie hiervoor artikel 475 lid 1 Rv:

364 Gezien de discretie die de vrijstellingsregeling biedt, is het niet denkbeeldig dat de vrijstellingsregeling wordt toegepast wanneer de dochtervennootschap in een branche zit die in zwaar weer verkeert en er mogelijk al derdenbeslagen zijn gelegd.

> Artikel 475 lid 1 Rv
> Het beslag op vorderingen die de geëxecuteerde op derden mocht hebben of uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding rechtstreeks zal verkrijgen, en op hem toebehorende roerende zaken die onder derden mochten berusten en geen registergoederen zijn, geschiedt bij een exploot van een deurwaarder (…)

Voor derdenbeslag zijn naast bestaande vorderingen tevens vatbaar de vorderingen die de schuldenaar rechtstreeks zal verkrijgen uit een rechtsverhouding die ten tijde van de beslaglegging reeds bestaat tussen de schuldenaar en de derde-beslagene.[365]

De omschrijving 'rechtstreeks verkrijgen uit een ten tijde van de beslaglegging reeds bestaande rechtsverhouding' geeft niet bepaald een vaste maatstaf. Wat wel duidelijk is, is dat de vordering moet voortvloeien uit een rechtsverhouding die reeds bestaat tussen de schuldenaar en de derde-beslagene. De vraag is in hoeverre kan worden gezegd dat een 403-vordering op de moedervennootschap voortvloeit uit de bestaande rechtsverhouding die bestaat tussen de schuldenaar en de dochtervennootschap. Enerzijds is dat natuurlijk wel zo. Anderzijds kan de 403-vordering niet bestaan zonder de 403-verklaring, en vloeit de 403-vordering voort uit de 403-verklaring. Als die 403-verklaring pas na de beslaglegging wordt afgegeven, kan ten aanzien van de 403-vordering mogelijk moeilijk worden gesproken van een vordering die voortvloeit uit een rechtsverhouding die ten tijde van de beslaglegging reeds bestaat en dat dit een rechtsverhouding betreft tussen de schuldenaar en de moedervennootschap. Een rechtsverhouding tussen die twee partijen bestaat op het moment van de beslaglegging nog niet.

Op basis van bovenstaande leidt een technische benadering tot de conclusie dat het leggen van derdenbeslag op een toekomstige 403-vordering niet mogelijk is wanneer de 403-verklaring nog niet is gedeponeerd. De ratio van de beperking met betrekking tot het leggen van derdenbeslag op toekomstige vorderingen verzet zich echter niet tegen het leggen van beslag op vorderingen die voortvloeien uit een in de toekomst te deponeren 403-verklaring.

In de parlementaire geschiedenis[366] komt tot uitdrukking waarom in beginsel geen beslag kan worden gelegd op toekomstige vorderingen. Het voornaamste bezwaar tegen het onbeperkt toelaten van beslag op toekomstige vorderingen is volgens de parlementaire geschiedenis dat dit zou leiden tot een te grote belemmering in de bedrijfsvoering van de schuldenaar. Wanneer hij niet meer over zijn toekomstige vorderingen op zijn handelspartners en de betaaldienstverlener kan beschikken, komt mogelijk zijn hele bedrijfsvoering in de knel.[367] Bij een 403-vordering die ter zekerheid strekt voor de nakoming van een hoofdvordering die reeds beslagen is, speelt dit bezwaar niet. De formulering van artikel 475 lid 1 Rv staat zeer waarschijnlijk in de weg aan het leggen van beslag op een toekom-

365 Zie voorts: HR 7 juni 1929, *NJ* 1929/1285, m.nt. Scholten, *r.o.* 1 en HR 25 februari 1932, *NJ* 1932/301, m.nt. Scholten.

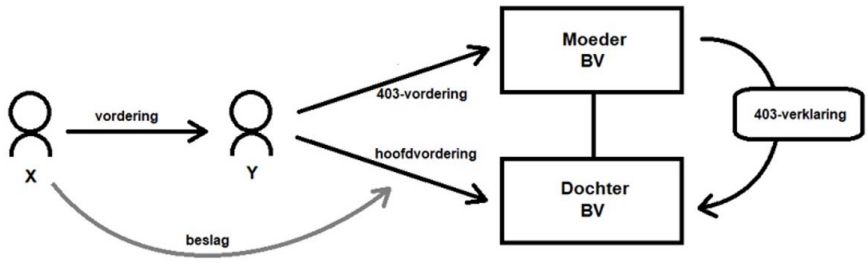
366 MvA II Inv. bij art. 3:97 BW, *Parl. Gesch.* BW Inv. 3, 5 en 6, Boek 3, 1992, p. 1246.

367 MvA II bij art. 475 Rv *Parl. Gesch.* BW Inv. 3, 5 en 6, Wijziging Rv, Wet RO en Fw, 1992, p. 158.

stige 403-vordering die zal voortvloeien uit een nog te deponeren 403-verklaring, maar bezien vanuit de ratio van deze beperking lijkt er geen materieel bezwaar tegen deze mogelijkheid te bestaan.

6.9.7 Bevoegdheden van de beslaglegger bij executoriaal beslag

Wanneer de beslaglegger derdenbeslag heeft gelegd op de hoofdvordering, maar geen beslag heeft gelegd op de 403-vordering ziet de situatie er als volgt uit:



Figuur 23

Wanneer de beslaglegger X overgaat tot de executie van het gelegde derdenbeslag kan de vraag rijzen wat zijn positie is wanneer hij de hoofdvordering verkrijgt. Kan X een beroep doen op de 403-verklaring en tevens de moedervennootschap aanspreken?

In de literatuur is meermaals betoogd dat de beslaglegger die tot executie overgaat dient te worden beschouwd als een verkrijger van de rechten die de schuldenaar heeft jegens de derde-beslagene. De rechten van de schuldenaar zouden volgens die visie overgaan op de executerende beslaglegger. De Hoge Raad heeft echter beslist dat dit niet juist is.[368]

De Hoge raad heeft aangegeven dat het systeem van artikel 477 Rv in samenhang met artikel 477 Rv aan de executerende beslaglegger de bevoegdheid geeft om zijn vordering op zijn schuldeiser te verhalen door inning van de vordering op de derde-beslagene. Volgens de Hoge Raad oefent de schuldeiser daarom op grond van een eigen executierecht de aan de oorspronkelijk aan zijn schuldenaar toekomende bevoegdheid uit om de vordering waar derdenbeslag op is gelegd, te innen. Aan de executerende beslaglegger komen een aantal bevoegdheden toe. De belangrijkste is om de vordering executoriaal te verkopen. De beslaglegger heeft ook de bevoegdheid om de vordering die de schuldenaar heeft op de derde

368 HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:AS2619, *NJ* 2006/362, m.nt. Snijders.

onder wie het beslag is gelegd, te innen.[369] De beslaglegger treedt daarmee eigenlijk in de plaats van zijn schuldenaar die de bevoegdheid had om de vordering te innen. In verband met de 403-vordering is het interessant om na te gaan of de beslaglegger die tot executie overgaat nog meer rechten toekomen.

Uit de wet en uit jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat aan de beslaglegger die tot executie overgaat een aantal bevoegdheden toekomt die in verband staan met de inning van de vordering. Zo kan de beslaglegger een niet opeisbare vordering opzeggen en deze vordering op die manier opeisbaar maken.[370] Ook is de beslaglegger bij de executie bevoegd om bepaalde aan een levensverzekering verbonden bevoegdheden uit te oefenen.[371] Aan een beslaglegger die tot inning van de vordering overgaat, komt niet altijd de bevoegdheid toe aan de beslagen vordering verbonden wilsrechten uit te oefenen.[372]

In het kader van het uitwinnen van een beslagen vordering is het antwoord op de vraag of een 403-vordering kan worden beschouwd als een nevenrecht van de hoofdvordering dus eveneens relevant. Uit rechtspraak van de Hoge Raad[373] vloeit namelijk voort dat een beslaglegger bij de executie van vorderingen, waarop hij derdenbeslag heeft gelegd, de nevenrechten kan uitoefenen die aan die vordering zijn verbonden. In artikel 6:142 lid 1 BW is bepaald dat bij de *overgang* van een vordering de verkrijger ook de nevenrechten verkrijgt. Van de overgang van de vordering die de schuldeiser op de derde-beslagene heeft, is, zoals hiervoor uiteen is gezet, geen sprake. Maar uit het hiervoor aangehaalde arrest volgt desalniettemin dat de beslaglegger de bevoegdheid heeft om de uit de nevenrechten voortvloeiende bevoegdheden uit te oefenen.

Bij de beantwoording van de vraag of een 403-vordering als een nevenrecht kwalificeert, zou eventueel aansluiting kunnen worden gezocht bij artikel 6:142 lid 1 BW. Deze bepaling geeft enkele voorbeelden van rechten die als nevenrecht kwalificeren:[374]

> Artikel 6:142 lid 1 BW
> Bij overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser verkrijgt deze de daarbij behorende nevenrechten, zoals rechten van pand en hypotheek en uit borgtocht, voorrechten en de bevoegdheid om de ter zake van de vordering en de nevenrechten bestaande executoriale titels ten uitvoer te leggen.

369 Zie artikel 477b lid 2 Rv.

370 Zie artikel 477 lid 4 Rv.

371 Zie artikel 479l tot en met 479q Rv.

372 HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4504, *NJ* 2006/203, m.nt. Snijders, *AA* 2005, p. 846, m.nt. Van Mierlo. Of een beslaglegger de bevoegdheid heeft om de wilsrechten uit te oefenen, is afhankelijk van de aard van het wilsrecht.

373 HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:AS2619, *NJ* 2006/362, m.nt. Snijders.

374 Zie over nevenrechten Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 8; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016, nr. 262.

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een executerende beslaglegger een hypotheekrecht dat is verbonden aan de vordering die hij uitwint, kan inroepen.[375] Voorts heeft de Hoge Raad in een uitspraak van 2015 overwogen dat een pandhouder op grond van zijn bevoegdheid om de verpande vordering te innen ook bevoegd is tot uitwinning van de aan deze vordering verbonden zekerheidsrechten.[376] In deze uitspraak verwees de Hoge Raad naar zijn eerdere uitspraak uit 2005 inzake de executie bij beslag.[377] De Hoge Raad lijkt daarmee als uitgangspunt te nemen dat nevenrechten en bevoegdheden die verband houden met inning van de vordering kunnen worden uitgeoefend door een beslaglegger wanneer deze overgaat tot executie.

Wanneer een 403-vordering een borgtocht-achtig karakter zou hebben gehad of als een nevenrecht zou kunnen worden aangemerkt, dan zou een beslaglegger die overgaat tot executie, op basis van artikel 6:142 BW de mogelijkheid hebben gehad om de moedervennootschap aan te spreken. Dat is echter niet het geval. De beslaglegger mag bepaalde bevoegdheden die de schuldenaar had, uitoefenen wanneer hij tot executie overgaat. Om te zien om welke bevoegdheden dat gaat, dienen die bevoegdheden gekwalificeerd te worden. De kwalificatie van een 403-vordering is onduidelijk. Nu de kwalificatie van een 403-vordering onduidelijk is, zijn de gevolgen bij de inning van een vordering waarop de schuldeiser derdenbeslag heeft gelegd onduidelijk.

6.9.8 Executoriale verkoop van een vordering

Zoals in de vorige paragraaf uiteen is gezet, is de positie van een beslaglegger, die bij executie overgaat tot het innen van een vordering waarop hij derdenbeslag heeft gelegd, onduidelijk voor zover dat de vraag betreft of de beslaglegger de moedervennootschap kan aanspreken op basis van een 403-verklaring. Wanneer de dochtervennootschap weinig tot geen verhaal biedt, zou het daarom een strategische keuze kunnen zijn om niet te kiezen voor het innen van de vordering maar voor het executoriaal verkopen van de vordering. Wanneer de vordering wordt verkocht, zal de vordering worden overgedragen. De verkrijger[378] heeft dan een vordering op de dochtervennootschap en kan daarmee worden aangemerkt als een schuldeiser van de dochtervennootschap. Vindt de oorspronkelijke vordering op de dochtervennootschap haar oorsprong in een rechtshandeling, dan zal de verkrijger van de vordering de moedervennootschap kunnen aanspreken. Een vordering die

375 HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:AS2619, *NJ* 2006/362, m.nt. Snijders. Zie ook HR 7 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4516, *NJ* 1983/542, m.nt. Wachter.

376 HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3619, *NJ* 2016/34. Zie ook Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 211.

377 HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:AS2619, *NJ* 2006/362, m.nt. Snijders.

378 De verkrijger van een goed dat door executie wordt verkocht, is de rechtsopvolger van de schuldenaar onder bijzondere titel.

bij een dochter niet meer valt te innen omdat de dochter geen verhaal biedt, kan bij executoriale verkoop meer opbrengen als de koper de vordering op basis van een 403-verklaring kan incasseren bij de moedervennootschap.

6.10 Conclusie

Na de toepassing van de vrijstellingsregeling in diverse praktijksituaties te hebben bestudeerd, kan een duidelijke conclusie worden getrokken. De toepassing van de groepsvrijstellingsregeling leidt in veel praktijksituaties tot onbevredigende uitkomsten. De gevolgen van de groepsvrijstelling zijn niet altijd duidelijk en dat leidt tot juridische geschillen.

Hoewel niet alle problemen rondom de groepsvrijstelling zijn terug te voeren op de hoofdelijke aansprakelijkheid, is de hoofdelijke aansprakelijkheid wel de oorzaak die bij een groot aantal onduidelijkheden terugkomt. Dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap de oorzaak is van de problemen rondom de groepsvrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW, wordt door de bevindingen in dit hoofdstuk grotendeels bevestigd.

De meeste onduidelijkheden blijken te worden veroorzaakt doordat er twee zelfstandige vorderingsrechten zijn. De oorzaak daarvan is dat de regels van hoofdelijke aansprakelijkheid onverkort worden toegepast op de aansprakelijkheid die voortvloeit uit een 403-verklaring.

De hoofdelijke aansprakelijkheid leidt tot problemen omdat de hoofdelijke aansprakelijkheid leidt tot het bestaan van meerdere zelfstandige vorderingsrechten. Het ontstaan van deze vorderingsrechten brengt namelijk met zich dat sprake is van de zogenaamde overblijvende aansprakelijkheid. De mogelijkheid om die te kunnen beëindigen, opent in splitsingssituaties de mogelijkheid tot misbruik. Waar een reguliere garantstelling of borgstelling gekoppeld kan zijn aan een vordering die simpelweg volgens de splitsingsregeling kan worden toebedeeld, lijkt de 403-zekerheid in sommige situaties – naar ik aanneem onbedoeld – tussen wal en schip te vallen.

DEEL B

HOOFDELIJKE AANSPRAKELIJKHEID EN ALTERNATIEVEN

Hoofdstuk 7

DE ONTWIKKELING VAN HOOFDELIJKHEID IN HET ALGEMEEN EN BINNEN DE GROEPSVRIJSTELLINGSREGELING

7.1 Inleiding

Uit de analyse van de praktijkproblemen die zich voordoen bij de toepassing van het van het 403-regime in het voorgaande hoofdstuk is gebleken dat een groot deel van de 403-problemen wordt veroorzaakt door het bestaan van meerdere zelfstandige vorderingsrechten. Het bestaan van een uit een 403-verklaring voortvloeiend zelfstandig vorderingsrecht wordt bij cessie,[1] het treffen van een schikking,[2] het overeenkomen van een achterstelling[3] en het toekennen van preferentie[4] over het hoofd gezien. Het vraagstuk van verjaring van de 403-vordering is vanwege de zelfstandigheid complex[5] en de zelfstandigheid van de 403-vordering brengt met zich dat de positie van een pandhouder met een pandrecht op de hoofdvordering onduidelijk is.[6] Tot slot maakt het bestaan van zelfstandige vorderingsrechten het leggen van een effectief beslag minder eenvoudig.[7]

Het bestaan van meerdere zelfstandige vorderingsrechten is een uitvloeisel van de rechtsfiguur hoofdelijke aansprakelijkheid. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap is een vereiste dat door artikel 2:403 BW wordt gesteld voor het mogen toepassen van de groepsvrijstelling.

Aangezien de keuze voor hoofdelijke aansprakelijkheid een hoop consequenties voor de toepassing van de groepsvrijstellingsregeling heeft, moet voor de keuze voor hoofdelijkheid welhaast een zeer bewuste keuze zijn gemaakt.

In dit hoofdstuk zal de rechtsfiguur hoofdelijkheid in een breder perspectief aan de orde komen. Ook zal de ontwikkeling van deze rechtsfiguur nader worden bestudeerd. Tevens zal worden bekeken hoe hoofdelijkheid in de groepsvrijstellingsregeling terecht is gekomen en waarom hoofdelijkheid in de groepsvrijstellingsregeling is opgenomen.

---

1 Zie paragraaf 6.7.
2 Zie paragraaf 6.4.
3 Zie paragraaf 6.5.
4 Zie paragraaf 6.5.
5 Zie paragraaf 6.6.
6 Zie paragraaf 6.8.
7 Zie paragraaf 6.9.

7.2 Hoofdelijkheid is een in de wet geregelde rechtsfiguur

De Nederlandse wetgever heeft er reeds vóór de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek van 1992 voor gekozen om hoofdelijke aansprakelijkheid op te nemen in de groepsvrijstellingsregeling. De hoofdelijke aansprakelijkheid deed zijn intrede in de groepsvrijstellingsregeling toen artikel 38a WJO werd ingevoerd. Hoofdelijke aansprakelijkheid is niet meer uit de groepsvrijstellingsregeling verdwenen. Tot op de dag van vandaag is hoofdelijkheid in deze regeling gehandhaafd.

In de huidige rechtspraktijk wordt aangenomen dat met de term 'hoofdelijke aansprakelijkheid', die is opgenomen in de groepsvrijstellingsregeling, wordt gedoeld op de hoofdelijke aansprakelijkheid zoals die sinds 1992 is geregeld in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek.

Hoofdelijke aansprakelijkheid is dus een in de wet geregelde rechtsfiguur. Dit brengt een aantal dwingendrechtelijke eigenschappen met zich. Hoewel de wet dit niet ondubbelzinnig bepaalt, is één van deze eigenschappen het bestaan van twee separate zelfstandige vorderingsrechten die niet van elkaar afhankelijk zijn. Een ander belangrijk kenmerk is het ontbreken van subsidiariteit. De wettelijke regeling ontbeert flexibiliteit. Variaties waarbij op punten van de kenmerken van hoofdelijkheid wordt afgeweken, zijn niet toelaatbaar. De Hoge Raad heeft zich op dit vlak rechtlijnig opgesteld. Ook wanneer daarmee een praktisch of dogmatisch doel kan worden gediend, lijkt er geen ruimte te zijn voor een flexibele invulling van de rechtsfiguur hoofdelijkheid.

7.3 De geschiedenis achter het opnemen van hoofdelijke aansprakelijkheid in de groepsvrijstellingsregeling

De allereerste bepaling waarin de groepsvrijstelling werd geregeld, is het oude artikel 42c lid 2 WvK. Deze bepaling kende nog geen compenserende waarborg zoals we die nu kennen in de vorm van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap. In 1960 kwam de Commissie Herziening Ondernemingsrecht[8] met het *Rapport Herziening van het ondernemingsrecht*.[9] Dat rapport bevatte een voorontwerp voor een wetsvoorstel inzake het jaarrekeningenrecht[10] wat leidde tot het wetsvoorstel Wet op de jaarrekening van ondernemingen (WJO).[11] Dit wetsvoorstel werd aangenomen en trad in werking op 1 mei 1971.[12]

In eerste instantie was de vrijstellingsregeling neergelegd in artikel 13 lid 3 WJO. Dit artikel bevatte een vrijstellingsregeling maar in die regeling was geen

8 Ingesteld bij beschikking van de minister van Justitie d.d. 8 april 1960, nr. 121/660, Stafafdeling Wetgeving, *Stcrt.* 13 april 1960/73.

9 *Rapport Herziening van het ondernemingsrecht*, Den Haag 1965.

10 Hoofdstuk IV van het *Rapport Herziening van het ondernemingsrecht*, Den Haag 1965.

11 Het aangenomen wetsvoorstel is te vinden in *Stb.* 1970/414.

12 Bij Koninklijk Besluit van 30 oktober 1970, *Stb.* 1970/533.

compenserende waarborg opgenomen. De hoofdelijke aansprakelijkheid of een andere waarborg door de moedervennootschap te verstrekken, was geen onderdeel van de regeling. Artikel 13 lid 3 WJO werd binnen enkele dagen na de inwerkingtreding ingetrokken en werd vervangen door artikel 38a WJO. In de regeling die was neergelegd in artikel 38a WJO was wél een compensatieregeling opgenomen. Met deze compensatieregeling werd de hoofdelijke aansprakelijkheid geïntroduceerd in de groepsvrijstellingsregeling.

Aan de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de WJO is een advies van Van der Grinten gehecht.[13] In dit advies wordt ingegaan op het voorontwerp van wet waarbij de WJO wordt gewijzigd. Er wordt ten aanzien van het voorontwerp van artikel 13 WJO een advies uitgebracht. Zoals hiervoor vermeld, bevatte artikel 13 WJO geen compenserende aansprakelijkheidsregeling. Die moest worden gevonden in het Wetboek van Koophandel,[14] waarnaar in de WJO wordt verwezen. In het adviesrapport valt hierover onder meer te lezen:

> "In het voorontwerp wordt aan de vrijstelling van de publikatie de verplichting verbonden, dat de vennootschap met de geconsolideerde jaarrekening of de vennootschappen wier jaarrekeningen zijn samengevoegd, zich hoofdelijk aansprakelijk moet stellen voor de schulden. De commissie is verdeeld over de vraag of dit een wenselijk systeem is. Een deel van de commissie is van oordeel, dat deze eis van hoofdelijke aansprakelijkheid aan de vrijstelling niet ware te verbinden. Dit deel van de commissie erkent uiteraard, dat uit een geconsolideerde of samengevoegde jaarrekening niet blijkt of en in hoeverre de vennootschap zelf solvabel is. Een ernstig bezwaar kan dit deel van de commissie dit echter niet vinden. In vele gevallen worden ook in de huidige rechtssituatie afzonderlijke jaarrekeningen of balansen van dochtervennootschappen niet openbaar gemaakt. In de praktijk zijn hiertegen nimmer ernstige bezwaren gerezen. Een ander deel van de commissie kan zich in beginsel verenigen met het in het ontwerp vervatte voorstel. Weliswaar is deze regeling meer gecompliceerd dan die welke het eerste deel van de commissie voorstelt, doch op deze wijze wordt een meer sluitende regeling verkregen, terwijl deze regeling niet een onaanvaardbare last legt op de rechtspersoon die hoofdelijk aansprakelijk wordt gehouden. Een eigenlijke verplichting tot aansprakelijkstelling wordt immers niet gegeven; de verplichting is slechts een voorwaarde voor de vrijstelling van publikatie.
>
> Unaniem is de commissie van oordeel, dat wanneer dit laatste stelsel wordt gevolgd, de hoofdelijke aansprakelijkheid niet behoort te gelden voor schulden uit de wet. De ratio van de hoofdelijke aansprakelijkheid is, dat aan hen die met de vennootschap in relatie treden, geen inzicht wordt gegeven in de financiële positie van de vennootschap. Deze ratio geldt niet voor hen wier aanspraken uit de wet – waarbij in het bijzonder moet worden gedacht aan aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad – voortvloeien. Voor de schuldeisers van de verbintenissen uit de wet behoeft het geen verschil te maken of de vennootschap haar jaarrekening al dan niet heeft openbaar gemaakt."

13 Advies van de Commissie Vennootschapsrecht omtrent een voorontwerp van de wet betreffende de publikatie van de balans van besloten vennootschappen, W.C.L. van der Grinten, *Kamerstukken II* 1969/70, 10689, nr. 4, bijlage II.

14 De bepaling waar naar werd verwezen, betrof het toenmalige artikel 42c WvK.

Uit deze passage valt op te maken dat er met name overwegingen zijn gewijd aan de vraag of het in zijn algemeenheid gerechtvaardigd was dat de moedervennootschap een compensatie zou moeten bieden of niet en voor welke schulden dat dan wel en niet het geval zou moeten zijn. In die overwegingen wordt niet stilgestaan bij de vraag welke vorm van aansprakelijkheid het beste past bij het karakter van de groepsvrijstellingsregeling. Ook worden er geen woorden gewijd aan de praktische uitwerking die de keuze voor hoofdelijke aansprakelijkheid zal hebben. Verschillende alternatieve vormen van aansprakelijkheid worden niet genoemd, met elkaar vergeleken of afgewogen. Er lijkt simpelweg weinig aandacht te zijn besteed aan de vraag welke vorm de aansprakelijkheid dient te krijgen.

Vervolgens wordt in het adviesrapport een tekstvoorstel gedaan voor een gewijzigd artikel 42c WvK. In dat voorstel wordt de hoofdelijke aansprakelijkheid geïntroduceerd. Het in het adviesrapport van Van der Grinten gedane tekstvoorstel luidt als volgt:

> Artikel 42c van het Wetboek van Koophandel
> Het bestuur is verplicht binnen acht dagen na de vaststelling van de jaarrekening een volledig afschrift van de rekening alsmede een afschrift van de daarop betrekking hebbende verklaring van de accountant ter inzage voor een ieder neer te leggen ten kantore van het handelsregister.
>
> Deze verplichting geldt niet, indien omtrent de vennootschap in de ten kantore van het handelsregister neergelegde jaarrekening van een andere rechtspersoon overeenkomstig artikel 13 van de Wet op de jaarrekening van ondernemingen de inlichtingen zijn verstrekt, die krachtens die wet in jaarrekeningen moeten voorkomen en tevens deze rechtspersoon zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de verbintenissen die de vennootschap zal aangaan; deze laatste voorwaarde geldt niet, indien de vennootschap haar werkterrein uitsluitend of nagenoeg uitsluitend buiten Nederland heeft. Indien de jaarrekening van de vennootschap is opgenomen in een samengevoegde jaarrekening kunnen zich in plaats van de rechtspersoon de rechtspersonen waarin deze rechtstreeks deelneemt en waarvan de jaarrekeningen eveneens in de samengevoegde jaarrekening zijn verwerkt, hoofdelijk aansprakelijk stellen.
>
> Het zich hoofdelijk aansprakelijk stellen geschiedt door neerlegging van een daartoe strekkende verklaring, ter inzage van een ieder, ten kantore van het handelsregister waar de onderneming van de desbetreffende vennootschap is ingeschreven.
>
> Intrekking van deze verklaring kan slechts geschieden door neerlegging van een daartoe strekkende verklaring, ter inzage van een ieder ten kantore van het in het vorige lid bedoelde handelsregister. Een beroep op de intrekking kan de rechtspersoon slechts doen tegenover schuldeisers wier vorderingen voortvloeien uit rechtsverhoudingen welke zijn aangegaan, nadat aan de verplichting tot neerlegging van de jaarrekening der vennootschap is voldaan.

Het wetsvoorstel van de WJO is in sterke mate gebaseerd op voornoemd advies.[15] In de memorie van toelichting[16] bij het wetsvoorstel voor de WJO valt dan alsnog een gedachte te ontwaren die in lijn is met de gedachte die past bij de rechtsfiguur hoofdelijkheid, namelijk dat meerdere rechtssubjecten gebonden zijn voor een schuld die hen in dezelfde mate aangaat. Daarvoor is het nodig om door de verschillende rechtspersonen heen te kijken en het concern als een geheel te beschouwen. In dat geval gaat een schuld, het concern als geheel aan, ongeacht welke juridische entiteit de schuld is aangegaan. De concerngedachte komt tot uitdrukking in de volgende passages uit de memorie van toelichting:

> 4. Bijzondere aandacht verdient voorts nog de regeling omtrent de publikatieplicht van de jaarstukken, welke in het ontwerp voorkomt. Zoals hiervoor reeds werd medegedeeld, is de Eerste Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen, strekkende tot het coördineren van het vennootschapsrecht, een belangrijke factor geweest bij het tot stand komen van dit wetsontwerp. Zij toch schrijft voor dat de balans en de winst- en verliesrekening van de naamloze vennootschap (uitgezonderd de Nederlandse „B.N.V.") moeten worden openbaargemaakt. Aldus ook in dit wetsontwerp het voorgestelde eerste lid van artikel 42c (artikel II onder E) waarin het beginsel van de verplichte publikatie van jaarstukken voor de naamloze vennootschap is vastgelegd. Het tweede, derde, vierde en vijfde lid van dit artikel geven bijzondere regels voor publikatie in concernverband. De gegevens omtrent het vermogen van dochtermaatschappijen zijn op zichzelf dikwijls weinig interessant en worden daarom verwerkt in een geconsolideerde of samengevoegde balans die een beter inzicht in de grootte en samenstelling van het totale concernvermogen biedt. Juridisch zijn echter de dochtermaatschappijen zelfstandig; behoudens een eventuele uitdrukkelijke garantie is de moedermaatschappij niet voor hun schulden aansprakelijk. Moet men daarom uit bedrijfseconomische overwegingen aan een concernjaarrekening de voorkeur geven, voor de beoordeling van de vermogenspositie van de dochtermaatschappij heeft de schuldeiser daaraan geen houvast. Het wetsontwerp beoogt deze tegenstelling tussen het bedrijfseconomisch en het juridisch aspect te verzoenen door de mogelijkheid te scheppen met de publikatie van de concernjaarrekening te volstaan, mits een regeling van medeaansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor de schulden van de dochtermaatschappij wordt getroffen.[17]

Verderop in de memorie van toelichting valt in lijn daarmee nog te lezen dat schuldeisers meer gebaat zijn bij jaarcijfers die een overzicht geven van de financiële positie van het concern als geheel dan dat zij gebaat zijn bij jaarcijfers van de verschillende afzonderlijke entiteiten. Hoewel de eenheid van een concern de economische werkelijkheid is, is dat juridisch niet het geval en zijn de entiteiten

15 Advies van de Commissie Vennootschapsrecht omtrent een voorontwerp van wet betreffende de publikatie van de balans van besloten vennootschappen, W.C.L. van der Grinten, *Kamerstukken II* 1969/70, 10689, nr. 4.

16 *Kamerstukken II* 1969/70, 10689, Regeling van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, Memorie van Toelichting, nr. 3.

17 *Kamerstukken II* 1969/70, 10689, Regeling van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, Memorie van Toelichting, nr. 3, p. 7-8.

binnen een concern zelfstandig. In dat verband wordt gewezen op de juridische risico's daarvan:

> "In het tweede, derde, vierde en vijfde lid van artikel 42c is op de verplichting tot publikatie, zoals reeds in de toelichting op het ontwerp van Wet op de jaarrekening van ondernemingen is aangekondigd, een uitzondering voorzien met betrekking tot vennootschappen, die als dochtermaatschappijen van andere ondernemingen aan bepaalde voorwaarden voldoen. Deze uitzondering wordt niet beperkt tot de besloten (dochter-) vennootschap, doch zal volgens artikel 42c ook voor de naamloze (dochter-) vennootschap gelden. Hiertegen zou men kunnen aanvoeren dat de meergenoemde Eerste Richtlijn verlangt dat alle naamloze vennootschappen hun jaarrekening openbaar maken. De ondergetekende is van oordeel dat de richtlijn niet als een beletsel voor de hier gegeven regeling behoeft te worden gezien. De gehele kwestie van de geconsolideerde en samengevoegde jaarrekeningen is in de richtlijn buiten beschouwing gelaten en moet nog aan de orde komen. Nu een uitdrukkelijke bepaling dienaangaande ontbreekt, acht de ondergetekende het niet met de richtlijn onverenigbaar wanneer de publikatieplicht voor concerns in de wetgeving der lid-staten aldus wordt geregeld dat aan die plicht is voldaan door publikatie van een geconsolideerde of samengevoegde jaarrekening. Dit geldt te meer wanneer – zoals in het ontwerp geschiedt – bij het achterwege laten van de publikatie van de eigen jaarrekening een bijzondere waarborg voor crediteuren wordt geschapen in de vorm van aansprakelijkheid van een andere rechtspersoon. Blijkens de considerans van de richtlijn is de voorziening gericht op de bescherming van de belangen van derden. *Deze belangen worden niet minder beschermd bij de mede-aansprakelijkheid van een andere rechtspersoon.*
> (…)
> Krachtens artikel 13 van laatstgenoemd ontwerp moet een moedermaatschappij omtrent haar meerderheidsdeelnemingen in haar jaarrekening uitvoerige mededelingen doen. In de regel zal dit geschieden in de vorm van geconsolideerde of van samengevoegde jaarrekeningen. Op deze wijze verkrijgt men een beter inzicht in de financiële positie van het concern dan door kennisneming van de afzonderlijke jaarrekeningen. De financiële positie van een dochtermaatschappij op zichzelf ontbeert immers dikwijls zelfstandige betekenis: een zinvol oordeel kan men zich slechts over het concern als geheel vormen. In beginsel bestaat er dan ook geen behoefte aan publikatie van de jaarrekening van besloten dochtermaatschappijen, waarvan de financiële gegevens reeds zijn verwerkt in een gepubliceerde geconsolideerde of samengevoegde jaarrekening. *Niettemin dient een voorbehoud te worden gemaakt, omdat een concern wel bedrijfseconomisch, maar niet juridisch een eenheid vormt. De cijfers van een geconsolideerde of samengevoegde jaarrekening geven inzicht in de financiële positie van het geheel, maar de publicerende moedermaatschappij is rechtens niet voor de schulden der individuele, tot het concern behorende vennootschappen aansprakelijk. Ook al is de financiële positie van het geheel gezond, het is niet uitgesloten dat een der dochtermaatschappijen niet aan haar verplichtingen kan voldoen. Als zodanig heeft een schuldeiser van die dochtermaatschappij dan geen verhaal op de moedermaatschappij, voor zover deze zich niet voor de schulden van de dochtermaatschappij aansprakelijk heeft gesteld. Pas indien dit verhaal bestaat, komt aan de financiële situatie van de dochtermaatschappij geen zelfstandige betekenis meer toe, en kan publikatie van haar jaarrekening uit dien hoofde achterwege blijven."*

Enkele passages verder wordt meer expliciet ingegaan op de hoofdelijkheid:

> "De in het voorafgaande weergegeven gedachtengang is neergelegd in de eerste zin van het tweede lid. Een dochtervennootschap wordt hierin ontheven van de verplichting tot publikatie van de jaarrekening onder twee voorwaarden. In de eerste plaats moeten haar financiële gegevens zijn verwerkt in een geconsolideerde of samengevoegde jaarrekening, die is gepubliceerd als onderdeel van de jaarrekening van een andere rechtspersoon; deze laatste behoeft geen besloten of naamloze vennootschap te zijn, doch kan ook b.v. de rechtsvorm van een coöperatieve vereniging hebben. Vervolgens wordt geëist dat de moedermaatschappij zich aansprakelijk stelt voor de verbintenissen die de dochtermaatschappij zal aangaan. De aansprakelijkheid geldt niet voor verbintenissen uit de wet. *De ratio van de hoofdelijke aansprakelijkheid is, dat aan hen die met de vennootschap in relatie treden, geen inzicht wordt gegeven in de financiële positie van de vennootschap.* Deze ratio geldt niet voor hen wier aanspraken uit de wet – waarbij in het bijzonder moet worden gedacht aan aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad – voortvloeien. Voor de schuldeisers van de verbintenissen uit de wet behoeft het geen verschil te maken of de vennootschap haar jaarrekening al dan niet heeft openbaar gemaakt."

Nu alleen de financiële positie van het geheel wordt gepubliceerd en aan de buitenwereld kenbaar wordt gemaakt, zal de juridische werkelijkheid daarbij aan moeten sluiten en zal ook het concern als geheel aansprakelijk moeten zijn. Echter, alleen de moedervennootschap dient zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen, andere entiteiten van het concern blijven buiten schot:[18]

> "Het is voorts naar de mening van de ondergetekende het meest doelmatig de moedermaatschappij – en niet alle tot het concern behorende maatschappijen onderling – aansprakelijk te stellen, omdat de moedermaatschappij de geconsolideerde of samengevoegde balans publiceert, en tevens rechtstreeks of indirect (de meerderheid van) de aandelen der dochtermaatschappijen houdt, zodat hun vermogen geheel of grotendeels haar toekomt."

Dat de wetgever zich bewust was van de zwaarte van hoofdelijke aansprakelijkheid als vorm van mede-aansprakelijkheid, blijkt uit de volgende passage. Daarin wordt de vrees uitgesproken voor hoofdelijke aansprakelijkheid van een moedervennootschap met dochtervennootschappen *in den vreemde*, met alle akelige risico's van dien:

> "De verplichte mede-aansprakelijkheid gaat verder dan redelijkerwijs mag worden verlangd, wanneer de dochtermaatschappij haar werkterrein uitsluitend of nagenoeg uitsluitend buiten Nederland heeft. In het laatste geval loopt zij allerlei risico's die moeilijk zijn te overzien, met name die welke van politieke aard zijn. Mede-aansprakelijkheid van de moedermaatschappij zou in dit geval betekenen, dat deze dezelfde risico's

18 Kritisch hierover Burgert e.a. 1990, p. 554-555. In het commentaar op artikel 2:403 geven zij aan dat consolidatie en aansprakelijkheidsstelling op een sub-holdingniveau gerealiseerd kan worden zodat de uiteindelijk topholding buiten schot blijft.

voor haar gehele eigen vermogen zou gaan lopen, welke last veel te zwaar zou drukken. Daarbij komt dat bij een dergelijke vergaande aansprakelijkheid geen Nederlands belang is betrokken. In het derde lid wordt daarom voor dochtermaatschappijen die hun werkterrein uitsluitend of nagenoeg uitsluitend buiten Nederland hebben een uitzondering gemaakt met betrekking tot het zich hoofdelijk aansprakelijk stellen."

In artikel 38a WJO werd uiteindelijk een integrale groepsvrijstellingsregeling opgenomen. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap daarin was geïntegreerd en daarvoor hoefde niet langer in het Wetboek van Koophandel te worden gekeken. In de leden 3 en 4 van artikel 38a WJO werd aldus bepaald dat de consoliderende vennootschap zich aansprakelijk diende te stellen voor de schulden van de vrij te stellen vennootschap:

Artikel 38a WJO:

1. Een onderneming die tot een groep ondernemingen behoort en waaromtrent gegevens in de vorm van een geconsolideerde of samengevoegde jaarrekening reeds in de jaarrekening van een andere onderneming worden opgenomen, behoeft haar jaarrekening niet volgens de eisen van deze wet in te richten, indien al haar aandeelhouders of leden daarmede voor de afloop van het boekjaar hebben ingestemd.
2. Het vorige lid is niet van toepassing indien:

a. Er van de onderneming aandeelbewijzen of schuldbrieven aan toonder, dan wel certificaten aan toonder van aandelen of schuldbrieven op naam in omloop zijn;

b. Aandeelbewijzen of schuldbrieven der onderneming of certificaten daarvan zijn opgenomen in de prijscourant van enige, door Ons aan te wijzen beurs;

c. Het bedrijf der onderneming geheel of ten dele bestaat uit het opnemen van gelden van derden of de onderneming het verzekeringsbedrijf uitoefent, tenzij de laatste zin van artikel 36, eerste lid, voor haar geldt.

3. 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 de volgende leden zich hoofdelijk voor de door de onderneming aangegane schulden aansprakelijk heeft gesteld, of indien de onderneming haar werkterrein uitsluitend of nagenoeg uitsluitend buiten het grondgebied van de lidstaten der Europese Gemeenschappen heeft.
4. Een verklaring van aansprakelijkstelling, als bedoeld in het vorige lid, kan slechts worden afgelegd door de rechtspersoon in wiens jaarrekening de gegevens van de onderneming zijn opgenomen, en, indien dit in de vorm van een samengevoegde jaarrekening geschiedt, tevens door de rechtspersoon waarin deze rechtstreeks deelneemt.
5. Een rechtspersoon stelt zich hoofdelijk aansprakelijk door nederlegging van een daartoe strekkende verklaring, ter inzage van een ieder, ten kantore van het handelsregister waar de onderneming is ingeschreven. De hoofdelijke aansprakelijkheid kan worden opgeheven door intrekking van deze verklaring; de intrekking geschiedt door nederlegging van een daartoe strekkende mededeling ter inzage van een ieder ten kantore van het handelsregister, bedoeld in de vorige zin. De opheffing van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon geldt niet voor schulden, voortvloeiende uit een rechtsverhouding tussen de onderneming en de schuldeiser, welke is aangegaan voordat de rechtspersoon jegens die schuldeiser een beroep op intrekking van zijn verklaring van medeaansprakelijkheid kan doen.

> 6. De balans van een onderneming als bedoeld in het derde lid, bevat in elk geval de som der vaste activa, de som der vlottende activa, het bedrag van eigen vermogen, het bedrag van vreemd vermogen op lange termijn en het bedrag van het vreemd vermogen op korte termijn. De winst- en verliesrekening bevat in elk geval de vermelding van het bedrijfsresultaat en van het saldo der overige baten en lasten.

Het idee van het opnemen van de hoofdelijke aansprakelijkheid was bij de invoering van artikel 38a WJO geen noviteit. Reeds vóór de invoering van artikel 38a WJO was al enige tijd nagedacht over het opnemen van een compenserende waarborg. De ideeën leefden al bij de wetgever[19] en ook had het idee reeds wortel geschoten in de literatuur.[20]

De bepalingen uit de WJO werden in 1976, al dan niet gewijzigd, ondergebracht in Boek 2 BW.[21] Het groepsregime kwam met enkele kleine wijzigingen in artikel 2:343 BW terecht. De belangrijkste wijziging was dat de consoliderende vennootschap zelf publicatieplichtig moest zijn om een publicatieplichtige vennootschap te kunnen vrijstellen. De regeling uit artikel 2:343 BW werd wederom verplaatst. Vanaf 1 januari 1984 is de groepsvrijstelling te vinden in artikel 2:403 BW.

Het lijkt erop dat de hoofdelijke aansprakelijkheid is terug te voeren op de gedachte dat het concern als een geheel moet worden gezien. Dat sluit aan bij de economische werkelijkheid. Het concern als eenheid en de gezamenlijke aansprakelijkheid voor eenzelfde schuld is een gedachte die past bij de rechtsfiguur hoofdelijkheid. Door het concern – conform de economische benadering – als een eenheid te beschouwen, is de opvatting dat een schuld het concern aangaat. Worden die entiteiten als een geheel beschouwd, dan past subsidiariteit tussen de verschillende entiteiten binnen die groep daar niet bij. In zoverre past hoofdelijke aansprakelijkheid goed bij deze gedachte. En vanuit die visie zou borgtocht – met zijn subsidiaire karakter – niet passend zijn.

Op basis van de wetgevingsgeschiedenis lijkt het erop dat niet uitgebreid is stilgestaan bij de gevolgen van hoofdelijke aansprakelijkheid.[22] Dat als gevolg van hoofdelijke aansprakelijkheid meerdere zelfstandige vorderingsrechten naast elkaar zouden ontstaan en wat daarvan de gevolgen zijn, is niet overwogen.

Een andere constatering is dat hoofdelijkheid al sinds begin jaren 70 is opgenomen in de groepsvrijstellingsregeling. Ruimschoots voor de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992. In de tijd dat de hoofdelijkheid zijn intrede deed in de vrijstellingsregeling, was het oude Burgerlijk Wetboek nog van kracht. Dit brengt mij tot de volgende stap van het onderzoek. Hoe ziet de invulling van de rechtsfiguur hoofdelijkheid eruit? En is deze door de jaren heen gewijzigd? En

---

19 De gedachte van de minister bleek uit een departementaal voorontwerp voor de publicatieplicht van de BV; Wetsvoorstel 10689, nr. 4, p. 3 (Memorie van Toelichting)

20 Uniken Venema 1968, p. 235.

21 Vastgesteld bij de Wet van 12 mei 1960, *Stb.* 205; ingevoerd bij Invoeringswet Boek 2 BW van 8 april 1976, *Stb.* 228-229; inwerking getreden op 26 juli 1976 bij Koninklijk Besluit 22 juni 1976, *Stb.* 242.

22 Zie hierover Bartman 2015.

is daarbij gelet op het effect dat dit heeft op de vrijstellingsregeling? Hierna zal de geschiedenis van de rechtsfiguur hoofdelijkheid dan ook kort de revue passeren.

7.4 Hoofdelijkheid: vanuit het Romeinse recht naar het huidige Burgerlijk Wetboek

7.4.1 Inleiding

Bij de invoering van het Nederlands Burgerlijk Wetboek in 1992 is de rechtsfiguur hoofdelijkheid gewijzigd. De groepsvrijstellingsregeling in de huidige vorm dateert van 1988. Zoals uit de vorige paragraaf is gebleken, zijn de voorlopers van artikel 2:403 BW van nog veel eerdere datum. De hoofdelijke aansprakelijkheid is reeds tijden terug in de groepsvrijstellingsregeling geïncorporeerd.

Geconstateerd moet worden dat de hoofdelijkheid binnen de groepsvrijstellingsregeling steeds in ongewijzigde vorm is gehandhaafd, terwijl deze hoofdelijkheid tussentijds wel is geëvolueerd, zo zal in dit hoofdstuk blijken. Is door de evolutie van de rechtsfiguur hoofdelijkheid de groepsvrijstellingsregeling mee geëvolueerd? En is door de wijziging van de inhoud van de rechtsfiguur hoofdelijkheid de inhoud van de groepsvrijstellingsregeling *de facto* veranderd?

Om voorstaande reden kan een korte analyse van de geschiedenis van de ontwikkeling van de rechtsfiguur hoofdelijkheid niet ontbreken. Omdat het niet binnen het bestek van dit werk past om de geschiedenis van de rechtsfiguur hoofdelijkheid uitgebreid te behandelen en er reeds gedegen naslagwerken over hoofdelijkheid bestaan, volgt slechts in vogelvlucht de geschiedenis van de rechtsfiguur hoofdelijkheid. De ontwikkeling start in het Romeinse recht en loopt door tot de rechtsfiguur hoofdelijkheid zoals die thans in het huidige Burgerlijk Wetboek is opgenomen.

7.4.2 Hoofdelijkheid onder het Romeinse en het vroege Franse recht

De geschiedenis van de rechtsfiguur hoofdelijkheid gaat in ieder geval terug tot de Romeinse tijd. Door de invloed van de Code Civil is het Romeinse recht ook van betekenis geweest voor de ontwikkeling van het Nederlandse recht. Gezien het feit dat hoofdelijkheid die wordt gekenmerkt door correalitеit, wezenlijk verschilt van hoofdelijkheid die wordt gekenmerkt door subsidiariteit, is het enigszins verbazingwekkend dat de Romeinen zich met dit onderscheid eigenlijk niet bezig hielden. In het *Corpus Iuris Civilis* werden de begrippen *solidum* en *correus* afwisselend gebruikt, zonder dat daar een bewust onderscheid in werd gemaakt.[23] Bewust of onbewust omvatte de oorspronkelijke rechtsfiguur hoofdelijkheid zowel

23 Kaser 1971; Loeff 1891, p. 24; Henri Hijmans 1918, p. 345; Hofman 1948, p. 118; Nap 1908, p. 290; Van Weel 1863 en Zimmermann 1990, p. 128-129.

de variant waarbij wordt uitgegaan dat er één verbintenis is met meerdere schuldenaren als ook de variant waarbij wordt uitgegaan van meerdere verbintenissen, gelijk aan het aantal hoofdelijk gebonden schuldenaren.

De *Code Civil* is gebaseerd op het Romeinse recht en is daarnaast sterk beïnvloed door de geschriften van Pothier. Pothier liet net als de Romeinen onduidelijkheid bestaan over hoe de rechtsfiguur hoofdelijkheid nu precies begrepen diende te worden. Enerzijds beschreef hij dat er evenveel verbintenissen als hoofdelijk schuldenaren waren, terwijl hij anderzijds sprak over één verbintenis.[24] Met twee onduidelijke bronnen als basis, zal het geen verrassing zijn dat de *Code Civil* zich ook niet duidelijk uitlaat over het antwoord op de vraag of nu sprake is van correaliteit en daarmee dus slechts sprake is van één verbintenis, of dat sprake is van solidariteit en van afzonderlijke verbintenissen.

De *Code Civil* kent zowel bepalingen die de verbondenheid benadrukken als bepalingen die de zelfstandigheid van de verbintenis(sen) van de hoofdelijk gebonden schuldenaren onderstrepen. Omdat het beeld van de lotsverbondenheid tussen de hoofdelijk gebonden schuldenaren het sterkst naar voren komt, wordt aangenomen dat de hoofdelijkheid, zoals die is geregeld in de *Code Civil,* een correaal karakter heeft. Dit betekent niet dat in het Franse recht geen hoofdelijkheid bestaat met een solidair karakter. Het betreft dan uitsluitend hoofdelijkheid die niet uitdrukkelijk is overeengekomen maar voortvloeit uit een situatie van samenlopende verbintenissen, waarvan de aard of de feitelijke omstandigheden de hoofdelijke gebondenheid met zich brengt,[25] zonder dat die betreffende samenlopende verbintenissen krachtens de wet of krachtens een overeenkomst als correaal kunnen worden aangemerkt. Thans is in het Franse recht de in de jurisprudentie ontwikkelde solidaire hoofdelijkheid terug te vinden als de *obligation in solidum*,[26] naast de gecodificeerde correale hoofdelijkheid, de *obligation solidaire*.[27]

7.4.3 Hoofdelijkheid in het Nederlandse recht tot 1992

De onduidelijkheid ten aanzien van de hoofdelijkheid, die mogelijk onbewust werd geïntroduceerd door de Romeinen, werd overgenomen door de Fransen. De onduidelijkheid heeft vervolgens ook in Nederland geheerst. Artikel 1316 van het BW dat in het jaar 1838 werd ingevoerd, maakt niet duidelijk of sprake is van hoofdelijkheid met als uitgangspunt correaliteit dan wel solidariteit.

Correaliteit, de sterke lotsverbondenheid van de verschillende schuldenaren dat optreedt wanneer zij zijn verbonden met betrekking tot eenzelfde vorderingsrecht, wordt ook wel aangeduid als uniteit. Daar tegenover staat solidariteit, wat

24 Pothier 1760, nr. 263.

25 Van Weel 1863, p. 130.

26 De vorm van subsidiaire hoofdelijkheid zoals die zich in de Franse jurisprudentie heeft ontwikkeld.

27 Code Civil art. 1200 e.v.

ook wel wordt aangeduid als pluraliteit. Aangenomen wordt dat hoofdelijkheid onder het Oud Burgerlijk Wetboek (OBW) een unitair karakter had. Er was een sterke lotsverbondenheid tussen de hoofdelijk verboden schuldenaren. Onder het OBW was sprake van een sterke lotsverbondenheid van de schuldenaren. Als de vordering werd gestuit, werkte deze stuiting jegens allen.[28] Er was wel discussie over de vraag of de wettelijke variant daadwerkelijk een unitair karakter had. Maar de uniteitsleer was dominant. Van Boom vat de discussie die bestond ten tijde van het OBW als volgt samen:[29]

> "Als in Frankrijk bestond in Nederland onenigheid over de vraag of hoofdelijkheid betrof één enkele verbintenis danwel evenzovele verbintenissen als er debiteuren waren. In de negentiende eeuw waren er schrijvers die meenden dat de hoofdelijkheid van art. 1316 BW één enkele verbintenis met meerdere debiteuren betrof. In onze eeuw hebben de meeste schrijvers zich gekeerd tegen deze opvatting. De twist over uniteit of pluraliteit vond uiteraard zijn aanleiding in de tweeslachtigheid van de regeling van de hoofdelijkheid in het oude BW. Die tweeslachtigheid werd door Van Goudoever aldus getypeerd:
>
> 'Het is alsof de wet nu eens de verbintenis beschouwt als een band, waarmede sommige personen op zoodanige wijze aan één ander persoon verbonden zijn, dat het doorsnijden van één dier verbindingen, op welk punt ook, het geheele samenstel doet uiteen vallen; dan weder is het alsof de aanhechting in dier voege plaats heeft, dat het wegvallen van één dier verbindingen wel niet geheel zonder invloed is op de overige, maar dat toch de band tusschen de overblijvende partijen, ofschoon eenigszins geschonden, is blijven bestaan.'
>
> De hoofdelijkheid van het oud BW hinkt met andere woorden op twee (en mogelijk zelfs meer) gedachten. Dat op zich zou mijns inziens reeds voldoende grond zijn om aan te nemen dat nooit sprake kan zijn van werkelijke uniteit. Hoe dat ook zij, de uniteitsleer werd niet de heersende. Hooguit werd gemeend dat hoofdelijkheid unitaire trekjes had."

In 1901 heeft de Hoge Raad een arrest[30] gewezen waaruit wordt afgeleid dat de Hoge Raad bedoeld zou hebben dat bij hoofdelijkheid sprake is van pluraliteit.[31] Ondubbelzinnig is het arrest hierover echter niet. Na het arrest bleef er discussie bestaan over de vraag of hoofdelijkheid onder het OBW leidde tot pluraliteit of uniteit.[32]

---

28 Zie artikel 2020 OBW. Hetzelfde gold voor kwijtschelding, zie artikel 1476 OBW.

29 Van Boom 1999, p. 10. Van Boom onderbouwt zijn standpunt uitvoerig, met verwijzingen naar Diephuis X (1886), p. 147-148; Van Weel (1863), p. 137-139; J. Limburg, *W.* 6138, p. 4; Veegens e.a. 1934, p. 60; H. Drion, *VA* 1961, p. 38; J. Kortmann, *AAe* 1996, p. 7; Van Hugenpoth tot den Beerenclaauw 1890, p. 40; Loeff 1891, p. 70-71; Asser-Van Goudoever 1913, p. 72; Asser-Losecaat Vermeer 1939, p. 86; Hofmann-Van Opstall 1959, p. 212; Asser-Rutten 1981, p. 86-87; Völlmar 1952, p. 117; Schoordijk 1984, p. 485 en Kerr Wylie 1923, p. 73-74.

30 HR 3 mei 1901, *W.* 7601 (Jansen van Oist/Ariese).

31 Van Boom 1999, p. 11.

32 Van Boom 1999, p. 11 e.v.; Asser/Rutten 1981 en Schoordijk 1984, p. 485.

In de praktijk ontwikkelde zich na het arrest een tweede vorm van hoofdelijkheid. Naast de wettelijke (correale) variant, waarbij sprake was van één vordering en meerdere schuldenaren werd een buitenwettelijke (solidaire) variant ontwikkeld waarbij sprake was van evenveel vorderingsrechten als schuldenaren:

> "Na het arrest Jansen van Oist/Ariese, waaruit hiervoor reeds werd geciteerd, maakte – als in Frankrijk en België – ook in Nederland de idee zich meester van de doctrine dat naast de gesloten rangen van de wettelijk geregelde 'correale' hoofdelijkheid er een ander soort 'hoofdelijkheid' van meer 'solidaire' aard bestond."[33]

Naast de constatering dat hoofdelijkheid, zoals die voor 1992 in de wet was geregeld, een unitair karakter had (en er in geval van hoofdelijkheid dus sprake was van één vorderingsrecht en meerdere schuldeisers en niet van evenveel vorderingsrechten als schuldeisers) kan tevens worden geconstateerd dat er bij de invulling van hoofdelijkheid voor 1992 ruimte was voor flexibiliteit. De hoofdelijkheid zoals geregeld in de wet, diende volgens de heersende opvatting alleen te worden toegepast op situaties waarin dat wenselijk was.[34] Een legitimatie voor de restrictieve toepassing van de hoofdelijkheid werd gevonden in art. 1318 oud BW. De opvatting dat de wettelijke hoofdelijkheid restrictief diende te worden toepast, was tevens terug te zien in de rechtspraak.[35] Duidelijk was dat de praktijk zich verzette tegen een rigide toepassing van de regels van hoofdelijkheid en dat flexibiliteit noodzakelijk was om ongewenste resultaten te voorkomen:

> "het bedenksel van de toevallig samenlopende verbintenissen diende het redelijk geachte resultaat, maar in wezen was het rebellie tegen de wettelijke regeling van de hoofdelijkheid".[36]

7.4.4 Hoofdelijkheid als onderdeel van de vrijstellingsregeling in het Nederlandse recht tot 1992

Uit voorgaande paragraaf kan worden geconcludeerd dat de wettelijke variant van hoofdelijkheid tot 1992 werd uitgelegd als een variant waarbij sprake was van een vorderingsrecht met meerdere schuldenaren. Bovendien werd tot 1992 flexibel omgegaan met de invulling van hoofdelijkheid en was er ruimte om flexibel met de inhoud van hoofdelijkheid om te gaan als strikte toepassing van de wettelijke variant tot ongewenste uitkomsten leidde.

De vrijstellingsregeling is ingevoerd toen het OBW het geldende recht weergaf. De hoofdelijkheid die is opgenomen in de vrijstellingsregeling, refereert daarom naar de hoofdelijkheid zoals die gold onder het OBW.

---

33 Van Boom 1999, p. 13.

34 Asser/Losecaat Vermeer 1939, p. 93; Völlmar 1952, p. 119 en Schoordijk 1979, p. 78.

35 HR 30 april 1936, *NJ* 1936/970 en HR 16 november 1939, *NJ* 1940/76.

36 Aldus treffend verwoord door Van Boom 1999, p. 17.

Hoewel de wetgever geen uitdrukkelijke overwegingen ten grondslag heeft gelegd aan het opnemen van hoofdelijkheid in de groepsvrijstellingsregeling, valt dat in het licht van hoofdelijkheid onder het OBW te begrijpen. Onder de uniteitsleer, waarbij de moedervennootschap en de dochtervennootschap aansprakelijk zijn voor dezelfde schuld, vielen problemen van zelfstandige vorderingsrechten simpelweg niet te voorzien omdat die problemen zich met de wettelijke variant van hoofdelijkheid destijds niet voordeden.

7.4.5 De rechtsfiguur hoofdelijkheid na de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1992

Met de invoering van het gewijzigde Burgerlijk Wetboek in 1992 heeft de rechtsfiguur hoofdelijkheid verschillende wijzigingen ondergaan. Voor zover relevant voor de impact die dit had op de problemen die thans met de vrijstellingsregeling zijn ontstaan, zullen deze in deze paragraaf aan de orde worden gesteld.

Een van de doelstellingen van de nieuwe regeling inzake de rechtsfiguur hoofdelijkheid, was om de werkingssfeer van deze rechtsfiguur duidelijk af te bakenen. Het Nieuwe Burgerlijk Wetboek diende een scheiding aan te brengen tussen de wettelijk geregelde hoofdelijkheid en de in de praktijk ontwikkelde varianten daarvan.

Naast het feit dat er een strikte scheiding werd gemaakt tussen de wettelijke hoofdelijkheid en andere in de praktijk ontwikkelde rechtsfiguren, werd de werkingssfeer van de wettelijke hoofdelijkheid nader bepaald. De werkingssfeer van de wettelijke hoofdelijkheid werd uitgebreid.

Aangenomen wordt dat de inhoud van hoofdelijkheid met de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 wijzigde. In de toelichting bij artikel 6:6 BW en artikel 6:10 BW heeft Meijers opgemerkt dat er bij hoofdelijkheid sprake is van zelfstandige vorderingsrechten ten aanzien van de afzonderlijke schuldenaren, maar dat deze afzonderlijke verbintenissen wel zien op dezelfde schuld.[37] Het uitgangspunt dat een schuldeiser meerdere en zelfs zelfstandige[38] vorderingsrechten heeft, blijkt uit de parlementaire geschiedenis:

> "de zelfstandigheid van de vorderingsrechten tegen de verschillende schuldenaren blijkt uit het feit, dat – zoals overal aanvaard wordt – de schuldeiser over elk dezer vorderingsrechten afzonderlijk kan beschikken door een overdracht of een afstand om niet of baat. Het uitgangspunt van het ontwerp is dan ook dat de lotgevallen van het vorderingsrecht

37 *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 95. De door Meijers geschetste pluraliteit aan verbintenissen wordt in de Memorie van Antwoord herhaald, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 106.

38 Het feit dat nakoming door één van de hoofdelijk schuldenaren ook zijn medeschuldenaren bevrijdt (art. 6:7 lid 2 BW) staat de zelfstandigheid van de vorderingsrechten niet in de weg, deze verschillende vorderingsrechten zijn niet van elkaar afhankelijk.

> tegen de één de vorderingsrechten tegen de andere niet beïnvloeden, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit."[39]

Aangenomen wordt dat er evenveel zelfstandige vorderingsrechten als schuldenaren zijn wanneer sprake is van hoofdelijkheid.[40] Naar mijn idee verdient dit enige nuancering. De term 'borgtocht' wijkt af van de term 'hoofdelijkheid'. Daarover bestaat volgens mij weinig discussie. Maar onder het Burgerlijk Wetboek van 1992 wordt borgtocht gezien als een *species* van hoofdelijkheid. De belangrijkste aanwijzing daarvoor vormt artikel 7:850 lid 3 BW.[41] Bij borgtocht is geen sprake van pluraliteit maar van uniteit. Er bestaat maar een vorderingsrecht, ongeacht het aantal schuldenaren dat kan worden aangesproken.

Enkele auteurs omschrijven het bestaan van de zelfstandigheid van vorderingsrechten als een in het oog springende nieuwigheid, die duidelijk voorop wordt gesteld in de nieuwe regeling.[42] Maar nu borgtocht een *species* is van hoofdelijkheid, kan de vraag worden gesteld of met het nieuwe hoofdelijkheidsbegrip wel een drastisch eind is gemaakt aan het bestaan van meerdere vormen van hoofdelijkheid. Hoofdelijkheid kent nog steeds een correale variant in de vorm van de huidige borgtocht.

Interessant is voorts dat de kwalificatie die aan de aansprakelijkheid wordt gegeven niet relevant is voor de inhoud van de aansprakelijkheid. Met andere woorden, het is niet doorslaggevend of gesproken wordt over 'hoofdelijkheid' of over 'borgtocht' om te bepalen of sprake is van de stamvariant hoofdelijkheid of van de *species* van hoofdelijkheid, borgtocht.

Om te bepalen of sprake is van de stamvariant van hoofdelijkheid of van borgtocht, dient niet te worden aangehaakt bij de gebezigde terminologie ('hoofdelijkheid' of 'borgtocht')[43] maar dient te worden aangehaakt bij een materieel criterium. Sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 kunnen de stamvariant van hoofdelijkheid en borgtocht van elkaar worden onderscheiden op basis van de wijze waarop de schuldenaar zich ten opzichte van de schuldeiser presenteert.[44] Subsidiariteit en afhankelijkheid zijn vervolgens consequenties die aan dit onderscheid worden verbonden. Evenals het ontstaan van meerdere vorderingsrechten.[45]

---

39 *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 95.

40 Dat in geval van hoofdelijkheid sprak was van evenveel vorderingsrechten als schuldenaren, blijkt echter niet duidelijk uit de wet. Dit dient te worden afgeleid uit de toelichting van Meijers.

41 Dit zou voorts blijken uit een vergelijking van de definitie zoals opgenomen in artikel 7:850 lid 1 BW met de definitie zoals opgenomen in artikel 6:6 lid 2 BW. Klaassen 2002, p. 660.

42 Klaassen 2002, p. 660.

43 Zie *Parl. Gesch.* Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 418.

44 Daarbij geldt bovendien dat de gekozen bewoordingen niet bepalend zijn, zie *Parl. Gesch.* Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 418.

45 Preadvies van Pels Rijcken 1962.

Om te kunnen bepalen of sprake is van borgtocht of van hoofdelijkheid moet niet worden gekeken naar de interne verhouding tussen de schuldenaren. Bepalend is namelijk het antwoord op de vraag of de schuldeiser weet dat een van de schuldenaren de schuld niet aangaat en dat er derhalve één hoofdschuldenaar is en één schuldenaar die geen hoofdschuldenaar is. De schuldenaar die niet als hoofdschuldenaar kan worden aangemerkt, moet als borg worden aangemerkt.[46]

Nu borgtocht sinds 1992 aangemerkt wordt als variant van hoofdelijkheid, lijkt het erop dat de wetgever toch een vorm van hoofdelijkheid heeft willen laten voortbestaan met een meer solidair karakter. Hoe kon de wetgever ook anders? De praktijk van vóór 1992 liet zien dat er een zeer sterke behoefte was aan verschillende varianten van hoofdelijkheid (een solidaire en een correale)[47] om te voorkomen dat hoofdelijkheid tot ongewenste resultaten zou leiden.

7.4.6 Hoofdelijkheid als onderdeel van de vrijstellingsregeling in het Nederlandse recht sinds 1992

In de voorgaande paragrafen is aangegeven dat de inhoud van hoofdelijkheid met de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1992 is gewijzigd. Aangezien hoofdelijke aansprakelijkheid een belangrijk element vormt binnen de groepsvrijstellingsregeling, is de inhoud van de groepsvrijstellingsregeling in 1992 gewijzigd wanneer ervan uit wordt gegaan dat per die datum aangesloten wordt bij de nieuwe inhoud van hoofdelijke aansprakelijkheid.

Bij de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 is de redactie van de groepsvrijstellingsregeling niet gewijzigd. Uit niets blijkt dat bij de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 is stilgestaan bij de wijziging die optrad binnen de groepsvrijstellingsregeling doordat de inhoud van hoofdelijkheid toen veranderde. De hoofdelijkheid, die als onderdeel van de groepsvrijstellingsregeling is bedoeld, is de hoofdelijkheid zoals die gold onder het OBW. Er was sprake van een vorderingsrecht met meerdere schuldeisers. Tevens was er enige flexibiliteit mogelijk waar het aankwam op het vaststellen van de gevolgen van de hoofdelijkheid in een bepaalde situatie teneinde onwenselijke uitkomsten te voorkomen. Vanaf 1992 kan onder 'hoofdelijkheid' zowel de stamvorm van hoofdelijkheid worden begrepen, alsook borgtocht. Daarbij is relevant dat de gebezigde term niet beslissend is. De stamvorm van hoofdelijkheid behelst een variant waarbij evenveel vorderingsrechten als schuldenaren zijn. Van die stamvorm is sprake wanneer onder de verschillende schuldenaren niet één hoofdschuldenaar valt aan te wijzen en dat de schuld hen allen aangaat. Nu staat de groepsvrijstellingsregeling in 1992 op

46 MvA II, *Parl. Gesch.* Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 426.

47 Deze wens uit de praktijk en het met die wens overeenstemmende gebruik van hoofdelijkheid gaat niet voor niets terug tot het Romeinse recht, zoals in voorgaande paragrafen (en de literatuur waarnaar wordt verwezen) kan worden gelezen.

een belangrijk kruispunt. Wordt de hoofdelijkheid van artikel 2:403 lid 1 sub f BW begrepen als de stamvorm van hoofdelijkheid? Of als borgtocht?

7.5 Conclusie

De rechtsfiguur hoofdelijkheid bestond reeds ten tijde van het Romeinse recht. Via het Franse recht is deze rechtsfiguur in het Nederlandse recht terechtgekomen. Eerst in het OBW en sinds 1992 in het huidige Burgerlijk Wetboek.

Zo ver als de historie van de rechtsfiguur hoofdelijkheid teruggaat, zo lang bestaat al onduidelijkheid over de exacte invulling van hoofdelijkheid. Nooit was duidelijk of sprake was van correalitеit (een vorderingsrecht en meerdere schuldenaren) of solidariteit (evenveel vorderingsrechten als schuldenaren). De praktijk heeft uitgewezen dat het star vasthouden aan een variant steeds weer tot ongewenste resultaten leidde. Daarom vond de praktijk zijn weg. Indien ervan uit werd gegaan dat de wettelijke variant van hoofdelijkheid een correaal karakter had, dan ontwikkelde zich daarnaast in de praktijk een variant met een solidair karakter. Werd aan de wettelijke variant een solidair karakter toegedicht, dan ontwikkelde zich daarnaast in de praktijk een correale variant.

Sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1992 is er niet één variant van hoofdelijkheid in de wet opgenomen maar twee. De ene variant heeft een solidair karakter en is de stamvorm van hoofdelijkheid die ook met ‘hoofdelijke aansprakelijkheid’ wordt aangeduid. De andere variant van hoofdelijkheid heeft een correaal karakter en wordt aangeduid met ‘borgtocht’.

Uit een bestudering van de geschiedenis van de vrijstellingsregeling blijkt dat de hoofdelijke aansprakelijkheid begin jaren zeventig zijn intrede heeft gedaan in de groepsvrijstellingsregeling. Een motivatie voor de keuze voor hoofdelijke aansprakelijkheid is in de parlementaire geschiedenis niet terug te vinden. Het lijkt erop dat niet lang stil is gestaan bij de vraag welke vorm de compenserende waarborg, die door de moedervennootschap moest worden verstrekt, diende te hebben. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt wel wat het karakter is van de aansprakelijkheid van de moedervennootschap. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het gaat om een waarborg, een zekerheidsstelling. De moedervennootschap geeft een waarborg af voor een schuld van een derde, de dochtervennootschap. Het betreft niet de aansprakelijkheid voor een eigen schuld.

Begin jaren zeventig werd aan hoofdelijke aansprakelijkheid een andere invulling gegeven dan thans het geval is. Met de invoering van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 is de inhoud van hoofdelijkheid fundamenteel gewijzigd. Althans, wanneer wordt gekeken naar de stamvorm van hoofdelijke aansprakelijkheid. Van een correaal model waarbij sprake is van één vorderingsrecht met meerdere schuldenaren werd overgestapt op een solidair model waarbij evenveel schuldenaren als vorderingsrechten zijn. Een correale vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid werd echter wel behouden bij de invoering in 1992. Daarvoor werd een *species* van hoofdelijkheid geschapen in de vorm van borgtocht.

De hoofdelijke aansprakelijkheid die is opgenomen in de groepsvrijstellingsregeling, is de correale variant. Toen de stamvorm van hoofdelijkheid in 1992 van kleur verschoot, is niet stilgestaan bij de vraag wat de consequenties daarvan zouden zijn voor (de toepassing van) de groepsvrijstellingsregeling. Moet de hoofdelijke aansprakelijkheid, die onder het OBW in de groepsvrijstellingsregeling is opgenomen, worden vertaald naar een vorm onder het huidige Burgerlijk Wetboek, dan komt borgtocht (als correale *species* van de solidaire stamvorm van hoofdelijkheid) in aanmerking als de meest voor de hand liggende variant. Aansluiting zoeken bij de solidaire stamvorm van hoofdelijkheid ligt niet voor de hand. Daarmee wordt – zonder een daaraan ten grondslag liggende overweging – de inhoud en de uitwerking van de groepsvrijstellingsregeling gewijzigd.

In aanvulling op vorenstaande geldt dat de gebruikte terminologie niet bepalend is voor het antwoord op de vraag of in een bepaald geval sprake is van borgtocht of van de stamvorm hoofdelijkheid. Beslissend is een materieel criterium, namelijk of sprake is van een hoofdschuldenaar en een schuldenaar die meer de rol heeft van zekerheidsverstrekker en of dit kenbaar is bij de schuldeiser op basis van de wijze waarop de schuldenaren zich naar buiten toe hebben gepresenteerd. Dat begin jaren zeventig de term 'hoofdelijkheid' in de groepsvrijstellingsregeling is opgenomen, betekent dus niet dat is uitgesloten dat de bepalingen van borgtocht van toepassing kunnen zijn.

Over de vraag of een moedervennootschap zich jegens een schuldeiser presenteert als een schuldenaar van een eigen schuld of meer als een zekerheidsverstrekker kan weinig twijfel bestaan. Dat de moedervennootschap tevens kan worden aangesproken, kan een schuldeiser afleiden uit de 403-verklaring. In lijn met artikel 2:403 lid 1 sub f BW staat in die verklaring dat de moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk verklaart *voor de schulden van de dochtervennootschap*. Een 403-verklaring dient tekstueel te worden uitgelegd. Het is niet te verdedigen dat de moedervennootschap hiermee heeft bedoeld dat zij zich aansprakelijk verklaart voor een eigen schuld. Dat zou haaks staan op de verklaring.

Zoals gesteld, is de gebezigde term 'hoofdelijkheid' of borgtocht' niet beslissend. Voornoemde materiële toets is doorslaggevend voor de kwalificatie van de vorm van aansprakelijkheid die is afgegeven. Maar wordt toch veel gewicht toegekend aan de terminologie, zelfs dan is de vraag of de term hoofdelijkheid borgtocht uitsluit. Aangezien borgtocht een *species* is van hoofdelijkheid kan borgtocht prima onder de paraplu van de term hoofdelijke aansprakelijkheid worden geschaard.

De conclusie is dat in de groepsvrijstelling een correale aansprakelijkheidsvorm is opgenomen. Bovendien verklaart de moedervennootschap zich aansprakelijk voor de schulden van een derde en niet voor haar eigen schulden. Dit vertaalt zich daarin, dat de aansprakelijkheidsvorm die is opgenomen in de 403-verklaring kwalificeert als borgtocht.

Hoofdstuk 8

DE VRIJSTELLINGSREGELING VAN ARTIKEL 2:403 BW IN INTERNATIONAAL PERSPECTIEF EN INTERNATIONAAL VERGELEKEN

8.1 Inleiding

De Nederlandse vrijstellingsregeling is uniek en de Nederlandse vrijstellingsregeling was zijn tijd vooruit. Voordat het Europese recht de lidstaten de mogelijkheid bood om een vrijstelling van de jaarrekeningenplicht in de nationale wetgeving op te nemen, had Nederland al een vrijstellingsregeling. Daarnaast is de Nederlandse regeling uniek omdat de wijze waarop de Nederlandse vrijstellingsregeling is vormgegeven, kan worden betiteld als eigenzinnig.

Gezien het eigen karakter van de Nederlandse vrijstellingsregeling is het niet makkelijk om de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling te vergelijken met groepsvrijstellingsregelingen in andere rechtsstelsels. In ieder geval zal uit een dergelijke vergelijking niet naar voren komen hoe in andere rechtsstelsels wordt omgegaan met de typische 403-problemen die zich voordoen met de Nederlandse vrijstellingsregeling die voornamelijk voortkomen uit de keuze van de Nederlandse wetgever voor hoofdelijke aansprakelijkheid als compenserende waarborg voor het niet-publiceren van de jaarstukken. In andere rechtsstelsels spelen de daarmee verband houdende problemen niet omdat daar niet voor hoofdelijke aansprakelijkheid is gekozen.

Aangezien de regels van hoofdelijkheid door de Hoge Raad binnen de groepsvrijstellingsregeling strikt worden toegepast, zou een internationale rechtsvergelijking van de rechtsfiguur hoofdelijkheid interessant zijn, maar valt buiten het bestek van dit onderzoek.[1]

Mogelijk biedt een blik op de buitenlandse regelingen inspiratie voor een oplossing van de 403-problemen die zich in Nederland voordoen. Een blik op de buitenlandse regelingen kan ook tot de conclusie leiden dat deze geen oplossingen bieden voor de problemen die zich in Nederland rondom de groepsvrijstellingsregeling voordoen.

In dit hoofdstuk zal de Nederlandse regeling worden vergeleken met de Europese vrijstellingsregeling en de regelingen van Duitsland, Ierland en Luxemburg.

1 Van Boom 1999.

8.2 De Europese groepsvrijstellingsregeling

8.2.1 Voorgeschiedenis Nederlandse vrijstellingsregeling in relatie tot Europees jaarrekeningenrecht

Een bestudering van de ontwikkelingen in Nederland en Europa laat zien dat de Nederlandse wetgever zich slechts in beperkte mate heeft laten beïnvloeden door het Europese recht.[2] De Nederlandse vijstellingsregeling was er bovendien eerder dan de Europese variant.

Het Nederlandse jaarrekeningenrecht is lange tijd weinig ontwikkeld gebleven en de regels die als jaarrekeningrechtelijk konden worden beschouwd, waren versnipperd over verschillende wetten en in verschillende regelingen terug te vinden.[3] Voordat er specifieke wettelijke regelingen kwamen voor het jaarrekeningenrecht waren er slechts enkele losse bepalingen opgenomen in het Wetboek van Koophandel.[4]

De ontwikkeling van het jaarrekeningenrecht nam een vlucht toen de Commissie Herziening Ondernemingsrecht[5] met haar rapport[6] kwam. Dat rapport bevatte onder meer een voorontwerp van een wetsvoorstel inzake het jaarrekeningenrecht.[7] Dit leidde tot de Wet op de jaarrekening van ondernemingen (WJO)[8] welke wet op 1 mei 1971 in werking trad.[9]

Met de WJO werd in Nederland de Eerste richtlijn geïmplementeerd.[10] Hiermee kwam de ontwikkeling van het jaarrekeningenrecht goed op gang. De WJO omvatte regelingen met betrekking tot de inrichting van de jaarrekening,[11] de

2 Voor een uitgebreide studie van en toelichting op de totstandkoming van de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling zij verwezen naar het proefschrift van Beckman, zie Beckman 1995.

3 Zie voor een uitgebreid overzicht van het jaarrekeningenrecht Asser/Maijer 2-III 2000, nr. 415. Voor de historie in het bijzonder zie met name De Jong & Nieuwe Weme 2006, paragraaf 1.2, p. 24-26.

4 Het oude artikel 42c lid 2 WvK gaf de regeling inzake de groepsvrijstelling.

5 Ingesteld bij beschikking van de minister van Justitie d.d. 8 april 1960, nr. 121/660, Stafafdeling Wetgeving, *Stcrt.* 13 april 1960/73.

6 *Rapport Herziening van het ondernemingsrecht*, Den Haag 1965.

7 Hoofdstuk IV van het *Rapport Herziening van het ondernemingsrecht*, Den Haag 1965.

8 Het aangenomen wetsvoorstel is te vinden in *Stb.* 1970/414.

9 Bij Koninklijk Besluit van 30 oktober 1970, *Stb.* 1970/533.

10 Eerste Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968: "Eerste Richtlijn van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te besche men zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken (68/151/EEG)."

11 De inrichtingsvereisten golden volgens de Wet op de jaarrekening van ondernemingen voor de NV, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de landbouwkredietbank met coöperatief karakter. De vereisten moesten ervoor zorgen dat een verantwoord oordeel moest kunnen worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat van de onderneming, alsmede de solvabiliteit en de liquiditeit.

openbaarmaking,[12] de accountantscontrole[13] en regelingen omtrent procedures over jaarrekeningen.[14]

De eerste richtlijn bevatte nog geen groepsvrijstellingsregeling. Maar de Nederlandse wetgever introduceerde met de invoering van de WJO reeds de eerste groepsvrijstellingsregeling voor Nederland:

> Artikel 13 WJO
> 1. Omtrent de ondernemingen waarin de onderneming rechtstreeks of middellijk voor meer dan de helft van het geplaatst kapitaal deelneemt, worden zo getrouw mogelijk alle inlichtingen verstrekt, die krachtens deze wet in de jaarrekening moeten voorkomen. Aan deze verplichting kan worden voldaan door in de toelichting op de jaarrekening der deelnemende onderneming een geconsolideerde jaarrekening dan wel afzonderlijke of samengevoegde jaarrekeningen van deze ondernemingen op te nemen.
> 2. Het vorige lid geldt niet voor een deelnemende onderneming waarvan het gehele kapitaal rechtstreeks of middellijk door een andere onderneming is verstrekt, welke reeds aan het voorschrift van het vorige lid voldoet.
> 3. Een onderneming waaromtrent de gegevens overeenkomstig het eerste lid reeds in de jaarrekening van een andere onderneming worden opgenomen en die haar jaarrekening niet ten kantore van het handelsregister behoeft neder te leggen, behoeft haar jaarrekening niet volgens de eisen van deze wet in te richten, indien al haar aandeelhouders of leden daarmede voor de afloop van het boekjaar hebben ingestemd.

De eerste groepsvrijstellingsregeling was opgenomen in artikel 13 lid 3 WJO. Dit artikel was geen lang leven beschoren. Op 3 mei 1971, twee dagen na de inwerkingtreding, werd het artikel alweer vervallen verklaard.[15] De vrijstellingsmogelijkheden van dit artikel en daarmee ook het praktisch nut ervan werden te beperkt bevonden. Aan dat nut kon ook worden getwijfeld, aangezien de vrijstelling van artikel 13 WJO niet gold voor publicatieplichtige vennootschappen. De reden daarvan was dat aan het belang van derden om gedetailleerde gegevens van een vennootschap te verkrijgen zoveel waarde werd gehecht, dat de wetgever daar

12 Openbaarmaking gold voor 'open' NV's (artikel 42a Wetboek van Koophandel oud) en coöperaties met activa ter waarde van ten minste *f* 3.000.000,-. Zie Beckman 1995, p. 26-27 voor een uitputtende opsomming van 'open' NV's.

13 De accountantscontrole gold voor 'open' NV's (artikel 42a Wetboek van Koophandel oud), NV's met een geplaatst kapitaal van ten minste *f* 500.000,- en coöperaties met activa ter waarde van ten minste *f* 3.000.000,-.

14 Vanaf de invoering van de Wet op de jaarrekening van ondernemingen konden belanghebbenden met bezwaren tegen een vastgestelde of goedgekeurde jaarrekening de betrokken onderneming dagvaarden. Er werd een speciale en verkorte procedure bij de Ondernemingskamer geïntroduceerd: "Anderzijds is het van belang dat, wanneer er een geschil over een jaarrekening is, de zaak op korte termijn en met spoed kan worden behandeld. Dit is ook de achtergrond van artikel 33, derde lid, van de Wet op de jaarrekening van ondernemingen, dat het afzien van de conclusies van re-en dupliek als regel stelt." *Kamerstukken II* 1971/72, 11804, nr. 3 (memorie van toelichtng).

15 *Stb.* 1971/286.

eigenlijk niet vanaf wilde stappen.[16] Een belangrijk aspect ontbrak dan ook in de regeling van artikel 13 WJO, namelijk een compensatiemechanisme voor het gebrek aan inzicht dat bij derden ontstond vanwege de toepassing van de vrijstelling. Over een compensatiemechanisme werd al wel nagedacht. Het Europese recht gaf op dit vlak nog geen enkele sturing. Zo kwam het dat de eerste groepsvrijstellingsregeling een puur Nederlands product was. De Nederlandse wetgever had inmiddels de gedachte opgepakt dat in ruil voor het gebrek aan inzicht in de jaarcijfers een compenserende aansprakelijkheid moest worden afgegeven.[17] Ook in de literatuur had dit idee reeds wortel geschoten.[18]

De opvolger van artikel 13 WJO was artikel 38a WJO. Artikel 38a WJO luidde als volgt:

> Artikel 38a WJO
> 1. Een onderneming die tot een groep ondernemingen behoort en waaromtrent gegevens in de vorm van een geconsolideerde of samengevoegde jaarrekening reeds in de jaarrekening van een andere onderneming worden opgenomen, behoeft haar jaarrekening niet volgens de eisen van deze wet in te richten, indien al haar aandeelhouders of leden daarmede voor de afloop van het boekjaar hebben ingestemd.
> 2. Het vorige lid is niet van toepassing indien:
> a. er van de onderneming aandeelbewijzen of schuldbrieven aan toonder, dan wel certificaten aan toonder van aandelen of schuldbrieven in omloop zijn;
> b. Aandeelbewijzen of schuldbrieven der onderneming of certificaten daarvan zijn opgenomen in de prijscourant van enige, door ons aan te wijzen beurs;
> c. Het bedrijf der onderneming geheel of ten dele bestaat uit het opnemen van gelden van derden of de onderneming het verzekeringsbedrijf uitoefent, tenzij de laatste zin van artikel 36, eerste lid, voor haar geldt.
> 3. 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 de volgende leden zich hoofdelijk voor de door de onderneming aangegane schulden aansprakelijk heeft gesteld, of indien de onderneming haar werkterrein haar werkterrein uitsluitend of nagenoeg uitsluitend buiten het grondgebied van de lidstaten der Europese Gemeenschappen heeft.
> 4. De verklaring van aansprakelijkheidstelling, als bedoeld in het vorige lid, kan slechts worden afgelegd door de rechtspersoon in wiens jaarrekening de gegevens van de onderneming zijn opgenomen, en, indien dit in de vorm van een samengevoegde jaarrekening is geschied, tevens door de rechtspersonen waarin deze rechtstreeks deelneemt.
> 5. Een rechtspersoon stelt zich hoofdelijk aansprakelijk door nederlegging van een daartoe strekkende verklaring, ter inzage van een ieder, ten kantore van het handelsregister waar de onderneming is ingeschreven. De hoofdelijke aansprakelijkheid kan worden opgeheven door intrekking van deze verklaring; de intrekking geschiedt door nederlegging van een daartoe strekkende mededeling ter inzage van een ieder ten kantore van het

16 *Kamerstukken II* 1967/68, 9595, nr. 3, p. 16 (memorie van toelichting).

17 De gedachte van de minister bleek uit een departementaal voorontwerp voor de publicatieplicht van de BV: Wetsvoorstel 10689, nr. 4, p. 3 (memorie van toelichting).

18 Uniken Venema 1968, p. 235.

handelsregister, bedoeld in de vorige zin. De opheffing van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon geldt niet voor schulden, voortvloeiende uit een rechtsverhouding tussen de onderneming en een schuldeiser, welke is aangegaan voordat de rechtspersoon jegens die schuldeiser een beroep op intrekking van zijn verklaring van medeaansprakelijkheid kan doen.

6. De balans van een onderneming als bedoeld in het derde lid, bevat in elk geval de som der vaste activa, de som der vlottende activa, het bedrag van het eigen vermogen, het bedrag van het vreemd vermogen op lange termijn en het bedrag van het vreemd vermogen op korte termijn. De winst- en verliesrekening bevat in elke geval de vermelding van het bedrijfsresultaat en van het saldo der overige baten en lasten.

Deze nieuwe bepaling voorzag in een vrijstellingsregeling die ook beschikbaar was voor publicatieplichtige vennootschappen. In de leden 3 en 4 van artikel 38a WJO was het daarbij behorende compensatiemechanisme opgenomen. In deze leden werd bepaald dat de consoliderende vennootschap zich aansprakelijk diende te stellen voor de schulden van de vrij te stellen vennootschap.[19] De vrijwillige hoofdelijke aansprakelijkheid die de moedervennootschap op zich nam, was uitsluitend bedoeld om schuldeisers voor het gebrek aan inzicht te compenseren.
In 1976 werd een groot deel van de bepalingen uit de WJO al dan niet in gewijzigde vorm overgeheveld naar Boek 2 BW.[20] Het groepsregime verhuisde van artikel 38a WJO naar artikel 2:343 BW en de regeling onderging enkele wijzigingen. Artikel 2:343 BW (oud) luidde als volgt:

Artikel 2:343 BW (oud)

1. Een rechtspersoon die tot een groep ondernemingen behoort en waaromtrent gegevens in de vorm van een geconsolideerde of samengevoegde jaarrekening reeds in de jaarrekening van een andere rechtspersoon als bedoeld in artikel 306 van dit Boek worden opgenomen, behoeft haar jaarrekening niet volgens de eisen van deze wet in te richten, indien al haar aandeelhouders of leden daarmede voor de afloop van het boekjaar hebben ingestemd.

2. Het vorige lid is niet van toepassing indien:

a. er van de rechtspersoon aandeelbewijzen of schuldbrieven aan toonder, dan wel certificaten aan toonder van aandelen of schuldbrieven in omloop zijn;

19 Het was echter niet geheel duidelijk welke vennootschap zich aansprakelijk moest stellen voor schulden aangegaan door de vennootschap die vrijgesteld werd van de publicatie- en inrichtingsverplichtingen die golden voor de jaarrekening. De vraag was of alleen de moederonderneming of alleen een van haar rechtstreekse deelnemingen de aansprakelijkheidsverklaring diende af te leggen, of dat zowel de moeder als de rechtstreekse deelnemingen van deze moeder de verklaring dienden af te leggen. Er ontstond een levendige discussie in de literatuur waarbij een verscheidenheid aan interpretaties de revue passeerden. Zie o.a. Beckman 1995, p. 108; Van der Grinten 1971, p. 175; Sanders, Groeneveld & Burgert 1972, p. 277; Honée 1972, p. 201-205; Slagter 1972, p. 127-128 en Maeijer 1973, p. 122.

20 Vastgesteld bij de Wet van 12 mei 1960, *Stb.* 205; ingevoerd bij Invoeringswet Boek 2 BW van 8 april 1976, *Stb.* 228-229; in werking getreden op 26 juli 1976 bij Koninklijk Besluit 22 juni 1976, *Stb.* 242.

b. aandeelbewijzen of schuldbrieven van de rechtspersoon of certificaten daarvan zijn opgenomen in de prijscourant van enige, door ons aan te wijzen beurs;
c. het bedrijf van de rechtspersoon geheel of ten dele bestaat uit het opnemen van gelden van derden of de rechtspersoon het verzekeringsbedrijf uitoefent, tenzij de laatste zin van artikel 342 lid 1 van dit boek voor haar geldt.
3. Is een rechtspersoon verplicht tot nederlegging van haar jaarrekening, onderscheidenlijk haar balans, ten kantore van het handelsregister, dan vindt het eerste lid slechts toepassing, indien:
a. de in het eerste lid bedoelde andere rechtspersoon eveneens is verplicht tot nederlegging van haar jaarrekening, onderscheidenlijk haar balans ten kantore van het handelsregister, en
b. een verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van de rechtspersoon overeenkomstig de volgende leden is afgelegd, tenzij de rechtspersoon haar werkgebied uitsluitend of nagenoeg uitsluitend buiten het grondgebied van de lidstaten der Europese Gemeenschappen heeft.
4. Een verklaring van aansprakelijkheidstelling, als bedoeld in het vorige lid, kan slechts worden afgelegd door de rechtspersoon in wier jaarrekening de gegevens van de rechtspersoon waarvoor de aansprakelijkstelling geschiedt zijn opgenomen, of, indien dit in vorm van een samengevoegde jaarrekening is geschied, door de rechtspersoon waarin deze rechtstreeks deelneemt.
5. Een rechtspersoon stelt zich hoofdelijk aansprakelijk door nederlegging van een daartoe strekkende verklaring, ter inzage van een ieder, ten kantore van het handelsregister waar de rechtspersoon waarvoor de aansprakelijkstelling geschiedt, haar woonplaats heeft. De hoofdelijke aansprakelijkheid kan worden opgeheven door intrekking van deze verklaring; de intrekking geschiedt door nederlegging van een daartoe strekkende mededeling ter inzage van een ieder ten kantore van het handelsregister, bedoeld in de vorige zin. De opheffing van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon geldt niet voor schulden, voortvloeiende uit een rechtsverhouding tussen de rechtspersoon waarvoor de aansprakelijkstelling geschied is en een schuldeiser, welke is aangegaan voordat de rechtspersoon jegens die schuldeiser een beroep op intrekking van haar verklaring van mede-aansprakelijkheid kan doen.
6. De balans van een rechtspersoon waarop het derde lid van toepassing is, bevat in elk geval de som der vaste activa, de som der vlottende activa, het bedrag van het eigen vermogen, het bedrag van het vreemd vermogen op lange termijn en het bedrag van het vreemd vermogen op korte termijn. De winst- en verliesrekening bevat in elke geval de vermelding van het bedrijfsresultaat en van het saldo der overige baten en lasten.

De voornaamste wijziging was dat de consoliderende vennootschap zelf publicatieplichtig moest zijn om een publicatieplichtige vennootschap te kunnen vrijstellen. De groepsvrijstelling verhuisde enkele jaren later nog een keer. Vanaf 1 januari 1984 is de groepsvrijstelling terug te vinden in artikel 2:403 BW:[21]

Artikel 2:403 BW
1. Een tot een groep behorende rechtspersoon behoeft de jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van deze titel in te richten, mits:

21 *Stb.* 1983/663.

a. de balans in elk geval vermeldt de som van de vaste activa, de som van de vlottende activa, en het bedrag van het eigen vermogen, van de voorzieningen en van de schulden, en de winst- en verliesrekening in elk geval vermeldt het resultaat uit de gewone bedrijfsuitoefening en het saldo der overige baten en lasten, een en ander na belastingen;
b. de leden of aandeelhouders na de aanvang van het boekjaar en voor de vaststelling van de jaarrekening schriftelijk hebben verklaard met afwijking van de voorschriften in te stemmen;
c. de financiële gegevens van de rechtspersoon door een andere rechtspersoon of vennootschap zijn geconsolideerd in een geconsolideerde jaarrekening waarop krachtens het toepasselijke recht de verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen, richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (PbEU 2013, L 182) of een der beide richtlijnen van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen dan wel van verzekeringsondernemingen van toepassing is;
d. de geconsolideerde jaarrekening, voor zover niet gesteld of vertaald in het Nederlands, is gesteld of vertaald in het Frans, Duits of Engels;
e. de accountantsverklaring en het bestuursverslag, zijn gesteld of vertaald in de zelfde taal als de geconsolideerde jaarrekening;
f. de onder c bedoelde rechtspersoon of vennootschap schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden; en
g. de verklaringen, bedoeld in de onderdelen b en f zijn neergelegd ten kantore van het handelsregister alsmede, telkens binnen zes maanden na de balansdatum of binnen een maand na een geoorloofde latere openbaarmaking, de stukken of vertalingen, genoemd in de onderdelen d en e.
2. Zijn in de groep of het groepsdeel waarvan de gegevens in de geconsolideerde jaarrekening zijn opgenomen, de in lid 1 onder f bedoelde rechtspersoon of vennootschap en een andere nevengeschikt, dan is lid 1 slechts van toepassing, indien ook deze andere rechtspersoon of vennootschap een verklaring van aansprakelijkstelling heeft afgelegd; in dat geval zijn lid 1 onder g en artikel 404 van overeenkomstige toepassing.
3. Voor een rechtspersoon waarop lid 1 van toepassing is, gelden de artikelen 391 tot en met 394 niet.
4. Dit artikel is niet van toepassing op rechtspersonen als bedoeld in artikel 398 lid 7.

8.2.2 Artikel 2:403 in relatie tot het communautaire recht

8.2.2.1 Inleiding

Het historische verloop van het wetgevingsproces van de Nederlandse vrijstellingsregeling laat zien dat de Nederlandse wetgever zich slechts ten dele iets heeft

aangetrokken van de ontwikkelingen op het gebied van het communautaire recht.[22] Op Europees niveau werd in 1978 met de uitvaardiging van de Vierde Richtlijn[23] eveneens een vrijstellingsregeling geïntroduceerd.[24] Deze groepsvrijstelling op Europees niveau was nodig omdat de Eerste Richtlijn[25] en de Tweede Richtlijn[26] aan de lidstaten bepaalde verplichtingen oplegden ten aanzien van de openbaarmaking en bewaring van jaarrekeningen. In de Europese variant van de vrijstellingsregeling wordt dan ook specifiek naar deze richtlijnen verwezen. De bepalingen uit de Eerste Richtlijn waarvoor de vrijstelling moest gelden waren de volgende:

> Artikel 1
> De door deze richtlijn voorgeschreven coördinatiemaatregelen zijn van toepassing op de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften van de Lid-Staten die betrekking hebben op vennootschappen van de volgende rechtsvorm:
> (…)
> Ten aanzien van Nederland: de naamloze vennootschap, de commanditaire vennootschap op aandelen.
>
> Artikel 2
> 1. De Lid-Staten nemen de nodige maatregelen opdat de verplichte openbaarmaking betreffende vennootschappen tenminste plaatsvindt voor de volgende akten en gegevens:
> (…)
> f) de balans en de winst- en verliesrekening van elk boekjaar. In het document waarin de balans is opgenomen dient de identiteit te worden vermeld van de personen die krachtens de wet tot taak hebben deze te waarmerken. De verplichte toepassing van deze bepaling op de en artikel 1 vermelde vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid naar Duits, Belgisch, Frans, Italiaans en Luxemburgs recht, alsmede op de besloten naamloze vennootschap naar Nederlands recht wordt evenwel uitgesteld tot de tenuitvoerlegging van een richtlijn betreffende de coördinatie van de inhoud van balansen en winst- en verliesrekeningen en betreffende ontheffing van de verplichting tot volledige of gedeeltelijke openbaarmaking van deze stukken voor deze vennootschappen, voor zover het bedrag van hun balans beneden een in deze richtlijn vast te stellen hoogte blijft . De Raad zal deze richtlijn vaststellen binnen twee jaar volgende op het aannemen van onderhavige richtlijn;

22 HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677: op de staat rust op grond van art. 4 lid 3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, Rome 25 maart 1957 ('VWEU') en art. 288 derde volzin VWEU de plicht om Europese richtlijnen juist te implementeren. Het nalaten daarvan is onrechtmatig (HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, *NJ* 2016/166, *r.o.* 3.4.4).

23 Vierde Richtlijn (78/660/EEG) van de Raad van 25 juli 1978.

24 De groepsvrijstellingsregeling zou zijn opgenomen op aandringen van Nederland, zie Beckman in Assink e.a. 2015, par. 2.3.1.

25 Richtlijn 68/151/EEG van 9 maart 1968.

26 Richtlijn 77/91/EEG van 13 december 1976.

Artikel 3

1. In iedere Lid-Staat wordt hetzij bij een centraal register hetzij bij een handelsregister of vennootschapsregister voor elk der aldaar ingeschreven vennootschappen een dossier aangelegd.
2. Alle akten en alle gegevens die krachtens artikel 2 openbaar gemaakt dienen te worden, worden in het dossier opgenomen of ingeschreven in het register; de inhoud van het in het register ingeschrevene dient in elk geval uit het dossier te blijken.
3. Volledig of gedeeltelijk afschrift van elke in artikel 2 bedoelde akte of gegeven moet op schriftelijke aanvraag kunnen worden verkregen; de kosten van dit afschrift mogen de administratiekosten niet overschrijden.
4. De aldus toegezonden afschriften worden voor eensluidend afschrift gewaarmerkt, tenzij de aanvrager te kennen geeft hierop geen prijs te stellen.
5. De in lid 2 bedoelde akten en gegevens worden in het door de Lid-Staat aangewezen nationale publikatieblad bekend gemaakt, hetzij in hun geheel of in uittreksel, hetzij door een mededeling omtrent het opnemen van het document in het dossier of de inschrijving daarvan in het register.
6. De akten en gegevens kunnen door de vennootschap niet dan na de in lid 4 bedoelde bekendmaking aan derden worden tegengeworpen, tenzij de vennootschap aantoont dat deze derden er kennis van droegen; evenwel kunnen deze akten en gegevens met betrekking tot handelingen die zijn verricht v}}r de zestiende dag volgende op die van deze bekendmaking niet worden tegengeworpen aan derden, die aantonen dat zij er onmogelijk kennis van hebben kunnen dragen.
7. De Lid-Staten nemen de nodige maatregelen om elke tegenstrijdigheid te vermijden tussen de inhoud van de in de pers gepubliceerde tekst en die van het register of van het dossier .
8. Ingeval van tegenstrijdigheid echter, kan de in de pers gepubliceerde tekst niet aan derden worden tegengeworpen; dezen kunnen er zich echter wel op beroepen, tenzij de vennootschap aantoont dat zij kennis droegen van de in het dossier opgenomen of in het register ingeschreven tekst.
9. Derden kunnen zich bovendien steeds beroepen op akten of gegevens ten aanzien waarvan de formaliteiten van openbaarmaking nog niet zijn vervuld, tenzij het nalaten van de openbaarmaking leze van rechtsgevolgen berooft.

In de Tweede Richtlijn[27] inzake het kapitaal van een rechtspersoon is ten slotte ook nog een verplichting opgenomen die ziet op de jaarstukken:

Artikel 22

(…)

2. Wanneer de wetgeving van een Lid-Staat aan vennootschappen toestaat eigen aandelen te verkrijgen, hetzij zelf, hetzij via een persoon die in eigen naam maar voor rekening van de vennootschap handelt, eist zij dat het jaarverslag ten minste vermeldt:
a) de redenen van de verkrijgingen gedurende het boekjaar;
b) het aantal en de nominale waarde of, bij gebreke hiervan, de fractiewaarde van de gedurende het boekjaar verkregen en vervreemde aandelen, alsmede het gedeelte van het geplaatste kapitaal dat deze vertegenwoordigen;

27 Richtlijn 77/91/EEG van 13 december 1976.

c) in geval van verkrijging of vervreemding onder bezwarende titel : de waarde van de vergoeding;
d) het aantal en de nominale waarde of, bij gebreke hiervan, de fractiewaarde van alle aandelen die de vennootschap heeft verkregen en in portefeuille houdt, alsmede het gedeelte van het geplaatste kapitaal dat deze vertegenwoordigen.

De Europese variant van de vrijstellingsregeling heeft door de jaren heen een ontwikkeling doorgemaakt. De allereerste Europese variant was terug te vinden in artikel 57 van de Vierde Richtlijn van 1978. Met artikel 43 van de Zevende Richtlijn van 1983 werd artikel 57 van de Vierde Richtlijn licht gewijzigd. De meest recente versie van de Europese vrijstellingsregeling is terug te vinden in artikel 37 van de Europese Richtlijn Jaarrekening van 2013. Deze bepaling heeft haar voorgangers vervangen.

8.2.2.2 Artikel 57 van de Vierde Richtlijn

Vanaf 1978 gold artikel 57 van de Vierde Richtlijn. Deze richtlijn is in acht authentieke talen verschenen, namelijk: Deens, Duits, Engels, Frans, Italiaans, Nederlands, IJslands en Noors.[28] Aangezien maar enkele lidstaten de groepsvrijstellingsregeling in hun nationale wetgeving hebben geïmplementeerd, is het slechts relevant om te kijken naar de Nederlandse, Duitse, Engelse en Franse tekst.

De authentieke Nederlandse tekst van artikel 57, waarmee een vennootschap een vrijstelling kan verkrijgen om haar jaarrekening op te stellen en te publiceren, luidt als volgt:[29]

Artikel 57
1. Totdat een richtlijn van de Raad inzake geconsolideerde rekeningen van kracht wordt, en onverminderd het bepaalde in de Richtlijnen 68/151/EEG en 77/91/EEG, behoeven de Lid-Staten de voorschriften van deze richtlijn betreffende de inhoud, de controle en de openbaarmaking van de jaarrekening niet toe te "passen op onder hun nationale recht vallende afhankelijke vennootschappen van een concern, indien aan de volgende voorwaarden is voldaan;
a) de beheersende vennootschap valt onder het recht van een Lid-Staat;
b) alle aandeelhouders of deelnemers van de afhankelijke vennootschap hebben zich akkoord verklaard met de bovengenoemde ontheffing; deze verklaring is voor ieder boekjaar vereist;

28 Zie: eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/ALL/?uri=CELEX:31978L0660.

29 De bepaling vereist niet – zoals de Nederlandse regeling – dat de dochtervennootschap nog wel een summiere jaarrekening opstelt. Wanneer een dochtervennootschap zelf consolidatieplichtig is, vervalt niet haar verplichting om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen en te publiceren. De vrijstelling geldt alleen voor de eigen enkelvoudige jaarrekening van de dochtervennootschap. De Zevende Richtlijn kent wel andere vrijstellingen voor de geconsolideerde jaarrekening zoals de vrijstelling in geval van de verwaarloosbare kleine consolidatiekring, optioneel middelgrote consolidatiekring, tussenhoudstervrijstellingen voor ten minste 90%-dochterondernemingen en optionele tussenhoudstervrijstellingen.

c) de beheersende vennootschap heeft zich garant verklaard voor de door de afhankelijke vennootschap aangegane verplichtingen;
d) de verklaringen sub b) en c) worden overeenkomstig artikel 47, lid 1, eerste alinea, door de afhankelijke vennootschap openbaar gemaakt;
e) de jaarrekening van de afhankelijke vennootschap wordt in de concernjaarrekening geconsolideerd;
f) de ontheffing met betrekking tot de inhoud, de controle en de openbaarmaking van de jaarrekening van de afhankelijke vennootschap wordt vermeld in de toelichting op de concernjaarrekening.
2. Het bepaalde in de artikelen 47 en 51 is van toepassing op de concernjaarrekening.
3. Het bepaalde in de artikelen 2 tot en met 46 is, voor zover mogelijk, van toepassing op de concernjaarrekening.

De authentieke Engelse tekst van artikel 57 luidt als volgt:

Article 57
1. Until the entry into force of a Council Directive on consolidated accounts, and without prejudice to the provisions of Directives 68/ 151/EEC and 77/91 /EEC, the Member States need not apply to the dependent companies of any group governed by their national laws the provisions of this Directive concerning the content, auditing and publication of the annual accounts of such dependent companies where the following conditions are fulfilled:
a) the dominant company must be subject to the laws of a Member State;
b) all shareholders or members of the dependent company must have declared their agreement to the exemption from such obligation; this declaration must be made in respect of every financial year;
c) the dominant company must have declared that it guarantees the commitments entered into by the dependent company;
d) the declarations referred to in (b) and (c) must be published by the dependent company in accordance with the first subparagraph of Article 47 (1);
e) the annual accounts of the dependent company must be consolidated in the group's annual accounts;
f) the exemption concerning the preparation, auditing and publication of the annual accounts of the dependent company must be disclosed in the notes on the group's annual accounts.
2. Articles 47 and 51 shall apply to the group's annual accounts.
3. Articles 2 to 46 shall apply as far as possible to the group's annual accounts.

De authentieke Duitse tekst van artikel 57 luidt als volgt:

Artikel 57
1. Bis zum Inkrafttreten der Richtlinie des Rates über den Konzernabschluß brauchen die Mitgliedstaaten unbeschadet der Richtlinien 68/151/EWG und 77/91/EWG die Bestimmungen dieser Richtlinie über den Inhalt, die Prüfung und die Offenlegung des Jahresabschlusses dieser abhängigen Gesellschaften nicht auf abhängige Gesellschaften eines Konzerns, die ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften unterliegen, anzuwenden, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:
a) Die herrschende Gesellschaft unterliegt den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates;

b) alle Aktionäre oder Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft haben sich mit der oben bezeichneten Befreiung einverstanden erklärt; diese Erklärung muß für jedes Geschäftsjahr abgegeben werden;
c) die herrschende Gesellschaft hat sich bereit erklärt, für die von der abhängigen Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen einzustehen;
d) die Erklärungen nach den Buchstaben b) und c) sind gemäß Artikel 47 Absatz 1 Unterabsatz 1 für die abhängige Gesellschaft offenzulegen;
e) der Jahresabschluß der abhängigen Gesellschaft wird in den Jahresabschluß des Konzerns einbezogen;
f) die aufgrund dieser Richtlinie erfolgende Befreiung betreffend den Inhalt, die Prüfung und die Offenlegung des Jahresabschlusses der abhängigen Gesellschaft wird im Anhang des Jahresabschlusses des Konzerns vermerkt.
2. Die Artikel 47 und 51 sind auf den Jahresabschluß des Konzerns anzuwenden.
3. Die Artikel 2 bis 46 sind soweit wie möglich auf den Jahresabschluß des Konzerns anzuwenden.

De authentieke Franse tekst van artikel 57 luidt als volgt:

Article 57
1. Jusqu' à l'entrée en vigueur d'une directive du Conseil concernant les comptes consolidés et sans préjudice des directives 68/ 151 /CEE et 77/91/CEE, les États membres peuvent ne pas appliquer aux sociétés dépendantes d'un groupe qui relèvent de leur droit national les dispositions de la présente directive relatives au contenu, au contrôle ainsi qu'à la publicité des comptes annuels de ces sociétés dépendantes si les conditions suivantes sont remplies:
a) la société dominante relève du droit d'un État membre;
b) tous les actionnaires ou associés de la société dépendante se sont déclarés d'accord sur l'exemption indiquée ci-dessus; cette déclaration est requise pour chaque exercice;
c) la société dominante s'est déclarée garante des engagements pris par la société dépendante;
d) les déclarations visées sous b) et c) font l'objet d'une publicité de la part de la société dépendante, conformément à l'article 47 paragraphe 1 premier alinéa;
e) les comptes annuels de la société dépendante sont consolidés dans les comptes annuels du groupe;
f) l'exemption visant le contenu, le contrôle et la publicité des comptes annuels de la société dépendante est mentionnée dans l'annexe des comptes annuels du groupe.
2. Les articles 47 et 51 sont applicables aux comptes annuels du groupe.
3. Les articles 2 à 46 sont applicables dans toute la mesure du possible aux comptes annuels du groupe.

Een nadere bestudering van deze verschillende authentieke varianten leert dat er verschillen bestaan tussen de authentieke versies. Gezien het bestek van het onderzoek, zal ik mij beperken tot de verschillen die bestaan ten aanzien van de verlangde alternatieve waarborg. Daartussen zit weinig verschil. De Duitse variant is de enige bepaling die niet spreekt over 'garant verklaren' maar van 'in staan voor';

"de beheersende vennootschap heeft zich garant verklaard voor de door de afhankelijke vennootschap aangegane verplichtingen;

the dominant company must have declared that it guarantees the commitments entered into by the dependent company;

die herrschende Gesellschaft hat sich bereit erklärt, für die von der abhängigen Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen einzustehen;

la société dominante s'est déclarée garante des engagements pris par la société dépendante;"

8.2.2.3 Artikel 43 van de Zevende Richtlijn

Op 13 juni 1983 werd de Zevende Richtlijn uitgevaardigd. De Zevende richtlijn bevatte een artikel waarbij artikel 57 van de Vierde Richtlijn werd gewijzigd. De authentieke Nederlandse tekst van artikel 43 van de Zevende Richtlijn luidt als volgt:

Artikel 43
Artikel 57 van Richtlijn 78/660/EEG wordt als volgt gelezen:

" Artikel 57
Onverminderd de Richtlijnen 68/151/EEG en 77/91/EEG, behoeven de Lid-Staten de voorschriften van deze richtlijn betreffende de inhoud, de controle en de openbaarmaking van de jaarrekening niet toe te passen op onder hun nationale recht vallende vennootschappen die dochteronderneming zijn in de zin van Richtlijn 83/349/EEG, indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:
a) de moederonderneming valt onder het recht van een Lid-Staat;
b) alle aandeelhouders van de dochteronderneming hebben zich akkoord verklaard met de bovengenoemde vrijstelling; deze verklaring is voor ieder boekjaar vereist;
c) de moederonderneming heeft zich garant verklaard voor de door de dochteronderneming aangegane verplichtingen;
d) de verklaringen sub b) en c) worden door de dochteronderneming openbaar gemaakt op de wijze die in de wetgeving van de Lid-Staat overeenkomstig artikel 3 van Richtlijn 68/151/EEG is voorgeschreven;
e) de dochteronderneming wordt opgenomen in de geconsolideerde jaarrekening die door de moederonderneming overeenkomstig Richtlijn 83/349/EEG wordt opgesteld;
f) van de sub b) bedoelde vrijstelling wordt melding gemaakt in de toelichting op de door de moederonderneming opgestelde geconsolideerde jaarrekening;
g) de sub e) bedoelde geconsolideerde jaarrekening, het geconsolideerde jaarverslag en het verslag van de met de controle van deze jaarrekening belaste persoon worden door de dochteronderneming openbaar gemaakt op de wijze die in de wetgeving van de Lid-Staat overeenkomstig artikel 3 van Richtlijn 68/151/EEG is voorgeschreven.".

De authentieke Engelse tekst van artikel 43 van de Zevende Richtlijn luidt als volgt:

Article 43
The following shall be substituted for Article 57 of Directive 78 / 660 / EEC:

"Article 57
Notwithstanding the provisions of Directives 68 / 151 / EEC and 77 / 91 / EEC, a Member State need not apply the provisions of this Directive concerning the content, auditing and publication of annual accounts to companies governed by their national laws which are subsidiary undertakings, as defined in Directive 83 / 349 / EEC, where the following conditions are fulfilled:
a) the parent undertaking must be subject to the laws of a Member State;
b) all shareholders or members of the subsidiary undertaking must have declared their agreement to the exemption from such obligation; this declaration must be made in respect of every financial year;
c) the parent undertaking must have declared that it guarantees the commitments entered into by the subsidiary undertaking;
d) the declarations referred to in (b) and (c) must be published by the subsidiary undertaking as laid down by the laws of the Member State in accordance with Article 3 of Directive 68 / 151 / EEC;
e) the subsidiary undertaking must be included in the consolidated accounts drawn up by the parent undertaking in accordance with Directive 83/349/EEC;
f) the above exemption must be disclosed in the notes on the consolidated accounts drawn up by the parent undertaking;
g) the consolidated accounts referred to in (e), the consolidated annual report, and the report by the person responsible for auditing those accounts must be published for the subsidiary undertaking as laid down by the laws of the Member State in accordance with Article 3 of Directive 68/151/EEC.".

De authentieke Duitse tekst van artikel 43 van de Zevende Richtlijn luidt als volgt:

Artikel 43
Artikel 57 der Richtlinie 78 /660/ EWG erhält folgende Fassung:
„Artikel 57
Unbeschadet der Richtlinien 68/151/EWG und 77/91/EWG brauchen die Mitgliedstaaten die Bestimmungen der vorliegenden Richtlinie über den Inhalt, die Prüfung und die Offenlegung des Jahresabschlusses nicht auf Gesellschaften anzuwenden, die ihrem Recht unterliegen und Tochterunternehmen im Sinne der Richtlinie 83/349/EWG sind, sofern folgende
Voraussetzungen erfüllt sind:
a) das Mutterunternehmen unterliegt dem Recht eines Mitgliedstaats;
b) alle Aktionäre oder Gesellschafter des Tochterunternehmens haben sich mit der bezeichneten Befreiung einverstanden erklärt; diese Erklärung muß für jedes Geschäftsjahr abgegeben werden;
c) das Mutterunternehmen hat sich bereit erklärt, für die von dem Tochterunternehmen eingegangenen Verpflichtungen einzustehen;
d) die Erklärungen nach Buchstaben b) und c) sind nach den in den Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten vorgesehenen Verfahren gemäß Artikel 3 der Richtlinie 68 / 151 / EWG offenzulegen;
e) das Tochterunternehmen ist in den von dem Mutterunternehmen nach der Richtlinie 83/349/EWG aufgestellten konsolidierten Jahresabschluß einbezogen;
f) die bezeichnete Befreiung wird im Anhang des von dem Mutterunternehmen aufgestellten konsolidierten Abschlusses angegeben;

g) der unter Buchstabe e) bezeichnete konsolidierte Abschluß, der konsolidierte Lagebericht sowie der Bericht der mit der Prüfung beauftragten Person werden für das Tochterunternehmen nach den in den Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten vorgesehenen Verfahren gemäß Artikel 3 der Richtlinie 68/151/EWG offengelegt."

De authentieke Franse tekst van artikel 43 van de Zevende Richtlijn luidt als volgt:

Article 43
L'article 57 de la directive 78 / 660 / CEE est remplacé par les dispositions suivantes:

«Article 57
Sans préjudice des directives 68 / 151 / CEE et 77/91/CEE, les États membres peuvent ne pas appliquer aux sociétés relevant de leur droit national qui sont des entreprises filiales au sens de la directive 83/349/CEE les dispositions de la présente directive relatives au contenu, au contrôle ainsi qu'à la publicité des comptes annuels si les conditions suivantes sont remplies:
a) l'entreprise mère relève du droit d'un État membre;
b) tous les actionnaires ou associés de l'entreprise filiale se sont déclarés d'accord sur l'exemption indiquée ci-avant; cette déclaration est requise pour chaque exercice;
c) l'entreprise mère s'est déclarée garante des engagements pris par l'entreprise filiale;
d) les déclarations visées aux points b) et c) font l'objet d'une publicité de la part de l'entreprise filiale selon les modes prévus par la législation de l'Etat membre conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE;
e) l'entreprise filiale est incluse dans les comptes consolidés établis par l'entreprise mère conformément à la directive 83/349/CEE;
f) l'exemption indiquée ci-avant est mentionnée dans l'annexe des comptes consolidés établis par l'entreprise mère;
g) les comptes consolidés visés au point e), le rapport consolidé de gestion et le rapport de la personne chargée du contrôle de ces comptes font l'objet d'une publicité de la part de l'entreprise filiale selon les modes prévus par la législation de l'État membre conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE.»

In 1993 werd in aanvulling hierop bepaald dat de groepsvrijstelling ook mag worden toegepast op partnerships.[30]

Met de invoering van artikel 57 Zevende Richtlijn werd een aantal begrippen van artikel 43 Vierde Richtlijn gewijzigd. Het begrip *beheersende vennootschap* werd gewijzigd in *moederonderneming*, het begrip *afhankelijke vennootschap* werd gewijzigd in *dochteronderneming* en het begrip *concernjaarrekening* werd gewijzigd in *geconsolideerde jaarrekening*. Het begrip *concern* is uit de bepaling geschrapt. De Nederlandse groepsvrijstellingsregeling was bij de invoering van artikel 57 Zevende Richtlijn opgenomen in artikel 2:343 BW en verhuisde een jaar later naar artikel 2:403 BW. De Nederlandse regeling hield het bij groepsrelatie, in plaats van een moeder-dochterrelatie. De terminologie garant verklaren voor aangegane

30 Regulation 16 sub 2 van de European Communities Regulations 1993.

verplichtingen bleef onveranderd. De Nederlandse wetgever hield het bij hoofdelijke aansprakelijkheid voor uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden.

8.2.2.4 Artikel 37 van de Jaarrekeningenrichtlijn

In 2013 werd de groepsvrijstellingsregeling gewijzigd door artikel 37 van de Jaarrekeningenrichtlijn. De authentieke Nederlandse tekst van artikel 37 van de Jaarrekeningenrichtlijn luidt als volgt:

> Artikel 37
> Vrijstelling voor dochterondernemingen
>
> Niettegenstaande het bepaalde in Richtlijnen 2009/101/EG en 2012/30/EU is een lidstaat niet gehouden de voorschriften van deze richtlijn betreffende de inhoud, de controle en de openbaarmaking van de jaarlijkse financiële overzichten en het bestuursverslag toe te passen op onder zijn nationale recht vallende ondernemingen die een dochteronderneming zijn, indien de volgende voorwaarden vervuld zijn:
> (1) de moederonderneming valt onder het recht van een lidstaat;
> (2) alle aandeelhouders of vennoten van de dochteronderneming hebben zich, met betrekking tot elk boekjaar waarin de vrijstelling wordt toegepast, akkoord verklaard met de vrijstelling van dergelijke verplichting;
> (3) de moederonderneming heeft zich garant verklaard voor de door de dochteronderneming aangegane verplichtingen;
> (4) de in de punten 2) en 3) bedoelde verklaringen worden door de dochteronderneming openbaar gemaakt op de wijze die in de wetgeving van de lidstaat overeenkomstig hoofdstuk 2 van Richtlijn 2009/101/EG is vastgesteld;
> (5) de dochteronderneming is opgenomen in de geconsolideerde financiële overzichten die door de moederonderneming overeenkomstig deze richtlijn worden opgesteld;
> (6) van de vrijstelling wordt melding gemaakt in de toelichting bij de door de moederonderneming opgestelde geconsolideerde financiële overzichten; en
> (7) de in punt 5) van dit artikel bedoelde geconsolideerde financiële overzichten, het geconsolideerde bestuursverslag en de controleverklaring worden door de dochteronderneming openbaar gemaakt op de wijze die in de wetgeving van de lidstaat overeenkomstig hoofdstuk 2 van Richtlijn 2009/101/EG is vastgesteld.

De authentieke Engelse tekst van artikel 37 van de Jaarrekeningenrichtlijn luidt als volgt:

> Article 37
> Exemption for subsidiary undertakings
>
> Notwithstanding the provisions of Directives 2009/101/EC and 2012/30/EU, a Member State shall not be required to apply the provisions of this Directive concerning the content, auditing and publication of the annual financial statements and the management report to undertakings governed by their national laws which are subsidiary undertakings, where the following conditions are fulfilled:
> (1) the parent undertaking is subject to the laws of a Member State;

(2) all shareholders or members of the subsidiary undertaking have, in respect of each financial year in which the exemption is applied, declared their agreement to the exemption from such obligation;
(3) the parent undertaking has declared that it guarantees the commitments entered into by the subsidiary undertaking;
(4) the declarations referred to in points (2) and (3) of this Article are published by the subsidiary undertaking as laid down by the laws of the Member State in accordance with Chapter 2 of Directive 2009/101/EC;
(5) the subsidiary undertaking is included in the consolidated financial statements drawn up by the parent undertaking in accordance with this Directive;
(6) the exemption is disclosed in the notes to the consolidated financial statements drawn up by the parent undertaking; and
(7) the consolidated financial statements referred to in point (5) of this Article, the consolidated management report, and the audit report are published for the subsidiary undertaking as laid down by the laws of the Member State in accordance with Chapter 2 of Directive 2009/101/EC.

De authentieke Duitse tekst van artikel 37 van de Jaarrekeningenrichtlijn luidt als volgt:

Artikel 37
Befreiung für Tochterunternehmen

Ungeachtet der Richtlinien 2009/101/EG und 2012/30/EU brauchen die Mitgliedstaaten die Bestimmungen der vorliegenden Richtlinie über den Inhalt, die Prüfung und die Offenlegung des Jahresabschlusses sowie den Lagebericht nicht auf Unternehmen anwenden, die ihrem Recht unterliegen und Tochterunternehmen sind, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:
(1) das Mutterunternehmen unterliegt dem Recht eines Mitgliedstaats;
(2) alle Aktionäre oder Gesellschafter des Tochterunternehmens haben sich in Bezug auf jedes Geschäftsjahr, in dem die Befreiung Anwendung findet, mit der bezeichneten Befreiung einverstanden erklärt;
(3) das Mutterunternehmen hat sich bereit erklärt, für die von dem Tochterunternehmen eingegangenen Verpflichtungen einzustehen;
(4) die Erklärungen nach den Nummern 2 und 3 dieses Artikels sind nach den in den Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten vorgesehenen Verfahren gemäß Kapitel 2 der Richtlinie 2009/101/EWG offenzulegen;
(5) das Tochterunternehmen ist in den von dem Mutterunternehmen nach dieser Richtlinie aufgestellten konsolidierten Abschluss einbezogen;
(6) die Befreiung wird im Anhang des vom Mutterunternehmen aufgestellten konsolidierten Abschlusses angegeben, und
(7) der konsolidierte Abschluss nach Nummer 5 dieses Artikels, der konsolidierte Lagebericht sowie der Bestätigungsvermerk sind für das Tochterunternehmen nach den in den Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten vorgesehenen Verfahren gemäß Kapitel 2 der Richtlinie 2009/101/EG offenzulegen.

De authentieke Franse tekst van artikel 37 van de Jaarrekeningenrichtlijn luidt als volgt:

Article 37
Exemption pour les entreprises filiales

Sans préjudice des dispositions des directives 2009/101/CE et 2012/30/UE, les États membres ne sont pas tenus d'appliquer aux entreprises relevant de leur droit national qui sont des entreprises filiales les dispositions de la présente directive relatives au contenu, au contrôle ainsi qu'à la publication des états financiers annuels et du rapport de gestion si les conditions suivantes sont remplies:
(1) l'entreprise mère relève du droit d'un État membre;
(2) tous les actionnaires ou associés de l'entreprise filiale ont, pour chaque exercice où l'exemption s'applique, fait part de leur accord sur l'exemption de cette obligation;
(3) l'entreprise mère s'est déclarée garante des engagements pris par l'entreprise filiale;
(4) les déclarations visées aux points 2) et 3) du présent article sont publiées par l'entreprise filiale selon les modalités prévues par la législation de l'État membre conformément au chapitre 2 de la directive 2009/101/CE;
(5) l'entreprise filiale figure dans les états financiers consolidés établis par l'entreprise mère conformément à la présente directive;
(6) l'exemption est mentionnée dans l'annexe aux états financiers consolidés établis par l'entreprise mère; et
(7) les états financiers consolidés visés au point 5) du présent article, le rapport consolidé de gestion et le rapport d'audit sont publiés pour l'entreprise filiale selon les modalités prévues par la législation de l'État membre conformément au chapitre 2 de la directive 2009/101/CE.

Deze tekst wijkt niet veel af van de tekst zoals die tot stand was gekomen in de Vierde Richtlijn en de Zevende Richtlijn. Nieuw is dat het bestuursverslag in de Jaarrekeningenrichtlijn ook wordt genoemd en dat de vrijstelling nu ook daarvoor geldt.

8.2.2.5 Opmerkingen ten aanzien van de Europese regeling

Aan de lidstaten wordt veel ruimte gelaten ten aanzien van de nadere inkleding van de garantstelling die van de moedervennootschap wordt verlangd. 'Garant verklaren' of 'instaan voor' zijn geen nader in de Europese regelingen of Nederlandse wet geregelde rechtsfiguren. Garant staan voor de nakoming van een verbintenis kan op verschillende manieren.

De richtlijn is niet helder over de reikwijdte van een garantie. Over de temporele reikwijdte zegt de Europese regeling niets. De materiële reikwijdte wijkt duidelijk af. De Nederlandse regeling heeft het over *uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden* en de Europese regeling heeft het over *aangegane verplichtingen*. Het aangaan van verplichtingen zal meestal bij rechtshandeling geschieden terwijl het verrichten van rechtshandelingen lang niet altijd het aangaan van verplichtingen inhoudt. Daarmee lijkt mij de materiële reikwijdte van de Nederlandse regeling ruimer dan die van de Europese.

Overeenkomstig de Nederlandse regeling dient bij de Europese regeling jaarlijks over de toepassing ervan te worden besloten.[31] De verplichting om jaarlijks een jaarrekening op te stellen en te publiceren, bestaat ieder jaar opnieuw en ieder jaar zal opnieuw moeten worden besloten of de vrijstelling wordt toegepast. Het gaat dan om de instemming die de aandeelhouders van de vrij te stellen vennootschap dienen te geven. De aansprakelijkheidsverklaring kan eenmalig worden afgegeven en voor een onbepaald aantal jaren gelden. Volgens Beckman betekent dit dat "de garantverklaring elk boekjaar opnieuw kan worden afgelegd en gedeponeerd, maar ook volstaan kan worden met een meerjarige verklaring, zoals 'tot en met boekjaar x of tot herroeping'. Die mogelijkheid biedt de communautaire regeling."[32]

In het onderdeel van de regeling waar de garantstelling is geregeld, komt de temporele reikwijdte niet tot uitdrukking. De moedervennootschap moet zich garant verklaren voor door de dochter aangegane verplichtingen. Daarin is geen beperking in tijd terug te vinden. Dient de garantverklaring ook te zien op verplichtingen uit het verleden? Dient te garantverklaring ook alle toekomstige verplichtingen uit duurovereenkomsten te dekken die in een jaar zijn aangegaan waarin de vrijstelling werd toegepast? De Europese regeling zwijgt hierover. Maar een letterlijke lezing van de tekst "the parent undertaking has declared that it guarantees the commitments entered into by the subsidiary undertaking" leidt mijn inziens tot de conclusie dat geen beperking in tijd is toegestaan. Zoals in de volgende paragraaf zal worden besproken, hoeft de Europese regeling niet letterlijk te worden overgenomen en is er ruimte voor de nationale wetgever om een eigen invulling aan de regeling te geven. Maar de regeling moet wel voldoen aan de minimumvereisten die de Europese richtlijn stelt. Wordt niet aan de minimumvereisten voldaan, dan wordt in strijd met het Europese recht geen jaarrekening gepubliceerd. Nass concludeert in haar bespreking van de unitaire regeling:[33]

> "Om die reden acht ik in de 403-verklaring opgenomen bijzondere clausules die bewerkstelligen dat het dekkingsbereik minder wordt dan het door genoemde gewenste minimum, niet aanvaardbaar."

Een beëindigingsregeling voor overblijvende aansprakelijkheid kent de Europese regeling in het geheel niet. Dat betekent in principe dat een moedervennootschap nooit meer van de aansprakelijkheid voor schulden van de dochtervennootschap af zou kunnen komen. De vraag is of dit werkbaar is. De praktijk van fusies en overnames lijkt daarmee te worden miskend. Dochtervennootschappen blijven niet voor altijd tot dezelfde groep behoren en in dat kader is het logisch dat een moedervennootschap op een gegeven moment van de aansprakelijkheid voor schulden van een dochtervennootschap, die al lang het concern heeft verlaten, af kan komen.

31 Beckman geeft aan dat uit de algehele Europese regeling blijkt dat het toepassen daarvan een jaarlijkse aangelegenheid is, zie Beckman 1995.

32 Beckman 1995.

33 Nass 2019, p. 243.

De Nederlandse regeling wijkt op een aantal punten af van de Europese regeling. De belangrijkste verschillen zijn de volgende:
- de Europese vrijstellingsregeling geldt slechts voor dochtermaatschappijen; de Nederlandse regeling geldt voor groepsmaatschappijen en heeft daarmee mogelijk een ruimer bereik;
- de Europese regeling verlangt een garantstelling van de moedermaatschappij voor door de dochter aangegane verplichtingen; op basis van de Nederlandse regeling dient de moedermaatschappij zich onbeperkt en ongeclausuleerd hoofdelijke aansprakelijkheid te stellen voor schulden van de dochtermaatschappij die voortvloeien uit rechtshandelingen;
- de Europese regeling kent geen mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen zoals de Nederlandse regeling die kent.

Wat de Nederlandse en de Europese vrijstellingsregelingen gemeenschappelijk hebben, is dat beide regelingen geen duidelijkheid scheppen over de temporele reikwijdte van de door de moedervennootschap te verstrekken zekerheid.

8.2.2.6 Communautair recht verplicht niet tot hoofdelijke aansprakelijkheid

Uit voorgaande paragraaf blijkt reeds dat in de Europese richtlijnen nooit het begrip hoofdelijke aansprakelijkheid voor is gekomen. De Europese regeling schrijft voor: "the parent undertaking has declared that it guarantees the commitments entered into by the subsidiary undertaking." De Nederlandse wetgever heeft voor hoofdelijke aansprakelijkheid gekozen. Dat lijkt strijdig te zijn met het Europese recht. Maar de Nederlandse wetgever is vrij in deze keuze. Daaromtrent overwoog de Hoge Raad:[34]

> "De omstandigheid dat de Europese richtlijnen die aan art. 2:403 BW ten grondslag liggen niet spreken van hoofdelijke aansprakelijkheid, maar van het stellen van een garantie, leidt niet tot een ander oordeel. Daargelaten of juist is dat met de term 'garantie' een borgtocht is bedoeld, die Europese richtlijnen geven slechts minimumvoorschriften en laten aan de nationale wetgever ruimte voor een verder strekkende aansprakelijkheid (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.9). Blijkens art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om de in de Europese richtlijnen bedoelde garantie uit te werken in een vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid."

De Advocaat-Generaal heeft in dit verband het volgende overwogen:[35]

> "Ook het feit dat in de Europese richtlijnen, die aan artikel 2:403 BW ten grondslag liggen, gerept wordt van 'garantiestelling' noopt niet een concreet afgelegde 403-verklaring, die niet meer inhoudt dan een aanvaarding van hoofdelijke aansprakelijkheid als

34 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, *r.o.* 3.6.3.
35 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:48, *r.o.* 2.9.

> zodanig, op te vatten als een verklaring waarmee de betrokken moedermaatschappij beoogt zich borg te stellen voor schulden van een vrijgestelde groepsmaatschappij. In de eerste plaats is een garantiestelling niet zonder meer gelijk te stellen met een borgstelling. Dit geldt in het bijzonder niet voor een 'abstracte garantie'. Verder laten de Europese richtlijnen toe dat de nationale wetgever aan de 'garantiestelling' invulling geeft in de vorm van hoofdelijke verbondenheid als bedoeld in afdeling 2 van boek 6 BW. Zoals aan het slot van voetnoot 2 vermeld, geven de richtlijnen immers minimumvoorschriften."

Het doel van de richtlijnen is om de regels omtrent de jaarverslaggeving te harmoniseren. De richtlijnen zijn niet bindend. Ze hoeven niet geïmplementeerd te worden. Zo geldt dat elke lidstaat de vrije keuze heeft om al dan niet een vrijstellingsregeling in de nationale wetgeving op te nemen.

Wanneer implementatie plaatsvindt, heeft de nationale wetgever in principe de ruimte om een eigen invulling te geven aan de bepalingen die in richtlijnen zijn opgenomen. Een richtlijn of een bepaling daaruit kan letterlijk in de nationale wetgeving worden opgenomen. Maar dat hoeft niet. De Nederlandse wetgever implementeert richtlijnen door deze om te zetten in eigen nationale wetgeving. Hierbij neemt de Nederlandse wetgever niet de letterlijke tekst van de richtlijn over maar zij maakt haar eigen bepalingen. Deze werkwijze ontmoet kritiek.[36] Worden richtlijnen omgezet in nationale wetgeving, dan is wel vereist dat nationale wetten voldoen aan de minimumvereisten die de Europese richtlijn stelt.

De vrijheid van een nationale wetgever om de Europese regeling te implementeren op een wijze die de nationale wetgever geschikt acht, is wenselijk. Wanneer naar de groepsvrijstellingsregeling wordt gekeken, wordt duidelijk waarom. De Europese richtlijn verlangt een garantstelling. De garantstelling is een rechtsfiguur die in het Nederlandse recht niet nader in de wet is geregeld. Wanneer de Europese regelingen één op één over zouden moeten worden genomen, zou dat ertoe kunnen leiden dat het nationale recht geconfronteerd wordt met rechtsfiguren die niet goed in het nationale vermogensrecht zijn in te passen. De term 'garantie' is niet nader geregeld in het Nederlandse recht en is dusdanig breed dat deze niet geschikt is om op te nemen in een wettelijke regeling die schuldeisers een bepaald minimum aan zekerheid moet bieden. De vraag die dient te worden beantwoord, is of het gekozen alternatief schuldeisers die bescherming biedt die zij op basis van de Europese regeling minimaal mogen verlangen. Het overnemen van de exacte tekst van de Europese richtlijn lijkt mij geen goed idee. Wanneer het vermogensrecht geharmoniseerd zou zijn en er bijvoorbeeld sprake zou zijn van een Europees Burgerlijk Wetboek, dan zouden Europese regels zoals de groepsvrijstellingsregeling volledig geharmoniseerd kunnen worden. Nu zouden de discrepanties tussen regels op Europees niveau en nationaalrechtelijke systemen tot problemen leiden. De

36 Zie bijvoorbeeld Hesselink 2006, p. 279-305.

stelling van Beckman dat de aansprakelijkstelling (ik meen dat hij de aansprakelijkheidsverklaring bedoelt) meer in lijn moet worden gebracht deel ik niet:[37]

> "Omdat thans bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel tot aanpassing van titel 9 Boek 2 BW aan de EU-richtlijn jaarrekeningen aanhangig is, is er nu het geëigende moment om tevens de regeling van art. 2:403 BW aan te passen waardoor de inhoud ervan meer overeenkomt met het daarover bepaalde in die richtlijn onder gelijktijdige opheffing van de vele aan art. 2:403 BW verbonden uit de doctrine en jurisprudentie blijkende onduidelijkheden. Daarin zou de aansprakelijkstelling ook meer in lijn met de andere lidstaten kunnen worden gebracht."

De aansprakelijkheidsverklaring is een typisch vermogensrechtelijk element van de vrijstellingsregeling. Waar jaarrekeningrechtelijke componenten zich mogelijk wel lenen voor harmonisatie, geldt dit niet voor vermogensrechtelijke elementen die dienen te worden ingebed in het Nederlandse vermogensrecht.

De conclusie is dat het binnen de Europese vereisten past om voor een andere vorm van zekerheid dan hoofdelijke aansprakelijkheid te kiezen. Het Europese recht, dat nergens van hoofdelijkheid spreekt, staat daaraan niet in de weg zo lang hoofdelijke aansprakelijkheid voldoet aan de minimumvereisten die het Europese recht stelt. Daarmee wordt bedoeld dat de nationale wetgeving niet mag leiden tot minder waarborgen voor de schuldeiser van de Europese regelgeving. De conclusie is anderzijds ook dat het de Nederlandse wetgever vrijstaat om binnen deze grenzen voor een andere vorm van zekerheid te kiezen. Naar mijn idee zou de Nederlandse figuur borgtocht evenzeer passen binnen de grenzen die het Europese recht stelt. Opmerking daarbij is dat borgtocht een minder vergaande zekerheid biedt, omdat borgtocht een subsidiair karakter heeft. Dat geldt echter ook voor een garantie.[38] Daarnaast bestaat er binnen het Nederlandse recht de mogelijkheid om contractueel een borgtocht zonder subsidiair karakter vorm te geven.

Een punt van kritiek dat in dit verband wel kan worden gemaakt ten aanzien van de Nederlandse regeling is de mogelijkheid die de Nederlandse regeling biedt om de overblijvende aansprakelijkheid te kunnen beëindigen. De Europese regeling biedt die mogelijkheid niet. En een beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid doet wel degelijk afbreuk aan de positie van een schuldeiser.

37 H. Beckman in zijn noot onder HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837 in *Ondernemingsrecht* 2015/66.

38 In gelijke zin Nass 2019, p. 243; Nass concludeert dat een subsidiair karakter niet strijdig is met de unitaire regeling.

8.3 De vrijstellingsregeling in overige lidstaten

8.3.1 Inleiding

De Jaarrekeningenrichtlijn,[39] waarin de groepsvrijstellingsregeling is opgenomen in artikel 37, is van toepassing op een groot aantal Europese rechtspersonen.[40] Toch hebben niet veel lidstaten de groepsvrijstellingsregeling van de Europese richtlijn geïmplementeerd. De lidstaten die de regeling niet hebben geïmplementeerd, bieden geen vrijstellingsregeling voor de jaarrekeningenplicht.

Er zijn maar vier lidstaten die een groepsvrijstellingsregeling in hun nationale wetgeving hebben opgenomen: Nederland, Luxemburg, Duitsland en Ierland.[41] Er zijn verschillende redenen te noemen voor het feit dat niet alle lidstaten de richtlijnen hebben geïmplementeerd. Een aantal lidstaten kent juridische stelsels waarbinnen de (enkelvoudige) jaarrekening juridisch meerdere rollen vervult. Deze stelsels lenen zich niet voor een vrijstellingsregeling waarbij de enkelvoudige jaarrekening van een rechtspersoon komt te vervallen. Een andere reden is dat de rechtsstelsels van een aantal lidstaten de rechtsfiguur van de eenzijdige garantie niet kennen, zodat de implementatie van de Europese vrijstellingsregeling, waarbij een eenzijdige garantverklaring wordt vereist, op problemen stuit. Tot slot zijn er rechtsstelsels die voorschrijven dat dochtermaatschappijen gelijk behandeld dienen te worden. Wordt een dochtervennootschap vrijgesteld en wordt in dat kader een garantstelling door de moedervennootschap afgegeven, dan kunnen de andere dochtervennootschappen van de moedervennootschap verlangen dat deze moedervennootschap eveneens garant staat voor hun verplichtingen. Voorts kunnen er mededingingsrechtelijke aspecten kleven aan de toepassing van een groepsvrijstellingregeling waarbij de moedervennootschap garant staat voor de verplichtingen van een dochtervennootschap. Dochterondernemingen die onderdeel uitmaken van een groep zouden daardoor in een veel gunstigere positie komen te verkeren dan zelfstandige ondernemingen.[42]

8.3.2 De groepsvrijstelling in het Duitse recht

De Duitse groepsvrijstellingsregeling is (pas) in 1998 opgenomen in § 264 lid 3 Handelsgesetzbuch (HGB). Aanvankelijk was de Duitse groepsvrijstelling niet in lijn met de Europese richtlijnen. De bepaling kende niet de waarborg voor schuldeisers in de vorm van een garantstelling maar sprak van een algemene verplichting

39 Richtlijn 2013/34/EU.

40 Zie artikel 1 lid 1 sub a jo. bijlage 1 Richtlijn 2013/34/EU.

41 Section 17 Companies (Amendment) Act 1986, no. 25-1986.

42 Zie bijvoorbeeld het standpunt van Biener en Berneke ten aanzien van de invloed op de concurrentieverhoudingen wanneer de regeling in Duitsland zou worden ingevoerd; Biener & Berneke 1986, s. 449.

van de moedermaatschappij om verliezen van de dochteronderneming aan te vullen.[43] Nadat deze regeling in 2012 en in 2013 was herzien, trad in 2015 de huidige groepsregeling – met een richtlijnconforme garantstelling – in werking:[44]

> "(3) Eine Kapitalgesellschaft, die als Tochterunternehmen in den Konzernabschluss eines Mutterunternehmens mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum einbezogen ist, braucht die Vorschriften dieses Unterabschnitts und des Dritten und Vierten Unterabschnitts dieses Abschnitts nicht anzuwenden, wenn alle folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:
> 1. alle Gesellschafter des Tochterunternehmens haben der Befreiung für das jeweilige Geschäftsjahr zugestimmt;
> 2. das Mutterunternehmen hat sich bereit erklärt, für die von dem Tochterunternehmen bis zum Abschlussstichtag eingegangenen Verpflichtungen im folgenden Geschäftsjahr einzustehen;
> 3. der Konzernabschluss und der Konzernlagebericht des Mutterunternehmens sind nach den Rechtsvorschriften des Staates, in dem das Mutterunternehmen seinen Sitz hat, und im Einklang mit folgenden Richtlinien aufgestellt und geprüft worden:
> a) Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates (ABl. L 182 vom 29.6.2013, S. 19), die zuletzt durch die Richtlinie 2014/102/EU (ABl. L 334 vom 21.11.2014, S. 86) geändert worden ist,
> b) Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates (ABl. L 157 vom 9.6.2006, S. 87), die durch die Richtlinie 2013/34/EU (ABl. L 182 vom 29.6.2013, S. 19) geändert worden ist;
> 4. die Befreiung des Tochterunternehmens ist im Anhang des Konzernabschlusses des Mutterunternehmens angegeben und
> 5. für das Tochterunternehmen sind nach § 325 Absatz 1 bis 1b offengelegt worden:
> a) der Beschluss nach Nummer 1,
> b) die Erklärung nach Nummer 2,
> c) der Konzernabschluss,
> d) der Konzernlagebericht und
> e) der Bestätigungsvermerk zum Konzernabschluss und Konzernlagebericht des Mutterunternehmens nach Nummer 3.
> Hat bereits das Mutterunternehmen einzelne oder alle der in Satz 1 Nummer 5 bezeichneten Unterlagen offengelegt, braucht das Tochterunternehmen die betreffenden Unterlagen nicht erneut offenzulegen, wenn sie im Bundesanzeiger unter dem Tochterunternehmen

43 § 264 lid 3 Handelsgesetzbuch (oud), zoals destijds ingevoerd bij Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz, 20.04.1998, *BGBI* 1998, nr. 22, s. 707 vom 23.04.1998.

44 Referentenentwurf des Bilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetz vom 17.07.2015, II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs, p. 62.

> auffindbar sind; § 326 Absatz 2 ist auf diese Offenlegung nicht anzuwenden. 3Satz 2 gilt nur dann, wenn das Mutterunternehmen die betreffende Unterlage in deutscher oder in englischer Sprache offengelegt hat oder das Tochterunternehmen zusätzlich eine beglaubigte Übersetzung dieser Unterlage in deutscher Sprache nach § 325 Absatz 1 bis 1b offenlegt."

De Duitse groepsregeling sluit aan bij het begrip dochtermaatschappij, hetgeen in lijn is met de Europese regeling. De Duitse groepsvrijstellingsregeling kan worden toegepast op Duitse kapitaalvennootschappen.[45] De Duitse regeling sluit aan bij een systeem waarbij de gegevens van de vrij te stellen vennootschap worden geconsolideerd met de geconsolideerde jaarrekening van de moedervennootschap.

Uit het vereiste genoemd onder sub 1 blijkt dat jaarlijks de instemming van de aandeelhouders van de vrij te stellen vennootschap moet worden verkregen. Er gelden in principe geen vormvereisten. Vereist is slechts dat alle aandeelhouders of deelnemers in de vennootschap het besluit hebben genomen. Uit sub 5 onder a volgt vervolgens dat deze instemmingsverklaring openbaar moet worden gemaakt. Daarmee dient het besluit op schrift te zijn gesteld.

Uit sub 2 blijkt dat de moedervennootschap zich bereid moet hebben verklaard om voor de dochtervennootschap tot de balansdatum in het volgende boekjaar aangegane verplichtingen in te staan, welke verklaring in navolging van sub 5 openbaar moet worden gemaakt. De Duitse regeling wijkt op verschillende punten af van de Nederlandse. Evenals bij de Europese regeling het geval is, geeft de Duitse regeling geen nadere uitwerking voor de inhoud van de garantstelling. Het instaan voor de verplichtingen van de dochtervennootschap leidt niet tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap. Het instaan voor de verplichtingen zoals opgenomen in de Duitse wetgeving is wel conform de Europese richtlijn. Hetgeen niet conform de Europese richtlijn is, is het feit dat de Duitse wetgever een vrij flinke temporele beperking heeft opgenomen. De richtlijn vereist:

> "das Mutterunternehmen hat sich bereit erklärt, für die von dem Tochterunternehmen eingegangenen Verpflichtungen einzustehen."

Terwijl de Duitse regeling slechts vereist:

> "das Mutterunternehmen hat sich bereit erklärt, für die von dem Tochterunternehmen *bis zum Abschlussstichtag eingegangenen Verpflichtungen im folgenden Geschäftsjahr* einzustehen."

Daarmee is de vraag of de Duitse regeling wel voldoet aan de eisen die het Europese recht stelt, een terechte vraag.

De aansprakelijkheidsverklaring dient steeds voor een boekjaar te worden afgegeven. De Duitse vrijstellingsregeling kent daarmee een strak omlijnd tijdvak

45 Het gaat om de in het Handelsgesetzbuch omschreven rechtsfiguren Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) en de Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).

waarbinnen aangegane verplichtingen dienen te vallen en is daarmee temporeel beperkt. Eenmaal voor een jaar afgegeven, kan de vrijstelling niet tussentijds worden ingetrokken. Een mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen, kent de Duitse regeling niet.

8.3.3 De groepsvrijstelling in het Ierse recht

Het Ierse recht kent een groepsvrijstellingsregeling in Section 357 Companies Act 2014. Deze bepaling luidt als volgt:

> "Section 357 Companies Act
> 1. Where a company is a subsidiary undertaking of a holding undertaking that is established under the laws of an EEA state, the company shall, as respects any particular financial year of the company, stand exempted from the provisions of sections 347 and 348 if, but only if, the following conditions are satisfied:
> a. every person who is a shareholder of the company on the date of the holding of the next annual general meeting of the company after the end of that financial year or on the next annual return date of the company after the end of that financial year, whichever is the earlier, shall declare his or her consent to the exemption;
> b. there is in force in respect of the whole of that financial year an irrevocable guarantee by the holding undertaking of all commitments entered into by the company, including amounts shown as liabilities in the statutory financial statements of the company in respect of that financial year;
> c. the company has notified in writing every person referred to in paragraph (a) of the guarantee;
> d. the statutory financial statements of the company for that financial year are consolidated in the consolidated accounts prepared by the holding undertaking;
> e. the exemption of the company under this section is disclosed in a note to those consolidated accounts;
> f. a notice stating that the company has availed itself of the exemption under this section in respect of that financial year together with –
> (i) a copy of the guarantee and notification referred to in paragraphs (b) and (c), and
> (ii) a declaration by the company in writing that paragraph (a) has been complied with in relation to the exemption, is annexed to the annual return for the financial year made by the company to the Registrar;
> g. the consolidated accounts of the holding undertaking are drawn up in accordance with the requirements of the Accounting Directive or in accordance with international financial reporting standards and are audited in accordance with Article 34 of that Directive; and
> h. a copy of the consolidated accounts of the holding undertaking together with the report of the auditors on them are annexed to the annual return of the company referred to in paragraph (f).
> 2. Where any document referred to in subsection (1) that has been annexed to the annual return is in a language other than the English language or the Irish language, there shall be annexed to each such document a translation of it in the English language or the Irish language certified in the prescribed manner to be a correct translation.

> 3. Section 299 (7) (construction of certain references) shall apply to subsection (1) in a case where the holding undertaking referred to in subsection (1) is a company registered under this Act or an existing company.
> 4. Section 347 (2) applies for the purpose of the construction of the reference to a copy of a document in subsection (1)(h) of this section as it applies for the purpose of the construction of the reference to a copy of a document in section 347 (1).

De Ierse vrijstellingsregeling is van toepassing op besloten vennootschappen. Er moet tevens sprake zijn van een dochtervennootschap. De Ierse regeling vereist in navolging van de Europese regeling, dat de gegevens van de dochtervennootschap worden geconsolideerd in de geconsolideerde jaarrekening van de moedervennootschap.

Onder sub a wordt de instemmingsvoorwaarde genoemd. Alle aandeelhouders van de vrij te stellen vennootschap dienen met de toepassing van de vrijstelling in te stemmen. Zoals in de regeling te lezen valt, is de instemming vereist van alle aandeelhouders. Opvallend is dat een bepaald ijkpunt wordt genomen om vast te stellen welke aandeelhouders hun instemming moeten geven.

Onder sub b is de voorwaarde opgenomen dat de moedervennootschap een garantie af dient te geven. De garantie die op basis van de Ierse regeling is vereist, dient onherroepelijk te zijn en moet het gehele relevante boekjaar van kracht zijn. Vereist is dat de garantie alle in het betreffende jaar door de dochteronderneming aangegane verplichtingen dekt. Daarnaast is vereist dat de garantie tevens alle verplichtingen dekt die dat jaar in de jaarrekening zijn vermeld. Een nadere invulling ten aanzien van de garantie geeft de Ierse regeling niet. Van hoofdelijke aansprakelijkheid zoals bij de Nederlandse regeling het geval is, is geen sprake.

In een mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid van de moedervennootschap de beëindigen, is niet voorzien.

8.3.4 De groepsvrijstelling in het Luxemburgse recht

Het Luxemburgse recht kent een groepsvrijstellingsregeling sinds 1984 die is neergelegd in artikel 70 Loi du 19 decembre 2002[46] en luidt als volgt:

> "Art. 70:
> (1) Les sociétés filiales peuvent ne pas appliquer les dispositions du présent chapitre ou du chapitre IV relatives au contenu, au contrôle ainsi qu'à la publicité des comptes annuels, si les conditions suivantes sont remplies:
> a. l'entreprise mère relève du droit d'un Etat membre des Communautés européennes;
> b. tous les actionnaires ou associés de la société filiale se sont déclarés d'accord sur l'exemption indiquée ci-dessus; cette déclaration est requise pour chaque exercice;
> c. l'entreprise mère s'est déclarée garante des engagements pris par la société filiale;

46 Artikel 70 Loi du 19 décembre 2002, Mémorial A-N 149, 31 décembre 2002, laatstelijk gewijzigd op 27 mei 2016 bij Loi du 27 mai 2016, Mémorial A-N 94, 30 mai 2016.

d. les déclarations visées sous b) et c) font l'objet d'une publicité de la part de la société filiale dans les formes prévues à article 11 bis § 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et aux dispositions de chapitre Vbis de titre 1 er de la présente loi;

e. la société filiale est incluse dans les comptes consolidés établis par l'entreprise mère conformément à la directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 54, paragraphe 3, sous g) du traité et concernant les comptes consolidés (dite «septième directive») ou conformément aux normes comptables internationales adoptées dans le cadre de la procédure prévue à l'article 6, paragraphe 2 du règlement (CE) No 1606/2002 du Parlement et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales;

f. l'exemption indiquée ci-avant est mentionnée dans l'annexe des comptes consolidés établis par l'entreprise mère;

g. les comptes consolidés visés au point e), le rapport consolidé de gestion et le rapport de la ou des personnes chargées du contrôle de ces comptes font l'objet d'une publicité de la part de la société filiale dans les formes prévues à l'article 9 de la loi modifiée du10 août 1915 concernant les sociétés commerciales."

De Luxemburgse vrijstelling kan alleen worden toegepast op kapitaalvennootschappen. Daarbij moet sprake zijn van ondernemingen die voor de Luxemburgse wet kwalificeren als dochterondernemingen. Uit sub a volgt dat de moedervennootschap moet zijn onderworpen aan Europees recht.

Uit sub b van de Luxemburgse regeling blijkt dat, evenals bij de Nederlandse en de Europese vrijstellingsregeling, één van de voorwaarden is dat alle aandeelhouders of partners van de vrijgestelde vennootschap moeten hebben ingestemd met de toepassing van de vrijstellingsregeling. Uit sub d blijkt dat de instemmingsverklaring van de aandeelhouders openbaar moet worden gemaakt, net zoals in Nederland.

Onder sub c heeft de Luxemburgse wetgever opgenomen dat de moedervennootschap die consolideert een garantstelling dient op te nemen voor de verplichtingen die de dochter is aangegaan. De Luxemburgse wetgever heeft hiermee de letterlijke tekst van de Europese richtlijn overgenomen. Op basis van sub c geldt dat de garantstelling openbaar moet worden gemaakt.

Uit sub e van de Luxemburgse regeling blijkt dat de gegevens van de vrijgestelde vennootschap moeten worden geconsolideerd met de gegevens van de moedervennootschap. Ook op dit punt stemt de Luxemburgse regeling overeen met de Nederlandse regeling en de Europese vrijstellingsregeling.

De verschillen met de Nederlandse regeling zijn dat de Luxemburgse regeling een garantstelling verlangt en geen hoofdelijke aansprakelijkheid. Verder kent de Luxemburgse regeling niet de mogelijkheid om overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen.

8.4 Conclusie

De Nederlandse vrijstellingsregeling wijkt op meerdere punten af van de Europese regeling. De mogelijkheid om de 403-verklaring (op ieder gewenst moment) te kunnen intrekken en de mogelijkheid tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid zijn typisch Nederlandse vindingen. Daarmee onderscheidt de Nederlandse regeling zich van het Europese model en van haar Duitse, Ierse en Luxemburgse evenknieën. De vraag kan worden gesteld of de mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid te kunnen beëindigen die alleen bij de Nederlandse regeling voorkomt in lijn is met het Europese recht. Deze mogelijkheid – met de bijbehorende verzetprocedure – zorgt met enige regelmaat voor hoofdbrekens. Toch voorziet deze mogelijkheid in een oplossing voor het ongewenste effect dat een moeder tot in de oneindigheid aansprakelijk kan blijven voor schulden van een dochtervennootschap die al lang niet meer tot de groep behoort. Ik beschouw dit niet als een manco van de Nederlandse regeling.

Voor dit onderzoek is de meest relevante uitkomst van de gemaakte vergelijking met de Europese regeling en de regelingen in andere lidstaten dat geen van deze regelingen de hoofdelijke aansprakelijkheid kent. De Duitse, Ierse en Luxemburgse regeling hebben aansluiting gezocht bij 'garantstellen' of 'in staan voor'. Hiermee zijn deze regelingen weinig interessant als inspiratiebron voor de 403-problemen die voornamelijk worden veroorzaakt door hoofdelijkheid. Of een garantstelling, de rechtsfiguur waar de andere regelingen bij aansluiten, een goed alternatief is voor de hoofdelijke aansprakelijkheid waag ik te betwijfelen. De garantstelling is een rechtsfiguur die in het Nederlandse recht niet als zodanig wordt erkend. Daar kan van alles onder worden verstaan. In verband met de duidelijkheid omtrent de gevolgen van een verstrekte zekerheid kan beter worden aangesloten bij een rechtsfiguur die niet ter vrije invulling van partijen staat maar waarvan de inhoud vastomlijnd is en de gevolgen bekend zijn.

Uit de rechtsvergelijking blijkt in verband met de vereiste zekerstelling dus dat andere modellen aansluiting zoeken bij de garantie. Gesteld is al dat de garantie geen goed alternatief biedt. Maar een saillant detail is wel dat de borgstelling onder het OBW als een *species* van de garantie werd beschouwd:

> "Een belangrijke verklaring voor de vroegere tegenstelling tussen borgtocht en hoofdelijkheid, was gelegen in het feit dat men vond dat borgtocht gezien moest worden als een garantieovereenkomst. Nu de genoemde tegenstelling naar geldend recht is opgeheven, rijst de vraag of de overeenkomst nog onverkort als garantieovereenkomst kan worden aangemerkt. In de huidige literatuur komt de kwalificatie van borgtocht als garantieovereenkomst nog steeds prominent naar voren."[47]

47 Bergervoet 2014, par. 2.5.2. Zie ook Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012, nr. 66, waarin borgtocht een *species* van de algemene garantieovereenkomst wordt genoemd.

Was borgtocht geen betere en meer conforme invulling van de Europese richtlijn geweest dan hoofdelijkheid?

Hoofdstuk 9

ALTERNATIEVE BENADERINGEN

9.1 Inleiding

In hoofdstuk 6 is gebleken dat de toepassing groepsvrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW in de praktijk tot diverse problemen leidt. De zelfstandige 403-vordering gaat niet met de hoofdvordering mee over en blijft achter bij de cedent.[1] De positie van de pandhouder die een pandrecht heeft op de hoofdvordering maar niet op de 403-vordering is vanwege de zelfstandigheid van de 403-vordering onduidelijk.[2] Bij het treffen van een schikking,[3] het overeenkomen van een achterstelling[4] en het toekennen van preferentie[5] wordt het bestaan van de zelfstandige 403-vordering vaak vergeten. Doordat de 403-vordering een zelfstandig vorderingsrecht is, is het vraagstuk van verjaring van de 403-vordering complex.[6] Het leggen van een effectief beslag in een 403-situatie is vanwege het bestaan van zelfstandige vorderingsrechten minder eenvoudig.[7]

Gezien de onduidelijkheden en de ongewenste gevolgen die de hoofdelijkheid en het daaraan gekoppelde bestaan van zelfstandige vorderingsrechten met zich brengen, zijn er in de rechtspraak en de literatuur verschillende alternatieve benaderingen aangedragen. Een sprekend voorbeeld van een alternatieve benadering is te vinden in een uitspraak van de Ondernemingskamer uit 2001. In de kwestie inzake ING/Akzo oordeelde de Ondernemingskamer dat een moedervennootschap in een gelijke positie verkeerde als een borg.[8] De Hoge Raad maakte echter korte

---

1 Zie paragraaf 6.7 en zie onder meer Biemans 2011, 5.8.3.1

2 Zie paragraaf 6.8 en zie HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663.

3 Zie paragraaf 6.4 en zie onder meer HR 3 april 2015, ECLI: ECLI:NL:HR:2015:837, *JOR* 2015/191 m.nt. Faber en Vermunt.

4 Zie paragraaf 6.5 en zie onder meer HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661.

5 Zie paragraaf 6.5 en onder meer HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904, *Ondernemingsrecht* 2014/83, m.nt. Beckman.

6 Zie paragraaf 6.6 en zie onder meer Hof Den Haag, 18 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:892, *JOR* 2015/93.

7 Zie paragraaf 6.9.

8 Hof Amsterdam, 31 juli 2001, *JOR* 2001/170, zie *r.o.* 4.10: "Anders dan Akzo heeft betoogd gaat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap niet zover dat de contractant van de dochtervennootschap de moedervennootschap onmiddellijk en rechtstreeks tot nakoming kan aanspreken. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer wordt aan de door de wet beoogde bescherming van de contractant van de dochtervennootschap voldoende recht gedaan

metten met deze benadering en stelde dat de rechtsverhouding op basis van een 403-verklaring niet op één lijn kan worden gesteld met borgtocht.

Verschillende alternatieve benaderingen zijn denkbaar. Gedacht kan worden aan een benadering waarbij een 403-vordering wordt gekwalificeerd als een afhankelijk recht. Een andere alternatieve benadering is om het recht dat voortvloeit uit een 403-verklaring te kwalificeren als een wilsrecht. In dit hoofdstuk zullen een aantal alternatieve benaderingen worden behandeld.[9]

9.2 De kern van de meeste 403-problemen

Vooropgesteld moet worden dat het niet nodig zou zijn om naar alternatieve benaderingen te zoeken wanneer de groepsvrijstelling vlekkeloos zou functioneren. Het feit dat er in de literatuur en de rechtspraak alternatieve benaderingen worden bedacht, is naast de stroom van jurisprudentie een duidelijke indicatie voor het bestaan van 403-problemen.

Uit de analyse die in Onderdeel A van de groepsvrijstellingsregeling en de toepassing daarvan is gemaakt, blijkt dat de meeste 403-problemen worden veroorzaakt doordat een 403-verklaring twee zelfstandige vorderingsrechten laat ontstaan.[10] Het ontstaan van twee zelfstandige vorderingsrechten is een uitvloeisel van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap. In de literatuur wordt betoogd dat het naast elkaar bestaan van meerdere onafhankelijke vorderingsrechten de voornaamste oorzaak is van de 403-problemen,[11] Dit wordt ondersteund door de jurisprudentie.[12]

De Ondernemingskamer heeft in 2013 een uitspraak gedaan inzake de onteigening van effecten en vermogensbestanddelen van SNS Reaal en SNS Bank.[13] De Ondernemingskamer diende de vraag te beantwoorden of voor de bepaling van de hoogte van de schadeloosstelling de betrokken achtergestelde onteigende (achter-

---

indien de moedervennootschap ten gevolge van de "artikel 403-verklaring" jegens de contractant van de dochtervennootschap komt te verkeren in een positie als had zij zich ten behoeve van de dochter, ten aanzien van de in artikel 2:403 BW genoemde schulden, jegens de contractant tot borg gesteld. Aldus beschouwd is het recht dat de contractant jegens de moedervennootschap aan artikel 2:403 BW ontleent, een afhankelijk recht als bedoeld in de artikelen 3:7 en 3:82 BW, dat, indien daartoe gronden zijn, ook door de pandhouder van de vordering uitgeoefend kan worden."

9 De alternatieve benaderingen die in dit hoofdstuk worden gegeven, zijn geen weergave van het huidige geldende recht. Het zijn verkennende expedities op zoek naar een oplossing voor de 403-problemen.

10 Zie paragreef 9.1 en de daarin aangehaalde problemen en opgenomen verwijzingen.

11 Zie onder andere Wibier 2008.

12 A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *NJ* 2015/361, verwijst voor enkele bijdragen aan dit dogmatische debat naar Timmerman & De Winter 2013, p. 355 e.v.; Bartman & Dorresteijn 2013, p. 237 e.v.; Spierings 2012; Rongen 2012, p. 1299-1306 en Wibier 2008.

13 Hof Amsterdam, 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, *JOR* 2013/250.

gestelde) crediteuren van de dochtervennootschap ook op het niveau van de moedervennootschap als achtergestelde crediteuren behandeld moesten worden. De Ondernemingskamer oordeelde in dat verband:

> "Zoals hiervoor onder de feiten overwogen heeft SNS Reaal zich op 8 april 1998 op de voet van artikel 2:403 BW met ingang van 1 januari 1997 "in de zin van artikel 403, lid 1, Boek 2, Burgerlijk Wetboek" hoofdelijk aansprakelijk gesteld "voor de uit de rechtshandelingen van [SNS Bank] voortvloeiende schulden". Met de formulering "in de zin van artikel 403, lid 1, Boek 2, Burgerlijk Wetboek" heeft SNS Reaal kenbaar gemaakt dat zij aansprakelijkheid aanvaardt met het oog op de werking van voormelde bepaling. Aangenomen mag daarom worden, dat de verklaring – zoals dat doorgaans bij een dergelijke verklaring zal gelden – niet de strekking heeft verdere aansprakelijkheid te aanvaarden dan voor die werking noodzakelijk is. Dat brengt mee dat voor het antwoord op de vraag of de achterstelde crediteuren van SNS Bank ook achtergesteld zijn – en ten opzichte van wie – indien zij zich bij SNS Reaal aanmelden, de overeenkomsten waarin de achterstelling is bedongen, bepalend zijn. De 403-verklaring voegt daaraan overeenkomstig voormelde strekking niets toe."[14]

De Ondernemingskamer heeft met dit oordeel de zelfstandigheid van de hoofdvordering en de 403-vordering miskend. In cassatie wordt hiertegen geklaagd. Een van de partijen die tegen de uitspraak van de Ondernemingskamer cassatie heeft ingesteld, meent dat de Ondernemingskamer ten onrechte heeft geoordeeld dat de vordering op de moedervennootschap als een achtergestelde vordering dient te worden aangemerkt. Opvallend is dat de klager betoogt dat nog in het geheel niet duidelijk is hoe de aanspraak die uit een 403-verklaring in dogmatisch opzicht moet worden gekenmerkt:[15]

> "5.24. In het Akzo Nobel/ING Bank-arrest van de Hoge Raad (28 juni 2002, NJ 2002/447) is beslist dat, anders dan het hof toen had aangenomen, de rechten uit een 403-verklaring, als rechtstreeks gebaseerd op een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling van de 'moedervennootschap', niet gekwalificeerd kunnen worden als afhankelijke rechten als bedoeld in art. 3:7 en 3:82 BW. Wat de gevolgen zijn van zo'n 403-verklaring moet volgens dat arrest worden vastgesteld door de uitleg van die verklaring.
>
> 5.25. Deze afwijzing van de kwalificatie 'afhankelijk recht' heeft tot een nog onbeslist debat geleid hoe men die aanspraak uit een 403-verklaring dan in dogmatisch opzicht wél moet kenmerken. Geopperd zijn onder meer een kwalificatie als nevenrecht in de zin van art. 6:142 BW, een daarmee analoge rechtsfiguur sui generis of een wilsrecht, althans zolang op het 403-recht nog geen beroep is gedaan. Wat de schrijvers die bezorgd zijn over een onafhankelijke beschouwing van de hoofdvordering op de 'dochter' en de

14 Hof Amsterdam, 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, *JOR* 2013/250, *r.o.* 6.61.

15 Zie het beroepschrift d.d. 23 januari 2014, inhoudende een verweerschrift met incidenteel cassatieberoep inzake SNS-onteigening OK, OK-beschikking van 11 juli 2013, zaaknr. 200.122.906/01 van de vennootschappen naar buitenlands recht Brigade Distressed Value Master Fund ltd, Brigade Leveraged Capital Structures Fund ltd, Brigade Credit Fund I ltd en Burlington Loan Management ltd, par. 5.24 en 5.25.

> 403-aanspraak op de 'moeder' beweegt, is dat – ook buiten het geval van algehele betaling, zoals geregeld in art. 6:7 lid 2 BW – de bedoelde aanspraak in het kader van een overdracht van het bedoelde recht, hetzelfde lot zou moeten volgen."

Daarmee heeft de eiser tot cassatie de kern van de 403-problemen te pakken: hoe moet de aanspraak die voortvloeit uit een 403-verklaring dogmatisch worden geduid? De Hoge Raad oordeelde ten aanzien van de achterstelling dat in ogenschouw moest worden genomen dat de hoofdvordering en de 403-vordering zelfstandige vorderingsrechten zijn.[16]

De Hoge Raad oordeelde dat de visie van de Ondernemingskamer niet juist was.[17] De Ondernemingskamer had de zelfstandigheid van de hoofdvordering en de 403-vordering miskend en ten onrechte aangenomen dat er op het niveau van de moedervennootschap sprake was van achtergestelde leningen. Zonder dat daar een grond voor bestond. De Hoge Raad past de regels inzake hoofdelijkheid onverkort toe.[18]

> "Bij haar uitleg van de onderhavige 403-verklaring heeft de ondernemingskamer in rov. 6.61 tot uitgangspunt genomen dat zij niet de strekking heeft verdere aansprakelijkheid te aanvaarden dan voor de werking van art. 2:403 lid 1 BW noodzakelijk is. Uit dat uitgangspunt volgt echter niet anders dan dat SNS Reaal hoofdelijke aansprakelijkheid heeft aanvaard voor de schulden van SNS Bank hetgeen betekent dat de schuldeisers van SNS Bank hun vorderingen (ook) op het vermogen van SNS Reaal kunnen verhalen."

In bovenstaand citaat legt de Hoge Raad uit dat een 403-verklaring leidt tot reguliere hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap. De Hoge Raad vervolgt zijn betoog en geeft aan dat, wanneer er geen grond bestaat op basis waarvan die hoofdelijke vordering is achtergesteld, sprake is van gelijkheid van crediteuren:[19]

> "Dat brengt nog niet mee dat SNS Reaal gerechtigd is om tussen die schuldeisers enig onderscheid te maken indien zij zelf niet in staat is om (volledig) te voldoen aan haar verplichtingen, waaronder de verplichtingen die zij met de 403-verklaring op zich heeft genomen. Bij verhaal op het vermogen van een schuldenaar is immers, behoudens door de wet erkende redenen van voorrang, sprake van gelijkheid van crediteuren (art. 3:277 lid 1 BW), en een overeenkomst van achterstelling in de zin van art. 3:277 lid 2 BW tussen SNS Reaal en de achtergestelde schuldeisers van SNS Bank ontbreekt. Indien SNS Reaal de mogelijkheden van laatstbedoelde schuldeisers tot verhaal op haar eigen vermogen had willen beperken – daargelaten of daarmee aan de eisen van art. 2:403 BW zou zijn voldaan – zou daarvan uit de 403-verklaring, uitgelegd naar objectieve maatstaven, moeten blijken."

16 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *r.o.* 4.35.1.

17 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661. De klachten genoemd onder *r.o.* 4.33 worden door de Hoge Raad als gegrond aangemerkt, *r.o.* 4.35.1.

18 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, zie *r.o.* 4.34.3.

19 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *r.o.* 4.34.3.

Het feit dat de vordering van een schuldeiser op de dochtervennootschap is achtergesteld, heeft dus geen effect op de 403-vordering die de schuldeiser heeft op de moedervennootschap:[20]

> "De ondernemingskamer heeft vastgesteld dat de achtergestelde crediteuren een achterstelling tegenover SNS Bank hebben aanvaard, maar dat de overeenkomsten niets zeggen over de vraag of de achterstelling ook geldt ten opzichte van vorderingen op een mogelijke andere debiteur zoals SNS Reaal."
> (…)
> "De omstandigheid dat de betrokken crediteuren met SNS Bank een achterstelling zijn overeengekomen, zegt immers alleen iets over hun positie bij verhaal op het vermogen van SNS Bank."

Beide vorderingsrechten zijn dus zelfstandig. Overigens is het opmerkelijk dat de Hoge Raad nergens spreekt van vorderingen of vorderingsrechten. Nu de wettelijke regeling inzake hoofdelijkheid zich niet duidelijk uitlaat over de vraag of er twee vorderingsrechten bestaan, heeft de Hoge Raad misschien bewust gekozen om te spreken van 'verbintenissen' en dus niet van vorderingsrechten:[21]

> "De achterstelling is niet een eigenschap van de verbintenis zelf (zoals bijvoorbeeld het geval is bij de opeisbaarheid van een verbintenis ingevolge een daartoe strekkend beding, in welk geval die eigenschap door iedere schuldenaar van de verbintenis kan worden ingeroepen), maar een van de wettelijke hoofdregel afwijkende volgorde voor verhaal ter zake van die verbintenis op het vermogen van de schuldenaar die het beding is aangegaan. Een door een schuldeiser met SNS Bank overeengekomen achterstellingsbeding heeft dan ook geen invloed op het verhaal van die schuldeiser op het vermogen van een derde, zoals SNS Reaal, die uit hoofde van een 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk is voor de desbetreffende verbintenis en die geen partij was bij het achterstellingsbeding."

De onderscheiden verbintenissen vloeien voort uit een of meerdere rechtsverhoudingen. Zeer waarschijnlijk vloeien de verbintenissen, waarover de Hoge Raad spreekt, voort uit de 403-vordering, zijnde een vorderingsrecht. Maar de Hoge Raad benoemt het bestaan van het zelfstandige vorderingsrecht dat uit de hoofdelijke aansprakelijkheid zou voortvloeien niet.

Wanneer de parlementaire geschiedenis inzake de regeling van de rechtsfiguur hoofdelijkheid[22] van het huidige Burgerlijk Wetboek erop wordt nageslagen, blijkt

---

20 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *r.o.* 4.34.4.

21 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *r.o.* 4.34.4. Hetzelfde doet de Hoge Raad in een arrest van een iets latere datum. In het kader van een 403-vordering lijkt de Hoge Raad het ook te houden op een 403-verbintenis: "In verband met de hoofdelijke aansprakelijkheid van Bia Beheer zijn de art. 6:7 e.v. BW van toepassing, hetgeen meebrengt dat haar aansprakelijkheid berust op een zelfstandige verbintenis jegens Lentink, waarvan zelfstandig nakoming kan worden gevorderd." Zie HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, *r.o.* 3.6.2.

22 Zie *Parl. Gesch.* boek 6 BW, p. 95.

dat hoofdelijkheid leidt tot het ontstaan van een tweede (zelfstandig) vorderingsrecht.[23] Onder het OBW was dit (mogelijk) anders. Zo ook Van Schilfgaarde, in zijn noot bij het arrest van de Hoge Raad van 11 april 2014:[24]

> "anders dan (misschien) het oude BW, gaat ons huidige BW uit van de zienswijze dat bij hoofdelijkheid, wettelijke hoofdelijkheid daaronder begrepen, steeds sprake is van meerdere, zelfstandige – zij het samenhangende – verbintenissen."

Wordt de nieuwe opvatting inzake hoofdelijkheid onverkort toegepast, dan geldt dat er bij hoofdelijke aansprakelijkheid evenveel vorderingsrechten als schuldenaren zijn. De vorderingsrechten zijn bovendien zelfstandig, aangezien niet is bepaald dat ze afhankelijk zijn.[25]

Dat juist het bestaan van twee zelfstandige vorderingsrechten tot problemen leidt, is gebleken bij de bestudering van de toepassing van de groepsvrijstellingsregeling in diverse praktijksituaties.[26] Aan de hand van diverse praktijksituaties is duidelijk geworden dat het bestaan van meerdere zelfstandige vorderingsrechten niet past bij het karakter van de groepsvrijstelling en dat dit in de praktijk leidt tot onduidelijkheden.

In de navolgende paragrafen van dit hoofdstuk zullen enkele alternatieve benaderingen nader worden beschouwd. De ene alternatieve benadering neemt bij de kwalificatie van de 403-aanspraak afstand van de rechtsfiguur hoofdelijkheid en weer een andere alternatieve benadering geeft bij de kwalificatie van de 403-aanspraak een afwijkende invulling aan de rechtsfiguur hoofdelijkheid.

9.3 De 403-aanspraak als wilsrecht

9.3.1 De keuzemogelijkheid en de keuzevrijheid van de schuldeiser

Doordat een moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk verklaart, krijgt een schuldeiser er een schuldenaar bij. Of dat leidt tot aanvullende verhaalsmogelijkheden, zal afhangen van het voor verhaal vatbare vermogen van de moedervennootschap.

Er is bij hoofdelijke aansprakelijkheid geen sprake van subsidiariteit. De schuldenaren zijn naast elkaar aansprakelijk. Er is dus geen hoofdschuldenaar en een daaronder gepositioneerde zekerheidsverstrekker. De schuldeiser kan vrijelijk

23 Zowel de vordering op de consoliderende vennootschap als de vordering op de vrijgestelde vennootschap zijn in dat geval afzonderlijk overdraagbaar en bijvoorbeeld ook afzonderlijk te verpanden of te bezwaren.

24 Zie Van Schifgaarde in zijn annotatie bij HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:898, *NJ* 2014/309, par. 5.

25 Zie *Parl. Gesch.* boek 6 BW, p. 95.

26 Zie hoofdstuk 6.

kiezen wie hij aanspreekt; de dochtervennootschap, de moedervennootschap of beide. Niet is vereist dat de dochtervennootschap in gebreke of in verzuim is. Dat de aansprakelijkheid van de moedervennootschap, die voortvloeit uit een 403-verklaring geen subsidiare aansprakelijkheid is, heeft de Hoge Raad als uitgangspunt aanvaard:[27]

> "Gevolg van de verklaring is de vrijwillige aanvaarde hoofdelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon die deze heeft afgelegd, naast aansprakelijkheid van de rechtspersoon die de rechtshandeling heeft verricht. De schuldeisers van de vrijgestelde dochtervennootschap kunnen dan zowel de dochter- als de moedervennootschap aanspraken voor het geheel tot nakoming van de verbintenissen van de vrijgestelde dochtervennootschap."

Dit standpunt heeft de Hoge Raad enkele malen herhaald. Het ontbreken van subsidiariteit is in lijn met de regels die horen bij de rechtsfiguur hoofdelijkheid. Aangezien de Hoge Raad de regels van hoofdelijkheid onverkort toepast op de aansprakelijkheid die voortvloeit uit een 403-verklaring, is dit standpunt van de Hoge Raad niet verrassend. Maar in de literatuur is kritiek geuit op het ontbreken van subsidiariteit. Er zijn auteurs die menen dat subsidiariteit past bij het karakter van de aansprakelijkheid die voortvloeit uit een 403-verklaring. Zo schreef Bartman in zijn noot bij het arrest van de Hoge Raad van 3 april 2015:[28]

> "De aansprakelijkheid van de moedermaatschappij jegens een schuldeiser van de dochtermaatschappij uit hoofde van de 403-verklaring is volgens de Hoge Raad – overeenkomstig de letterlijke tekst van art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW – een vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid. Zie HR 28 juni 2002, «JOR» 2002/136, m.nt. Bartman (Akzo Nobel/ING). Ook in het onderhavige arrest kiest de Hoge Raad voor deze benadering. Een schuldeiser van de dochtermaatschappij heeft derhalve de keuze of hij voor de betaling van zijn vordering de dochtermaatschappij dan wel de moedermaatschappij aanspreekt, met dien verstande dat nakoming door de een ook de ander bevrijdt (vgl. art. 6:7 BW). Van enigerlei subsidiariteit, zoals het geval is bij borgtocht (vgl. art. 7:855 lid 1 BW), is geen sprake. De door de Hoge Raad gemaakte keuze achten wij minder gelukkig. In de onderlinge verhouding tussen de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij staat vast dat de schuld louter de dochtermaatschappij aangaat. Met een subsidiair verhaalsrecht van de schuldeiser jegens de moedermaatschappij wordt voldoende gecompenseerd dat schuldeisers die contracteren met de dochtermaatschappij, wegens het ontbreken van een eigen jaarrekening geen inzicht hebben in de financiële situatie van de dochtermaatschappij."

In deze gedachtegang van Bartman kan ik mij vinden. Het klopt dat de schuld geen gezamenlijke schuld is en dat de moedervennootschap niet gebonden is voor het voldoen van een eigen schuld. De moedervennootschap is gebonden uit hoofde van een verklaring die zij om een compenserende zekerheid te verstrekken, heeft afgegeven. De hoofdelijke aansprakelijkheid wordt gezien als een compenserende

27 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447 m nt Maeijer, *JOR* 2002/136 m nt Bartman, *r.o.* 2.20.

28 Bartman in zijn annotatie bij HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837 in *JOR* 2015/191.

waarborg, zo blijkt uit de ontstaansgeschiedenis van de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling.[29] Dit lijkt dus wel degelijk op het verstrekken van een schuld van een derde en niet op het aangaan van een eigen schuld. Dat de aansprakelijkheid van de moedervennootschap als zekerheid is bedoeld voor de schuld van een derde, zal blijken uit de bron van deze aansprakelijkheid, de 403-verklaring. Daarin staat, als het goed is, dat de moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk verklaart voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende *schulden van de dochtervennootschap*. De schulden van de dochtervennootschap zijn vanuit het perspectief van de moedervennootschap bezien, schulden van een derde. Bij een rechtsverhouding waar zekerheid wordt verstrekt voor de schuld van een derde en niet voor een eigen schuld, past dogmatisch gezien subsidiariteit. Tot zover volg ik de gedachte van Bartman volledig, maar toch ben ik er geen voorstander van om aan de aansprakelijkheid, die voortvloeit uit een 403-verklaring, een subsidiair karakter toe te dichten. Mijn gedachte daaromtrent komt voort uit het 'concernrechtelijk denken'.[30] Hetgeen Bartman aan zou moeten spreken. Een concern treedt naar buiten toe vaak op als eenheid. Schuldeisers zien vaak niet met welke entiteit zij contracteren, althans dit is lang niet altijd duidelijk. Het past dan niet dat een schuldeiser wordt geconfronteerd met het verweer van een moedervennootschap dat eerst de dochtervennootschap dient te worden aangesproken.[31] Wie uiteindelijk de schuld draagt, is naar mijn idee een kwestie die binnen het concern opgelost dient te worden en moet niet op het bordje van de schuldeiser belanden. Het ontbreken van subsidiariteit sluit meer aan bij het concernrechtelijk denken. De zekerheidsverstrekking binnen een concern heeft misschien ook een iets andere kleur dan een zekerheidsverstrekking die wordt afgegeven voor een volledig externe partij. Een zekerheidsverstrekking binnen een groep – waardoor de zekerheidverstrekker zelf indirect ook door wordt gebaat en waarvoor een vrijstelling wordt verkregen – is anders dan bijvoorbeeld de goede buur die een zekerheid verstrekt als vriendendienst.[32] Bij dit laatste voorbeeld is subsidiariteit volledig op zijn plaats. Bij een

29 Zie paragraaf 7.3.

30 Daarbij staat de economische werkelijkheid vaak meer voorop dan de juridische werkelijkheid. Economisch wordt het concern vaak als een geheel gezien. Juridisch gezien is geen sprake van een geheel, maar is sprake van verschillende entiteiten. In het rechtsverkeer zal een schuldeiser vaak het idee hebben dat hij zaken doet met het concern, in plaats van met een enkele entitieit uit dat concern.

31 Het is bovendien onduidelijk aan welke vereisten moet worden voldaan alvorens een subsidiare schuldenaar mag worden aangesproken. Met name in faillissementssituaties kan het van groot belang zijn dat snel geschakeld kan worden en dat tijdig de juiste schuldenaren worden aangesproken enventueel conservatoire maatregelen dan wel incasso-maatregelen kunnen worden getroffen.

32 Subsidiariteit is een kenmerk dat voorkomt bij de rechtsfiguur borgtocht. De reguliere borgstelling, le cautionnement simple, werd van origine gezien als een daad van onbaatzuchtigheid. Zie ook Locré de Roissy 1828, p. 430: "Le cautionnement simple est ordinairement un acte de bienfaisance par lequel un ami, un bon parent, un bon voisin…".

groep (concern) die naar buiten toe als eenheid optreedt, mag de interne juridische organisatie naar mijn idee geen verweer opleveren naar een externe schuldeiser.

Hoe dan ook, de juridische realiteit is dat er binnen een concern afzonderlijke juridische entiteiten bestaan en een algemene concernaansprakelijkheid kent het Nederlandse recht niet. Bij de vrijstellingsregeling heeft als uitgangspunt te gelden dat de schuldeiser van een vrijgestelde dochtervennootschap de vrije keuze heeft om de moedervennootschap direct aan te spreken.

Aangenomen wordt dat er van rechtswege een vorderingsrecht op de moedervennootschap ontstaat wanneer een 403-verklaring is afgegeven. De wil van de schuldeiser speelt daarbij geen rol. Twee situaties kunnen worden onderscheiden. De situatie waarin reeds een 403-verklaring is gedeponeerd wanneer de schuldeiser een overeenkomst aangaat met de dochtervennootschap en de situatie waarin de 403-verklaring pas wordt gedeponeerd nadat een schuldeiser een contract heeft gesloten met de dochtervennootschap.

Wanneer de 403-verklaring pas wordt gedeponeerd wanneer de overeenkomst met de dochtervennootschap reeds bestaat, is er geen enkel moment waarop een schuldeiser zich had kunnen realiseren dat hij een vorderingsrecht op de moedervennootschap zou verkrijgen. Uitsluitend op basis van het eenzijdig handelen door de moedervennootschap ontstaat automatisch een nieuw vorderingsrecht. Dat vorderingsrecht wordt ongeacht de wil van de schuldeiser aan zijn vermogen toegevoegd. Dogmatisch gezien is dit erg opmerkelijk. Betoogd kan worden dat het vorderingsrecht ten voordele van de schuldeiser is en dat het irrelevant is dat hij daarmee niet mee heeft ingestemd.[33]

Was de 403-verklaring al wel gedeponeerd toen de schuldeiser met de dochtervennootschap contracteerde, dan zou betoogd kunnen worden dat de schuldeiser op de hoogte is of kan zijn van het feit dat er een 403-verklaring is afgegeven. De 403-verklaring is gedeponeerd bij het Handelsregister. Aldus heeft deze partij bewust een vordering op de moedervennootschap verkregen en heeft hij de moedervenootschap als zijn schuldenaar aanvaard. Echter, vaak zal een schuldeiser niet afweten van het bestaan van een 403-verklaring. Zijn wil en verklaring dekken in dat geval niet de verkrijging van een vordering op de moedervennootschap. Bovendien merk ik daarbij op dat vaak wordt aangenomen dat een 403-verklaring openbare informatie is, omdat de 403-verklaring is gedeponeerd in de openbare registers. De praktijk wijst echter uit dat het nog best wat moeite kost om een 403-verklaring op te vragen bij het Handelsregister, dat het enkele dagen kan kosten voordat een afschrift van de verklaring kan worden verstrekt en dat een afschrift van de 403-verklaring niet kosteloos is.

Vaak zal een schuldeiser zich er niet van bewust zijn dat een vorderingsrecht aan zijn vermogen wordt toegevoegd. Laat staan dat er sprake is van een (geopen-

33 Bezwaren zijn in bepaalde situaties wel degelijk te noemen. Wanneer de moedermaatschappij bijvoorbeeld een beroep kan doen op verrekening en de dochtermaatschappij niet, zou de moedermaatschappij eenzijdig een vorderingsrecht kunnen creëren en aan het vermogen van de schuldeiser kunnen toevoegen.

baarde) wil die op dat rechtsgevolg is gericht. Ongeacht de wil van de schuldeiser, wordt een vorderingsrecht aan zijn vermogen toegevoegd wanneer de moedervennootschap een 403-verklaring deponeert. Oftewel, dit vermogensrecht wordt de schuldeiser opgedrongen. Wibier heeft in dat kader – onder verwijzing naar de dissertatie van Nieuwenhuis[34] – reeds opgemerkt:[35]

> "Dat de vordering op Holding N.V. niet onmiddellijk met de vordering op Werkmaatschappij B.V. ontstaat volgt overigens ook uit het feit dat niet ondenkbaar is dat de schuldeiser van Werkmaatschappij B.V. niet eens op de hoogte is van het bestaan van een 403-verklaring. Voor gebondenheid van Holding N.V. jegens een schuldeiser van de dochter lijkt mij een conditio sine qua non dat de betreffende schuldeiser ten minste op de hoogte is van de inhoud van de gedeponeerde 403-verklaring.
>
> Dat de vordering op de moedervennootschap pas na acceptatie van de aansprakelijkstelling ontstaat, volgt uit het voor het contractenrecht en de contractvrijheid belangrijke autonomiebeginsel. Partijen kunnen desgewenst een contractuele relatie aangaan, maar zij kunnen er ook voor kiezen met een bepaalde partij juist geen contractuele relatie aan te gaan. Het beginsel komt op diverse plaatsen terug in ons vermogensrecht."

Wordt aanvaard dat door middel van een eenzijdige verklaring een vorderingsrecht aan het vermogen van een derde kan worden toegevoegd, dan wordt een juridische handeling overgeslagen. Namelijk de aanvaarding van het vorderingsrecht door de schuldeiser. Aan deze aanvaarding moet een wil en een uit een gedraging of verklaring af te leiden wilsuiting ten grondslag liggen.[36]

De wilsrechttheorie ondervangt dit probleem. Onder andere Wibier heeft reeds eerder geopperd dat de aanspraak die een schuldeiser heeft op basis van een 403-verklaring, kan worden gekwalificeerd als een wilsrecht:[37]

> "Het recht om een vordering tot betaling van de schuld van Werkmaatschappij B.V. in het leven te roepen, kwalificeert naar mijn mening als een nevenrecht in de zin van art. 6:142 BW. De bevoegdheid om Holding N.V. onder de eenzijdige aansprakelijkheidstelling aan te spreken komt toe aan de schuldeiser van de vordering op Werkmaatschappij B.V. Dat volgt uit (uitleg van) de aansprakelijkheidstelling zelf. Tevens is sprake van een wilsrecht dat als zodanig niet voor afzonderlijke overdracht vatbaar is."

Booms[38] betoogt eveneens dat de 403-verklaring – als zijnde een eenzijdige verklaring – niet rechtstreeks een vorderingsrecht creëert. Hij betoogt:

---

34 Nieuwenhuis 1979, m.n. p. 63 e.v.
35 Wibier 2008, par. 3.1.
36 Meijers stelt dat gebondenheid alleen kan volgen uit overeenkomst en niet uit eenzijdige rechtshandeling; *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 87.
37 Wibier 2008, par. 3.1.
38 Booms 2019, nr. 770.

> "In de literatuur is daarnaast wel betoogd – vooral op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad over de gevolgen van het afgeven van een 403-verklaring – dat het mogelijk is dat door het afgeven van een garantieverklaring eenzijdig verbintenissen ten laste van de garant in het leven worden geroepen. Daaruit zou dan volgen dat de begunstigde vanaf dat moment een (opeisbare) vordering heeft. Mijns inziens wordt daarbij niet juist onderscheiden. Uit het afleggen van een eenzijdige verklaring vloeien op zichzelf geen (afdwingbare) verbintenissen voort ten gunste van degene die de verklaring ontvangt, maar (hoogstens) een wilsrecht om deze verbintenissen te laten ontstaan.18 Iets anders is dat daarnáást verbintenissen kunnen ontstaan die door de wet of – in een eerder stadium – door partijen aan de rechtshandeling zijn verbonden."

Booms licht toe dat auteurs, die betogen dat er direct een vorderingsrecht ontstaat,[39] zich waarschijnlijk baseren op de volgende passage van de Hoge Raad:[40]

> "De hier bedoelde verklaring die de moedermaatschappij heeft afgelegd, is een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling op grond waarvan rechtstreeks aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ontstaat."

Met Booms ben ik het eens dat het ontstaan van 'rechtstreekse' aansprakelijkheid van de moedervennootschap niet hetzelfde is als het ontstaan van een vorderingsrecht.[41] Met de mogelijkheid om een moedervennootschap aan te kunnen spreken, is sprake van directe aansprakelijkheid. Wanneer eerder nog geen aanvaarding van het vorderingsrecht op de moedervennootschap is geaccepteerd, kan worden betoogd dat pas nadat de moedervennootschap is aangesproken een vorderingsrecht is ontstaan.

In de wilsrechttheorie wordt niet miskend dat op basis van een 403-verklaring een verbintenis tussen de moedervennootschap en de schuldeiser van de dochtervennootschap ontstaat. Volgens de wilsrechttheorie is de inhoud van deze verbintenis geen vorderingsrecht maar een aanbod tot acceptatie en daarmee de verkrijging van een vorderingsrecht. Voordat acceptatie door de schuldeiser heeft plaatsgevonden, levert de aanspraak op basis van een 403-verklaring een wilsrecht voor de schuldeiser op. Door de uitoefening van dit wilsrecht wordt het aanbod geaccepteerd en pas dan ontstaat een vorderingsrecht.

Booms betoogt dat het wilsrecht kan leiden tot het ontstaan van een vorderingsrecht, wanneer het wilsrecht wordt gebruikt:[42]

> "Als de begunstigde het door de garant verschafte wilsrecht inroept, verkrijgt de begunstigde een nieuwe vordering op de garant. Deze vordering bestaat zelfstandig van de vordering op basis waarvan hij de garantie kon inroepen. Dit betekent dat de modaliteiten

39 Van Dooren 2015, p. 382, voetnoot 27 en Spierings 2016, p. 220.

40 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447 (Akzo/ING), *r.o.* 3.4.3.

41 Terecht merkt Booms in dat kader op dat de verjaring van de hoofdvordering en de 403-vordering op hun eigen merites dienen te worden beoordeeld, Booms 2019, p. 435, voetnoot 17.

42 Booms 2019, nr. 772.

van de vordering die de begunstigde heeft op de opdrachtgever of dochtervennootschap geen gevolgen hebben voor de verkregen vordering op de garant."

Met voornoemd betoog van Booms ben ik het eens, voor zover het gaat om de in een 403-verklaring aangeboden zekerheid.[43] Bij contractuele garanties is de situatie mogelijk anders.

9.3.2 Afwijken van de heersende opvatting

Wanneer wordt aangenomen dat een 403-verklaring een wilsrecht in het leven roept, moet het uitgangspunt dat een 403-verklaring van rechtswege een vorderingsrecht doet ontstaan, worden verlaten. De heersende opvatting lijkt te zijn dat een 403-verklaring direct een vorderingsrecht laat ontstaan. Het onderscheid tussen het bestaan van aansprakelijkheid en het bestaan van een vorderingsrecht is mogelijk flinterdun.[44] En opgemerkt moet worden dat de Hoge Raad in het kader van de aansprakelijkheid die voortvloeit uit een 403-verklaring steevast spreekt over het bestaan van een verbintenis en dat de Hoge Raad niet spreekt over het bestaan van een vorderingsrecht.[45] Dit werd reeds opgemerkt in paragraaf 9.2. Wat is het verschil? Vloeit een verbintenis noodzakelijkerwijs voort uit een vorderingsrecht? Of kan een verbintenis ook voortvloeien uit een (nog niet geaccepteerd) aanbod?

Wanneer een moedervennootschap een 403-verklaring deponeert, kan worden betoogd dat zij hiermee een aanbod doet. Wanneer een schuldeiser een vordering heeft op een dochtervennootschap die voortvloeit uit een rechtshandeling, kan de moedervennootschap dit aanbod niet meer vrijelijk intrekken. Het aanbod is onherroepelijk. Een onherroepelijk aanbod brengt de verbintenis met zich mee het aanbod

43 Een kleine kanttekening daarbij: Booms betoogt dat het antwoord op de vraag wat de bron is van de verbintenis voor de garant niet uitmaakt, Booms 2019, nr. 770. Voor wat betreft de bepaling van de inhoud van de aansprakelijkheid lijkt mij dit juist. Maar met betrekking tot bijvoorbeeld de verjaring kan de uitkomst verschillen wanneer de aansprakelijkheidsstelling door de schuldeiser (acceptatie van het aangeboden vorderingsrecht) later plaatsvindt dan het afleggen van de 403-verklaring. Wanneer het faillissement van de moedervennootschap wordt uitgesproken voordat de 403-vordering is aanvaard, is de vraag wat de bron is van het vorderingsrecht (en of en zo ja wanneer dat vorderingsrecht is ontstaan) relevant en bepalend voor een aantal juridische consequenties.

44 Van Schilfgaarde gebruikt de termen aansprakelijkheid en vordering door elkaar, wanneer hij spreekt over hetgeen uit een 403-verklaring voortvloeit: "De aansprakelijkheid van Econcern berust op de door Econcern afgegeven 403-verklaring. Art. 2:403 BW noch enige andere wettelijke bepaling verbindt aan de vordering, die op deze aansprakelijkheidsverklaring berust, een voorrecht." Zie HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:898, *NJ* 2014/309, par. 4.

45 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *r.o.* 4.34.4 en HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837, *r.o.* 3.6.2.

gestand te doen en houdt de toekomstige verbintenis in tot nakoming van de overeenkomst die bij aanvaarding van het aanbod tot stand wordt gebracht.[46]

Wordt middels een 403-verklaring een aanbod gedaan, dan ontstaat een verbintenis.[47] Een verbintenis[48] heeft een actieve en een passieve kant.[49] Bij een aanbod dat volgt uit de 403-verklaring, behelst de passieve kant de verplichting van de moedervennootschap om het aanbod gestand te moeten doen wanneer dat wordt aanvaard. Aan de actieve kant staat de schuldeiser van de dochtervennootschap. Hij heeft er recht op dat de moedervennootschap het door haar gedane aanbod gestand zal doen wanneer hij besluit haar aan te spreken. Doet een moedervennootschap een aanbod in een 403-verklaring, dan brengt dat voor de moedervennootschap de verplichting met zich dat zij dit aanbod gestand doen. Zij is daarin niet vrij. Zij is gebonden om het aanbod gestand te doen wanneer dat wordt geaccepteerd. Het aanbod wordt geaccepteerd, wanneer de schuldeiser ingaat op het in de 403-verklaring gelegen aanbod en de moedervennootschap op basis van de 403-verklaring aanspreekt. Na de acceptatie verschiet de rechtsverhouding tussen de moedervennootschap en de schuldeiser van kleur. Het aanbod is aanvaard en er is een overeenkomst ontstaan.[50] Uit die overeenkomst vloeit een vorderingsrecht voort. Dit vorderingsrecht leidt tot verbintenissen die afwijken van de verbintenissen die bestonden in de aanbodfase voorafgaand aan de acceptatie. Wanneer het aanbod is geaccepteerd en het zelfstandige vorderingsrecht (de 403-vordering) is ontstaan,

46 Zie Spierings 2016, 10.2.1.

47 Zie Spierings 2016, 5.6: "Het aanbod heeft wel degelijk rechtsgevolgen, schept verbintenissen" en "Het aanbod is een zelfstandige bron van verbintenissen. Een aanbod creëert een wilsrecht tot het doen ontstaan van een overeenkomst voor de geadresseerde. Dit wilsrecht is een vermogensrecht. Daarnaast schept het aanbod een verbintenis voor de aanbieder om zich als een goed huisvader te gedragen én een toekomstige vordering tot nakoming van de uit de tot stand te brengen overeenkomst voortvloeiende verbintenissen."

48 De wet geeft geen omschrijving van het begrip verbintenis. Duidelijk is wel dat het gaat om een rechtsverhouding tussen twee partijen, waarbij schuld (betaling of prestatie) en vorderingsrecht (vorderen van de prestatie en/of betaling) tegenover elkaar staan. Er kan nog een onderscheid worden gemaakt tussen de verbintenis (een rechtsverhouding tussen schuldeiser en schuldenaar) en een rechtsplicht. Bij een rechtsplicht hoeft geen sprake te zijn van een rechtsverhouding tussen partijen, maar kan het gaan om een verplichting tegenover eenieder. Een kenmerk van de verbintenis is dat de nakoming van die verbintenis in rechte kan worden afgedwongen (zie artikel 3:296 BW). Daarmee geeft de schuldeiser dus een vorderingsrecht alsook een daaraan verbonden rechtsvordering.

49 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 33: "Aan de passieve zijde van de verbintenis staat de schuldenaar, die tot de prestatie verplicht is, aan de actieve zijde schuldeiser, die op de prestatie recht heeft. Daarnaast echter zien wij, dat in de regel de schuldenaar met zijn vermogen voor de nakoming van verplichtingen instaat, en - van de actieve zijde bezien - dat de schuldeiser op dat vermogen verhaal heeft. Aldus onderscheidt men aan de passieve zijde der verbintenis tussen 'schuld' (uitschuld) en 'verhaalsaansprakelijkheid' (Haftung), aan de actieve zijde tussen 'vorderingsrecht' (schuldvordering, inschuld) en 'verhaalsrecht'."

50 Er wordt ook wel gesproken van een opgaan van het aanbod in een overeenkomst: "Het aanbod behoort tot de kern van het Nederlandse contractenrecht. Door zijn 'zelfdestructieve' karakter als rechtshandeling die tot doel heeft op te gaan in een overeenkomst", Spierings 2016, 5.6.

rust op de moedervennootschap de verbintenis om te presteren, hetgeen zij uit hoofde van het vorderingsrecht is verschuldigd. Aan de actieve kant staat de schuldeiser, die het recht heeft van de moedervennootschap de verschuldigde prestatie te ontvangen. Bij een 403-vordering is de prestatie die de moedervennootschap moet verrichten gelijkgesteld aan de prestatie die de dochtervennootschap aan de schuldeiser verschuldigd is.

Wordt de tussenstap van de aanbodfase gemaakt, dan heeft de schuldeiser alvorens de moedervennootschap aan te spreken, een wilsrecht. De schuldeiser kan zijn eigen wil bepalen en al dan niet besluiten om de moedervennootschap aan te spreken waardoor een vorderingsrecht tot stand kan worden gebracht.

Naar mijn idee is de opvatting dat een 403-verklaring een wilsrecht schept, juridisch-technisch gezien mogelijk. Ik acht deze opvatting goed verdedigbaar en mogelijk is deze opvatting logischer dan de opvatting waarbij wordt aanvaard dat door een eenzijdige verklaring van de moedervennootschap zonder acceptatie van de schuldeiser een vorderingsrecht aan het vermogen van een derde kan worden toegevoegd.

9.3.3 De voorzienbaarheid van de verkrijging van een vorderingsrecht

De 403-verklaring is een eenzijdige, ongerichte rechtshandeling. Bindende toezeggingen scheppen verplichtingen en daarmee verbintenissen. Maar een verbintenis staat niet synoniem aan een vorderingsrecht. De aanname dat op basis van een eenzijdige verklaring direct een vorderingsrecht ontstaat, lijkt mij niet zonder meer houdbaar. Het eenzijdig toevoegen van een vorderingsrecht aan het vermogen van een derde, lijkt op gespannen voet te staan met het reguliere uitgangspunt:[51]

> "Omdat een verbintenis een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen is die inhoudt dat zij jegens elkaar aan plichten zijn gebonden en zich op rechten kunnen beroepen, is het van belang dat duidelijkheid bestaat over het ontstaan van verbintenissen."

Rechtssubjecten zouden niet gebonden moeten kunnen worden wanneer er onvoldoende inzicht bestaat in de wijze waarop zij gebonden worden. Een partij dient niet zomaar ergens aan gebonden te zijn, zonder dat hij daar weet van heeft. Voorkómen moet worden dat hij met onvoorziene consequenties van een aan hem onbekende verbintenis wordt geconfronteerd.

Zoals in paragraaf 9.3.1 reeds werd aangegeven, kunnen bij het deponeren van een 403-verklaring de volgende twee situaties van elkaar worden onderscheiden:

1. een schuldeiser verkrijgt een uit een rechtshandeling voortvloeiende vordering op een dochtervennootschap op het moment waarop reeds een 403-verklaring is afgegeven;

51 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016, nr. 47.

2. een schuldeiser heeft reeds een uit een rechtshandeling voortvloeiende vordering op een dochtervennootschap op het moment waarop een 403-verklaring wordt afgegeven.

In de eerste situatie zou kunnen worden betoogd dat de schuldeiser weet heeft of weet had behoren te hebben dat hij door een contract met de dochtervennootschap te sluiten tevens in een rechtsverhouding met de moedervennootschap zou komen te staan. In zoverre kan worden betoogd dat deze schuldeiser niet tegen zijn wil en niet zonder wetenschap een vorderingsrecht op de moedervennootschap verkrijgt. In de praktijk zal een schuldeiser vaak niet weten dat er een 403-verklaring is afgegeven. De vraag kan worden gesteld of de schuldeiser wel de wil heeft gehad om een vorderingsrecht op de moedervennootschap te verkrijgen, of hij die wil heeft geuit en of hij de verkrijging van het vorderingsrecht heeft aanvaard.

In de tweede situatie is het vrijwel zeker dat de verkrijging van een vorderingsrecht op de moedervennootschap buiten de schuldeiser omgaat. Wanneer een 403-verklaring wordt afgegeven wanneer de vordering op de dochtermaatschappij reeds bestaat, wordt van rechtswege een vorderingsrecht aan het vermogen van de schuldeiser toegevoegd. Of de schuldeiser dat nu wil of niet. Hij heeft daar kennelijk niets over te zeggen en hij heeft geen keus. Dit staat op gespannen voet met de gedachte dat een partij niet zomaar ergens aan gebonden kan zijn zonder dat hij daar weet van heeft, met eventuele onvoorziene consequenties tot gevolg.[52]

De theorie waarbij wordt aangenomen dat een 403-verklaring in plaats van een vorderingsrecht een wilsrecht in het leven roept, kan wel leiden tot de totstandkoming van een vorderingsrecht. Steneker verwoordt dit als volgt:[53]

> "Wanneer het wilsrecht rechtsgeldig wordt uitgeoefend, kan daardoor een vordering of een ander recht ontstaan, of kan een bestaande vordering een verandering ondergaan, bijvoorbeeld doordat zij door uitoefening van het wilsrecht opeisbaar wordt of recht geeft op een andere prestatie dan voorheen."

Deze benadering sluit naar mijn beleving aan bij de werking die een 403-verklaring zou moeten hebben. Het keuzerecht dient naar mijn idee te liggen bij de schuldeiser, die een beroep op de 403-verklaring *kan* doen. Die gedachte komt dan weer terug in de zienswijze ten aanzien van wilsrechten die door Biemans wordt verdedigd:[54]

> "In deze zienswijze is een wilsrecht een subjectief recht, dat (in de kern) uit één bevoegdheid bestaat, die de rechthebbende de mogelijkheid geeft om eenzijdig verandering te brengen in een bepaalde rechtstoestand. De enkele wilsverklaring van de rechthebbende

52 Voor de schuldeiser van de dochtervennootschap bestaat geen duidelijkheid ten aanzien van het ontstaan van het vorderingsrecht. Dit kan in zijn onwetendheid geschieden; een derde partij kan een vorderingsrecht aan zijn vermogen toevoegen.

53 Steneker 2012, nr. 66.

54 Biemans 2019, p. 389 met verwijzing naar Drielsma 1975, p. 491-494; Meijers 1948, p. 266; Aaftink 1974, p. 64, nt. 140 en Köster 1979, p. 205.

> volstaat om het rechtsgevolg te bewerkstelligen, vandaar de benaming 'wilsrecht'. Omdat het om een bijzondere bevoegdheid gaat, zal het wilsrecht steeds een verandering brengen in een bestaande rechtsverhouding. Het wilsrecht wordt aldus jegens een of meer bepaalde personen uitgeoefend. Daaruit volgt dat de uitoefening van een subjectief wilsrecht een gerichte eenzijdige rechtshandeling is."

De wilsrechttheorie voorkomt dat er direct zonder instemming van de schuldeiser een vorderingsrecht ontstaat maar voorkomt niet dat er helemaal geen verbintenis ontstaat. Wanneer de wilsrechttheorie wordt toegepast, komt de schuldeiser eveneens in verbintenis te staan met de moedervennootschap. De verbintenis houdt dan in dat de schuldeiser het recht heeft om de moedervennootschap aan te spreken op basis van de door de moedervennootschap geuite wilsverklaring waarmee de schuldeiser het recht heeft een vorderingsrecht in het leven te roepen.

Een ongevraagde verkrijging van een wilsrecht heeft minder ingrijpende gevolgen dan een ongevraagde verkrijging van een vorderingsrecht. Wanneer een wilsrecht niet door de schuldeiser wordt uitgeoefend, blijft de eenzijdige verklaring van de moedervennootschap praktisch zonder gevolg voor de schuldeiser. Het eenzijdig creëren van een vorderingsrecht en het eenzijdig toevoegen daarvan aan andermans vermogen, heeft daarentegen wel degelijk gevolgen. Er wordt een schuld gecreëerd aan de zijde van de moedervennootschap. De moedervennootschap kan daarop tot nakoming overgaan. Ook als de schuldeiser daar niet op zit te wachten. Als uitgangspunt geldt dat de schuldeiser niet verplicht is tot (medewerking aan) het verkrijgen van de hem toekomende prestatie.[55] Toch kan een schuldenaar die wenst na te komen actie ondernemen tegen de schuldeiser die de prestatie weigert. Wanneer de schuldeiser niet meewerkt aan een verplichting tot inontvangstneming van een prestatie, schiet hij tekort in een op hem rustende verbintenis. De schuldenaar kan dan de normale gevolgen die de wet aan de tekortkoming verbindt inroepen.[56] De Hoge Raad heeft hierop wel enige nuance aangebracht. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de regeling van het schuldeisersverzuim (slechts) de nadelen beoogt op te heffen die de schuldenaar lijdt ten gevolgen van het niet kunnen nakomen van zijn verbintenis.[57]

De wilsrechttheorie voorkomt dat *eenzijdig* een vorderingsrecht wordt geschapen en wordt toegevoegd aan andermans vermogen. De wilsrechttheorie is in overeenstemming met het beginsel van partijautonomie. Tevens wordt met de wilsrechttheorie recht gedaan aan het uitgangspunt dat een wil is vereist die zich heeft geopenbaard, alvorens een partij wordt gebonden. De wilsrechttheorie draagt bovendien bij aan de duidelijkheid die partijen hebben over hun rechtspositie. Wanneer een schuldeiser aan de moedervennootschap kenbaar maakt dat hij het

55 Zie *Parl. Gesch.* BW Boek 6 1981, p. 219 en 230.
56 Zie Streefkerk 2018, par. 3.3.
57 HR 30 september 2016, *NJ* 2017/72 (Van Dijk/Van Lenningh).

vorderingsrecht aanvaardt, schept dat voor beide partijen duidelijkheid. Daarmee is naar mijn mening aangetoond dat er goede gronden zijn om de wilsrechttheorie te aanvaarden. Een vervolgvraag is wat er na de aanvaarding plaatsvindt. Ontstaat er hoofdelijke aansprakelijkheid of een zekerheid die kwalificeert als borgtocht?

9.3.4 Het ontstaan van een verbintenis op basis van een eenzijdige verklaring

9.3.4.1 Verbintenis op basis van een eenzijdige verklaring

De wijzen waarop verbintenissen kunnen ontstaan binnen het Nederlandse recht zijn gesystematiseerd. Het Nederlandse verbintenissenrecht wordt gekenmerkt door een gelimiteerd aantal gecategoriseerde bronnen van verbintenissen.[58] In de continentale rechtsstelsels worden de volgende categorieën onderscheiden: contract, quasicontract, delict, quasidelict en de wet. Dit systeem is tevens het uitgangspunt bij het hedendaagse Nederlandse recht.[59]

Het ontstaan van een vorderingsrecht op basis van een eenzijdige rechtshandeling, past niet binnen het systeem van het Nederlandse verbintenissenrecht.[60] Een verbintenis, niet zijnde een vorderingsrecht, kan wel uit een eenzijdige rechtshandeling voortvloeien. De bron van verbintenissen is de wet (6:1 BW).[61] De in de wet geduide bronnen van verbintenissen zijn onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking, zaakwaarneming en overeenkomst.[62] Verbintenissen dienen voort te vloeien uit de wet:

> Artikel 6:1 BW
> Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit.

Het Nederlandse recht kent een open systeem van verbintenissen. De wet geeft geen limitatieve opsomming van mogelijke verbintenissen en alle verbintenissen

58 Deze systematische benadering, alsook de gesloten categorieën waarbinnen verbintenissen kunnen ontstaan, vormt een fundamenteel uitgangspunt voor het verbintenissenrecht. Deze benadering en de categorieën, bestaan al sinds het Romeinse recht. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016, nr. 47.

59 Zie o.a. Janssen 2016, par. 1.4.3: "Het Wetboek Napoleon kende – evenals de Code civil en Pothier – vijf bronnen van verbintenissen: het contract, het quasi-contract, het delict, het quasi-delict en de wet."

60 Er zijn verschillende studies gewijd aan de eenzijdige rechtshandeling als bron voor verbintenissen. Niet alleen binnen het Nederlandse recht leidt dit thema tot vraagstukken. Zie onder meer: Gordley 2001; Caufmann 2004 en Spierings 2015.

61 Dit betekent dat uit de gewoonte of de billijkheid dus geen verbintenis kan ontstaan. Hiermee wordt de rechtszekerheid gediend.

62 Zie o.a. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016, nr. 47.

die door de wet zijn toegelaten, worden erkend. Voorts geldt dat de regels van het verbintenissenrecht in beginsel niet van dwingend recht zijn. Hierdoor hebben partijen veel vrijheid om zich te binden door een verbintenis in het leven te roepen. De inhoud daarvan staat ter geheel vrije bepaling van een partij, zover de wet daar geen beperkingen aan stelt. In het arrest Quint/Te Poel[63] aanvaardde de Hoge Raad de ruime uitleg van het begrip 'wet'. Artikel 6:1 BW bepaalt dat een verbintenis kan ontstaan als dit uit de wet voortvloeit. Daarom hoeft de wet niet uitdrukkelijk te bepalen in welke situaties een verbintenis ontstaat.

Een verbintenis kan eenvoudig voortvloeien uit een eenzijdige verklaring. Bindende toezeggingen zijn daar een voorbeeld van. De mogelijkheid om eenzijdig een afdwingbare verbintenis te creëren, wordt zeer terughoudend benaderd.[64] Uit de toelichting bij het ontwerp van artikel 6:1 BW volgt dat een afdwingbare verbintenis alleen kan worden verkregen op basis van een overeenkomst en niet op basis van een eenzijdige rechtshandeling.[65] Uit de Memorie van Antwoord bij artikel 6:5 BW blijkt voorts dat de wetgever van oordeel is dat de eenzijdige toezegging, die bindend is zonder dat deze is aanvaard, een weinig aantrekkelijke rechtsfiguur is.[66] Echter, de bezwaren bestaan wanneer de partij die een eenzijdige verklaring doet, een verbintenis kan afdwingen bij een andere partij. Het eenzijdig doen van een aanbod waarbij een partij zichzelf bindt en waarbij de geadresseerde de keuze heeft om het al dan niet te aanvaarden, is niet erg bezwaarlijk. Het eenzijdig scheppen van een vorderingsrecht is bezwaarlijker. De nakoming daarvan kan dan aan een partij die daar geen invloed op heeft kunnen uitoefenen, worden opgedrongen.

Dat het afleggen van een verklaring kan leiden tot het ontstaan van vorderingsrechten, is in zijn algemeenheid opmerkelijk te noemen. Meijers heeft in de toelichting bij het Burgerlijk Wetboek zelfs als uitgangspunt genomen dat verbintenissen – niet eens zijnde vorderingsrechten – niet kunnen ontstaan door eenzijdige rechtshandelingen.[67] De wet kan natuurlijk voorzien in uitzonderingsgevallen. Maar de aansprakelijkheid van de moedervennootschap is niet op de wet gebaseerd maar op de door de moedervennootschap zelf afgegeven 403-verklaring[68] en is derhalve een niet uit de wet voortvloeiende verbintenis.

Als een eenzijdige verklaring geen vorderingsrecht kan scheppen, kan een eenzijdige verklaring dan wel een verbintenis scheppen? In een aantal gevallen

63 HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548.

64 Spierings 2016, par. 2.3.3.

65 *Parl. Gesch.* Boek 6 BW, p. 87.

66 *Parl. Gesch.* Boek 6 BW, p. 89.

67 *Parl. Gesch.* Boek 6 BW, p. 87 en p. 588 (TM).

68 Zie onder meer Van Schilfgaarde in zijn noot bij het arrest van de Hoge Raad van 11 april 2014: "Uitdrukkelijk wordt overwogen dat de aansprakelijkheid van Econcern berust op de afgegeven 403-verklaring. Verwezen wordt daarbij naar de beslissing inzake Akzo Nobel, waarin deze visie – de schuldeiser kan geen recht ontlenen aan art. 2:403, doch uitsluitend aan de door de vennootschap gedeponeerde verklaring – is vastgelegd", HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:898, *NJ* 2014/309, par. 5 van de annotatie.

staat de wet inderdaad toe dat een eenzijdige rechtshandeling een verbintenis schept. Voor een gedegen en uitgebreide studie naar de schepping van verbintenissen door middel van een eenzijdige rechtshandeling zij verwezen naar het proefschrift van Spierings.[69] De vraag of een eenzijdige rechtshandeling – in bepaalde gevallen – een bron van verbintenissen kan zijn, wordt bevestigend beantwoord door diverse auteurs[70] maar is niet onomstreden.[71] Dit ondanks het open systeem van verbintenissen dat eerder in deze paragraaf reeds werd aangestipt.

Spierings concludeert dat er binnen het Nederlandse civiele rechtsstelsel diverse eenzijdige verbintenisscheppende rechtshandelingen zijn aan te wijzen. Deze zijn echter gelimiteerd en kennen een specifieke wettelijke grondslag hetgeen verenigbaar is met het systeem van het geclausuleerd open systeem van verbintenissen binnen het Nederlandse recht. Spierings merkt op dat de partijautonomie van belang is en dat de primaire (on)gebondenheid van personen het uitgangspunt is. Daarnaast spelen ook het vertrouwens- en het causabeginsel een rol bij het bepalen of sprake is van gebondenheid. Spierings onderkent dat de erkenning van de eenzijdige rechtshandeling als bron van verbintenissen botst met het uitgangspunt dat verbintenissen alleen kunnen voortvloeien uit een overeenkomst en niet uit een eenzijdige rechtshandeling.[72] Spierings is van mening dat de ratio dat iemand een ander geen verbintenis moet kunnen opdringen nog wel geldingskracht heeft maar dat dit niet tot gevolg heeft dat de eenzijdige rechtshandeling categorisch wordt uitgesloten als bron van verbintenissen. Dat ben ik met haar eens. Zoals ik hiervoor opmerkte, bestaan er bezwaren wanneer de partij die een eenzijdige verklaring doet, een verbintenis kan scheppen op basis waarvan hij iets kan afdwingen bij een andere partij. Het eenzijdig doen van een aanbod is niet bezwaarlijk. Het eenzijdig scheppen van een vorderingsrecht is dat wel.

Ter voorkoming van opgedrongen verbintenissen, bestaan wel enkele middelen. Zo moet een schenking eerst worden aanvaard wat betekent dat deze ook kan worden geweigerd. Een verkrijging krachtens legaat kan zelfs met terugwerkende kracht worden geweigerd.[73] Maar bij een 403-situatie heeft een schuldeiser deze mogelijkheden niet. Een schuldeiser kan natuurlijk afstand doen van zijn 403-vordering op de moedervennootschap. Maar de moedervennootschap moet dit dan

69 Spierings 2016, par. 10.2.

70 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014, nr. 102; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 50; Snijders 1988, p. 61-62; Janssens 1926, p. 126 e.v.; Pitlo/Bolweg 1979, p. 39; Asser/Rutten 3-II 1968, p. 114; Smits 2003, nr. 33; Van Bemmelen 1889, p. 353; Schoonenberg 1990, p. 106; Vranken 1989, p. 112 (ook in 'Wisselwerking tussen privaatrecht en bestuursrecht', in: Hirsch Ballin e.a. 1988, p. 31-32) en Van Delden & Bannier 1999, p. 83.

71 Auteurs die zicht uitspreken tegen de (privaatrechtelijke) eenzijdige verbintenisscheppende rechtshandeling zijn Land e.a. 1907, p. 173-174; Bloembergen 1996, p. 58 en De Kluiver 1992, p. 125 e.v.

72 *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 87 (TM).

73 Zie over het vereiste dat een schenking of gift moet zijn gewild en dat een schenking of gift niet altijd een gewilde bevoordeling betekent, onder andere de bijdrage van Megchelse en Vegter, Megchelse & Vegter 1995, p. 412-418.

wel aanvaarden. De schuldeiser is niet autonoom bevoegd om afstand te doen van het vorderingsrecht. Hij heeft medewerking van de moedervennootschap nodig om van het vorderingsrecht af te komen. Wanneer het op de eerbiediging van de partijautonomie van de schuldeiser aankomt, heeft de wilsrechttheorie ontegenzeggelijk betere kaarten:

> "Een wilsrecht kan eenzijdig worden uitgeoefend en kan ook eenzijdig worden prijsgegeven. Het behoort tot de autonomie van de gerechtigde om ervoor te kiezen een bevoegdheid niet uit te oefenen."[74]

Terug naar wettelijke uitzonderingssituaties waarbij door eenzijdige rechtshandelingen vorderingsrechten kunnen worden geschapen. Te denken valt aan vernietiging, opzegging en ontbinding. Het eenzijdig creëren van een 403-vordering kan moeilijk onder deze categorie worden geschaard.

Een andere categorie eenzijdige rechtshandelingen waarbij een verbintenis kan worden geschapen, is een categorie waarbij de totstandkoming van de verbintenis afhankelijk is gesteld van de aanvaarding. Zo geldt bij het onherroepelijk aanbod, de uitloving en het verkrijgen van een vorderingsrecht op basis van een legaat dat aanvaarding dient plaats te vinden voordat er een vorderingsrecht aan het vermogen van een derde wordt toegevoegd. Ook in dit rijtje[75] is de 403-vordering de vreemde eend in de bijt wanneer de wilsrechttheorie niet wordt aanvaard en niet wordt aangenomen dat de 403-verklaring in eerste instantie een wilsrecht schept.

9.3.4.2 De 403-vordering vloeit niet voort uit de wet maar uit een eenzijdige verklaring

De beperking van artikel 6:1 BW brengt niet met zich dat een verbintenis niet slechts op basis van een eenzijdige verklaring kan ontstaan.[76] Dit dient te steunen op een wettelijke grondslag zodat kan worden gesteld dat de verbintenis voortvloeit uit de wet.[77] Artikel 2:403 lid 1 sub f BW is echter niet de basis waarop een 403-vordering steunt.[78] Het uitgangspunt bij de groepsvrijstellingsregeling is dat de

74 Spierings 2016, par. 9.4.2.

75 Spierings 2016, nr. 415.

76 De bepalingen inzake hoofdelijkheid zijn van toepassing wanneer een wettelijke grondslag bepaalt dat een hoofdelijke aansprakelijkheid op een partij rust. Deze bepalingen regelen het gevolg van de ontstane hoofdelijke relatie.

77 Zie ook Spierings 2016, nr. 401. Zij geeft aan welke eenzijdige rechtshandelingen een verbintenis kunnen scheppen. Deze zijn expliciet in de wet benoemd. Spierings rekent het afleggen van een 403-verklaring tot dit rijtje, hetgeen in lijn is met de heersende opvatting.

78 Zie onder meer Van Schilfgaarde in zijn noot bij het arrest van de Hoge Raad van 11 april 2014: "Uitdrukkelijk wordt overwogen dat de aansprakelijkheid van Econcern berust op de afgegeven 403-verklaring. Verwezen wordt daarbij naar de beslissing inzake Akzo Nobel, waarin deze visie – de schuldeiser kan geen recht ontlenen aan art. 2:403, doch uitsluitend aan de door de vennootschap gedeponeerde verklaring – is vastgelegd." HR 11 april 2014,

403-vordering voortvloeit uit de 403-verklaring die de moedervennootschap heeft afgelegd *en niet* uit de wet (artikel 2:403 lid 1 sub f).

Voor het ontstaan van een verbintenis op basis van een eenzijdige verklaring biedt het Nederlandse systeem naar mijn idee zonder meer ruimte. Zou worden aanvaard dat een vorderingsrecht kan worden geschapen door het afleggen van een eenzijdige ongerichte rechtshandeling, omdat artikel 2:403 BW daarvoor een wettelijke basis zou geven, dan is de vraag wanneer sprake is van een verklaring, die als 403-verklaring kwalificeert, cruciaal.[79] Het is niet wenselijk dat met iedere eenzijdige verklaring waarin hoofdelijke aansprakelijkheid wordt genoemd een vermogensrecht kan worden toegevoegd aan het vermogen van een derde partij.

Wanneer de mogelijkheid om middels een eenzijdige verklaring een vorderingsrecht te creëren wordt opengesteld, dan is de vraag waar de grens ligt. Deze uitzonderlijke situatie moet zich dan beperken tot de situatie waarbij een moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor schulden van een dochtervennootschap in het kader van de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW. Maar de verbintenisrechtelijke werking van een eenzijdige verklaring in het algemeen, is niet voorbehouden voor situaties waarin ook daadwerkelijk de vrijstelling wordt verkregen. Is de vorderingsrechtscheppende werking voorbehouden aan een verklaring die daadwerkelijk tot gevolg heeft dat het recht, om de vrijstelling van artikel 2:403 BW te mogen toepassen, wordt verkregen? De zogenaamde jaarrekeningrechtelijke werking van de vrijstellingsregeling is afhankelijk van nog een tal van andere aspecten. Het verkrijgen en vervolgens toepassen van de vrijstelling op grond van artikel 2:403 BW is niet vereist om de 403-verklaring een verbintenisrechtelijke werking te laten hebben.[80] Te denken valt aan situaties waarin de 403-verklaring

---

ECLI:NL:HR:2014:898, *NJ* 2014/309, par. 5 van de annotatie.

79 Wanneer is een verklaring een 403-verklaring? Als tevens aan alle andere voorwaarden van artikel 2:403 BW is of in de toekomst wordt voldaan? Als de tekst van de betreffende verklaring precies aansluit bij artikel 2:403 BW? Als op de verklaring staat dat de verklaring een 403-verklaring is? Zie over de vraag – of het probleem – wanneer een verklaring heeft te gelden als een 403-verklaring onder andere Van Olffen 2001.

80 De jaarrekeningrechtelijke werking en de verbintenisrechtelijke werking staan los van elkaar, zie o.a. De Neve 2002, p. 236; Hof Amsterdam 1 februari 2007, *JOR* 2007/144; Hof Amsterdam 28 februari 2007, *JOR* 2007/145; Spierings 2016, par. 6.2.1; "Als de verklaring echter te beperkt is opgesteld, is niet aan de vereisten van artikel 2:403 lid 1 BW voldaan.11 Ten onrechte zal dan geen volledige jaarrekening zijn gepubliceerd. Dit laat onverlet dat, binnen de grenzen van de verklaring, aansprakelijkheid is ontstaan. Om te bepalen welke aansprakelijkheid de verklarende rechtspersoon precies op zich genomen heeft, moet de verklaring worden uitgelegd" en Faber & Vermunt in hun annotatie bij HR 3 april 2015, *JOR* 2015/191: "De 403-verklaring is een eenzijdige, niet tot een bepaalde partij gerichte rechtshandeling van de moedermaatschappij. De hoofdelijke aansprakelijkheid ontstaat niet uit de wet zelf, derhalve niet uit art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW, maar uit de afgelegde verklaring. De moedermaatschappij kan in beginsel zelf de inhoud en omvang van haar verbintenis bepalen, met dien verstande dat aan het bepaalde in art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW moet worden voldaan om van de beoogde vrijstelling gebruik te kunnen maken. Een beperktere aansprakelijkheid dan waarvan de wet uitgaat, staat aan de vrijstelling in de weg."

ontoelaatbare beperkingen bevat[81] of situaties waarin aan andere voorwaarden van artikel 2:403 lid 1 BW niet wordt voldaan.[82] Daarmee rijst de vraag wanneer een eenzijdige verklaring het bijzondere karakter zou moeten krijgen dat aan die verklaring de 'vorderingsrechtscheppende werking' geeft.

Op basis van bovenstaande overwegingen kan de conclusie worden getrokken dat het toelaten van een eenzijdige verklaring die vorderingsrechten schept, stuit op tal van bezwaren. Deze rechtsfiguur is lastig in te passen in het systeem van het Nederlandse recht en zou hoogst uitzonderlijk zijn.

9.3.4.3 De 403-verklaring als bindende toezegging

Een 403-verklaring kan mogelijk worden gezien als een verklaring die een bindende eenzijdige toezegging bevat. Het leerstuk van de bindende eenzijdige toezegging is niet expliciet in de wet geregeld.[83] Of sprake is van een bindende toezegging en wat daarvan de gevolgen zijn, zal van geval tot geval beoordeeld dienen te worden. Zie in dit verband Spierings. Zij concludeert:[84]

> "De wetgever overweegt dat sprake is van steeds andere feitencomplexen en uiteenlopende gevallen die niet onder één noemer kunnen worden gebracht, en dat het daarom van de omstandigheden van het geval afhangt welke regels in een concrete casus van toepassing zijn. Soms kan een toezegging worden gekwalificeerd als een aanbod en kan na aanvaarding nakoming worden gevorderd. In andere gevallen bestaat enkel een mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding op grond van onrechtmatige (overheids)daad, wegens het veronachtzamen van een verplichting die geen verbintenis oplevert."

De 403-verklaring kan naar mijn idee worden gezien als een bindende toezegging van de moedervennootschap. Het is evenwel mogelijk dat die toezegging kwalificeert als een aanbod.

---

81 En moet er sprake zijn van een 'echte' 403-verklaring, zie o.a. Ramanna 2008; Van Olffen 2001 en Van 't Spijker 2009.

82 Of zou moeten worden betoogd dat de hoofdelijke gebondenheid (en het daarmee gepaard gaande ontstaan van een vorderingsrecht) verbintenisrechtelijk slechts standhoudt wanneer aan alle vereisten van artikel 2:403 BW is voldaan?

83 Zie voor een zeer uitgebreide studie naar dit onderwerp: Spierings 2017 en Spierings 2016, par. 2.5.5. Zie ook *Parl. Gesch.* Boek 6 BW, p. 1433 (MvA I Inv).

84 Spierings 2016, par. 2.5.5 onder verwijzing naar *Parl. Gesch.* Boek 6 BW, p. 1434 (MvA I Inv); *Parl. Gesch.* Boek 6 BW, p. 1435 (MvA I Inv); HR 13 februari 1981, *NJ* 1981/456 (Heesch/Reijs); HR 17 januari 1985, *NJ* 1985/559 (Patelski/Sittard); HR 6 december 1985, *NJ* 1986/230 (Frenkel/KRO); HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, *NJ* 2016/1 (Overzee/Zoeterwoude); HR 23 juni 1989, *NJ* 1991/673 en HR 10 september 1993, *RvdW* 1993/168.

9.3.4.4 De 403-verklaring als aanbod

Het Nederlandse recht kent het aanbod als een rechtsfiguur die een verbintenis schept voor de aanbieder.[85] Aangezien een aanbieder zijn aanbod kan herroepen (artikel 6:219 BW), is de gebondenheid erg betrekkelijk. Een 403-verklaring dient niet herroepelijk te zijn. In het kader van de vrijstellingsregeling is een sterkere gebondenheid noodzakelijk. Voor een sterkere gebondenheid kan een onherroepelijk aanbod worden gedaan:[86]

> "In het algemeen is het aanbod herroepelijk in die zin dat de aanbieder de werking eraan kan ontnemen, voordat het door de geadresseerde is aanvaard. Het aanbod is echter onherroepelijk indien het een termijn voor de aanvaarding inhoudt of de onherroepelijkheid op andere wijze uit het aanbod volgt. Het onherroepelijke aanbod is een eenzijdige rechtshandeling, waarbij de aanbieder zich, doorgaans voor een bepaalde tijd, de bevoegdheid ontneemt om te voorkomen dat door de tijdige aanvaarding van het aanbod de overeenkomst tot stand komt."

Vanuit dit perspectief bezien, zou een 403-verklaring een aanbod kunnen inhouden.[87] In de verklaring wordt door de moedervennootschap het aanbod gedaan om hoofdelijke aansprakelijkheid te aanvaarden voor een schuld van haar dochtervennootschap, wanneer de schuldeiser dat aanvaardt. Bij aanvaarding ontstaat een vorderingsrecht.

Het aanbod in een 403-verklaring is misschien niet geheel onherroepelijk, maar *beperkt herroepelijk*. De regeling omtrent de mogelijkheid om dit aanbod te herroepen, is uitgewerkt in artikel 2:404 BW. Een 403-verklaring kan te allen tijde worden ingetrokken. De intrekking van een 403-verklaring werkt alleen jegens 'nieuwe schuldeisers', schuldeisers die pas een vordering verkrijgen uit rechtshandelingen die zijn verricht ná de intrekking van de 403-verklaring. Jegens deze nieuwe schuldeisers bestond nog geen aanbod van de moedervennootschap om aansprakelijkheid te erkennen, dus hoeft er ook niets te worden herroepen. Het aanbod van de moedervennootschap geldt alleen voor hen die ten tijde van de intrekking van de 403-verklaring reeds een vordering op de dochtervennootschap hebben. Dit aanbod van de moedervennootschap loopt na de intrekking van de 403-verklaring gewoon door jegens schuldeisers van de dochtervennootschap die ten tijde van de intrekking reeds een vordering op de dochtervennootschap hebben. Dit is de overblijvende aansprakelijkheid. Slechts door de beëindiging van de overblijvende

85 Van Dunné 1971, p. 102 e.v. en 2001, p. 71-73; Van Delden & Banier 1999, p. 83; Janssens 1926, p. 101; Asser/Van Goudoever III 1913, p. 265 e.v.; Asser/Rutten 3-II 1968, p. 95.

86 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014, nr. 175.

87 In het kader van de vaststelling van de rechtsgevolgen die uit een aanbod voortvloeien, kan de vraag worden gesteld of sprake is van een openbaar aanbod, nu een 403-verklaring ongericht is en zich dus richt tot het algemeen publiek. Toch staat het aanbod slechts open voor een selecte groep, namelijk de schuldeisers van de dochtervennootschap en alleen indien en voor zover hun vordering voortvloeit uit een rechtshandeling.

aansprakelijkheid (artikel 2:404 lid 3 BW) kan dit aanbod worden ingetrokken, oftewel worden herroepen. Omdat daarvoor een aantal eisen geldt, maar de herroeping niet absoluut onmogelijk is, is het aanbod van de moedervennootschap (beperkt) herroepelijk.

De verbintenis om een aanbod gestand te doen, leidt bij aanvaarding tot nieuwe verbintenissen.[88] Zolang er geen aanvaarding heeft plaatsgevonden, bestaat een eventueel daarop volgende verbintenis nog niet. De eventueel daarop volgende verbintenis, is slechts een mogelijke, toekomstige verbintenis.[89] Over toekomstige verbintenissen hierna meer.[90]

Het ontstaan van de verbintenis die volgt op het aanbod wanneer dat aanbod wordt aanvaard, is volledig afhankelijk van die aanvaarding. Hierdoor is voor wat betreft die verbintenis sprake van een verbintenis onder een zuiver potestatieve voorwaarde. Een verbintenis die voor het ontstaan geheel afhankelijk is van de wil van een der partijen, kan (nog) niet als verbintenis gelden.[91] De verbintenissen die voortvloeien uit een 403-vordering, die kan ontstaan als het aanbod van de moedervennootschap wordt aanvaard, bestaan derhalve nog niet als aanvaarding nog niet heeft plaatsgevonden. Er is slechts sprake van een toekomstige vordering. Uitoefening van het wilsrecht door de schuldeiser van de dochtervennootschap leidt dan pas tot het ontstaan van een vordering op de moedervennootschap.[92] Dat een partij aan wie een aanbod is gedaan een wilsrecht verkrijgt, vindt steun in de parlementaire geschiedenis.[93] Ook in de literatuur wordt dit uitgangspunt algemeen aanvaard.[94]

88 Zie paragraaf 9.3.2.

89 Uit artikel 6:21 en artikel 6:22 BW vloeit voort dat ten aanzien van voorwaardelijke verbintenissen die voortvloeien uit een rechtshandeling geldt dat het bestaande verbintenissen betreft. Zie Schuijling: "De verbintenis is slechts voor haar werking – en dus niet haar bestaan – afhankelijk van een onzekere toekomstige gebeurtenis". Schuijling 2016, par. 3.4.3.2. Vgl. MvA II, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 144. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburg 6-I* 2012, nr. 166. In gelijke zin Van Dunné 1971, p. 110 e.v. en 2001, p. 77. Echter, wanneer sprake is van een zuiver potestatieve voorwaarde, geldt dit niet. Zie TM, *Parl. Gesch.* BW Boek 6, p. 146/147 en Asser/Sieburgh 6-I* 2016, nr. 175 en Spierings, "De verbintenis is toekomstig en niet reeds voorwaardelijk bestaand, nu het ontstaan afhankelijk is van een wilsverklaring van de geadresseerde." Spierings 2016, par. 5.5.1.3. Vgl. HR 25 maart 1989, *NJ* 1989/200 m.nt. Kleijn (Staal Bankiers/Ambags q.q.). Vgl. over het ontstaan van regresvorderingen van een hoofdelijk medeschuldenaar (HR 6 april 2012, *JOR* 2014/172 (ASR/Achmea)) en over het ontstaan van ongedaanmakingsverbintenissen na opzegging of ontbinding van een overeenkomst (HR 3 december 2010, *NJ* 2010/653 (ING/Nederend q.q.)).

90 Zie paragraaf 9.3.5.2, 9.3.5.3 en 9.3.5.4.

91 TM, *Parl. Gesch.* BW Boek 6, p. 146/7 en Asser/Sieburgh 6-I* 2016, nr. 175; T&C BW, commentaar op art. 6:21 BW.

92 Zie in gelijke zin Spierings 2016, 5.5.2, nr. 238.

93 T-M ad afd. 6.5.2, Inleidende opmerkingen, sub 4, *Parl. Gesch.*, p. 876.

94 Blei Weissmann, *GS Verbintenissenrecht,* art. 6:217 BW, aant. 3.34; Rupke 1914, p. 81; Snijders 1999-I, p. 560; noot G.J. Scholten bij Lindeboom/Amsterdam (*NJ* 1970/54); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/177; Asser/Hijma 7-I* 2013/167-169 jo. 187 en Jansen 2000,

Wordt aangenomen dat de 403-verklaring een aanbod inhoudt, dan wordt de partijautonomie van de schuldeiser gewaarborgd. De aanbieder, in het geval van een 403-verklaring is dat de moedervennootschap, kan niet afdwingen dat haar aanbod wordt aanvaard:[95]

> "Wat de aanbieder niet kan: het stilzwijgen op zijn aanbod als aanvaarding daarvan bestempelen"

Ook kan een aanbieder niet afdwingen dat de niet aanvaarde en dus niet bestaande verbintenis wordt uitgevoerd. De aanbieder kan de (beoogde) wederpartij in dat geval niet verplichten om zijn prestatie te aanvaarden.

9.3.4.5 Verbintenis op basis van een eenzijdige verklaring in andere rechtstelsels

De 403-verklaring wordt niet zelden toegepast in internationale concerns. Daarmee kan het relevant zijn om na te gaan hoe in andere rechtsstelsels wordt omgegaan met de totstandkoming van een vorderingsrecht op basis van een eenzijdige verklaring. Dit verschilt van land tot land.

In de Principles of European Contract Law (PECL) worden binnen Europa gedragen beginselen van contractenrecht beschreven. Naar het Europese recht is het uitgangspunt dat een overeenkomst slechts tot stand komt wanneer beide partijen dat hebben gewild. De benodigde wederzijdse instemming komt tot uitdrukking in artikel 2:101 lid 1 PECL:

> Article 2:101: Conditions for the Conclusion of a Contract
> (1) A contract is concluded if:
> (a) the parties intend to be legally bound, and
> (b) they reach a sufficient agreement without any further requirement.

In aanvulling op dit beginsel bestaat ook in het Europese verbintenissenrecht de bindende eenzijdige toezegging. Op basis van het Europese verbintenissenrecht volgens het PECL is een eenzijdige toezegging (een *promise*) bindend voor de partij die deze heeft gedaan. De inhoud van een dergelijke verbintenis is dat de promissor kan worden gehouden aan zijn toezegging.

> Article 2:107: Promises Binding without Acceptance
> A promise which is intended to be legally binding without acceptance is binding.

---

p. 7.

95 Blei Weissmann, art. 6:217 BW. In dit verband wordt gewezen op wettelijke bepalingen die van dit uitgangspunt kunnen afwijken. Hierbij dient te worden gedacht aan wettelijke bepalingen waarin rechtsgevolg wordt verbonden aan een niet 'onverwijld' afwijzen van een aanbod, wat kan leiden tot gebondenheid.

Het Duitse recht is overigens onduidelijker op dit vlak en kent geen bepaling waarin de bronnen van verbintenissen (limitatief) zijn geregeld.[96] Naar Engels recht kan een eenzijdige rechtshandeling geen binding teweegbrengen omdat geen sprake is van een *consideration*.[97] Toch geldt ook onder *common law* dat een belofte bindend is voor de partij die deze belofte heeft gedaan.[98]

9.3.4.6 Tussenconclusie

Het ontstaan van een vorderingsrecht op basis van een eenzijdige verklaring past niet in het Nederlandse vermogensrechtelijke systeem. Uitzonderingen zijn mogelijk, maar die moeten een wettelijke basis hebben. Is dat niet het geval, dan gaat de binding minder ver en is de binding niet wederkerig. Er is in dat geval in de regel sprake van een aanbod.

De regeling van artikel 2:403 BW resulteert in samenhang met de bepalingen inzake hoofdelijkheid zoals die sinds 1992 gelden in een merkwaardige rechtsfiguur binnen het Nederlandse recht. Onder de huidige regeling inzake hoofdelijke aansprakelijkheid wordt over het algemeen aangenomen dat sprake is van meerdere vorderingsrechten (evenveel vorderingsrechten als schuldenaren). Dat brengt met zich dat door het afleggen van een 403-verklaring eenzijdig vorderingsrechten worden geschapen die aan het vermogen van een derde worden toegevoegd. Dit druist in tegen fundamentele rechtsbeginselen zoals de partijautonomie.

Het probleem van het eenzijdig creëren van een vorderingsrecht is niet aan de orde geweest toen hoofdelijkheid in de Nederlandse vrijstellingsregeling is opgenomen. Dit thema is ook niet aan de orde geweest toen de inhoud van de rechtsfiguur hoofdelijkheid wijzigde met de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992. Mogelijk is sprake van een ontwerpfout.

De wilsrechttheorie ondervangt de merkwaardige situatie waarbij eenzijdig vorderingsrechten worden geschapen en aan het vermogen van een andere partij worden toegevoegd. De opvatting dat de 403-verklaring een aanbod inhoudt en een wilsrecht schept in plaats van een vorderingsrecht, is een juridisch verdedigbaar standpunt.

96 Zie voor een rechtsvergelijkende beschouwing over art. 6:1 BW: Smits 2003.

97 Een tegenprestatie van de wederpartij.

98 Dit wordt ook wel aangeduid als het *principle of promissory estoppel.*

9.3.5 De inhoud van de verbintenis op basis van een eenzijdige 403-verklaring

9.3.5.1 Het bestaan van een verbintenis is niet hetzelfde als het bestaan van een vorderingsrecht

Het begrip verbintenis is niet wettelijk gedefinieerd. De inhoud van een verbintenis kan zeer divers zijn. Spierings merkt in dit verband op:[99]

> "Eén van de vragen in deze studie is of de eenzijdige rechtshandeling een bron van verbintenissen is. Ik beantwoord deze vraag bevestigend. Het begrip 'verbintenis' is niet wettelijk gedefinieerd. Ik houd de definitie van Hartkamp en Sieburgh aan: een verbintenis is een vermogensrechtelijke betrekking tussen personen, krachtens welke de één jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en de ander jegens de één tot die prestatie verplicht is."

Het bestaan van een vorderingsrecht betekent dat er aan de zijde van de schuldeiser een recht op een prestatie bestaat (de actieve zijde van de verbintenis). Aan de zijde van de schuldenaar bestaat de plicht om de prestatie te verrichten (de passieve zijde van de verbintenis). Tezamen vormt dit de materiële verbintenis.[100] Bij de vraag of sprake is van een reeds bestaand vorderingsrecht of niet, is overigens niet relevant of reeds bekend is wat de omvang van de vordering is.[101] De aanname dat door het afgeven van een eenzijdige 403-verklaring direct een vorderingsrecht ontstaat, heeft diverse consequenties en is ook dogmatisch gezien opmerkelijk.

Betoogd kan worden dat de partij die een vorderingsrecht verkrijgt *in de regel* bevoordeeld zal worden. Dat is bijvoorbeeld ook het geval bij schenking. Voor een voltooide schenking was onder oud recht geen aanvaarding vereist. De wetgever is daarop teruggekomen. Uit de praktijk was gebleken dat een schenking ongewilde gevolgen voor de begunstigde kon hebben. Het vereisen van een aanvaarding voordat kon worden gesproken van een schenking, was daarom gewenst en dit werd ingevoerd.

Wanneer wordt geaccepteerd dat een vorderingsrecht kan ontstaan door middel van het afleggen van een eenzijdige verklaring, kan een prestatie eenvoudig worden opgedrongen.[102] Het opdringen van een prestatie aan een partij die daar niet zelf over heeft kunnen beslissen, dient zoveel mogelijk te worden voorkomen.

De vraag naar de inhoud van de verbintenis die voortvloeit uit een 403-verklaring, leidt naar de vraag wanneer het bestaan van een vorderingsrecht kan worden aangenomen.

---

99 Spierings 2016, par. 2.2.4., met verwijzing naar Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 6.

100 Naast deze materiële vordering kan nog de processuele vordering worden onderscheiden. De rechtsvordering geeft het processuele recht om nakoming te vorderen, zie Asser/Hartkamp en Sieburgh 6-I* 2012, nr. 32.

101 Vgl. HR 30 mei 2008, *NJ* 2008/400 en HR 2 december 2011, *NJ* 2012/173, m.nt. Verstappen.

102 Dat een partij zichzelf tot schuldenaar kan maken, kan tot gevolg hebben dat bijvoorbeeld de mogelijkheid tot verrekening wordt gecreëerd.

9.3.5.2 Het ontstaansmoment van een vorderingsrecht

Kan op basis van het eenzijdig deponeren van een verklaring worden geconcludeerd dat er een vorderingsrecht is ontstaan? De wet geeft geen duidelijkheid over het ontstaansmoment van een vorderingsrecht. Daarmee is de vraag wanneer een vorderingsrecht ontstaat, overgelaten aan de rechter.

Voor 1980 hanteerde de Hoge Raad een ruime benadering voor het aannemen van het bestaan van een vorderingsrecht.[103] De ruime benadering is met name ontwikkeld naar aanleiding van praktijksituaties waarin sprake was van beslaglegging. De Hoge Raad maakte geen onderscheid tussen vorderingen die reeds opeisbaar waren en vorderingen die nog niet opeisbaar waren. Zo konden toekomstige vorderingen, bijvoorbeeld uit hoofde van een arbeidsovereenkomst, worden aangemerkt als bestaande vorderingsrechten en worden beslagen.[104] Voor wat betreft cessie werd een vergelijkbare benadering gehanteerd. Het bestaan van een vordering werd aangenomen wanneer de rechtsverhouding voor de grondslag van de vordering ten tijde van de cessie reeds bestond.[105] Voor wat betreft vorderingen uit duurovereenkomsten werd aangenomen dat vorderingen die daaruit voortvloeiden, reeds ontstonden bij het sluiten van de overeenkomst.[106] De lijn lijkt consistent. Maar er waren ook uitzonderingen waarin de Hoge Raad niet aanvaardde dat de vordering reeds bestond, ook al bestond de rechtsgrond voor de vordering al wel.[107] De Hoge Raad zag ruimte voor afwijkende standpunten wanneer het niet ging om de vraag of cessie of beslag mogelijk was. Voor de vraag of sprake was van een reeds bestaand vorderingsrecht, leek de context voor de Hoge Raad de doorslaggevende factor te zijn en hanteerde de Hoge Raad niet een dogmatische benadering.[108]

In 1982 was er een kentering in de lijn van de Hoge Raad. In het arrest SOS/ABN[109] verliet de Hoge Raad de ruime opvatting, inhoudende dat slechts het bestaan van de rechtsverhouding genoeg was om aan te nemen dat het vorderingsrecht bestond. In het SOS/ABN-arrest ging het om de cessie van een vordering. De Hoge Raad wijzigde zijn koers en oordeelde dat het bestaan van een vordering niet meer kon worden aangenomen op basis van het enkele feit dat de rechtsverhouding voor die vordering reeds bestond. Helaas gaf de Hoge Raad niet aan wat dan

103 Zie Schuijling 2016, par. 3.4.3.3 voor een uitgebreide beschrijving van de ontwikkeling die door de jaren heen heeft plaatsgevonden.

104 Zie onder meer HR 25 februari 1932, *NJ* 1932/301, m.nt. Scholten (Ontvanger/Schermer).

105 HR 29 december 1933, *NJ* 1934/343, m.nt. Scholten (Fijn van Draat q.q./Crediet- Maatschappij De Nederlanden).

106 HR 15 maart 1940, *NJ* 1940/848, m.nt. Meijers (De Boer/Haskerveenpolder).

107 HR 9 december 1932, *NJ* 1933/301, m.nt. Meijers.

108 Meijers merkte ten aanzien van deze minder consistente lijn op: "hoe weinig de Hoge Raad bij begrippen als "verschuldigd zijn" en "vordering" een dogmatische uitlegging volgt, maar hoezeer hij deze termen voor ieder artikel uitlegt, gelijk het doel der bepaling verlangt." Meijers, noot bij HR 9 december 1932, *NJ* 1933/301.

109 HR 26 maart 1982, *NJ* 1982/615, m.nt. Kleijn (SOS/ABN).

wel de criteria waren waaraan kon worden getoetst of sprake was van een reeds bestaand vorderingsrecht.

In de literatuur wordt opgemerkt dat het vanwege het ontbreken van concrete criteria niet eenvoudig is om vast te stellen of een vordering reeds bestaat:[110]

> "Tot op heden is noch in de wet, noch in de rechtspraak van de Hoge Raad een algemeen criterium geformuleerd aan de hand waarvan het bestaan van een vordering kan worden bepaald. In de literatuur zijn echter pogingen ondernomen om tot een onderscheidende norm te komen die het – door de Hoge Raad gekozen – ontstaansmoment van vorderingen kan verklaren en voorspellen."

De Hoge Raad heeft echter bepaald dat een vordering ontstaat op het moment waarop vaststaat dat een prestatie is verschuldigd:[111]

> "Een vordering ontstaat zodra de ene persoon (de schuldeiser) jegens de andere persoon (de schuldenaar) wordt gerechtigd tot een prestatie en de ander jegens de een daartoe wordt verplicht."

In de situatie van een 403-vordering zou kunnen worden betoogd dat een schuldeiser gerechtigd is om een bepaalde prestatie van de moedervennootschap te ontvangen zodra hij de moedervennootschap heeft aangesproken. De moedervennootschap zal dan op haar beurt verplicht zijn om de prestatie te verrichten.

Op verspreide plaatsen binnen de wet worden verschillende rechtsfeiten genoemd op basis waarvan het bestaan van een vorderingsrecht kan worden aangenomen. Hierbij kan worden gedacht aan het verrichten van rechtshandelingen en het plegen van een onrechtmatige daad. Betoogd wordt, dat voor wat betreft het ontstaansmoment van een vorderingsrecht, aanknoping kan worden gezocht bij de relevante wettelijke bepaling waarop de verbintenis is gebaseerd waar het vorderingsrecht uit voortvloeit.[112] In navolging van die benadering, zou een vorderingsrecht dat rechtstreeks voortvloeit uit de wet als bestaand kunnen worden beschouwd, wanneer aan alle vereisten is voldaan die de wettelijke bepaling voorschrijft.[113] De uitleg van de betreffende wettelijke bepaling kan daarbij van belang zijn.

Deze benadering biedt geen soelaas voor de vaststelling van het ontstaansmoment van een 403-vordering. Een 403-vordering is niet gebaseerd op de wet en vindt haar grondslag niet in artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Een 403-vordering is gebaseerd op de 403-verklaring en de uitleg van die verklaring zal bepalend zijn.

---

110 Schuijling 2016, par. 3.4.3.5.

111 HR 7 juni 1929, *NJ* 1929/1285, m.nt. Scholten (Staat/Buitenlandsche Bankvereeniging).

112 Schuijling 2016, 3.4.3.2.

113 Vgl. HR 11 oktober 1985, *NJ* 1986/68 (Kramer q.q./NMB) en HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305, m.nt. Van Schilfgaarde (De Ranitz q.q./Ontvanger).

Zelfs wanneer zou worden aangenomen dat de rechtsgevolgen die voortvloeien uit een 403-verklaring moeten worden ingekleurd door de wettelijke regeling van artikel 2:403 zou er wat voor te zeggen zijn dat er door het deponeren van een 403-verklaring nog niet direct een vorderingsrecht ontstaat. Artikel 2:403 lid 1 sub f BW regelt niet uitdrukkelijk het ontstaan van een vorderingsrecht:

> "de onder c bedoelde rechtspersoon of vennootschap schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden."

Uit deze wettelijke bepaling vloeit niet voort dat er direct een vorderingsrecht ontstaat. Het nuanceverschil is misschien dun, maar in artikel 2:403 lid 1 sub f BW staat niet dat de schuldeiser een vorderingsrecht op de moedervennootschap krijgt. Er ontstaat een *aanspraak*. Er wordt een recht toegekend om de moedervennootschap aan te spreken.

De Hoge Raad heeft over het effect van een 403-verklaring het volgende gezegd:[114]

> "De verklaring is een eenzijdig (ongerichte) rechtshandeling die de aansprakelijkstelling doet ontstaan."

De vraag of een 403-vordering reeds bestaat wanneer de moedervennootschap nog niet door een schuldeiser van de dochtervennootschap is aangesproken, is daarmee nog niet beantwoord. Maar de conclusie dat het enkel deponeren van een 403-verklaring voldoende is om een vorderingsrecht te laten ontstaan, lijkt te voorbarig.

Hiervóór kwam reeds aan de orde hoe de Hoge Raad in hoofdlijnen concludeert dat een vorderingsrecht bestaat. In de jurisprudentie zijn voor een aantal specifieke gevallen verschillende aanknopingspunten gegeven die kunnen worden gebruikt om te bepalen of een vorderingsrecht reeds bestaat.[115] Een algemene lijn is op basis daarvan echter moeilijk te geven. Een algemene lijn bestaat wel ten aanzien van het onderscheid dat wordt gemaakt tussen voorwaardelijke vorderingen (vorderingen onder opschortende voorwaarden) en toekomstige vorderingen.

9.3.5.3 De 403-vordering als bestaande vordering onder opschortende voorwaarde

Wanneer de werking van de verbintenis aanvangt na het plaatsvinden van een gebeurtenis, is sprake van een opschortende voorwaarde. Artikel 6:22 BW bepaalt:

---

114 Op basis van de 403-verklaring kan een aansprakelijkheidsstelling volgen. De aansprakelijkheidsstelling is de handeling van de schuldeiser die ervoor kiest om tot het aanspreken van de moedervennootschap over te gaan. Ik neem aan dat de overweging van de Hoge Raad 2.20 in het ING/AKZO-arrest, waar wordt gesproken van een 'aansprakelijkstelling', berust op een onzorgvuldige formulering en 'aansprakelijkheid' bedoeld wordt (HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447 m.nt. Maeijer, *JOR* 2002/136 m.nt. Bartman).

115 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting: Schuijling 2016, par. 3.4.3.

> Artikel 6:22 BW
> Een opschortende voorwaarde doet de werking der verbintenis eerst met het plaatsvinden der gebeurtenis aanvangen; een ontbindende voorwaarde doet de verbintenis met het plaatsvinden der gebeurtenis vervallen.

Hieruit vloeit voort dat slechts de *werking* van een reeds *bestaande* verbintenis door een opschortende voorwaarde wordt opgeschort. Tot het moment waarop de voorwaarde in vervulling is gegaan, bestaat de verbintenis al wel. Indien deze verbintenis onder opschortende voorwaarde een vorderingsrecht creëert, wordt gezegd dat het vorderingsrecht evenals de verbintenis reeds bestaat,[116] ook al is de opschortende voorwaarde nog niet in vervulling gegaan. Een vordering onder een opschortende tijdsbepaling[117] of onder een opschortende voorwaarde is een bestaande vordering. Bij een 403-vordering zou gedacht kunnen worden dat het aansprakelijk stellen van de moedervennootschap door de schuldeiser als opschortende voorwaarde heeft te gelden.

> Artikel 6:21 BW lijkt echter uit te sluiten dat een 403-vordering als een voorwaardelijke vordering kan worden beschouwd. Artikel 6:21 BW bepaalt:
>
> Artikel 6:21 BW
> Een verbintenis is voorwaardelijk, wanneer bij rechtshandeling haar werking van een toekomstige onzekere gebeurtenis afhankelijk is gesteld.

Het moet gaan om een onzekere gebeurtenis, dat wil zeggen een gebeurtenis die niet door partijen kan worden ingeroepen. In een 403-verklaring wordt de werking van de verbintenis die uit de aansprakelijkheidsverklaring voortvloeit niet afhankelijk gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis die niet afhankelijk is van de wil van partijen.

9.3.5.4 De 403-vordering als toekomstige vordering

Van de voorwaardelijke vordering moet worden onderscheiden de toekomstige vordering. Een toekomstige vordering bestaat nog niet. Ook niet onder opschortende tijdsbepaling of voorwaarde. Dat dit onderscheid dient te worden gemaakt, blijkt

116 Zie onder meer HR 26 maart 1982, *NJ* 1982/615, m.nt. Kleijn (SOS/ABN) en HR 30 januari 1987, *NJ* 1987/530, m.nt. Van der Grinten.

117 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 241-243. Wanneer aan een vordering een opschortende tijdsbepaling is verbonden, betekent dit niet meer en niet minder dan dat er een termijn is bepaald voor de nakoming van een – reeds bestaande – vordering. De nakoming van de vordering wordt opgeschort, niet het ontstaan van de vordering zelf. Zie ook 6:39 BW. Belangrijk daarbij is dat slechts van een tijdsbepaling kan worden gesproken wanneer zeker is dat het aangegeven toekomstige tijdstip zal aanbreken, ongeacht of onduidelijk is wanneer dit het geval zal zijn.

uit het SOS/ABN-arrest.[118] Hoe het onderscheid moet worden gemaakt, dient te worden afgeleid uit de jurisprudentie aangezien de wet niet bepaalt wanneer sprake is van een reeds bestaande vordering of van een toekomstige vordering. Ook de parlementaire geschiedenis verschaft daaromtrent amper duidelijkheid en laat ons achter met een weinig concreet aanknopingspunt.[119]

Reeds werd opgemerkt dat het bestaan van een vorderingsrecht niet kan worden aangenomen vanwege het enkele feit dat de rechtsverhouding voor de vordering reeds bestaat. Een heldere weergave van de verschillende fasen voorafgaand aan het ontstaan van een vorderingsrecht werd eerder gegeven door Van Boom,[120] die zich op zijn beurt baseert op Blom.[121] Zij onderscheiden vier 'levensstadia' van een vorderingsrecht:

> "1. Er is nog geen sprake van een bestaande vordering en evenmin van een reeds bestaande rechtsverhouding waar de vordering haar onmiddellijke grondslag in zou kunnen vinden;
> 2. De vordering bestaat nog steeds niet, maar er is wel een reeds bestaande rechtsverhouding waar de vordering haar onmiddellijke grondslag in vindt;
> 3. de vordering bestaat;
> 4. de vordering is opeisbaar."

Uit het SOS/ABN-arrest[122] kan worden afgeleid dat van een toekomstige vordering kan worden gesproken wanneer het ontstaan van een vordering afhankelijk is van het afleggen van een wilsverklaring door de schuldeiser.[123] Ervan uitgaande dat een schuldeiser van de dochtervennootschap nog niet de wil heeft geuit om een vorderingsrecht te verkrijgen op de moedervennootschap alvorens zij de moedervennootschap aansprakelijk heeft gesteld, kan worden betoogd dat het ontstaan van de vordering daarvan afhankelijk is.

De betekenis van de wilsverklaring voor het bestaan van een vorderingsrecht is ook tot uitdrukking gekomen in het arrest Staal Bankiers/Ambags q.q.[124] In

118 HR 26 maart 1982, *NJ* 1982/615, m.nt. Kleijn (SOS/ABN), waarin de Hoge Raad heeft aangegeven dat een toekomstige vordering moet worden onderscheiden van een terstond krachtens overeenkomst ontstane vordering onder een opschortende tijdsbepaling of voorwaarde (of tot terstond vaststaande periodieke betalingen). Zie in dit verband eveneens HR 30 januari 1987, *NJ* 1987/530, m.nt. Van der Grinten (WUH/Emmerig).

119 Zie Rongen 2012, nr. 863, met verwijzing naar MvA I Inv., *Parl. Gesch.* Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1253.

120 Van Boom 1993, p. 701.

121 Blom 1989, p. 6 en Blom 1988-I, p. 301.

122 HR 26 maart 1982, *NJ* 1982/615, m.nt. Kleijn (SOS/ABN), waarin de Hoge Raad heeft aangegeven dat een toekomstige vordering moet worden onderscheiden van een terstond krachtens overeenkomst ontstane vordering onder een opschortende tijdsbepaling of voorwaarde (of tot terstond vaststaande periodieke betalingen). Zie in dit verband eveneens HR 30 januari 1987, *NJ* 1987/530, m.nt. Van der Grinten (WUH/Emmerig).

123 Schuijling 2016, par. 3.4.3.4.

124 HR 25 maart 1988, *NJ* 1989/200, m.nt. Kleijn (Staal Bankiers/Ambags q.q.).

dit arrest heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat wanneer het afleggen van een wilsverklaring is vereist voor het ontstaan van een vordering, de vordering voor die tijd nog niet bestaat. Er is dan sprake van een nog niet bestaande toekomstige vordering en niet van een reeds bestaande voorwaardelijke vordering waarvan slechts de werking is opgeschort.

In een recentere uitspraak heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een verbintenis tot uitbetaling van een bedrag uit de kredietruimte pas ontstaat op het moment wanneer de kredietnemer verklaart geld te willen opnemen uit de kredietruimte.[125] Ook uit dit arrest volgt dus dat het ontstaan van de vordering afhankelijk is gesteld van de door de kredietnemer geuite wil.

In zijn noot bij het SOS/ABN-arrest[126] heeft Kleijn geprobeerd om uit de uitspraak van de Hoge Raad een maatstaf te destilleren op basis waarvan kan worden vastgesteld of in een bepaalde situatie sprake is van een reeds bestaande vordering of een (nog niet bestaande) toekomstige vordering. Kleijn schrijft in zijn noot:

> "Een vordering onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling, of tot het doen van periodieke betalingen is niet toekomstig. Mijns inziens is het onderscheid met een toekomstige vordering zo weer te geven, dat bij een toekomstige vordering nog een element, afkomstig van de debiteur (zoals i.c.) of van de crediteur ontbreekt, terwijl het bij een vordering onder opschortende termijn of voorwaarde om een extern element gaat, wat nog vervuld moet worden, te weten de tijdsbepaling of de voorwaarde."

Om te bepalen of sprake is van een (reeds bestaande) vordering onder opschortende voorwaarde of van een (nog niet bestaande) toekomstige vordering, brengt Klein een onderscheid aan tussen toekomstige en bestaande vorderingen onder opschortende tijdsbepaling. Het onderscheid is volgens Kleijn gelegen in de aanwezigheid dan wel afwezigheid van een voor de totstandkoming van een vorderingsrecht (noodzakelijk) element. Het element dat ontbreekt bij een toekomstige vordering is – anders dan bij een vordering onder opschortende voorwaarde – een element dat afkomstig moet zijn van de debiteur of de crediteur. Een nog ontbrekende wilsverklaring (acceptatie van de vordering) is een dergelijk element. Deze lijn van Kleijn volgend, zou kunnen worden gesteld dat het ontbreken van een wilsverklaring van de schuldeiser waarbij hij het vorderingsrecht op de moedervennootschap aanvaardt, een ontbrekend element is dat maakt dat de 403-vordering moet worden gezien als een toekomstige vordering. De 403-vordering bestaat door het eenzijdig deponeren van de 403-verklaring door de moedervennootschap nog niet, maar de 403-vordering ontstaat pas wanneer de schuldeiser gebruikmaakt van dit aanbod en de moedervennootschap aanspreekt. Daarmee verklaart de schuldeiser zijn wil, waarmee de vordering van hem op de moedervennootschap ontstaat.

---

125 HR 29 oktober 2004, *JOR* 2004/338, m.nt. Van Hees en *NJ* 2006/203, m.nt. Snijders (Van den Bergh/Van der Walle).

126 HR 26 maart 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4349, *NJ* 1982/615 m.nt. Kleijn.

Kleijn lijkt in zijn opvatting te worden gesteund door Kortmann. Kortmann maakt een vergelijkbaar onderscheid. Volgens Kortmann dient te worden gesproken van een toekomstige vordering wanneer de vordering afhankelijk is van een in de toekomst nog door de debiteur en/of de crediteur te verrichten handeling.[127] Daartegenover stelt Kortmann de reeds bestaande vordering onder opschortende voorwaarde, waarvan sprake is wanneer de werking van de vordering afhankelijk is gesteld van een buiten de invloedsfeer van partijen liggend intreden van een onzekere toekomstige gebeurtenis.

Ook de opvatting van Strikwerda lijkt in lijn te zijn met voornoemde opvattingen. Strikwerda maakt een onderscheid tussen reeds bestaande (voorwaardelijke) vorderingen enerzijds en toekomstige vorderingen anderzijds op basis van de aard van de toekomstige gebeurtenis waarvan de opeisbaarheid, dan wel het ontstaan van de vordering, afhankelijk is. Is sprake van een toekomstige gebeurtenis die buiten de invloedsfeer van partijen ligt, dan is sprake van een voorwaardelijke maar wel reeds bestaande vordering. Wanneer nog een handelen van de debiteur of crediteur is vereist, dan is sprake van een nog niet bestaande toekomstige vordering.[128]

Rongen concludeert dat een wilsverklaring van de debiteur of de crediteur een ontbrekend element kan zijn dat, wanneer dat ontbreekt, belet dat reeds van een bestaande vordering kan worden gesproken en dat in dat geval dient te worden gesproken van een toekomstige vordering:[129]

> "De gedachte lijkt te zijn dat een vordering (verbintenis) als toekomstig moet worden aangemerkt, indien het van handelingen of wilsverklaringen van de schuldenaar of de schuldeiser afhangt of er werkelijk een prestatie door de schuldenaar moet worden verricht."

Kritiek op bovengenoemde benadering is er voldoende.[130] Maar de rechtspraak van de Hoge Raad lijkt aan te sluiten bij het uitgangspunt dat een vordering als toekomstig moet worden aangemerkt wanneer de opeisbaarheid afhankelijk is van een toekomstig handelen van de crediteur en/of debiteur.[131]

127 Kortmann 1989, p. 59.

128 A-G Strikwerda in zijn conclusie bij HR 5 januari 1990, *NJ* 1990/325 (Dubbeld/Laman).

129 Rongen 2012, nr. 877.

130 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting Schuijling 2016, nr. 96. Voor alternatieve benaderingen, zie Schuijling 2016, nr. 97.

131 HR 3 december 2010, *JOR* 2011/63 (ING/Nederend q.q.); HR 26 maart 1982, *NJ* 1982/615, m.nt. Kleijn (SOS/ABN); HR 14 oktober 2004, *JOR* 2004/338, m.nt. Van Hees (Van

9.3.6 Wilsrechten: overdracht, verpanding en beslag

9.3.6.1 Inleiding

Wanneer wordt geconcludeerd dat een 403-verklaring niet direct leidt tot het ontstaan van een vorderingsrecht maar leidt tot het ontstaan van een wilsrecht, dan is de vraag of daarmee de 403-problemen zijn opgelost. De kwalificatie 'wilsrecht' schept niet direct de meeste duidelijkheid. Illustratief:[132]

> "Met de figuur van het wilsrecht is het in ons recht merkwaardig gesteld. In de literatuur heeft zij weinig aandacht gekregen."

Een duidelijke definitie van een wilsrecht wordt in de wet niet gegeven. Betoogd wordt dat een wilsrecht vermogensrechtelijk kan worden gekwalificeerd als een goed.[133] Het wilsrecht wordt in de regel niet als zelfstandig overdraagbaar beschouwd.[134] Het wilsrecht om de moedervennootschap aan te kunnen spreken, is in ieder geval geen afhankelijk recht.[135] De vraag is hoe het wilsrecht dan wel gekwalificeerd dient te worden.

Wordt aangenomen dat de 403-vordering voor de aanvaarding daarvan door de schuldeiser een wilsrecht is, dan zou de praktijk kunnen worden geconfronteerd met een aantal nieuwe lastige vraagstukken. Zo ontstaat het probleem dat het wilsrecht mogelijk niet overdraagbaar is. Ook kan het wilsrecht mogelijk niet worden verpand en is het mogelijk niet vatbaar voor beslag. Aangezien het doel van een alternatieve benadering is om naar een oplossing voor de bestaande 403-problemen te zoeken, zou het doel voorbij worden geschoten als een alternatieve benadering eveneens tot complicaties en onduidelijkheden leidt (en misschien zelfs leidt tot méér complicaties en méér onduidelijkheden).

De benadering van de 403-aanspraak als wilsrecht, is niet een benadering die op voorhand voor grote verduidelijking lijkt te gaan zorgen. Op het gebied van wilsrechten, is een reeks artikelen van Snijders in het *WPNR* een van de meest gezaghebbende bronnen.[136] Uit deze artikelen valt op te maken dat elk wilsrecht voor wat betreft overdraagbaarheid, bezwaring en beslag op zijn eigen merites dient te worden beoordeeld. Vuistregels zijn op dat vlak niet te noemen. Een kwalificatie als wilsrecht biedt dus weinig houvast. Maar anderzijds biedt het ruimte voor

---

den Bergh/Van der Walle) en HR 30 januari 1987, *NJ* 1987/530, m.nt. Van der Grinten (WUH/Emmerig q.q.).

132 Snijders 1999.

133 Bartman 2004.

134 Dat het wilsrecht, dat een schuldeiser op grond van een 403-verklaring toekomt, niet zelfstandig overdraagbaar zou zijn, valt te concluderen op grond van HR 29 oktober 2004, *NJ* 2006/203. Zie ook Blom 2005, p. 180.

135 Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld in HR 28 juni 2002.

136 Biemans 2019, p. 387.

flexibiliteit. Een *sui generis*-benadering zou tot pasklare oplossingen kunnen leiden en een oplossing voor de 403-vordering kunnen zijn.

Snijders gaat echter niet in op de 403-vordering en zegt niets over de overdraagbaarheid, verpandbaarheid en de vatbaarheid voor beslag van een 403-aanspraak.[137] Wibier, die het recht dat uit een 403-verklaring voortvloeit heeft gekwalificeerd als een wilsrecht, is wel op deze thema's ingegaan.

9.3.6.2 De overdraagbaarheid van een wilsrecht

Wibier heeft betoogd dat het wilsrecht dat voortvloeit uit een 403-verklaring niet voor afzonderlijke overdracht vatbaar is:

> "Tevens is sprake van een wilsrecht dat als zodanig niet voor afzonderlijke overdracht vatbaar is."

Wibier heeft betoogd dat slechts partijen die kwalificeren als schuldeiser van de dochtervennootschap een beroep kunnen doen op de 403-verklaring. Naar zijn aard is het wilsrecht jegens de moedervennootschap daarom niet afzonderlijk overdraagbaar. Een schuldeiser van de dochtervennootschap kan de aanspraak op de moedervennootschap niet cederen aan een partij die geen schuldeiser van de dochter is omdat die partij geen aanspraak heeft jegens de moedervennootschap. Een dergelijke cessie sorteert volgens Wibier geen effect. De moedervennootschap aanvaardt immers op grond van de afgegeven 403-verklaring slechts aansprakelijkheid jegens schuldeisers uit rechtshandeling van de dochtervennootschap. Indien enkel de 403-aanspraak wordt gecedeerd, dan verkrijgt de cessionaris een vordering tot nakoming op een rechtspersoon die zijn contractant niet is.[138] Een partij die geen vordering op de dochtervennootschap meer heeft, heeft ook geen aanspraak meer jegens de moedervennootschap en kan die aanspraak dus ook niet overdragen. Voorts is het volgens Wibier ook niet nodig dat een cessionaris, die de vordering van de dochtervennootschap verkrijgt, tevens de aanspraak op de moedervennootschap gecedeerd krijgt. De cessionaris kan zelfstandig een beroep doen op de 403-verklaring.

Met Wibier ben ik eens dat iedere schuldeiser van de dochtervennootschap met een uit een rechtshandeling voortvloeiende vordering zelfstandig een beroep kan doen op de 403-verklaring. Hoewel een cessionaris daarvoor geen recht gecedeerd hoeft te krijgen, is het voor de cessionaris nog wel relevant om er zeker van te zijn dat er geen aanspraak bij de cedent 'achterblijft'. Dat het wilsrecht niet meer aan een partij toekomt die zijn vordering op de dochtermaatschappij heeft gecedeerd, lijkt mij ook verdedigbaar. De Hoge Raad lijkt de gedachte, dat een schuldeiser die zijn vorderingsrecht op de dochtervennootschap verliest niet meer

137 Vermeld zij dat Snijders heeft aangegeven geen uitputtende opsomming te hebben gemaakt. Daarbij geldt dat het niet de heersende opvatting is om een 403-vordering als een wilsrecht aan te merken, Snijders 1999.

138 In gelijke zin Bartman 2015, p. 809.

valt onder de reikwijdte van een 403-verklaring omdat hij niet langer kwalificeert als schuldeiser, te onderschrijven.[139]

Het idee dat een nieuwe schuldeiser die een bestaande vordering op een dochtervennootschap gecedeerd krijgt een zelfstandig recht heeft om de moedervennootschap aan te spreken, is in lijn met de gedachte dat een 403-verklaring een aanbod van de moedervennootschap inhoudt[140] jegens (alle) schuldeisers van de dochtervennootschap die een uit een rechtshandeling voortvloeiende vordering op de dochtervennootschapp hebben en is tevens in lijn met de gedachtegang die reeds eerder is geformuleerd en daarna ook wel de 'ontspringingstheorie' is genoemd.[141] Zie voor deze gedachte Bartman, in zijn noot bij een uitspraak van de Hoge Raad:[142]

> "Gaat de vordering op de dochter over, door cessie, contractsoverneming of onder algemene titel, dan verkrijgt de nieuwe crediteur ook een 403-aanspraak op de moeder. Of is hier geen sprake van "volgen" in de zin van art. 3:82 BW, maar van een hernieuwd "ontspringen" uit de eenmaal gedeponeerde, eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 2:403 BW? Waarschijnlijk is dit laatste de visie van de Hoge Raad."

Dat een voormalig schuldeiser van de dochtervennootschap, die geen vordering meer heeft op de dochtervennootschap en de moedervennootschap ook nooit heeft aangesproken, geen mogelijkheid meer heeft om de moedervennootschap aan te spreken, is goed verdedigbaar.[143] Wibier gaat nog een stap verder. Hij stelt dat een schuldeiser die de moedervennootschap reeds heeft aangesproken, zijn vorderingsrecht op de moedervennootschap verliest wanneer deze schuldeiser zijn vordering op de dochtervennootschap cedeert. Dit staat op gespannen voet met de opvatting dat een 403-vordering een zelfstandig vorderingsrecht is welk vorderingsrecht ook met toepassing van de wilsrechttheorie tot stand komt wanneer de moedervennootschap is aangesproken. In die situatie is er wel degelijk een vorderingsrecht ontstaan. In dat geval kan niet langer verdedigd worden dat het aan de schuldeiser aangeboden vorderingsrecht niet door de schuldeiser is geaccepteerd.

---

139 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661. Dit staat op gespannen voet met de opvatting dat een 403-vordering een zelfstandig vorderingsrecht is dat achterblijft bij de schuldeiser die alleen zijn hoofdvordering op de dochtervennootschap verliest. Zie echter ook HR 3 april 2015, ECLI: ECLI:NL:HR:2015:837, waarin de Hoge Raad van mening was dat het niet is vereist dat een schuldeiser beschikt over de hoofdvordering om de 403-vordering uit te kunnen oefenen.

140 Zie paragraaf 9.3.4.4.

141 Blom 2005, p. 180.

142 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *JOR* 2002/136.

143 Dat zou wel betekenen dat wanneer de dochtervennootschap een schikking treft met de schuldeiser en de vordering op de dochtervennootschap daardoor tenietgaat, de schuldeiser geen aanspraak meer heeft op de moedervennootschap wanneer de moedervennootschap voordien nooit door de schuldeiser is aangesproken. Zie in dat verband HR 3 april 2015, *NJ* 2015/255 m.nt. Van Schilfgaarde, *r.o.* 3.6.2 (Eikendal q.q./Lentink) en Van der Kraan 2015.

De vraag is of een wilsrecht dat voortvloeit uit een 403-verklaring vatbaar is voor overdracht. Dat zou ongewenst zijn. Goederen zijn naar hun aard overdraagbaar. Daarmee is de vraag of het wilsrecht, waarmee een vorderingsrecht op de moedervennootschap in het leven kan worden geroepen, kwalificeert als een goed in de zin van artikel 3:83 BW. Hierover is in de literatuur onder meer het volgende opgemerkt:[144]

> "Een 'wilsrecht' (recht op rechtsvorming) is de bevoegdheid om door een wilsverklaring, al dan niet gepaard gaande met een rechterlijke uitspraak, een nieuwe rechtstoestand te scheppen. Sommige wilsrechten kunnen als een (zelfstandig) vermogensrecht en daarmee als een goed worden beschouwd, andere niet. Zo worden in de literatuur o.a. een wilsrecht gericht op de vernietigingsmogelijkheid wegens wilsgebreken en de zuiver personen- en familierechtelijke wilsrechten (als bijvoorbeeld het recht een kind te erkennen) als voorbeelden genoemd van wilsrechten welke geen goederen in voornoemde zin zijn. Dergelijke wilsrechten zijn niet voor overdracht vatbaar."

en:[145]

> "Is het wilsrecht niet als goed te kwalificeren, dan is het uit dien aard ook niet overdraagbaar. Voor de wilsrechten die wel als goederen in de zin van voornoemd artikel kunnen worden beschouwd, dient de vraag te worden beantwoord of deze al of niet voor overdracht vatbaar zijn.
> (…)
> Geconcludeerd kan worden dat wilsrechten waarmee vorderingsrechten of rechten op goederen in het leven kunnen worden geroepen zoals optierechten wat de overdraagbaarheid betreft de aard van het aldus in het leven geroepen recht volgen.
> (…)
> Indien in de praktijk behoefte bestaat aan overdraagbaarheid van optie- en wilsrechten, zal de eventuele mogelijkheid daarvan derhalve worden bepaald door hetgeen is gesteld in de eerste twee leden van art. 3:83."

Nu de uitoefening van een uit een 403-verklaring voortvloeiend wilsrecht een vorderingsrecht in het leven roept, kan uit vorenstaande[146] worden afgeleid dat het wilsrecht om de moedervennootschap aan te spreken in beginsel vatbaar is voor overdracht. De parlementaire geschiedenis van artikel 3:83 BW lijkt deze conclusie te steunen:[147]

144 Bergervoet, artikel 83 Boek 3 BW, aant. 10.3.18.

145 Bergervoet, artikel 83 Boek 3 BW, aant. 51.

146 Zie voor een nadere onderbouwing van deze conclusie Toel. Meijers, *Parl. Gesch.* Boek 3, p. 314-316; Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2006, nr. 2; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 102; Reehuis 2010, nr. 9; Schoordijk 1986, p. 252; Drielsma 1975, p. 491 e.v. en HR 19 juni 1964, *NJ* 1965/341, m.nt. Beekhuis.

147 Toel. Meijers, *Parl. Gesch.* Boek 3, p. 314.

> "Wanneer de bevoegdheid tot het in leven roepen van vorderingsrechten of zakelijke rechten als een zelfstandig vermogensrecht kan worden beschouwd (optierechten; rechten van wederinkoop enz.) zal de overdraagbaarheid van een dergelijke bevoegdheid worden bepaald door het recht, dat in het leven kan worden geroepen; het eerste en het tweede lid van het artikel zijn dus ook op deze bevoegdheden van toepassing."

Anders dan Wibier heeft betoogd, lijkt een wilsrecht dat voortvloeit uit een 403-verklaring wel vatbaar te zijn voor overdracht.[148] De tweede stelling van Wibier, dat een eenmaal door een schuldeiser geaccepteerd hoofdelijk vorderingsrecht op de moedervennootschap komt te vervallen wanneer de hoofdelijke vordering op de dochtervennootschap wordt overgedragen, is moeilijk te verenigen met de regels van hoofdelijkheid.

9.3.6.3 De verpanding van een wilsrecht

9.3.6.3.1 De vatbaarheid van een wilsrecht voor verpanding

Om het wilsrecht dat uit een 403-verklaring voortvloeit te kunnen verpanden, moet het wilsrecht wel vatbaar zijn voor verpanding. Een wilsrecht wordt geacht vatbaar te zijn voor verpanding, wanneer dit een recht is dat wordt geacht overdraagbaar te zijn.[149] Daarvoor zal de vraag moeten worden beantwoord of het wilsrecht dat voortvloeit uit een 403-verklaring *als zodanig* – zonder dat het is uitgeoefend – overdraagbaar is.[150] Helaas is er geen stelregel die bepaalt of een wilsrecht overdraagbaar is of niet. Per type wilsrecht moet worden beoordeeld of het vatbaar is voor overdracht en daarmee tevens vatbaar is voor verpanding.

Om vatbaar te zijn voor verpanding, dient een wilsrecht te kwalificeren als een recht – en daarmee als een goed – in de zin van artikel 3:83 BW:

> Artikel 3:83 BW
> 1. Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet.
> 2. De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten.
> 3. Alle andere rechten zijn slechts overdraagbaar, wanneer de wet dit bepaalt.

Daarmee is het antwoord op de vraag of een wilsrecht vatbaar is voor overdracht en verpanding nog niet duidelijker geworden. Niet ieder wilsrecht kwalificeert als een goed in de zin van artikel 3:83 BW:[151]

---

148 Zie ook paragraaf 9.3.6.3.

149 Artikel 3:228 BW, Snijders 1999, p. 584.

150 Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de mogelijkheid om een optierecht over te dragen zonder dat het is uitgeoefend.

151 Bergervoet, artikel 83 Boek 3 BW, aant. 10.3.18. Zie tevens Zie Toel. Meijers, *Parl. Gesch.* Boek 3, p. 314-316; Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2006, nr. 2; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 102; Schoordijk 1986, p. 252 en Drielsma 1975, p. 491 e.v.

> "Een 'wilsrecht' (recht op rechtsvorming) is de bevoegdheid om door een wilsverklaring, al dan niet gepaard gaande met een rechterlijke uitspraak, een nieuwe rechtstoestand te scheppen. Sommige wilsrechten kunnen als een (zelfstandig) vermogensrecht en daarmee als een goed worden beschouwd, andere niet. Zo worden in de literatuur o.a. een wilsrecht gericht op de vernietigingsmogelijkheid wegens wilsgebreken en de zuiver personen- en familierechtelijke wilsrechten (als bijvoorbeeld het recht een kind te erkennen) als voorbeelden genoemd van wilsrechten welke geen goederen in voornoemde zin zijn. Dergelijke wilsrechten zijn niet voor overdracht vatbaar."

Aangezien de uitoefening van een wilsrecht dat voortvloeit uit een 403-verklaring een zelfstandig vermogensrecht in het leven roept, lijkt het wilsrecht vatbaar te zijn voor overdracht en daarmee tevens vatbaar te zijn voor verpanding. Deze opvatting wordt ondersteund door de literatuur[152] en de parlementaire geschiedenis, waar is opgemerkt:[153]

> "Wanneer de bevoegdheid tot het in leven roepen van vorderingsrechten of zakelijke rechten als een zelfstandig vermogensrecht kan worden beschouwd (optierechten; rechten van wederinkoop enz.) zal de overdraagbaarheid van een dergelijke bevoegdheid worden bepaald door het recht, dat in het leven kan worden geroepen; het eerste en het tweede lid van het artikel zijn dus ook op deze bevoegdheden van toepassing."

De overdraagbaarheid van het wilsrecht dat voortvloeit uit een 403-verklaring zou tot ongewenste gevolgen leiden. Wellicht kan op dit punt aansluiting worden gezocht bij de visie die terug is te vinden in de kwestie rondom de onteigening van vorderingsrechten op SNS Bank, waar de Ondernemingskamer betoogde dat een schuldeiser, die geen vordering meer heeft op de dochtervennootschap, niet meer onder de reikwijdte van de 403-verklaring valt en geen beroep meer kan doen op de 403-verklaring.[154] De Hoge Raad lijkt de Ondernemingskamer op dit punt te hebben gevolgd.[155]

9.3.6.3.2 Wilsrecht automatisch mee verpand of uitdrukkelijk mee verpanden

Wanneer de conclusie wordt getrokken dat sprake is van een wilsrecht alvorens een schuldeiser een beroep doet op een 403-verklaring, zal de vraag opkomen of het wilsrecht automatisch is mee verpand wanneer de hoofdvordering is verpand.

---

152 Zie voorts Bergervoet, artikel 83 Boek 3 BW, aant. 51, waar Bergervoet aangeeft dat in de literatuur is geopperd dat artikel 3:83 lid 1 gewijzigd zou moeten worden om de mogelijkheid tot overdracht van verschillende wilsrechten te verduidelijken en mogelijk te maken. Het tekstvoorstel luidt: "de zelfstandige, door het afleggen van een verklaring tegen een of meer bepaalde personen uit te oefenen bevoegdheden, welke verklaring tot strekking heeft een overeenkomst met deze en dientengevolge een vorderingsrecht te doen ontstaan".

153 Toel. Meijers, *Parl. Gesch.* Boek 3, p. 314.

154 Hof Amsterdam (OK) 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966.

155 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661. Zie echter HR 3 april 2015, ECLI: ECLI:NL:HR: 2015:837, waarin de schuldeiser geen beschikking diende te hebben over de hoofdvordering om over de 403-vordering te kunnen beschikken.

Indien dat niet zo is, kan de vraag worden gesteld of het wilsrecht (eventueel bij voorbaat)[156] kan worden verpand wanneer de vordering op de dochtervennootschap wordt verpand. Deze vraag kan voorafgaand aan de verpanding worden gesteld, maar zal uiteraard ook opkomen wanneer een pandhouder het wilsrecht wil uitoefenen terwijl het wilsrecht niet uitdrukkelijk aan hem is verpand.

Wibier[157] meent dat het recht om een moedervennootschap te kunnen aanspreken kan worden beschouwd als een nevenrecht. Hij voert aan dat in het algemeen wordt aangenomen dat de openbaar pandhouder de aan de vordering verbonden nevenrechten (veelal zekerheidsrechten) kan uitoefenen.[158] Dit sluit aan bij de strekking van art. 2:403 BW, waarbij zowel de vordering op de dochter- als moedervennootschap in één hand blijven.

Volgens Verdaas is er geen sprake van dat nevenrechten automatisch worden mee verpand, tenzij het nevenrechten betreft die tevens afhankelijke rechten zijn. Het is wel mogelijk dat nevenrechten aan de pandhouder worden verpand, maar daarvoor is nodig dat deze nevenrechten uitdrukkelijk worden mee verpand:[159]

> "Voor een nevenrecht dat niet tevens een van de vordering afhankelijk recht is, geldt dat daarop een pandrecht kan worden gevestigd als het voldoet aan de vereisten die gelden voor de verpandbaarheid van een vordering, zoals het vereiste dat deze overdraagbaar is.109 Voor de vestiging van een stil pandrecht geldt daarnaast, zolang het recht toekomstig is, dat het rechtstreeks moet voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding.110 Is een nevenrecht voor verpanding vatbaar, dan is het aan de pandhouder en de pandgever om te bepalen of een voor verpanding vatbaar nevenrecht wordt 'meeverpand'."

Rongen betoogt dat nevenrechten wel automatisch als mee verpand beschouwd kunnen worden:[160]

> "Een verpanding strekt zich ook uit tot de nevenrechten. Anders dan voor de overgang van vorderingen heeft de wetgever voor de verpanding nagelaten een bepaling in de wet op te nemen over de vraag wie bevoegd is de aan de verpande vordering verbonden nevenrechten uit te oefenen. Dit betekent echter niet dat de pandhouder geen aanspraak zou kunnen maken op bepaalde aan de verpande vordering verbonden (neven)rechten. (…)

156 Volgens Verdaas moet rekening worden gehouden dat geen verpanding kan plaatsvinden van rechten die zullen voortvloeien uit een 403-verklaring die nog moet worden afgelegd omdat er een beperking geldt voor de verpanding van toekomstige vorderingen uit nog niet bestaande rechtsverhoudingen, artikel 3:239 lid 1 BW.

157 Wibier 2008.

158 Kortmann 1993, p. 102 baseert dit op de inningsbevoegdheid van de vordering; Asser/Mijnssen/De Haan & Van Dam 3-I 2006, nr. 282 e.v. stelt dat de overgang van nevenrechten kan worden verklaard uit het feit dat vestiging van een beperkt recht als een gekwalificeerde overdracht van het hoofdrecht moet worden beschouwd.

159 Zie tevens Verdaas 2008.

160 Rongen 2012, par. X.4.1.

> een verpanding van een vordering strekt zich, vanwege de nauwe band tussen de hoofdvordering en de nevenrechten, van rechtswege ook uit tot de nevenrechten, althans voor zover deze executiewaarde hebben of anderszins van belang kunnen zijn voor de uitoefening van de aan de pandhouder toekomende bevoegdheden."

Deze opvatting, die vrij absoluut lijkt te zijn, wordt door Rongen genuanceerd. Alleen nevenrechten die betrekking hebben op de inning van de verpande vordering, dienen als mee verpand te worden beschouwd:[161]

> "Uit het voorgaande blijkt dat de pandhouder, anders dan de cessionaris, slechts aanspraak heeft op de nevenrechten die voor bezwaring met pandrecht vatbaar zijn (en derhalve executiewaarde hebben) of die direct verband houden met de inning van de verpande vordering. Op andere nevenrechten die geen verband houden met de bevoegdheden die de pandhouder krachtens het pandrecht toekomen, kan de pandhouder in beginsel geen beroep doen."

Niet geheel duidelijk is waar Rongen de door hem genoemde criteria op baseert. De achterliggende gedachte is desalniettemin goed te begrijpen. Duidelijk is dat bedoeld wordt dat nevenrechten, die betrekking hebben op het innen van de verpande vordering, volgens Rongen automatisch worden mee verpand. Voor nevenrechten die geen betrekking hebben op de inning van de verpande vordering bestaat binnen zekere grenzen de mogelijkheid ze te verpanden. Deze nevenrechten moeten dan wel uitdrukkelijk in de pandakte worden genoemd:[162]

> "Wel kan worden gewezen op de mogelijkheid om binnen zekere grenzen de bevoegdheid om bepaalde nevenrechten uit te oefenen uitdrukkelijk, door een daartoe strekkend beding in de pandakte, tot de inhoud van het pandrecht te maken. Daarvoor moet voldaan zijn aan het zogeheten 'verbandcriterium'. Dit houdt in dat het beding om het nevenrecht uit te oefenen of om daarop een beroep te doen, niet in strijd mag zijn met het wezen van het pandrecht en bovendien een zodanig verband heeft met de overige bevoegdheden die de pandhouder op grond van de wet toekomen, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is.
> (…)
> Het is echter de vraag hoeveel ruimte er nog is om het recht op uitoefening van bepaalde nevenrechten die niet direct betrekking hebben op de inning van de verpande vordering, tot de inhoud van het pandrecht te maken. De vraag is immers al snel of de bevoegdheid om deze nevenrechten uit te oefenen wel voldoende verband houdt met de innings- en executiebevoegdheden van de pandhouder."

Uit vorenstaande kan worden afgeleid dat wanneer een 403-verklaring een wilsrecht schept en dit wilsrecht kwalificeert als een nevenrecht, dit wilsrecht waarschijnlijk kan worden verpand. Het antwoord op de vraag of de pandakte uitdrukkelijk dient te bepalen dat het wilsrecht, dat voortvloeit uit de 403-verklaring, wordt mee

161 Rongen 2012, par. X.4.1.
162 Rongen 2012, par. X.4.1.

verpand of dat het wilsrecht automatisch wordt mee verpand bij de verpanding van de hoofdvordering, is onduidelijk.

9.3.6.3.3 Uitoefening van een wilsrecht door een pandhouder

Naast de vraag of een wilsrecht kan worden verpand, bestaat de vraag of een wilsrecht door een pandhouder kan worden uitgeoefend. Ten aanzien van de vraag of de pandhouder van de vordering op de dochtermaatschappij tevens een beroep kan doen op de 403-verklaring door de moeder aan te spreken – in welk geval de pandhouder het wilsrecht uitoefent – is in hoofdstuk 6 reeds uitvoering ingegaan.[163] In zijn algemeenheid geldt dat wilsrechten niet door een pandhouder kunnen worden uitgeoefend tenzij de wet of de aard van het recht anders bepaalt.[164]

Verdaas stelt dat de pandhouder in beginsel niet de mogelijkheid heeft om nevenrechten bij een verpande vordering te kunnen uitoefenen omdat de pandhouder geen rechthebbende van de vordering wordt.[165] Op dit beginsel zijn volgens Verdaas wel uitzonderingen mogelijk. In het kader van de mogelijkheid van de pandhouder om bij een vorderingsrecht behorende nevenrechten uit te oefenen, merkt Verdaas op:[166]

> "Is een met een vordering samenhangend (neven)recht niet vatbaar voor verpanding, in de meeste gevallen omdat het geen voor overdracht vatbaar recht is, dan wil dat niet zeggen dat dit niet door de openbaar pandhouder kan worden uitgeoefend. Omgekeerd geldt dat niet uitsluitend nevenrechten door de pandhouder kunnen worden uitgeoefend. Of en zo ja op grond waarvan de pandhouder een aantal andere rechten van de crediteur van de verpande vordering dan de aan hem verpande rechten geldend kan maken, is c.q. wordt elders in dit hoofdstuk besproken. Waar dat zinvol leek is daarbij de vraag of het recht een nevenrecht is onder ogen gezien."

Rongen meent dat er een algemene regel bestaat op basis waarvan de inningsbevoegde partij alle rechten kan inroepen die de oorspronkelijke schuldeiser heeft om zijn vordering te innen:[167]

> "Als algemene regel kan namelijk worden aanvaard dat degene die bevoegd is een vordering te innen, in het kader van zijn inningsbevoegdheid alle rechten en bevoegdheden ten dienste staan die de schuldeiser ter zake van de inning van de vordering heeft.
> (…)

163 Zie paragraaf 6.8.

164 Tenzij de wet of de aard van het recht anders bepaalt, zie o.a. Steneker 2012, nr. 66. Een pandhouder is bijvoorbeeld wel bevoegd om het recht tot opzegging (een wilsrecht) uit te oefenen, wanneer daardoor een verpande vordering opeisbaar kan worden gemaakt, zie artikel 3:246 lid 2 BW.

165 Verdaas 2008, nr. 393.

166 Verdaas 2008, nr. 395.

167 Rongen 2012, par. X.4.2.

> Het is doelmatig om aan te nemen dat alle rechten en bevoegdheden die gericht zijn op, of anderszins nauw verband houden met, de inning van de vordering kunnen worden uitgeoefend door een derde aan wie (al dan niet naast de schuldeiser) de inningsbevoegdheid toekomt.
>
> In deze zienswijze vindt er dus geen overgang van de zekerheidsrechten op de pandhouder plaats, maar komt de pandhouder enkel de bevoegdheid toe om van de zekerheidsrechten gebruik te maken of daarop een beroep te doen (denk aan de voorrang). Hetzelfde geldt voor andere nevenrechten die nauw verband houden met de inning van de verpande vordering. Voor zover men meent voor de hier beschreven zienswijze een wettelijke grondslag nodig te hebben, dan zou deze, zoals vermeld, gevonden kunnen worden in art. 3:246 lid 1 BW."

Voorts kan in de jurisprudentie nog een argument worden gevonden op basis waarvan een pandhouder het wilsrecht kan uitoefenen door een beroep te doen op de 403-verklaring. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een beslaglegger op een vordering het aan die vordering verbonden hypotheekrecht kan uitoefenen.[168] Dat is in overeenstemming met het wettelijke systeem van de artikelen 477 en 477a Rv. Analoog aan verpanding, is het daarom ook in overeenstemming met het wettelijk systeem, waarbij de pandhouder na mededeling bevoegd is de rechten, die de pandgever aan de vordering ontleent, uit te oefenen, om aan te nemen dat de inningsbevoegde pandhouder tevens de bevoegdheid heeft de rechten uit hoofde van de 403-verklaring uit te oefenen.[169]

9.3.6.3.4 Oplossing voor de problemen bij de verpanding van een wilsrecht

Uit voorgaande paragrafen is gebleken dat de wilsrechttheorie in het kader van de verpanding van het wilsrecht tot problemen kan leiden. Dat is vervelend, nu is geconstateerd dat het meer voor de hand ligt aan te nemen dat een 403-verklaring leidt tot het ontstaan van een wilsrecht en niet direct tot het ontstaan van een vorderingsrecht.

Wordt de mogelijkheid om een wilsrecht te verpanden en de mogelijkheid van een pandhouder om het wilsrecht uit te oefenen, vergeleken met de situatie van borgtocht, dan valt op dat het systeem van borgtocht een stuk overzichtelijker is. Vraagstukken of verpanding mogelijk is en zo ja of dit dan noodzakelijk is, spelen niet. Ook bestaat er geen discussie over de vraag of de pandhouder de borg kan aanspreken. Zie in dit verband onder meer Bergervoet:[170]

> "De rechten uit borgtocht zijn vanwege hun afhankelijke karakter niet vatbaar voor verpanding. Om een pandrecht te kunnen vestigen op een goed is immers vereist dat dit goed overdraagbaar is (vgl. art. 3:228 BW). Voor de rechten uit borgtocht moet echter worden aangenomen dat zij in beginsel vanwege hun afhankelijke karakter naar hun aard

168 HR 11 maart 2005, *NJ* 2006/362.
169 Wibier 2008, par. 3.4.
170 Bergervoet 2014, par. 4.2.6.

> onoverdraagbaar zijn, en daarom niet vatbaar voor verpanding. Indien iemand een pandrecht wil krijgen op de rechten uit borgtocht, kan dit dus niet geschieden door de rechten zelf te verpanden. Mits de gesecureerde vordering overdraagbaar is, kan deze vordering wel worden verpand. Door een pandrecht te vestigen op de gesecureerde vordering verkrijgt de pandhouder van deze vordering evenwel de beschikking over de aan de vordering verbonden accessoria, waaronder de rechten uit borgtocht."

Wanneer zou worden aangenomen dat een 403-verklaring leidt tot een zekerheid die op een lijn kan worden gesteld met borgtocht, dan is daar een overeenkomst voor nodig. Daarvoor is acceptatie van de schuldeisers vereist. In de fase die is gelegen voor de acceptatie van de zekerheid door de schuldeiser, is er een nog niet geaccepteerd aanbod dat is gedaan door de moedervennootschap. De mogelijkheid om de moedervennootschap aan te spreken, kan kwalificeren als een wilsrecht. Het lijkt mij het meest gewenst om de wilsrechttheorie te koppelen aan de ontspringingstheorie, wat betekent dat het wilsrecht niet kan worden overgedragen en een schuldeiser, die een reeds bestaande vordering op de dochtervennootschap verkrijgt, de moedervennootschap zelfstandig aan kan spreken op basis van de 403-verklaring.[171] Het wilsrecht om de moeder aan te spreken zou bij voorkeur wel toekomen aan de pandhouder.

9.3.6.4 Het leggen van beslag op een wilsrecht

9.3.6.4.1 Inleiding

Niet alleen het verpanden van een wilsrecht leidt tot hoofdbrekens. De beantwoording van de vraag of het mogelijk is om beslag te leggen op een wilsrecht, is eveneens ingewikkeld.

Om verschillende redenen kan het wenselijk zijn om niet alleen beslag te leggen op de hoofdvordering maar ook op de mogelijkheid om de moedervennootschap aan te spreken. Indien de dochtervennootschap geen verhaal biedt, is het prettig als de beslaglegger de moedervennootschap kan aanspreken. De beslaglegger wil uiteraard ook voorkomen dat het beslag op de vordering op de dochtervennootschap wordt omzeild doordat de oorspronkelijke schuldeiser de mogelijkheid behoudt om de moedervennootschap aan te spreken waardoor de beslagen vordering verdwijnt en de beslaglegger met lege handen achterblijft.

9.3.6.4.2 De vatbaarheid van een wilsrecht voor beslag

Alvorens de vraag te stellen of beslag op een wilsrecht, dat voortvloeit uit een 403-verklaring, mogelijk is, zal de vraag moeten worden gesteld of beslag op de

171 De 403-vordering ontstaat dan wel op een later moment dan de bestaande hoofdvordering die is overgegaan door bijvoorbeeld cessie. Het later ontstaan van de 403-vordering heeft wel enkele consequenties, bijvoorbeeld voor de aanvang van de verjaringstermijn van het vorderingsrecht dat is gekoppeld aan die nieuwe 403-vordering.

hoofdvordering niet reeds beslag op wilsrecht om de moedervennootschap aan te spreken omvat:[172]

> "Denkbaar is voorts dat een beslag op een goed mede een aan dat goed verbonden wilsrecht omvat. In door de wet genoemde gevallen is de beslaglegger bevoegd om dat wilsrecht uit te oefenen. Zo kan de schuldeiser die beslag heeft gelegd op een vordering, onder omstandigheden het wilsrecht tot opzegging uitoefenen, om de vordering daarmee opeisbaar te maken (art. 477 lid 4 Rv). Ook als de beslaglegger niet bevoegd is om het wilsrecht uit te oefenen, is wel denkbaar dat het wilsrecht bij executoriale overdracht van het beslagen goed als nevenrecht (art. 6:142 BW) mee overgaat, zodat de executiekoper bevoegd wordt om het wilsrecht uit te oefenen."

Zo wordt aangenomen dat beslag op converteerbare obligaties en royeerbare certificaten tevens het beslag omvat op het daaraan gekoppelde wilsrecht.[173]

Aangezien er geen jurisprudentie is op dit vlak, is niet met zekerheid te zeggen of beslag op de hoofdvordering tevens het beslag op de 403-vordering omvat wanneer sprake is van een wilsrecht. Wanneer ingevolge de regels van hoofdelijkheid sprake is van twee zelfstandige vermogensrechten, zoals thans de heersende leer is, dan is voor het leggen van een effectief beslag nodig dat alle hoofdelijke vorderingsrechten worden beslagen.[174] Mogelijk kan die complexiteit worden voorkomen wanneer de wilsrechttheorie wordt aangenomen.[175] Om praktische redenen is het dan verdedigbaar dat het beslag tevens het wilsrecht, dat uit een 403-verklaring voortvloeit, omvat. Zeker wanneer de beslaglegger niet wordt aangemerkt als een partij die zelfstandig een beroep kan doen op de 403-verklaring. Daarnaast is het ongewenst wanneer het wilsrecht niet onder het beslag valt als dat betekent dat de beslagen schuldenaar het wilsrecht behoudt en alsnog de

172 Asser/Steneker 2019, nr. 126.

173 Dit betekent overigens niet dat de beslaglegger zelf bevoegd is om het wilsrecht tot conversie uit te oefenen. Hij is wel bevoegd om de obligatie, die nog niet geconverteerd is, over te dragen (executie). De verkrijger kan vervolgens het conversierecht uitoefenen. Zie Prinsen 2004, p. 96.

174 In geval van hoofdelijke aansprakelijkheid zijn de hoofdvordering en de 403-vordering separate zelfstandige vermogensrechten. Beide vorderingen zijn vatbaar voor afzonderlijk beslag. Wanneer een partij inningsbevoegd is ten aanzien van de ene vordering, dan vloeit daaruit niet de inningsbevoegdheid ten aanzien van de andere vordering voort, zie Steneker in zijn noot (sub 6) onder Rb. Amsterdam 13 mei 2009, *JOR* 2009/213 (Bald/Van Boekhold). Dit maakt het leggen van effectief beslag ingewikkeld. Zie Biemans 2011, 5.8.3.1: "Is een derde slechts ten aanzien van een van beide vorderingen inningsbevoegd, dan zijn de rechtsgevolgen daarvan vanwege de kwalificatie van hoofdelijke aansprakelijkheid ingewikkeld. Zou de Hoge Raad ervoor gekozen hebben om de 403-vordering te kwalificeren als een vorm van borgtocht, dan was dit anders geweest. De les uit het arrest ING/Akzo Nobel is dat bij voorkeur beide vorderingen moeten worden bezwaard, beslagen of onder bewind gesteld."

175 Echter, wanneer het wilsrecht is uitgeoefend, is geen sprake meer van een wilsrecht en is alsnog een zelfstandige vordering ontstaan waarop specifiek beslag zal moeten worden gelegd.

moedervennootschap aan kan spreken.[176] Zo zou het eenvoudig zijn om het beslag te kunnen frustreren hetgeen afbreuk doet aan een juist verloop van het rechtsverkeer.

Wordt geoordeeld dat beslag op de hoofdvordering niet tevens beslag op het wilsrecht omvat, dan rijst de vraag of beslag op het wilsrecht kan worden gelegd. Betoogd wordt dat beslag op een wilsrecht mogelijk is wanneer het betreffende wilsrecht vatbaar is voor overdracht.[177] Op deze zienswijze bestaat wel kritiek.[178]

9.3.6.4.3 Uitoefening van een wilsrecht door een beslaglegger

Een andere vraag is of een beslaglegger die beslag op een wilsrecht heeft gelegd, bevoegd is om dat wilsrecht vervolgens uit te oefenen.[179] Betoogd wordt dat een beslaglegger in beginsel niet bevoegd is om aan de beslagene toekomende wilsrechten uit te oefenen. Zie onder andere Steneker:[180]

> "De beslaglegger is in beginsel niet bevoegd om aan de beslagene toekomende wilsrechten uit te oefenen."

Het is natuurlijk zeer goed denkbaar dat een beslaglegger, die beslag legt op de vordering van een dochtervennootschap en op het wilsrecht om de moedervennootschap aan te spreken, de wens heeft om dit wilsrecht uit te oefenen. Met name wanneer de dochtervennootschap geen verhaal biedt, zou het logisch zijn dat de beslaglegger de vordering bij de moedervennootschap incasseert. Het zou bezwaarlijk zijn als de beslaglegger wordt belemmerd door het technische probleem dat hij als beslaglegger niet bevoegd zou zijn om het wilsrecht uit te oefenen.

Wanneer de beslaglegger het wilsrecht niet uit kan oefenen wanneer hij het heeft beslagen, is de vraag wat er gebeurt als hij het wilsrecht verkoopt (executie).

---

176 Wanneer de beslagene het wilsrecht zelf uitoefent, leidt dit tot het ontstaan van een vordering op de moedervennootschap. Het wilsrecht vervalt. Betoogd wordt dat zowel voor als na het uitoefenen van het wilsrecht beslag kan worden gelegd op de vordering. Zie Steneker (2019) die verwijst naar artikel 475 lid 1 Rv: De vordering wordt rechtstreeks verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding.

177 Met betrekking tot de vraag of het wilsrecht dat voortvloeit uit een 403-verklaring vatbaar is voor overdracht, wordt verwezen naar de voorgaande paragrafen.

178 Zie Asser/Steneker 2019. Zie voorts Van Emden, noot bij Gerechtshof Amsterdam 9 februari 2010, *JOR* 2010/171, die stelt dat beslag mogelijk is omdat voor de uitoefening van het wilsrecht sprake is van een reeds bestaande vordering onder opschortende voorwaarde. Anders: Biemans 2009, p. 99-100. Biemans stelt dat beslag op een wilsrecht, waarvan de uitoefening leidt tot een vorderingsrecht, niet mogelijk is omdat voor de uitoefening van het wilsrecht geen vordering en geen rechtsverhouding in de zin van art. 475 lid 1 Rv bestaat.

179 Zo kan beslag worden gelegd op een overdraagbare (koop)optie en vervolgens kan dit optierecht, zonder dat het wordt uitgeoefend, worden verkocht (executie). Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 29 augustus 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BE9488. Anders: Biemans 2009, p. 99.

180 Asser/Steneker 2019.

Wanneer de beslaglegger de bevoegdheid heeft om het wilsrecht uit te oefenen, blijven deze problemen hem bespaard. Het is niet uitgesloten dat de beslaglegger deze mogelijkheid heeft. In dit kader heeft de Hoge Raad bepaald dat:[181]

> "[d]e vraag of de beslaglegger in verband met een door hem gelegd derdenbeslag een door de beslagene nog niet uitgeoefend wilsrecht in diens plaats mag uitoefenen, (…) zich niet in algemene zin [laat] beantwoorden aangezien het antwoord afhankelijk is van de aard van het wilsrecht in kwestie".

Zou de 403-aanspraak kwalificeren als borgtocht, dan zou de beslaglegger eveneens niet met deze problemen opgezadeld worden en zich eveneens tot de moedervennootschap kunnen wenden. Op basis van de jurisprudentie is verdedigbaar dat een beslaglegger de zekerheidsrechten kan uitoefenen waarmee de beslagen vordering is gesecureerd.[182] Borgtocht is een (persoonlijk) zekerheidsrecht. Zie in dit kader de Hoge Raad:[183]

> "in overeenstemming met het in art. 477 Rv. in verbinding met art. 477a Rv. neergelegde wettelijke systeem, waarin aan de derdenbeslaglegger de bevoegdheid toekomt zijn vordering op de beslagdebiteur te verhalen door inning van de vordering van de beslagdebiteur op de derde-beslagene, dat de derdenbeslaglegger wiens beslag een vordering onder hypothecair verband heeft getroffen, profiteert van de aan de beslagen vordering verbonden hypothecaire voorrang boven andere schuldeisers die verhaal zoeken op het hypothecair verbonden registergoed."

Hoewel de uitkomst van dit arrest wordt aanvaard, bestaat er discussie over de redenering die de Hoge Raad aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd.[184]

9.3.6.4.4 Oplossing voor de problemen bij het leggen van beslag op een wilsrecht

Uit voorgaande paragrafen is gebleken dat de wilsrechttheorie in het kader van het leggen van beslag op het wilsrecht tot problemen en onduidelijkheden kan leiden. Dat is vervelend als wordt geconcludeerd dat het meer voor de hand ligt aan te nemen dat een 403-verklaring leidt tot het ontstaan van een wilsrecht en niet direct tot het ontstaan van een vorderingsrecht.

Wanneer wordt aangenomen dat het recht dat voortvloeit uit een 403-verklaring op één lijn valt te stellen met borgtocht, dan zouden deze problemen niet aan de orde zijn. De beslaglegger die beslag legt op de hoofdvordering, kan dan zonder problemen de moedervennootschap aanspreken en de beslagene verliest de mogelijkheid om het beslag te frustreren. Wordt aangenomen dat er in de fase, voordat de schuldeiser het aanbod van de moedervennootschap heeft aanvaard, sprake is

181 HR 29 oktober 2004, *NJ* 2006/203.
182 Zie onder meer Bergervoet 2014, par. 4.2.6.
183 HR 11 maart 2005, *NJ* 2006/362 en *JOR* 2005/131, (Rabobank/ Stormpolder), *r.o.* 3.6.
184 Kortmann 2005 en Kortman in zijn noot onder HR 11 maart 2005, *NJ* 2006/362 in *JOR* 2005/131. Anders: Snijders in zijn noot onder HR 11 maart 2005 in *NJ* 2006/362.

van een wilsrecht en na aanvaarding sprake is van borgtocht, dan kan de fase voorafgaand aan de aanvaarding alsnog tot onduidelijkheden leiden. Het is in dat geval praktischer om aan te nemen dat er op basis van een 403-verklaring direct een zekerheid ontstaat die op één lijn valt te stellen met borgtocht. Kanttekening daarbij is dat aan een borgtocht een overeenkomst ten grondslag moet liggen en daarvoor is dus acceptatie van de schuldeiser vereist.

9.3.7 De wilsrechttheorie voorkomt niet dat er alsnog twee vorderingsrechten ontstaan

De wilsrechttheorie sec leidt er niet toe dat het de voornaamste oorzaak van 403-problemen volledig oplost wanneer wordt vastgehouden aan de opvatting dat een 403-verklaring leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid. Wanneer ervan uit wordt gegaan dat een 403-verklaring leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid wanneer het wilsrecht wordt uitgeoefend, dan ontstaat er alsnog een tweede zelfstandig vorderingsrecht. Daarmee speelt een groot deel van de 403-problemen alsnog op.[185] Deze problemen zouden zich niet voordoen wanneer de wilsrechttheorie wordt gecombineerd met de opvatting dat de aanspraak die voortvloeit uit een 403-verklaring op één lijn kan worden gesteld met borgtocht. Bij borgtocht is het probleem van twee zelfstandige vorderingsrechten uitgesloten.

Een belangrijk probleem dat wordt veroorzaakt door het bestaan van twee zelfstandige vorderingsrechten, is het probleem dat deze in verschillende handen terechtkomen. Wibier stelt dat daarvoor een oplossing mogelijk is binnen het wettelijke systeem:[186]

> "In het vervolg van deze bijdrage zal blijken dat het goederenrecht voldoende instrumenten biedt om te voorkomen dat de vorderingen uit hoofde van de 403-verklaring en de vordering op de 403-vennootschap in verschillende handen terechtkomen, ook zonder de rechten jegens Holding N.V. aan te merken als rechten die afhankelijk zijn van de vordering op Werkmaatschappij B.V. Met andere woorden: het wenselijke resultaat kan worden bereikt binnen het bestaande wettelijke systeem. In het vervolg van deze bijdrage zal worden aangetoond hoe."

Hierna zal bekeken worden of deze stelling van Wibier houdbaar is. Allereerst dient te worden geconstateerd dat ook met de wilsrechttheorie van Wibier een tweede vorderingsrecht ontstaat:

> "Het is van belang om te onderscheiden tussen de rechten die schuldeisers van Werkmaatschappij B.V. (mits hun vordering voortvloeit uit rechtshandelingen) jegens Holding N.V. kunnen ontlenen aan de 403-verklaring en de vorderingen die deze schuldeisers jegens

185 Voor de gesignaleerde problemen rondom de zelfstandige 403-vordering, zie hoofdstuk 6.
186 Wibier 2008.

> Holding N.V. kunnen instellen. Zoals bleek is het deponeren van een 403-verklaring te beschouwen als een eenzijdige rechtshandeling waaruit rechtstreeks aansprakelijkheid van Holding N.V. ontstaat. Dat betekent echter nog niet dat met het enkele deponeren van de verklaring (en het ontstaan van een door de verklaring gedekte schuld van Werkmaatschappij B.V.) reeds een vorderingsrecht jegens Holding N.V. in het leven wordt geroepen voor de schuldeiser van Werkmaatschappij B.V. Daarvoor moet de eenzijdige aansprakelijkheidsverklaring van Holding N.V. eerst nog worden geaccepteerd door de schuldeiser van Werkmaatschappij B.V. Dat vloeit voort uit de contractvrijheid. Anders dan voor het ontstaan van een vordering tot vergoeding van schade uit onrechtmatige daad, ontstaat de vordering op Holding N.V. pas nadat de aansprakelijkheid wordt geaccepteerd. Het is niet mogelijk een schuldeiser van Werkmaatschappij B.V. tegen zijn zin een dergelijke vordering toe te kennen. Het verschil met de schadevergoedingsvordering uit onrechtmatige daad is dat die laatste vordering rechtstreeks uit de wet voortvloeit terwijl de vordering uit hoofde van een 403-verklaring een contractuele grondslag heeft."
>
> Een en ander wordt niet anders doordat de additionele aanspraak jegens Holding N.V. in beginsel louter voordelen voor de relevante schuldeiser zal meebrengen. Ook een voordeel kan niet aan een (beoogde) wederpartij worden opgedrongen. Dat de vordering op Holding N.V. niet onmiddellijk met de vordering op Werkmaatschappij B.V. ontstaat volgt overigens ook uit het feit dat niet ondenkbaar is dat de schuldeiser van Werkmaatschappij B.V. niet eens op de hoogte is van het bestaan van een 403-verklaring. Voor gebondenheid van Holding N.V. jegens een schuldeiser van de dochter lijkt mij een conditio sine qua non dat de betreffende schuldeiser ten minste op de hoogte is van de inhoud van de gedeponeerde 403-verklaring. Dat de vordering op de moedervennootschap pas na acceptatie van de aansprakelijkstelling ontstaat, volgt uit het voor het contractenrecht en de contractvrijheid belangrijke autonomiebeginsel. Partijen kunnen desgewenst een contractuele relatie aangaan, maar zij kunnen er ook voor kiezen met een bepaalde partij juist geen contractuele relatie aan te gaan. Het beginsel komt op diverse plaatsen terug in ons vermogensrecht. Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding daarvan (zie art. 6:217 lid 1 BW). Ook indien de overeenkomst voor de aanvaardende partij zeer voordelig is of louter rechten en geen verplichtingen in het leven roept, blijft de aanvaarding een constitutief vereiste. Een derdenbeding leidt, ook indien het voor de derde louter voordelen met zich meebrengt, pas tot een vordering van de derde jegens de stipulant nadat het is aanvaard (art. 6:253 lid 1 BW)."

De visie van Wibier is helder. Voor het ontstaan van een vorderingsrecht is vereist dat het aanbod dat door een moedervennootschap wordt gedaan met een 403-verklaring dient te worden geaccepteerd alvorens een 403-vordering ontstaat. Maar eenmaal aanvaard, is het tweede zelfstandige vorderingsrecht alsnog ontstaan met alle problemen van dien.

9.3.8 De vatbaarheid voor overdracht van een 403-vordering volgens de wilsrechttheorie

Omdat de wilsrechttheorie niet voorkomt dat een tweede vorderingsrecht ontstaat, dient er binnen de theorie van Wibier een oplossing te worden gevonden voor het

probleem dat de hoofdvordering en de 403-vordering in verschillende handen terecht komen. Wibier heeft betoogd dat de 403-vordering niet overdraagbaar is.[187] De aard van de 403-vordering zou zich tegen overdracht verzetten;

> "Op basis van het hierboven betoogde, ontstaat er pas een vordering op Holding N.V. onder de 403-verklaring op het moment dat een daartoe gerechtigde schuldeiser van Werkmaatschappij B.V. Holding N.V. tot betaling aanspreekt onder de aansprakelijkheidsverklaring. Voor die tijd bestaat er slechts het recht Holding N.V. aan te spreken en aldus een vorderingsrecht jegens Holding N.V. in het leven te roepen. Een dergelijke bevoegdheid kwalificeert naar mijn mening als een wilsrecht dat niet voor afzonderlijke overdracht vatbaar is. Voor de uitoefening van de bevoegdheid een vordering uit hoofde van de 403-verklaring in het leven te roepen, moet men (krachtens de tekst van die verklaring) schuldeiser (uit hoofde van rechtshandeling) zijn van Werkmaatschappij B.V. Anderen dan dergelijke schuldeisers kunnen geen beroep doen op de verklaring, omdat de verklaring zich niet tot hen richt. Dat maakt dat het wilsrecht naar zijn aard niet afzonderlijk overdraagbaar is maar slechts toekomt aan diegenen die schuldeiser (uit hoofde van een rechtshandeling) zijn van
> Werkmaatschappij B.V.
>
> In theorie zou zich dan de situatie kunnen voordoen dat X Holding N.V. aanspreekt onder de 403-verklaring en vervolgens onmiddellijk daarop de aldus in het leven geroepen vordering op Holding N.V. cedeert aan Y, zonder echter zijn vordering op Werkmaatschappij B.V. te cederen. Ik zou menen dat een dergelijke cessie geen effect heeft. Uit de 403-verklaring volgt dat Holding N.V. aansprakelijkheid aanvaardt jegens schuldeisers uit rechtshandeling van Werkmaatschappij B.V. Jegens anderen aanvaardt Holding N.V. geen aansprakelijkheid. Dat zo zijnde, moet worden aangenomen dat de vordering op Holding N.V. zich naar zijn aard tegen overdracht verzet."

Vanzelfsprekend is het technisch gezien mogelijk dat een vordering niet overdraagbaar is, zie artikel 3:83 BW:

> Artikel 3:83 BW
> 1. Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet.
> 2. De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten.
> 3. Alle andere rechten zijn slechts overdraagbaar, wanneer de wet dit bepaalt.

Een onderdeel van de inhoud van een vorderingsrecht kan de niet-overdraagbaarheid zijn. Om te bepalen of een 403-vordering niet overdraagbaar is, zal vastgesteld moeten worden wat tot de inhoud van de 403-vordering behoort en wat niet. De inhoud van een vorderingsrecht wordt door verschillende factoren bepaald. De inhoud van vorderingen die voortvloeien uit onrechtmatige daad, zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking wordt bepaald door de

187 Wibier 2008.

wet. De inhoud van vorderingen die voortvloeien uit overeenkomst wordt bepaald door hetgeen partijen zijn overeengekomen, eventueel aangevuld door de wet. De inhoud van de 403-vordering wordt bepaald door de 403-verklaring. De 403-verklaring rept niet over niet-overdraagbaarheid. De wet bepaalt ook niet dat de 403-vordering niet overdraagbaar is. De aard van de 403-vordering lijkt het enige aanknopingspunt te zijn waaraan de niet-overdraagbaarheid kan worden gekoppeld.

In beginsel geldt dat een vordering overdraagbaar is. Er moet iets bijzonders aan de hand zijn met een vorderingsrecht, wil de aard van een vordering aan de mogelijkheid tot overdracht in de weg staan. Betoogd wordt dat de aard van een vordering zich tegen overdracht verzet wanneer de vordering een (hoogst)persoonlijk karakter heeft. Daarvan is sprake wanneer de prestatie sterk samenhangt met de persoon van de prestant[188] of wanneer het persoonlijke element in de rechtsverhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar overheerst.[189] Het persoonlijke karakter komt onder meer tot uiting bij het recht op huur,[190] het recht op arbeid,[191] het recht op pensioen,[192] het recht op levensonderhoud[193] en het recht op verbruikleen[194] In al deze gevallen is de gemene deler dat de inhoud van de vordering 'verandert' wanneer de prestatie door een ander wordt geleverd of afgedwongen.[195] Een 403-vordering lijkt moeilijk inpasbaar binnen dit rijtje.

Van de (hoogst)persoonlijke vorderingen waarvan de inhoud zou wijzigen wanneer de prestant een andere persoon is, kan worden onderscheiden de categorie vorderingen waarvan de aard van een vorderingsrecht zich tegen overdracht verzet omdat de aard van de onderliggende rechtsverhouding zich tegen overdracht verzet. Zo heeft de Hoge Raad met betrekking tot het vorderingsrecht van de curator in faillissement op grond van art. 2:248 BW geoordeeld dat een dergelijke vordering, gezien zijn bijzondere aard, niet voor overdracht vatbaar is.[196] Ook wordt ten aanzien van de vordering tot volstorting van aandelen die een vennootschap jegens de aandeelhouder kan hebben,[197] gezegd dat deze naar haar aard niet vatbaar is voor overdracht.[198] Voorts wordt een recht op een door de overheid aan een specifiek persoon toegekend krediet beschouwd als een vorderingsrecht dat naar

188 Reehuis 2010, nr. 11; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2006, nr. 103. Zie ook: TM, *Parl. Gesch.* Boek 3, p. 314.
189 Rongen 2012, nr. 552.
190 Zie Wiarda 1937, p. 376-377 en Van Hees 1997, p. 157.
191 Zie Rank-Berenschot & Snijders 2007, nr. 309 en Wiarda 1937, p. 377.
192 Zie Pitlo, Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 103.
193 In de zin van art. 1:392. Zie Pitlo, Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 103 en Reehuis 2010, nr. 11. Vgl. HR 30 mei 1997, *NJ* 1997/573 (Menschaert q.q./Stichting Pensioenfonds) en HR 27 november 1981, *NJ* 1982/503.
194 Zie HR 29 oktober 2004, *NJ* 2006/203, *r.o.* 3.6 en vgl. reeds: Rb. Amsterdam 27 mei 1927, *W* 11 752.
195 Rongen 2012, nr. 552.
196 Zie HR 7 september 1990, *NJ* 1991/52, m.nt. Maeijer (Den Toom/De Kreek).
197 Zie artikel 2:80 lid 1 BW/2:191 lid 1 BW.
198 Zie Peek 1997, p. 807 e.v.

zijn aard niet overdraagbaar is[199] en hetzelfde kan opgaan voor een vorderingsrecht voortvloeiend uit een vergunning.[200]

De vorderingsrechten in dit laatste rijtje zijn meer zakelijk van aard en de niet-overdraagbaarheid is niet zozeer gelegen in de hoedanigheid van de prestant maar met name gelegen in de algehele rechtsverhouding. In dit laatste rijtje zou de 403-vordering mogelijk in te passen zijn. Uit een analyse van de situaties waarin is geoordeeld dat sprake is van een vorderingsrecht dat naar zijn aard niet voor overdracht vatbaar is, blijkt echter wel dat de benadering sterk casuïstisch is en kan geen duidelijke lijn worden opgetekend. Tot op heden heeft nog geen rechter aangenomen dat de aard van een 403-vordering zich tegen overdracht verzet.

De Hoge Raad zal uitsluitsel moeten geven ten aanzien van de vraag of een 403-vordering overdraagbaar is of niet. Mogelijk heeft de Hoge Raad al laten doorschemeren wat zijn visie is. Wibier betoogt dat de interpretatie waarbij de 403-vordering als een niet-overdraagbare vordering wordt gezien, op gespannen voet lijkt te staan met de visie van de Hoge Raad:

> "Toegegeven moet worden dat deze interpretatie enigszins op gespannen voet staat met overweging 3.5.4 van de Hoge Raad in de ING/Akzo-beschikking waarin de Hoge Raad lijkt uit te gaan van de mogelijkheid een pandrecht te vestigen op de vordering op Akzo (de partij die de 403-verklaring had gedeponeerd). Slechts op goederen die voor overdracht vatbaar zijn kan een pandrecht worden gevestigd. Daarmee lijkt de Hoge Raad op het spoor te zitten dat de bij het handelsregister gedeponeerde hoofdelijke aansprakelijkheidstelling resulteert in het ontstaan van een tweede, van de oorspronkelijke vordering onafhankelijke vordering op Akzo, zulks in lijn met de reeds meerdere malen aangehaalde Parl. Gesch."

Het argument dat de 403-vordering overdraagbaar is, omdat er een pandrecht op de 403-vordering kan worden gevestigd, wordt niet door iedereen gedeeld. Zo betoogt Rongen:[201]

> "Anders dan wel wordt betoogd is de bezwaring van een goed met een beperkt recht niet op te vatten als een vorm van overdracht van dat goed, maar als een rechtsfiguur met een eigen aard. Het is veeleer dat uit de aard en inhoud van een onoverdraagbaar recht vaak voortvloeit dat het recht niet met een beperkt recht kan worden bezwaard. Met de onoverdraagbaarheid heeft dat op zichzelf niets van doen. De artikelen 3:81 lid 1 en 228 BW kunnen als beginselbepalingen worden beschouwd: overdraagbare goederen zijn in beginsel ook vatbaar voor bezwaring met beperkte rechten. Daarmee is echter niet gezegd dat op onoverdraagbare goederen nooit een beperkt recht gevestigd zou kunnen worden. Of dit het geval is moet van geval tot geval worden beoordeeld aan de hand van de aard en inhoud van het betreffende goed en het betreffende beperkte recht.

199 HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/766.
200 HR 16 mei 1997, *NJ* 1998/238.
201 Rongen 2012, nr. 1236.

> Voor vorderingen geldt bovendien dat schuldenaar en schuldeiser de mogelijkheid hebben om te differentiëren. Het wettelijk systeem (zoals dat blijkt uit art. 3:98 jo 83 lid 2 BW) en de partijautonomie staan het toe om enkel de verpandbaarheid van de vordering uit te sluiten, maar niet ook de overdraagbaarheid. De vordering is dan wel vatbaar voor overdracht, maar niet voor verpanding. Evenzo impliceert het feit dat de overdraagbaarheid is uitgesloten nog niet noodzakelijkerwijs dat partijen ook de verpandbaarheid van de vordering hebben willen uitsluiten. Of dit zo is, dient door uitleg te worden vastgesteld. Indien de bewoordingen van het onoverdraagbaarheidsbeding geen duidelijkheid verschaffen, is het uitgangspunt dat het beding enkel in de weg staat aan een overdracht, maar niet ook aan een verpanding."

Over de overdraagbaarheid van een 403-vordering valt mogelijk nog wat te zeggen. Niet is uitgesloten dat de aard van de 403-vordering zich tegen overdracht verzet.

9.3.9 Iedere schuldeiser heeft een zelfstandig wilsrecht om de moedervennootschap aan te spreken

De vraag is aan wie het wilsrecht om de moedervennootschap aan te spreken toekomt. Indien iedere schuldeiser zelfstandig een beroep kan doen op de 403-verklaring, dus ook de schuldeiser die de vordering op de dochtervennootschap verkrijgt door cessie, dan is de overdracht van het wilsrecht of de 403-vordering niet nodig om de schuldeiser van de hoofdvordering de mogelijkheid te geven om de moedervennootschap aan te spreken. Dit wordt ook wel de ontspringingstheorie genoemd.[202]

Voor de cessionaris die een hoofdvordering verkrijgt, is de vraag of een 403-vordering overdraagbaar is nog steeds van belang om ervoor te zorgen dat de cedent niet alsnog de moedervennootschap kan aanspreken op basis van de 403-vordering, waardoor de cessionaris de door hem verkregen vordering teniet zou zien gaan als de moedervennootschap nakomt jegens de cedent.[203]

9.3.10 Het achterblijven van wilsrechten en 403-vorderingen

9.3.10.1 Inleiding

Een belangrijk probleem dat Wibier wil oplossen met de wilsrechttheorie, is het in verschillende handen geraken van de hoofdvordering (de vordering op de

202 Zie onder meer Bartman, noot bij HR 28 juni 2002, *JOR* 2002/136 en in gelijke zin De Neve 2002, p. 235-242 en Blom 2005, p. 180.

203 Zie art. 6:7 lid 2 BW: "Nakoming door een der schuldenaren bevrijdt ook zijn medeschuldenaren tegenover de schuldeiser. Hetzelfde geldt, wanneer de schuld wordt gedelgd door inbetalinggeving of verrekening, alsmede wanneer de rechter op vordering van een der schuldenaren artikel 60 toepast, tenzij hij daarbij anders bepaalt."

dochtervennootschap) en de 403-vordering (de vordering op de moedervennootschap).

Doordat een hoofdvordering overgaat op een nieuwe schuldeiser, kan het voorkomen dat de oorspronkelijke schuldeiser, die niet meer de rechthebbende van de hoofdvordering is, nog wel de rechthebbende is van de 403-vordering. Ook zou het kunnen zijn dat het wilsrecht bij de oorspronkelijke schuldeiser is achtergebleven. De voorbeeldsituatie waarin dit kan gebeuren, is wanneer de oorspronkelijke schuldeiser zijn vordering cedeert aan een derde. In de navolgende paragrafen zal worden bezien of en hoe dit probleem binnen de wilsrechttheorie kan worden opgelost.

9.3.10.2 De niet overdraagbare 403-vordering en het niet overdraagbare wilsrecht

Wibier heeft betoogd dat de 403-vordering naar zijn aard niet overdraagbaar is. Wanneer wordt aangenomen dat een 403-vordering niet overdraagbaar is, kan worden voorkomen dat de 403-vordering en de hoofdvordering afzonderlijk van elkaar worden overgedragen en zo in verschillende handen terecht kunnen komen. Er kleeft er een nadeel aan deze opvatting. Wanneer de 403-vordering niet overdraagbaar is, behoudt de oorspronkelijke schuldeiser, die de hoofdvordering aan een derde cedeert, de 403-vordering. Dat betekent dat juist de niet-overdraagbaarheid van een 403-vordering het in verschillende hadden geraken van de hoofdvordering en de 403-vordering in de hand werkt. De 403-vordering die achterblijft bij de oorspronkelijke schuldeiser, kan niet 'zomaar' tenietgaan.[204] Wanneer nog geen 403-vordering is ontstaan, omdat de oorspronkelijke schuldeiser zijn wilsrecht nog niet heeft uitgeoefend, speelt dit probleem niet. De vraag is dan alleen of de oorspronkelijke schuldeiser het wilsrecht om de moedervennootschap aan te spreken kwijtraakt. De tekst van een standaard-403-verklaring lijkt eraan in de weg te staan dat een voormalig schuldeiser nog een wilsrecht toekomt om de moedervennootschap aan te spreken. De mogelijkheid om de moeder aan te spreken, staat alleen open voor schuldeisers en niet voor voormalig schuldeisers.

204 Zie echter Hof Amsterdam (OK) 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966 en HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661. Opmerkelijk genoeg leidde het verlies van de vordering op de dochtervennootschap (wegens onteigening) tevens tot het verlies van de 403-vordering. Die redenatie heeft m.i. een verbintenisrechtelijke achtergrond: de schuldeisers die voorheen een vorderingsrecht op de dochtervennootschap hadden, vielen na het verlies van die vordering niet meer onder de reikwijdte van de 403-verklaring omdat zij geen schuldeisers van de dochtervennootschap meer waren en de 403-verklaring zich dus niet meer tot hen richtte. Zie echter HR 3 april 2015, ECLI: ECLI:NL:HR:2015:837, waarin de Hoge Raad het bestaan van onafhankelijke vorderingsrechten weer erkent en duidelijk laat blijken dat de schuldeiser niet meer over het vorderingsrecht op de dochtervennootschap hoeft te beschikken om de 403-vordering uit te kunnen oefenen.

9.3.10.3 *Een afhankelijke 403-vordering en een afhankelijk wilsrecht*

Wanneer het wilsrecht is uitgeoefend, is ook met toepassing van de wilsrechttheorie sprake van twee zelfstandige vorderingsrechten. Om de hoofdvordering en de 403-vordering bij elkaar te houden, zou sprake moeten zijn van afhankelijkheid. De 403-vordering dient de hoofdvordering te volgen. Daarvoor zou nodig zijn dat de Hoge Raad terugkomt van zijn eerdere zienswijze. Ten aanzien van de afhankelijkheid van een 403-vordering heeft de Hoge Raad nadrukkelijk bepaald dat er geen sprake is van een afhankelijk recht:[205]

> "Nu een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid niet een afhankelijk recht in het leven roept, getuigt het oordeel van de Ondernemingskamer dat het recht dat de contractant verkrijgt jegens de moedermaatschappij, een afhankelijk recht – als bedoeld in de artikelen 3:7 en 3:82 BW – is, van een onjuiste rechtsopvatting."

Het wilsrecht lijkt de hoofdvordering niet te hoeven volgen. Afhankelijkheid is niet nodig. De cessionaris die een vordering op de dochtervennootschap verkrijgt, kan zelfstandig een beroep doen op de 403-verklaring en de moedervennootschap op grond daarvan aanspreken. De cedent verlies zijn wilsrecht.

9.3.10.4 *De 403-vordering en het wilsrecht als nevenrecht*

Wordt geconcludeerd dat de 403-vordering geen afhankelijk recht is, dan kan nog de vraag worden gesteld of de 403-vordering een nevenrecht is. Afhankelijkheid van een recht kan zijn gelegen in het feit dat een recht kwalificeert als een nevenrecht. In de literatuur is betoogd dat wanneer een recht geen afhankelijk recht is, het betreffende recht ook geen nevenrecht kan zijn en dat de 403-vordering geen vorderingsrecht is dat kwalificeert als een nevenrecht:[206]

> "Als de 403-vordering geen afhankelijk recht is, is de vordering evenmin een nevenrecht (art. 6:142 BW)."

De vraag of een 403-vordering een nevenrecht is, is voor discussie vatbaar.[207] Zo heeft de Rechtbank 's-Gravenhage bepaald:

---

205 Zie HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 447 *r.o.* 3.4.5 (Akzo Nobel/ING) m.nt. Maeijer. Bartman, heeft ervoor gepleit om de 403-vordering als een afhankelijk recht te kwalificeren; Bartman 2004, p. 48-52. Volgens Bartman kan de 403-vordering niet zonder de hoofdvordering bestaan. Zie eveneens kritisch over het oordeel van de Hoge Raad dat de 403-vordering geen afhankelijk recht is: De Neve 2002.

206 Biemans 2011, 5.8.2.1 en Faber in zijn noot (sub 3.2) onder Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, *JOR* 2007/103.

207 Zie Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, *JOR* 2007/53, m.nt. Verdaas en vervolg daarop Verdaas in zijn noot onder dit vonnis en Verdaas 2008, nr. 419.

> "3.6. Niettemin is de aanspraak ex artikel 2:403 B.W. nauw verbonden met de schuldvordering van de betrokken leverancier jegens de dochtermaatschappij: zonder die laatste schuldvordering kan zij niet bestaan. De vordering ex artikel 2:403 B.W. ziet de rechtbank dan ook als een nevenrecht (in de zin van artikel 6:142 B.W.). Dit brengt mee dat, als de schuldvordering van de leverancier op de dochter rechtsgeldig aan een ander wordt overgedragen, daarmee ook de ermee samenhangende aanspraak jegens de moeder op die ander overgaat. In dit verband zij verwezen naar de noten onder HR 28 juni 2002 (ING/AKZO, in JOR 2002, 136, m.n. Steef.M. Bartman /NJ 2002, 447 m.n. Ma.). Weliswaar worden ook afhankelijke rechten als pand en hypotheek in artikel 6:142, lid 1, B.W. als voorbeelden van een nevenrecht genoemd, maar omgekeerd zijn er ook nevenrechten die níet als een afhankelijk recht kunnen worden aangemerkt. Hiervoor wordt verwezen naar Asser-Hartkamp I, 563–564 en Losbladig Verbintenissenrecht artikel 6:142, Aantekening 6 e.v. (Van Mierlo-Beijer). De aanspraak ex artikel 2:403 B.W. merkt de rechtbank aan als een nevenrecht in laatstbedoelde zin."

Onduidelijk is of de Rechtbank 's-Gravenhage hiermee heeft willen zegen dat het wilsrecht (de 403-aanspraak) als een nevenrecht valt aan te merken of dat de 403-vordering als een nevenrecht kan worden aangemerkt. De vraag of een 403-vordering een nevenrecht is, is mogelijk nog geen uitgemaakte zaak. De kwalificatie als nevenrecht zou een oplossing bieden voor het 'achterblijven' van een 403-vordering bij een cedent die de hoofdvordering heeft gecedeerd. De 403-vordering moet daarvoor wel voor overdracht vatbaar zijn. Wibier heeft aangegeven dat hij het wilsrecht, dat uit een 403-verklaring voortvloeit, als een nevenrecht beschouwt:[208]

> "Het recht om een vordering tot betaling van de schuld van Werkmaatschappij B.V. in het leven te roepen, kwalificeert naar mijn mening als een nevenrecht in de zin van art. 6:142 BW."

Voorts stelt Wibier dat dit nevenrecht niet voor afzonderlijke overdracht vatbaar is:[209]

> "Op basis van het hierboven betoogde, ontstaat er pas een vordering op Holding N.V. onder de 403-verklaring op het moment dat een daartoe gerechtigde schuldeiser van Werkmaatschappij B.V. Holding N.V. tot betaling aanspreekt onder de aansprakelijkheidsverklaring. Voor die tijd bestaat er slechts het recht Holding N.V. aan te spreken en aldus een vorderingsrecht jegens Holding N.V. in het leven te roepen. Een dergelijke bevoegdheid kwalificeert naar mijn mening als een wilsrecht dat niet voor afzonderlijke overdracht vatbaar is. Voor de uitoefening van de bevoegdheid een vordering uit hoofde van de 403-verklaring in het leven te roepen, moet men (krachtens de tekst van die verklaring) schuldeiser (uit hoofde van rechtshandeling) zijn van Werkmaatschappij B.V. Anderen dan dergelijke schuldeisers kunnen geen beroep doen op de verklaring, omdat de verklaring zich niet tot hen richt. Dat maakt dat het wilsrecht naar zijn aard niet afzonderlijk

208 Wibier 2008, par. 3.1.
209 Wibier 2008, par. 3.1.

> overdraagbaar is maar slechts toekomt aan diegenen die schuldeiser (uit hoofde van een rechtshandeling) zijn van Werkmaatschappij B.V."

Niet duidelijk is of Wibier meent dat het wilsrecht wel vatbaar is voor overdracht wanneer het wilsrecht gezamenlijk met de hoofdvordering wordt overgedragen. De discussie is van ondergeschikt belang wanneer het wilsrecht van de cedent die de hoofdvordering cedeert tenietgaat en de cessionaris een eigen wilsrecht verkrijgt en de moedervennootschap zelfstandig aan kan spreken.

9.3.10.5 Het tenietgaan van een 403-vordering en het tenietgaan van een wilsrecht

Betoogd kan worden dat het wilsrecht dat een schuldeiser verkrijgt een wilsrecht is met als inhoud dat hij de moedervennootschap kan aanspreken zolang hij de hoedanigheid van schuldeiser heeft. Het aanbod in de 403-verklaring richt zich tot de schuldeiser die een vordering op de dochtervennootschap heeft en niet tot een voormalig schuldeiser. Daarmee hoeft het wilsrecht niet teniet te gaan. De voormalig schuldeiser kan er simpelweg geen beroep meer op doen.

Is het wilsrecht reeds uitgeoefend dan is de 403-vordering reeds ontstaan. Een eenmaal bestaand vorderingsrecht verdwijnt niet zomaar. Zoals hiervoor aangegeven, geeft Wibier er binnen zijn wilsrechttheorie de voorkeur aan om de 403-vordering als niet overdraagbaar te kwalificeren. Niet duidelijk is of Wibier de vorderingen tevens kwalificeert als niet vatbaar voor *overgang*. De oplossing die Wibier heeft bedacht voor de reeds ontstane 403-vordering is niet dat deze overgaat op een verkrijgende schuldeiser, maar verwordt tot een vordering 'die niet meer kan worden ingesteld':[210]

> "De verklaring moet worden geïnterpreteerd in het licht van de doelstelling die Holding N.V. daarmee nastreeft. Dat is dat de aansprakelijkstelling de mogelijkheid opent gebruik te maken van de vrijstelling. Dan is het voldoende wanneer de 403-verklaring een (niet overdraagbare) vordering oplevert die in beginsel slechts kan worden ingesteld door de schuldeiser van Werkmaatschappij B.V. Het is niet de bedoeling (en het zou onnodig zijn) dat er vorderingsrechten op Holding N.V. worden gecreëerd die vervolgens een zelfstandig vermogensrechtelijk bestaan gaan leiden omdat Holding N.V. dan meer zou doen dan nodig is om het gebrek aan transparantie omtrent de financiële positie van Werkmaatschappij B.V. tegen te gaan."

Er is geen grondslag die het tenietgaan van de 403-vordering teweegbrengt.[211]

---

210 Wibier 2008.

211 Het tenietgaan van verbintenissen is wettelijk gereguleerd en daarmee beperkt, zie bijvoorbeeld Van Oostrom-Streep 2006, p. 131: "Voor het tenietgaan van verbintenissen zijn in de wet weer geheel eigen regelingen opgenomen. Hoofdregel is dat een verbintenis tenietgaat door nakoming, onder welk begrip een groot aantal wijzen van voldoening is begrepen. Daarnaast zijn verrekening, vermenging, kwijtschelding, vernietiging en afstand wijzen waarop de

Wibier lijkt te betogen dat *de rechtsvordering*, die aan de 403-vordering is gekoppeld, niet meer kan worden ingesteld door een voormalig schuldeiser. Het verval van de rechtsvordering die aan de 403-vordering is gekoppeld, wordt via de verbintenisrechtelijke weg geconstrueerd. Wanneer een partij niet meer de kwaliteit van schuldeiser van de dochtervennootschap bezit, verliest deze schuldeiser de rechtsvordering die was gekoppeld aan de 403-vordering. Er blijft weliswaar een niet rechtens afdwingbare vordering over maar deze kan nog steeds door de moedervennootschap worden voldaan waardoor ook de hoofdvordering tenietgaat.[212]

Het betoog van Wibier dat een vordering alleen kan worden ingesteld door een schuldeiser van de dochtervennootschap, is mogelijk verdedigbaar.[213] Maar de jurisprudentie is niet eenduidig. Zo bleek bij de situatie waarin de schuldeiser geen vordering meer had op de dochtervennootschap vanwege een getroffen schikking, de vordering op de moedervennootschap nog gewoon bestond en kon worden ingeroepen.[214]

9.3.11 Gevolgen wilsrechttheorie

9.3.11.1 Het wilsrecht heft dogmatische en juridisch-technische problemen op

De wilsrechttheorie voorkomt de eenzijdige schepping van vorderingsrechten die ongevraagd aan het vermogen van een derde worden toegevoegd. Vanuit deze zienswijze, lijkt het juridisch juist om te betogen dat door het afgeven van een 403-verklaring een wilsrecht tot stand komt en geen vorderingsrecht. Het wilsrecht vloeit voort uit het aanbod dat de moedervennootschap doet in een 403-verklaring.

De wilsrechttheorie zorgt ervoor dat het beginsel van partijautonomie wordt geëerbiedigd. Voordat een vorderingsrecht tot stand komt, is instemming van de schuldeiser vereist. Op deze manier kan de schuldeiser geen prestatie opgedrongen

---

verbintenis kan eindigen. Bij duurverbintenissen kan hier nog de opzegging aan worden toegevoegd.". Een systematische behandeling geeft het BW echter niet, zie Asser/Sieburgh 6-I 2016/8: "Het BW bevat geen systematische behandeling van de oorzaken van tenietgaan van een verbintenis." Om dit probleem te omzeilen, zou mogelijk moeten worden betoogd dat de verbintenis niet tenietgaat, maar dat het een onderdeel van de verbintenis (de 403-vordering) zelf is. De vordering kan alleen worden geïnd door de rechthebbenden van de vordering op de dochtervennootschap. Tenietgaan is dan niet nodig om te voorkomen dat een niet-rechthebbende de 403-vordering bij de moedervennootschap incasseert.

212 Hetgeen dan niet leidt tot onverschuldigde betaling en hetgeen wel leidt tot het tenietgaan van de hoofdvordering op grond van 6:7 lid 2 BW.

213 Zie Hof Amsterdam (OK) 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966 en HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661. Zie echter HR 3 april 2015, ECLI: ECLI:NL:HR:2015:837.

214 Zie HR 3 april 2015, ECLI:ECLI:NL:HR:2015:837. Hetzelfde geldt bij verjaring. De verschillende vorderingsrechten kunnen afzonderlijk van elkaar verjaren. Zie Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ8927, *r.o.* 3.5, *JOR* 2007/53, m.nt. Verdaas (NCM/Den Heijer Beheer). Daarbij zij wel opgemerkt dat verjaring niet het vorderingsrecht teniet laat gaan, maar de rechtsvordering.

worden. Andere wettelijke regelingen,[215] waarbij mogelijk sprake kan zijn van het ongewenst opdringen van prestaties, hebben 'beveiligingsmechanismen' die dit trachten te voorkomen.[216] Het feit dat deze rechtsfiguren een acceptatie vereisen, maakt duidelijk dat het eenzijdig toevoegen van een vorderingsrecht niet past binnen het Nederlandse juridische systeem.

9.3.11.2 De wilsrechttheorie leidt mogelijk tot nieuwe problemen

Met de wilsrechttheorie kan een wildgroei aan 403-vorderingen worden voorkomen. Wanneer de hoofdvordering enkele malen wordt gecedeerd en de moedervennootschap tussentijds niet wordt aangesproken, blijven er geen 'residu-vorderingen' achter bij alle voorgaande rechthebbenden van de hoofdvordering. Dit voordeel gaat niet op wanneer moet worden geconstateerd dat er tussentijds schuldeisers zijn geweest die hun wilsrecht hebben gebruikt en de 403-vordering hebben aanvaard. Iedere schuldeiser (de oorspronkelijke en de opvolgende) heeft een zelfstandig wilsrecht om een beroep te doen op de 403-verklaring.[217] Op basis van een 403-verklaring is van aansprakelijkheid, die uitsluitend geldt jegens de oorspronkelijke schuldeiser van de dochtervennootschap, geen sprake.[218]

Het is jammer dat de wilsrechttheorie niet uitsluit dat er toch meerdere 403-vorderingen ontstaan. Zo gauw het wilsrecht wordt gebruikt, wordt het aanbod tot de verkrijging van een vordering op de moedervennootschap aanvaard. Wordt de hoofdvordering op de dochtervennootschap daarna gecedeerd en maakt de cessionaris gebruik van het wilsrecht de moedervennootschap aan te spreken, dan kan een aantal 403-problemen zich opnieuw voordoen. Het risico bestaat dat er meerdere 403-vorderingen ontstaan dat de 403-vordering en de hoofdvordering in verschillende handen terechtkomen. De wilsrechttheorie voegt daar mogelijk nog een discussie aan toe. Er kan discussie ontstaan over de vraag of aanvaarding heeft plaatsgevonden. Een ander nadeel is dat de rechtsfiguur 'wilsrecht' niet duidelijk geregeld is in de wet. Dat kan eveneens tot nieuwe onduidelijkheden leiden. Uit eerdere studies naar wilsrechten blijkt eigenlijk dat ieder wilsrecht een soort *sui generis*-karakter draagt. Dat geeft ruimte, maar ook onzekerheid. Vraag-

215 Te denken valt aan het legaat dat kan worden geweigerd en situaties waarin een overeenkomst is vereist die wordt geacht te bestaan wanneer het aanbod niet wordt afgewezen. Tot deze laatste categorie behoren de schenking (artikel 7:175 BW), de kwijtschelding (artikel 6:160 BW), het derdenbeding (artikel 6:253 BW) en het omzetten van een natuurlijke verbintenis in een afdwingbare verbintenis (artikel 6:5 BW).

216 Spierings 2016, par. 10.2.3.2, nr. 416.

217 Bartman in zijn noot bij HR 28 juni 2002, *JOR* 2002/136; Verdaas 2008, nr. 418. Anders Biemans 2011, nr. 309, nr. 312.

218 Het gaat in art. 2:403 BW (en dus ook in een daarmee overeenstemmende 403-verklaring) over aansprakelijkheid voor schulden voortvloeiende uit rechtshandelingen in algemene zin. Daarin kan m.i. geen beperking worden gelezen in die zin dat deze aansprakelijkheid slechts zou gelden ten aanzien van contractanten, hetgeen Biemans betoogt. Biemans 2011, nr. 314 en Wibier 2008, par. 3.3.

stukken treden vervolgens op met betrekking tot de overdracht, overgang, verpanding en beslag.

9.3.11.3 De wilsrechttheorie in combinatie met borgtocht

Met betrekking tot de vraag of het verstandig is om de wilsrechttheorie te aanvaarden, hink ik op twee gedachten. De gedachte die ten grondslag ligt aan de wilsrechttheorie sluit aan bij de ratio achter de 403-verklaring. Het is aan de schuldeiser of hij de moeder wenst aan te spreken en of hij een vorderingsrecht op de moedervennootschap wenst te verkrijgen. De wilsrechttheorie lijkt juridisch gezien de juiste benadering te zijn omdat de eenzijdige verklaring, waarmee een vorderingsrecht wordt geschapen en aan het vermogen van een derde wordt toegevoegd, een merkwaardig verschijnsel is.

Helaas voorkomt de wilsrechttheorie niet dat er meerdere vorderingsrechten kunnen ontstaan. Daarmee zal de problematiek om deze vorderingsrechten bij elkaar te houden opnieuw opspelen.

De beste benadering is naar mijn idee de combinatie van de wilsrechttheorie en de aanname dat een 403-verklaring leidt tot een aansprakelijkheid die op één lijn valt te stellen met borgtocht. Op basis van een 403-verklaring verkrijgt een schuldeiser het wilsrecht om het aanbod van de moedervennootschap, dat zij borg wil staan voor de schulden van haar dochtervennootschap, te aanvaarden. Borgtocht vereist een overeenkomst,[219] dus daarvoor is aanbod en aanvaarding nodig. Hierdoor lijkt de aanbodfase, waarin sprake is van een wilsrecht dat voortvloeit uit het aanbod, niet overgeslagen te kunnen worden. Het aanbod van de moedervennootschap richt zich tot iedere schuldeiser, dus ook een cedent. Iedere schuldeiser kan zelfstandig een beroep doen op de 403-verklaring. Na de aanvaarding ontstaat een overeenkomst van borgtocht. Er ontstaat geen nieuw zelfstandig vorderingsrecht.

Bij een combinatie van de wilsrechttheorie en borgtocht zijn geen problemen met het achterblijven van 403-vorderingen. Problemen met verpanding en beslag doen zich niet voor bij een borgstelling.

Problemen die zich wel voor kunnen doen, zijn vragen omtrent de onduidelijkheden die een wilsrecht met zich brengt.

9.4 Theorie van hoofdelijkheid met één vordering en meerdere hoofdelijk schuldenaren

9.4.1 Inleiding

De wettelijke regeling inzake hoofdelijke aansprakelijkheid bepaalt dat er evenveel verbintenissen als schuldenaren zijn.[220] Een van dit uitgangspunt afwijkende theo-

219 Zie artikel 7:850 lid 1 BW.
220 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2012), nr. 100 e.v.

rie, is de theorie waarbij uit wordt gegaan van hoofdelijkheid met één vordering en meerdere hoofdelijk schuldenaren. Een theorie waarbij deze invalshoek wordt gekozen, is afkomstig van Nass. Nass zet haar theorie als volgt uiteen:[221]

> "In deze opvatting geldt als uitgangspunt dat als de 403-rechtspersoon een schuld uit een door hem aangegane rechtshandeling heeft, de 403-aansprakelijke maatschappij door de 403-verklaring voor de voldoening van die schuld hoofdelijk aansprakelijk is. De schuldeiser – dus de rechthebbende van het vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon – heeft één vordering, te weten op de 403-rechtspersoon maar door de 403-verklaring een tweede debiteur. Het tweede debiteurschap ontstaat als er een 403-verklaring is op het moment dat de 403-vordering ontstaat, dan wel als na het ontstaan van de 403-vordering de 403-verklaring is afgegeven. Dit laat zien dat als er geen vordering is op de 403-rechtspersoon, er ook geen tweede debiteur is, ook al is er een 403-verklaring, of wordt die later gegeven: voorwaarde voor het tweede debiteurschap is dat de vordering op de 403-rechtspersoon er moet zijn. Een tweede debiteurschap kan daarom niet bestaan of ontstaan zonder vordering op de 403-rechtspersoon. Pas als die vordering ontstaat, kan de rechthebbende op een vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon voor de voldoening van zijn vordering op de 403-rechtspersoon zowel de 403-rechtspersoon aanspreken als de 403-aansprakelijke maatschappij. Het gaat om dezelfde prestatie ten opzichte van de schuldeiser: de 403-rechtspersoon uit hoofde van zijn rechtshandeling en de 403-aansprakelijke maatschappij uit hoofde van haar 403-verklaring.
>
> Deze opvatting past binnen het wettelijke systeem in die zin dat de kenmerken van hoofdelijkheid worden gerespecteerd: geen subsidiariteit, één prestatie – in verband met de door de 403-rechtspersoon aangegane rechtshandeling – waartoe twee schuldenaren zich hebben verplicht (de 403-rechtspersoon uit hoofde van de aangegane rechtshandeling en de 403-aansprakelijke maatschappij uit hoofde van de 403-verklaring) en bevrijding van de hoofdelijke schuldenaren bij voldoening door één van hen, en is bovendien in lijn met de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Akzo/ING, namelijk in die zin dat de 403-aanspraak geen afhankelijk recht is. Praktische problemen zoals bij een strikte uitleg dat het om Boek 6 BW-hoofdelijkheid gaat, zijn er niet. Ook het afzonderlijk overdragen van de 403-aanspraak kan niet aan de orde komen. In het geval dat de schuld van de 403-rechtspersoon wordt voldaan, bijvoorbeeld door de 403-aansprakelijke maatschappij, kan de schuldeiser geen voldoening van de schuld van de 403-rechtspersoon verlangen."

Nass zoekt naar een oplossing binnen de rechtsfiguur hoofdelijkheid. Vervolgens komt ze in haar proefschrift met een reeks aanbevelingen die ertoe strekken het groepsregime te wijzigen. Een onderdeel van haar onderzoeksvraag luidt:[222]

> "Op welke wijze kunnen de in de bestaande regeling van art. 2:403 BW opgesloten onvolkomenheden het beste worden opgeheven (…)?"

221 Nass 2019, par. 9.4.2.1
222 Nass 2019, p. 251.

Ter verbetering van de groepsvrijstellingsregeling doet Nass een tekstvoorstel voor een alternatieve bepaling die het huidige artikel 2:403 BW zou kunnen vervangen. In haar tekstvoorstel voor een nieuw artikel 2:403 BW laat ze de hoofdelijke aansprakelijkheid ongemoeid. Het tekstvoorstel luidt:[223]

> "f. de onder a bedoelde maatschappij schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen en hoofdelijk te verbinden voor alle door de rechtspersoon voor zover niet nagekomen en/of afgewikkelde rechtens afdwingbare verplichtingen die voortvloeien uit diens rechtshandelingen die zijn verricht tot de eerstvolgende openbaarmaking overeenkomstig artikel 394 van de volgens deze titel ingerichte en indien van toepassing, gecontroleerde jaarrekening van de rechtspersoon;"

De keuze om opnieuw voor hoofdelijke aansprakelijkheid te kiezen, is opmerkelijk aangezien juist de hoofdelijke aansprakelijkheid tot problemen leidt. Nass onderkent dat van de regels van hoofdelijkheid afgeweken moet worden om de onvolkomenheden, die de huidige groepsvrijstellingsregeling oplevert, te voorkomen. De hoofdelijke aansprakelijkheid leidt tot twee zelfstandige vorderingsrechten. Uit de rechtspraktijk is nu juist gebleken dat het bestaan van deze twee separate zelfstandige vorderingsrechten een bron is van onduidelijkheden en gevolgen die toch wel kunnen ongewenst kunnen worden genoemd. Om aan de ongewenste gevolgen van hoofdelijkheid te komen, bepleit Nass dat de inhoud van de rechtsfiguur hoofdelijkheid op een afwijkende wijze dient te worden geïnterpreteerd:[224]

> "Omtrent de meest wenselijk benadering van de 403-aanspraak zijn verschillende visies denkbaar. Blijvend binnen de hoofdelijkheid van de 403-aanspraak acht ik de door mij bepleite – in paragraaf 9.4.2.1 beknopt weergegeven – 'één vordering/twee schuldenaren'-opvatting de meest aangewezene. Er is dan sprake van één vordering jegens de 403-rechtspersoon maar voldoening kan de rechthebbende op die vordering – schuldeiser – ook van de 403-aansprakelijke maatschappij verlangen."

Het lijkt mij niet wenselijk om aan de inhoud van de vastomlijnde rechtsfiguur hoofdelijkheid te tornen. Hoofdelijke aansprakelijkheid komt op tal van plaatsen terug in het Nederlandse civiele recht. Het wijzigingen van de inhoud van deze rechtsfiguur omwille van de groepsvrijstellingsregeling lijkt mij geen gewenste weg om de 403-problemen het hoofd te bieden. Bovendien heeft de wetgever bij de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 duidelijk willen afrekenen met de onduidelijkheden die bestonden ten aanzien van de rechtsfiguur hoofdelijkheid. In de praktijk waren diverse varianten van de hoofdelijke aansprakelijkheid tot ontwikkeling gekomen. Dat zorgde ervoor dat de inhoud van hoofdelijke

223 Nass 2019, p. 258. Op tal van punten geeft Nass aan hoe de groepsvrijstellingsregeling naar haar mening kan worden verbeterd. Ik zal mij beperken tot de wijze waarop Nass de problematiek van zelfstandige vorderingsrechten in haar proefschrift en eerdere publicaties benadert en de oplossing die zij daarvoor aandraagt.

224 Nass 2019, p. 258.

aansprakelijkheid niet steeds duidelijk was.[225] Wanneer nu weer afwijkende varianten van hoofdelijkheid worden toegelaten, gaan we qua rechtsontwikkeling terug in de tijd.

Wanneer het oordeel blijft dat een 403-verklaring leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid, lijkt het mij onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad bereid zal zijn om een alternatieve invulling aan hoofdelijkheid te geven. De Hoge Raad heeft er blijk van gegeven dat de hoofdregels van hoofdelijkheid zullen worden gevolgd wanneer wordt geconcludeerd dat sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid.[226] Enige nuance is daarbij niet gemaakt. Ook niet voor de 403-situatie waarin de uitkomsten van een onverkorte toepassing van de regels van hoofdelijkheid tot onbevredigende resultaten leidde. Uiteraard kan de wens bestaan dat de rechtspraak ooit over stag gaat en toch bereid is om aan de rechtsfiguur hoofdelijkheid een alternatieve invulling te geven, maar wanneer de Hoge Raad dit zo duidelijk heeft afgewezen, is de hoop op een alternatieve invulling wellicht tevergeefs.

9.4.2 De 403-vordering is geen afhankelijk recht

Ten aanzien van de discussie of een 403-vordering zou moeten worden aangemerkt als een afhankelijk recht, heeft Nass een duidelijke visie. Nass constateert dat het een uitgemaakte zaak is dat de 403-vordering niet als een afhankelijk recht kan worden gekwalificeerd:[227]

> "Er geldt een zekere afhankelijkheid tussen de hoofdvordering en de 403-vordering, maar gezien het bovenstaande niet in de zin van accessoriteit. Zoals we hiervoor al opmerkten is deze benadering dan ook afgewezen door de Hoge Raad."

De Hoge Raad heeft in 2002 immers ondubbelzinnig aangegeven dat een 403-vordering gekwalificeerd dient te worden als:

> "een eenzijdige, niet tot een bepaalde rechtspersoon gerichte rechtshandeling op grond waarvan rechtstreekse aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ontstaat, die geen afhankelijk recht in het leven roept."[228]

225 Zie paragraaf 7.4.3.

226 Naar mijn idee moet daarvoor al een andere afslag worden gekozen, zodat niet aan een discussie over de invulling van de rechtsfiguur hoofdelijkheid toe wordt gekomen. Een analyse van de materiële kenmekren van de aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor de schulden van de dochtervennootschap leidt naar mijn idee tot de conclusie dat sprake is van borgtocht.

227 Nass & Nass 2014, par. 3.1.

228 HR 28 juni 2002, *Ondernemingsrecht* 2002/148, m.nt. Beckman en *JOR* 2002/136, m.nt. Bartman (Akzo Nobel/ING Bank), *r.o.* 3.4.3 en 3.4.5.

Hoewel dit standpunt kritisch is ontvangen in de literatuur[229] wordt de zelfstandigheid van de 403-vordering als een gegeven beschouwd.[230] Dit is in lijn met de regels inzake hoofdelijkheid.

9.4.3 Alternatief voor het ontbreken van afhankelijkheid

Nass is kritisch ten aanzien van het feit dat de 403-vordering als een zelfstandig vorderingsrecht wordt beschouwd. De mogelijkheid dat de hoofdvordering en de 403-vordering onafhankelijk van elkaar overgedragen kunnen worden, leidt volgens Nass tot een veelheid aan (juridische en praktische) problemen. Dat ben ik geheel met haar eens.

Nass constateert dat het bestaan van twee zelfstandige vorderingsrechten ongewenst is. De zelfstandigheid brengt onder meer met zich dat de hoofdelijke vorderingen allebei overgedragen dienen te worden aan een nieuwe schuldeiser om te voorkomen dat de oude schuldeiser de moedervennootschap nog kan aanspreken. De kans is groot dat de overdracht van een 403-vordering wordt vergeten en een 403-vordering onbedoeld achterblijft. Er ontstaat vervolgens een discussie over de vraag of de cessionaris die de hoofdvordering verkrijgt zelfstandig een beroep kan doen op de 403-verklaring en zo een zelfstandige (nieuwe) 403-vordering verkrijgt. Nass is overigens van mening dat een cessionaris zelf geen beroep kan doen op een 403-vordering maar geeft daarvoor geen nadere onderbouwing.[231] Zij lijkt uit te gaan van een theorie waarbij voor iedere schuld van een dochtervennootschap maar één 403-vordering uit de 403-verklaring kan ontspringen.[232] Daarna is de 403-verklaring 'uitgewerkt'. Naar mijn idee beperkt de tekst van een standaard-403-verklaring zich niet tot schuldeisers die de eerste rechthebbende van

229 Maeijer in zijn noot bij het arrest (*NJ* 2002/447); Beckman in zijn noot bij het arrest (*Ondernemingsrecht* 2002, p. 485); De Kluiver 2002 en De Neve 2002, p. 240.

230 Verwezen wordt naar Spierings 2012, p. 86, onder 2.1. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 98 e.v. en Beckman 1995, p. 477-478. Ook in rechtspraak van lagere rechters wordt deze kwalificatie aanvaard; zie bijv. Hof Amsterdam 30 september 2010, *JOR* 2010/306, m.nt. Bartman (Jones Lang LaSalle Holding), *r.o.* 3.12 en Hof 's-Hertogenbosch 13 oktober 2009, *JOR* 2010/147, *r.o.* 4.10.1.

231 Nass & Nass 2014, par. 3.2.

232 Anders Bartman, die onder de noemer 'de ontspringingstheorie' een visie ontwikkelde waarin iedere schuldeiser van de dochtervennootschap een zelfstandig beroep op de 403-verklaring toekwam. In de visie van Bartman gaat de 403-vordering van de voormalig schuldeiser van de dochtervennootschap verloren. Bartman in zijn noot onder HR 28 juni 2002, *JOR* 2002/136 (Akzo/ING). Wordt niet aanvaard dat een reeds verkregen 403-vordering verloren gaat, dan leidt de ontspringingstheorie ertoe dat er meerdere vorderingen op de moedervennootschap kunnen ontstaan, bijvoorbeeld wanneer de vordering op de dochtervennootschap overgaat op een nieuwe schuldeiser. De nieuwe schuldeiser kan als schuldeiser van de dochtervennootschap een zelfstandig beroep doen op de 403-verklaring. Naast het vorderingsrecht dat de oude schuldeiser reeds op de moedervennootschap had verkregen, 'ontstpringt' er een nieuw vorderingsrecht op de moedervennootschap uit dezelfde 403-verklaring.

een vorderingsrecht op de dochtervennootschap zijn. Op basis van een 403-verklaring, die bovendien gramaticaal dient te worden geïnterpreteerd, kunnen ook schuldeisers, die een vorderingsrecht op de dochtervennootschap hebben verkregen, door cessie of een andere vorm van overgang een zelfstandig beroep doen op de 403-verklaring en de moedervennootschap aanspreken.

Nass stelt zich op het standpunt dat een benadering waarin beide vorderingen zelfstandig zijn, niet in overeenstemming is met de aard en strekking van de 403-verklaring. De 403-vordering is in haar visie een waarborg ter bescherming van de schuldeisers van de dochtervennootschap. Een 403-vordering die een zelfstandig leven leidt, los van de hoofdvordering, is daarmee niet verenigbaar. De 403-vordering behoort toe te komen aan de partij die bevoegd is om de hoofdvordering te innen. Naar mijn idee verdedigt zij hiermee *de facto* dat borgtocht de rechtsfiguur is die bij de 403-aansprakelijkheid past.

Nass bepleit dat de vorderingsrechten bij elkaar dienen te blijven:

> "Juist vanwege het generieke karakter van de 403-verklaring zou de zelfstandigheid in afwijking van de regels die normaal met betrekking tot hoofdelijke vorderingen van toepassing zijn buiten beschouwing moeten blijven; de 403-vordering is zo nauw verbonden met de vordering van de schuldeiser op de 403- rechtspersoon, dat er goede gronden zijn om aan te nemen dat deze bij elkaar dienen te blijven."

Maar Nass constateerde dat een 403-vordering niet als afhankelijk kan worden gekwalificeerd. Om de hoofdvordering en de 403-vordering bij elkaar te houden, bepleit ze dat de 403-vordering alleen dient toe te komen aan de partij die de rechthebbende is van de hoofdvordering:

> "De gevolgen en complicaties van de in de jurisprudentie van de Hoge Raad opgesloten rigide uitleg van de 403-aanspraak zijn niet altijd goed te plaatsen en te begrijpen in het licht van de achtergrond van het groepsregime en de 403-aansprakelijkheid die betrekking heeft op een waarborg voor de op de uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende schulden van de 403-rechtspersoon. Ter vermijding van complicaties verdient het aanbeveling in de 403-verklaring duidelijk ten aanzien van de reikwijdte vast te leggen dat de 403-aanspraken alleen gelden voor de rechthebbenden – en onder dezelfde condities – van de uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende vorderingsrechten jegens de 403-rechtspersoon voor zover zij niet zijn kwijtgescholden of verjaard (dan wel: voor de schuldeisers – en onder dezelfde condities – van uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende schulden op deze rechtspersoon voor zover niet kwijtgescholden of verjaard)."[233]

Op basis van bovenstaand citaat lijkt Nass te betogen dat voormalig schuldeiser van de dochtervennootschap de mogelijkheid om een rechtsvordering in te stellen tegen de moedervennootschap verliest. De afhankelijkheid wordt daarmee niet langs de weg van het vorderingsrecht tot stand gebracht maar langs de weg van het

233 Nass 2019, par. 9.8.

vorderingsrecht. Nass lijkt als uitgangspunt te nemen dat een schuldeiser van de dochtermaatschappij slechts één vorderingsrecht heeft. Deze vordering vloeit uitsluitend voort uit de rechtshandeling die is verricht met de 403-rechtspersoon. De schuldeiser verkrijgt op basis van de 403-verklaring geen vorderingsrecht op de moedervennootschap, maar de mogelijkheid om jegens de moedervennootschap een rechtsvordering tot nakoming in te stellen. Volgens haar zijn er dus twee verbintenissen, maar slechts één vorderingsrecht. Zowel de dochtervennootschap als de moedervennootschap kunnen worden aangesproken tot nakoming van de schuld.

Gezegd zou kunnen worden dat Nass concludeert dat er een vorderingsrecht en twee rechtsvorderingen zijn; zowel tegen de moeder als tegen de dochter kan een vordering tot nakoming (van de hoofdvordering) worden ingesteld. Er is geen (separate) 403-vordering. Hiermee introduceert Nass binnen de rechtsfiguur hoofdelijkheid een nieuwe variant.[234] Naar mijn idee is er – zeker sinds de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek van 1992 – binnen de rechtsfiguur hoofdelijkheid geen ruimte voor subvarianten. Daarbij meen ik dat de variant die Nass voorstelt *de facto* kwalificeert als borgtocht, danwel een rechtsfiguur die daar heel dicht tegenaan zit en dezelfde rechtsgevolgen als borgtocht bewerkstelligt.

9.4.4 De wet en opvattingen in de literatuur

Nass verdedigt dat, hoewel sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid, geen sprake is van twee separate vorderingsrechten. Op dit punt is de benadering van Nass niet in strijd met de wet. Artikel 6:7 BW spreekt niet van het bestaan van meerdere (zelfstandige) vorderingsrechten:

> Artikel 6:7 BW
> 1. Indien twee of meer schuldenaren hoofdelijk verbonden zijn, heeft de schuldeiser tegenover ieder van hen recht op nakoming voor het geheel.
> 2. Nakoming door een der schuldenaren bevrijdt ook zijn medeschuldenaren tegenover de schuldeiser. Hetzelfde geldt, wanneer de schuld wordt gedelgd door inbetalinggeving of verrekening, alsmede wanneer de rechter op vordering van een der schuldenaren artikel 60 toepast, tenzij hij daarbij anders bepaalt.

Verbondenheid impliceert het bestaan van een verbintenis, maar daarmee is nog niet gegeven dat deze verbintenis het bestaan van een vorderingsrecht inhoudt. Het idee van meerdere verbintenissen in plaats van meerdere vorderingsrechten is in het kader van artikel 2:403 BW reeds genoemd door Van Schilfgaarde;

234 Daarmee lijkt het erop dat Nass wenst terug te keren naar het recht van vóór 1992. Hoewel de wet daar niet in voorzag, werd in de praktijk en in de rechtspraak aanvaard dat er binnen de rechtsfiguur hoofdelijkheid ruimte was voor subvarianten met kenmerken die afweken van de wettelijke hoofdelijkheid.

> "Anders dan (misschien) het oude BW, gaat ons huidige BW uit van de zienswijze dat bij hoofdelijkheid, wettelijke hoofdelijkheid daaronder begrepen, steeds sprake is van meerdere, zelfstandige – zij het samenhangende – verbintenissen."[235]

Dat hoofdelijkheid leidt tot het bestaan van meerdere verbintenissen, wordt algemeen aanvaard. De literatuur is op dit vlak uitgesproken. Van Boom spreekt over hoofdelijke verbintenissen, maar niet over hoofdelijke vorderingsrechten:

> "Dit boek gaat over hoofdelijke verbintenissen, dat wil zeggen de rechtsfiguur waarbij twee of meer personen tot dezelfde prestatie gehouden zijn in die zin dat zij elk voor de gehele prestatie aangesproken kunnen worden en dat het nakomen van de verbintenis door de ene debiteur mede bevrijdend is voor de andere debiteur(en). Hoofdelijkheid is dus een juridisch leerstuk dat een samenloop of gemeenschap van debiteuren aanduidt die elk afzonderlijk tot het verrichten van één en dezelfde prestatie zijn gehouden."[236]

Ook Biemans spreekt over verbintenissen en spreekt niet van vorderingen of vorderingsrechten:

> "Het gaat hier om een verbintenis waar aan de schuldenaarskant van de prestatie meer dan één persoon staat."[237]

Het gaat volgens Biemans kennelijk om een en dezelfde prestatie. Niet twee (of meer) met elkaar corresponderende prestaties. Ook Biemans signaleert de onduidelijkheid hieromtrent:

> "Met 'een zelfde schuld' in art. 6 lid 2, is bedoeld één bepaalde op zichzelf staande prestatie als object van een verbintenis. Helemaal duidelijk is het begrip niet (…)."[238]

9.4.5 Het bestaan van aansprakelijkheid en het bestaan van een vorderingsrecht

Uit de citaten die zijn aangehaald in de vorige paragraaf blijkt dat er onduidelijkheid bestaat over de vraag of er bij het bestaan van aansprakelijkheid tevens sprake is van een vorderingsrecht. Dat bij het bestaan van aansprakelijkheid sprake is van een verbintenis, is duidelijk. Een verbintenis kan het voldoen van een bestaande vordering inhouden. Een verbintenis kan ook inhouden om een bepaald aanbod gestand te doen. Een terechte vraag is of er op basis van een 403-verklaring meerdere vorderingsrechten zijn of dat sprake is van een vorderingsrecht met meerdere rechtsvorderingen.

---

235 Van Schilfgaarde verwijst naar de regeling van hoofdelijkheid in het BW in zijn noot bij HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904, *NJ* 2014/309 (UWV/Econcern), onder 5.

236 Van Boom 2016, p. 13.

237 Biemans, artikel 6:6 BW, aant. 3.

238 Biemans, artikel 6:6 BW, aant. 5

Het bestaan van meerdere vorderingsrechten is naar mijn idee niet per definitie een noodzakelijk gegeven wanneer ervan uit wordt gegaan dat een en dezelfde vordering op verschillende rechtssubjecten kan worden verhaald.[239] Waarom zouden er meerdere goederen moeten ontstaan, zijnde vorderingsrechten? Dat terwijl er uiteindelijk maar een goed (vorderingsrecht) nodig is? Een van de twee is uiteindelijk overbodig en zal nooit worden voldaan. Uiteindelijk hoeft er maar één vordering te worden voldaan en hoeft er maar een keer te worden betaald. Het gaat om exact dezelfde verschuldigde prestatie. Het bestaan van twee vorderingsrechten terwijl er maar één schuld is, lijkt op een juridische fictie die onnodige complicaties met zich brengt. Ten aanzien van hetzelfde vorderingsrecht kunnen uiteraard wel verschillende rechtsvorderingen kleven. Het is dan niet noodzakelijk of vanzelfsprekend dat er bij hoofdelijkheid meerdere (en nota bene zelfstandige) vorderingen bestaan.

Ook Nass meent dat het bestaan van meerdere vorderingsrechten niet zonder meer dient te worden aangenomen. Door meerdere auteurs is opgemerkt dat de wet bij de rechtsfiguur hoofdelijkheid geen duidelijke keuze maakt. De wet laat zich niet uit over de vraag of sprake is van meerdere vorderingsrechten. Mag het bestaan van meerdere vorderingsrechten dan worden aangenomen? In de rechtspraak wordt (wellicht te gemakkelijk aangenomen) dat hoofdelijke aansprakelijkheid leidt tot twee (zelfstandige) vorderingsrechten. Wellicht is het beter om te concluderen dat er weliswaar meerdere *verbintenissen* bestaan maar niet meerdere vorderingsrechten.

In het kader van hoofdelijkheid wordt ook wel gesproken van 'aansprakelijkheid'. Niet duidelijk is of het bestaan van aansprakelijkheid impliceert dat er een verbintenis is of dat dit impliceert dat er een vorderingsrecht is.[240] Dat er in het geval van aansprakelijkheid een verbintenis bestaat, lijkt buiten iedere twijfel te zijn verheven. De vraag of er bij iedere aansprakelijkheid een zelfstandig vorderingsrecht hoort, is een andere vraag. De worsteling, waarvan de uitkomst materieel relevant is, uit zich bijvoorbeeld bij de vraag naar de passende terminologie:

> "De terminologie die in verband met hoofdelijke verbintenissen wordt gebruikt, is niet altijd vast. De generieke term is hoofdelijke verbondenheid, terwijl hoofdelijke aansprakelijkheid gevoelsmatig met wettelijke aansprakelijkheid voor schade (art. 6:102 BW) geassocieerd wordt. Toch worden 'verbondenheid' en 'aansprakelijkheid' door elkaar gebruikt. Als de wet bepaalt dat een debiteur naast een ander 'aansprakelijk' is voor de nakoming van een wettelijke verbintenis tot betaling van een geldsom anders dan een schadevergoeding (bijv. bij fiscale invordering), dan wordt ook wel van hoofdelijke aansprakelijkheid gesproken.1 Het is wellicht zuiverder om van hoofdelijke verbintenissen te spreken wanneer het niet om schadevergoeding in de zin van Afdeling 6.1.10 BW gaat."[241]

239 Bij de rechtsfiguur borgtocht is dit bijvoorbeeld niet het geval. Er is maar één vorderingsrecht ten aanzien waarvan meerdere partijen kunnen worden aangesproken.

240 Als er een vorderingsrecht is, zijn er uiteraard ook verbintenissen.

241 Van Boom 2016, p. 13.

9.4.6 Pluraliteit van schuldenaars

Net als vele andere auteurs, signaleert Nass de problemen die zich voor kunnen doen wanneer de zelfstandige vorderingsrechten niet meer in dezelfde hand zijn.

Indien wordt aangenomen dat hoofdelijkheid leidt tot het bestaan van meerdere (zelfstandige) vorderingsrechten, dan kan er een situatie ontstaan waarin sprake is van pluraliteit van schuldeisers wanneer de hoofdvordering en de 403-vordering niet in dezelfde hand blijven. Pluraliteit van schuldeisers verdraagt zich op het eerste gezicht niet met hoofdelijkheid:

> "Deze laatste categorie, pluraliteit van schuldeisers, wordt in het nieuwe recht niet meer tot de hoofdelijkheid gerekend."[242]

en:

> "Uit de gegeven omschrijving blijkt dat hoofdelijkheid zich alleen aan de 'passieve' zijde van de verbintenis voordoet. Het oude BW kende ook de zgn. 'actieve' hoofdelijkheid, inhoudende dat ieder van twee of meer schuldeisers dezelfde prestatie in haar geheel van de schuldenaar kon vorderen, met dien verstande dat voldoening aan een van hen de schuldenaar ook tegenover de andere schuldeisers bevrijdde. Vergelijk Asser/Hartkamp 4-I 1992/92 e.v. (negende druk). In het geldende BW is deze figuur vervangen door de constructie van het gezamenlijke vorderingsrecht (art. 6:15 BW); zie nr. 136 e.v.[243]

De situatie waarin zowel sprake is van pluraliteit van schuldenaren als pluraliteit van schuldeisers sluit hoofdelijkheid niet uit. Toch lijkt een situatie waarin de meerdere verbintenissen uit elkaar gaan lopen zich niet te verdragen met hoofdelijkheid. Dit vraagstuk raakt het fundamentele onderscheid tussen correaliteit en solidariteit. Verwezen zij naar hoofdstuk 7.

Het feit dat pluraliteit van schuldenaars zich slecht verdraagt met het karakter van hoofdelijkheid, kan een bijkomend dogmatisch argument zijn om te concluderen dat de aanspraak die voortvloeit uit een 403-verklaring bij voorkeur niet als hoofdelijke aansprakelijkheid wordt gekwalificeerd.

9.4.7 De theorie van Nass in rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief

9.4.7.1 Romeins recht: correalitеit versus solidariteit

De alternatieve benadering van Nass leidt ertoe dat er binnen de rechtsfiguur hoofdelijkheid verschillende varianten ontstaan. Met uitzondering van borgtocht, welke rechtsfiguur als een subvariant van hoofdelijkheid wordt beschouwd, kent

242 Van Erp 1991.
243 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016, nr. 99.

de rechtsfiguur hoofdelijkheid geen subvarianten. De wetgever heeft bij de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1992 een einde gemaakt aan de praktijk waarin zich binnen de rechtsfiguur hoofdelijkheid diverse subvarianten hebben ontwikkeld.

De gedachte van Nass om binnen de hoofdelijkheid te zoeken naar ruimte om van de hoofdregels van hoofdelijkheid af te wijken, is – wellicht onbedoeld – een hang naar het verleden. In het kort werd reeds beschreven dat uit de rechtsgeschiedenis valt af te leiden dat het Romeinse recht twee soorten hoofdelijkheid kende.[244] Dit valt af te leiden uit Romeinsrechtelijke teksten die ten aanzien van hoofdelijkheid tegenstrijdigheden bevatten. De vraag is of dit onderscheid slechts tekstuele onzuiverheden zijn, of dat de Romeinse juristen bewust verschillende vormen van hoofdelijkheid hebben willen duiden. Een duidelijk verklaring of gedachtegang achter het onderscheid is niet teruggevonden[245] maar feit is wel dat de verschillende teksten aan hoofdelijkheid verschillende invullingen geven.

De verschillende varianten van hoofdelijkheid die zijn terug te vinden in het Romeinse recht, kunnen grofweg in twee categorieën worden ingedeeld. De twee stromingen worden gekenmerkt door correaliteit respectievelijk solidariteit. Bij correaliteit bestaat slechts één verbintenis en zijn er ten aanzien van deze enkele verbintenis meerdere debiteuren.[246] Daarmee staat correaliteit in contrast met hoe hoofdelijkheid naar het huidige Nederlandse recht wordt beschouwd. Bij solidariteit is sprake van evenveel verbintenissen als crediteuren.

9.4.7.2 De ontwikkeling van hoofdelijkheid in het Nederlandse recht

Onder het oude Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838, heeft het Nederlandse recht een ontwikkeling doorgemaakt die vergelijkbaar is met de ontwikkelingen onder het Franse recht. Onder de oude bepaling inzake hoofdelijkheid, artikel 1316 BW (oud), bestond reeds de discussie over de vraag of hoofdelijkheid betekende dat er een verbintenis was of dat er evenveel verbintenissen waren als hoofdelijk schuldenaren. Daarnaast was de vraag of er naast de wettelijke vorm van hoofdelijkheid ruimte was voor andere (buitenwettelijke) vormen van hoofdelijkheid.[247] Van Boom concludeert dat er altijd discussie heeft bestaan met betrekking tot de uniteitsleer en dat de wet op dit vlak nooit helder is geweest.[248]

De Nederlandse wetgever heeft zich nooit duidelijk uitgelaten over de vraag of er slechts één vorderingsrecht bestaat of dat er evenveel vorderingsrechten als schuldenaren zijn. Van Boom concludeert daarom dat niet kan worden geconcludeerd dat er dat er sprake was van een vorderingsrecht, noch van meerdere vorderingsrechten.

---

244 Zie hoofdstuk 7.
245 Van Boom 1999.
246 In dit verband wordt ook wel gesproken van de ‘uniteitsleer’.
247 Zie voor een uitgebreidere behandeling van deze discussie Van Boom 1999.
248 Van Boom 1999, p. 10 e.v.

De Hoge Raad heeft in 1901 over de hoofdelijke aansprakelijkheid aangegeven dat geen sprake is van hoofdelijkheid wanneer er evenveel verbintenissen als schuldenaren zijn.[249] Aan dit arrest werd echter weinig gevolg gegeven.[250]

Meijers, de grondlegger van het nieuwe Burgerlijk Wetboek dat in 1992 werd ingevoerd, deelde de visie van de Hoge Raad niet. Hoewel Meijers een voorstander was van hoofdelijke verbintenissen met een zelfstandig karakter, komt dit niet duidelijk tot uitdrukking in het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Artikel 6:6 BW heeft het weliswaar niet over *hetzelfde vorderingsrecht* maar wel over *dezelfde schuld*:

> Artikel 6:6 BW
> 1. Is een prestatie door twee of meer schuldenaren verschuldigd, dan zijn zij ieder voor een gelijk deel verbonden, tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn.
> 2. Is de prestatie ondeelbaar of vloeit uit wet, gewoonte of rechtshandeling voort dat de schuldenaren ten aanzien van een zelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn, dan zijn zij hoofdelijk verbonden.

Volgens De Kok gaat het huidige Burgerlijk Wetboek uit van de pluraliteitsleer en, ondanks het feit dat de schijn mogelijk anders doet vermoeden, gaat het huidige Burgerlijk Wetboek niet uit van de uniteitsleer. Van Boom vind deze begripskeuze ongelukkig en oppert dat beter gekozen had kunnen worden voor het begrip "prestatie". Het gaat volgens Van Boom om meerdere verbintenissen met hetzelfde prestatie-object.

Nu de wet onduidelijk is, is het verkieslijk om de toelichting op de wet te raadplegen. De Toelichting Meijers bij afdeling 6.1.2 BW vermeldt het volgende:[251]

> "De crediteur heeft tegen ieder der schuldenaren een in vele opzichten zelfstandig vorderingsrecht, maar deze vorderingsrechten vormen tezamen slechts één post in het vermogen van de schuldeiser."

249 HR 3 mei 1901, *W.* 7601 (Jansen van Oist/Ariese). "(…) dat art. 1318 BW in dit geval niet toepasselijk is, omdat hier geene hoofdelijke verbintenis in den zin van art. 1316 aangenomen kan worden; dat toch, wanneer onderscheidene op zichzelf staande onrechtmatige daden aanleiding geven tot eene verplichting om de uit die daden ontstane schade te vergoeden, er niet bestaat eene enkel verbintenis met meerdere schuldenaren, maar zoveele verbintenissen als er zelfstandig aansprakelijke personen zijn, die met elkander door geen rechtsband verbonden worden, zij het ook dat het voorwerp van ieders verbintenis hetzelfde is."

250 Van Boom 1999, p. 11: "Het arrest werd door de doctrine op dit punt vrijwel geheel genegeerd. Kort nadien schreef de een (zonder enige vermelding van het arrest) dat "de leer van de eenheid der verbintenis (…) haar gezag goeddeels [heeft] verloren", terwijl andere auteurs het arrest min of meer doodzwegen.13 Slechts een enkeling ging uitdrukkelijk met de Hoge Raad in discussie."

251 *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 95.

Uit deze frase kan worden geconcludeerd dat er weliswaar een bepaalde samenhang bestaat tussen de verschillende hoofdelijke vorderingsrechten, maar duidelijk wordt benoemd dat er meerdere vorderingsrechten zijn. De samenhang lijkt niet te zitten aan de zijde van de schuldenaren; van enige lotsverbondenheid blijkt uit deze frase niets. Dat dit plaatje er aan de zijde van de schuldeiser anders uit ziet, is niet verwonderlijk. De schuldeiser heeft maar één post in zijn vermogen. In tegenstelling tot de eerste zinsnede, waar de juridische term vorderingsrecht wordt gebruikt, lijkt de tweede zinsnede meer een economische lading te hebben dan een juridische. De term 'post' doet eerder denken aan de term 'balanspost' en niet direct aan de term 'vorderingsrecht'. De aanspraak van de schuldeiser is nooit groter dan één keer de gehele vordering. Ongeacht welk vorderingsrecht hij inroept, de schuldeiser heeft nooit recht op meer dan één keer het totaal verschuldigde bedrag.

In de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer wordt nogmaals bevestigd dat er in geval van hoofdelijkheid sprake is van meerdere vorderingsrechten en dat deze vorderingsrechten een zelfstandig karakter hebben:[252]

> "Zoals in de toelichting wordt uiteengezet is het uitgangspunt van de onderhavige regeling immers dat hoofdelijke verbondenheid aan de vorderingsrechten van de schuldeiser jegens ieder van de schuldenaren niet het zelfstandige karakter ontneemt."

De hoofdelijkheid is reeds in de groepsvrijstellingsregeling opgenomen voor de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992. Met de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek is de uniteitsleer eigenlijk pas door de wetgever aanvaard. Waar de wetgever eerder geen keuze maakte voor pluraliteit of uniteit en de Hoge Raad zich had uitgesproken voor uniteit, was er vanaf 1992 geen ruimte meer voor uniteit en verdween de eventuele ruimte voor enige flexibiliteit binnen de hoofdelijkheid. De inhoud van het groepsregime en de gevolgen daarvan veranderden ingrijpend. Zonder dat iemand daarbij stil had gestaan.

9.4.7.3 Hoofdelijkheid in het Franse en het Duitse recht

In de negentiende eeuw, is het onderscheid tussen correaliteit en solidariteit in zowel het Duitse recht als het Franse recht terug te vinden. Hoewel hoofdelijkheid in de Franse Code Civil van 1804 met name een correaal karakter heeft en geen onderverdeling van hoofdelijkheid kent, werd er in de doctrine en de rechtspraak wel een onderscheid gemaakt tussen een correale en een solidaire variant. Correale kenmerken van de hoofdelijkheid, zoals die is geregeld in de Franse Code Civil van 1804, kunnen worden gevonden in de werking van rechtsfeiten. Deze werken tegenover alle hoofdelijke debiteuren. Hoewel er in de Franse Code Civil van 1804 ook kenmerken zijn die duiden op het bestaan van meerdere zelfstandige vorderingsrechten en absolute duidelijkheid op dit vlak ook door de Franse Code Civil van 1804 niet wordt gegeven, is het een algemeen beeld dat er tussen de debiteuren

252 *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 106.

een sterke lotsverbondenheid bestaat. De Franse Code Civil van 1804 bepaalde vrij strikt in welke gevallen er sprake was van hoofdelijkheid. Voor situaties die daar niet onder vielen, werd in de rechtspraak aangenomen dat samenlopende verbintenissen die meer solidair van aard waren, niet onder de wettelijke correale hoofdelijkheid vielen. Met name was dat niet het geval, als de overeenkomst een meer solidaire hoofdelijkheid stipuleerde. De bepalingen uit de Code Civil waren daarop niet van toepassing. Het regime dat zich in de rechtspraak voor deze buitenwettelijke hoofdelijkheid ontwikkelde, kende een veel mindere mate van lotsverbondenheid en had meer solidaire trekken. Zo ontstond er een rechtsstelsel waarin zowel een solidaire als een correale variant van hoofdelijkheid bestond. Dit systeem geldt thans nog steeds in het Franse recht. Het Franse recht kent de wettelijke *obligation solidaire*:[253]

> Article 1197[254]
> Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2
> L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable.

En daarnaast kent het Franse systeem de jurisprudentiële *obligation in solidum*. Dit onder het Franse recht bestaande dualistische systeem staat in contrast met het Duitse systeem.

Het Bürgerliches Gesetzbuch van 1896 kent slechts één systeem. Hoewel er rechtsgevolgen zijn die voor alle schuldenaren gelden (artikel 421 BGB en verder), is er ook onderscheid in hun posities (zie artikel 425 BGB):

> § 421 Gesamtschuldner
> Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet.

253 Dit is de hoofdelijkheid met voornamelijk correale kenmerken van artikel 1200 e.v. Code Civil (oud) en artikel 1310 Code Civil (nieuw).

254 Gewijzigd in 2016 (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2.). De oude tekst van 1804 (Article 1197 Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804) luidde: "L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance, et que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers."

§ 422 Wirkung der Erfüllung
(1) Die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner. Das Gleiche gilt von der Leistung an Erfüllungs statt, der Hinterlegung und der Aufrechnung.
(2) Eine Forderung, die einem Gesamtschuldner zusteht, kann nicht von den übrigen Schuldnern aufgerechnet werden.

§ 423 Wirkung des Erlasses
Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlass wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten.

§ 424 Wirkung des Gläubigerverzugs
Der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner.

§ 425 Wirkung anderer Tatsachen
(1) Andere als die in den §§ 422 bis 424 bezeichneten Tatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten.
(2) Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzug, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners, von der Verjährung, deren Neubeginn, Hemmung und Ablaufhemmung, von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urteil.

De opvatting naar huidig Nederlands recht lijkt zich in een eigen richting te ontwikkelen. Het Franse recht, waar het Nederlandse recht oorspronkelijk op is gebaseerd, kent naast de strikt wettelijk geregelde hoofdelijkheid nog ruimte voor alternatieve varianten die bij overeenkomst kunnen worden geregeld. Het Duitse recht kent maar één systeem en dat systeem is strikt wettelijk geregeld. De hoofdelijkheid, zoals die sinds 1992 in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek is geregeld, lijkt meer richting het Duitse systeem te gaan.

9.4.7.4 Theorie van Nass in perspectief van de rechtsontwikkeling en de huidige Nederlandse benadering

Terug naar de variant die Nass voorstelt. Het lijkt er niet op dat de Nederlandse wetgeving zich ontwikkelt in de richting waarbij ruimte bestaat om binnen de rechtsfiguur hoofdelijkheid (niet wettelijk geregelde) alternatieven te bedenken. Daarbij is de rechtsfiguur hoofdelijkheid onder het huidige Nederlandse recht meer in lijn met de variant die in het Romeinse recht werd aangeduid met solidariteit. De gedachtegang achter de theorie van Nass lijkt daarentegen een meer correaal karakter te hebben, hetgeen dus niet overeenstemt met de gedachte achter de rechtsfiguur hoofdelijkheid zoals die thans geldt in het Nederlandse recht.

9.4.8 Conclusie

De theorie van Nass is vindingrijk. Met name omdat de Nederlandse wettelijke regeling niet voorschrijft dat er per definitie meerdere vorderingsrechten zijn wanneer sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid, biedt dit in beginsel een opening om de theorie van Nass te aanvaarden. Echter, de theorie van Nass stuit ook op enkele bezwaren. Met name de door Nass voorgestane ontwikkeling van een subvaraint binnen de rechtsfiguur hoofdelijkheid staat op gespannen voet met de rechtsontwikkeling. Daarbij lijkt in het Nederlandse recht de dogmatische keuze te zijn gemaakt voor een variant die – met een wetshistorische duiding – een solidair karakter heeft, terwijl de variant die Nass voorstaat een meer correaal karakter heeft.

9.5 De theorie van de dynamische 403-vordering

9.5.1 Inleiding

Naast Nass heeft ook Van Dooren binnen de rechtsfiguur hoofdelijkheid naar mogelijkheden gezocht om 403-problemen het hoofd te bieden. De theorie waarbij slechts sprake is van een vorderingsrecht maar waarbij meerdere schuldeisers zijn, wijst hij van de hand.[255] Van Dooren geeft aan dat deze opvatting niet houdbaar is, daar deze opvatting niet strookt met de jurisprudentie van de Hoge Raad,[256] waaruit blijkt dat wanneer één van de hoofdelijke vorderingsrechten tenietgaat (de vordering op de dochtervennootschap), het andere (de vordering op de moedervennootschap) blijft voortbestaan. Daaruit blijkt dat er twee verschillende vorderingsrechten zijn. Een kritische lezer zou kunnen stellen dat de alternatieve benadering, waarbij het vorderingsrecht niet teniet is gegaan, maar slechts één van de verbintenissen, tevens past. Van Dooren komt met een oplossing die hij heeft geduid als de 'dynamische 403-vordering'.

9.5.2 De 403-aansprakelijkheid kan niet op één lijn worden gesteld met borgtocht

Van Dooren signaleert dat de Hoge Raad[257] heeft geoordeeld dat de aansprakelijkheid, die in het kader van de huidige groepsvrijstellingsregeling van de moeder wordt verlangt, niet op één lijn is te stellen met borgtocht:[258]

255 Van Dooren 2015, par. 2.2. In dit kader verwijst Van Dooren naar Nass en Nass.

256 In dat kader wijst hij op HR 3 april 2014, ECLI:NL:HR:2015:837. Hij verwijst tevens naar Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I* 2012, nr. 100. Evenzo: Van Schilfgaarde in zijn noot onder HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:898, *NJ* 2014/309.

257 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *Ondernemingsrecht* 2002/57, p. 485-487 m.nt. Beckman; *JOR* 2002/136, m.nt. Bartman en *NJ* 2002/447, m.nt. Maeijer.

258 Van Dooren 2015.

> "In 2002 oordeelde de Hoge Raad in het Akzo/ING-arrest dat de aansprakelijkheid uit een 403-verklaring niet op één lijn te stellen is met borgtocht. Het betreft een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid, op grond waarvan een crediteur een onafhankelijke vordering heeft op de moedermaatschappij. Deze onafhankelijkheid van de hoofd- en 403-vordering leidt tot opmerkelijke uitkomsten, zoals een recent arrest van de Hoge Raad, 3 april jongsleden laat zien."

In zijn verdere betoog stelt Van Dooren een tweetal arresten van de Hoge Raad centraal. In beide arresten heeft de Hoge Raad expliciet verklaard dat een parallel tussen de 403-aansprakelijkheid en borgtocht is uitgesloten. Vervolgens heeft de Hoge Raad in beide arresten geoordeeld dat de hoofdregels van de rechtsfiguur hoofdelijkheid onverkort dienen te worden toegepast. De Hoge Raad oordeelde:[259]

> "3.4.6 Uit het voorafgaande volgt dat ook het oordeel van de Ondernemingskamer dat Akzo Nobel in een positie is komen te verkeren 'als had zij zich ten behoeve van de dochter (…) jegens de contractant tot borg gesteld', geen stand kan houden. Voor zover de Ondernemingskamer dit oordeel heeft gebaseerd op een uitleg van de door Akzo Nobel afgelegde verklaring, is haar oordeel in het licht van de bewoordingen ervan die niets omtrent borgtocht inhouden, onbegrijpelijk. Voor zover de Ondernemingskamer dit oordeel heeft gebaseerd op de strekking van art. 2:403, berust haar oordeel op een onjuiste rechtsopvatting, nu hoofdelijke aansprakelijkheid, ook in het kader van deze bepaling, niet op één lijn gesteld kan worden met borgtocht."

De Hoge Raad geeft aan dat de aansprakelijkheid, die voortvloeit uit een 403-verklaring, een reguliere hoofdelijke aansprakelijkheid betreft, waarop de regels van hoofdelijkheid van toepassing zijn en dat dit zich niet verhoudt met borgtocht. In een later arrest is de Hoge Raad van mening dat de 403-aansprakelijkheid niet op één lijn kan worden gesteld met borgtocht:[260]

> "3.6.2 In het hiervoor in 3.5 overwogene ligt besloten dat de onderhavige 403-verklaring volgens het hof niet meer of anders inhoudt dan dat Bia Beheer zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de uit rechtshandelingen van Mastertools voortvloeiende schulden. Zoals ook het hof overweegt, is in HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, NJ 2002/447 (Akzo Nobel/ING) beslist dat hoofdelijke aansprakelijkheid, ook die in het kader van art. 2:403 BW, niet op één lijn kan worden gesteld met borgtocht. Het door de klachten verdedigde standpunt stuit hierop af. In verband met de hoofdelijke aansprakelijkheid van Bia Beheer zijn de art. 6:7 e.v. BW van toepassing, hetgeen meebrengt dat haar aansprakelijkheid berust op een zelfstandige verbintenis jegens Lentink, waarvan zelfstandig nakoming kan worden gevorderd.
> (…)
> 3.6.3 De omstandigheid dat de Europese richtlijnen die aan art. 2:403 BW ten grondslag liggen niet spreken van hoofdelijke aansprakelijkheid, maar van het stellen van een garantie, leidt niet tot een ander oordeel. Daargelaten of juist is dat met de term 'garantie'

259 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE4663, *NJ* 2002, 447, m.nt. Maeijer (Akzo Nobel/ING Bank) *r.o.* 3.4.6.

260 HR 3 april 2014, ECLI:NL:HR:2015:837.

> een borgtocht is bedoeld, die Europese richtlijnen geven slechts minimumvoorschriften en laten aan de nationale wetgever ruimte voor een verder strekkende aansprakelijkheid (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.9). Blijkens art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om de in de Europese richtlijnen bedoelde garantie uit te werken in een vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid."

Volgens Van Dooren laat de Hoge Raad na om bij de toepassing van de rechtsfiguur hoofdelijkheid een belangrijke tussenvraag te stellen:[261]

> "Dat de Hoge Raad vasthoudt aan de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij is niet verrassend en in lijn met art. 2:403 BW en het eerder genoemde Akzo/ING-arrest. Het is wel opmerkelijk hoe streng hieraan wordt vastgehouden. Zowel het Hof 's-Hertogenbosch in 2012, A-G Wuisman en de Hoge Raad maken allemaal dezelfde stappen in beoordeling van bovenliggende casus. Ten eerste herhalen zij de overweging uit het Akzo/ING-arrest dat de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij niet gelijk is aan borgtocht. Vervolgens bevestigen zij de hoofdelijke aansprakelijkheid uit lid 1 onder f van art. 2:403 BW. Ten derde volgt volgens hun uit deze hoofdelijkheid dat art. 6:7 BW automatisch van toepassing is wat inhoudt dat de crediteur jegens iedere hoofdelijke schuldenaar een afzonderlijke vordering tot nakoming van het geheel heeft en dat slechts volledige nakoming door één van beide schuldenaren ook de ander bevrijdt.
>
> Daarmee bespreken zij niet de verschillende mogelijkheden binnen de duiding 'hoofdelijkheid' die alle ook in lijn zijn met art. 2:403 BW en het Akzo/ING-arrest. Ik bepleit dat tussen bovengenoemde tweede en derde stap nog een tussenvraag moet worden gesteld, te weten: welke variant van hoofdelijkheid is van toepassing.
>
> Ik betwijfel namelijk of de strikte scheiding van de hoofd- en 403-vordering wel past bij het groepsregime. Daarnaast meen ik dat de Hoge Raad eventuele alternatieven ten onrechte niet noemt."

Evenals veel andere auteurs, is Van Dooren daarmee kritisch ten aanzien van het feit dat de Hoge Raad vasthoudt aan een zeer strikte toepassing van de regels van hoofdelijkheid.

9.5.3 Drie vormen van hoofdelijkheid

9.5.3.1 Inleiding

Zoals aangegeven zoekt Van Dooren de oplossing voor de vele praktijkproblemen die door de huidige vrijstellingsregeling worden veroorzaakt – evenals Nass –

261 Van Dooren 2015.

binnen de hoofdelijkheid. Van Dooren betoogt een andere weg in te slaan en heeft zich gedistantieerd van de opvatting van Nass:[262]

> "Een voorvraag met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij betreft of er sprake is van één schuld met twee schuldenaren, of twee schulden met twee schuldenaren. Nass en Nass bepleiten dat het gaat om één vordering met twee schuldenaren. Het bijzondere karakter van het groepsregime rechtvaardigt volgens hen een afwijking van de 'reguliere' wettelijke hoofdelijkheid. Zij zijn van mening dat er twee verbintenissen zijn: één jegens de 403-maatschappij op basis van de rechtshandeling waar de schuld uit voortvloeit en een ander tegenover de moedermaatschappij op grond van de 403-verklaring. Volgens hen past deze benadering in het wettelijk systeem van het groepsregime en het Akzo/ING-arrest.
>
> Naar mijn mening volgt echter uit het Inalfa-arrest dat er sprake is van twee vorderingen met twee schuldenaren. In casu ging de hoofdvordering jegens de 403-maatschappij teniet maar bleef de vordering jegens de moedermaatschappij bestaan (in zoverre dat deze verminderde met het bedrag dat de crediteur had ontvangen van de 403-maatschappij). Hieruit blijkt dat een crediteur dus twee vorderingen heeft tegenover twee crediteuren. Beide vorderingen bestaan onafhankelijk van elkaar met de uitzondering dat (gedeeltelijke) nakoming van de één tevens de ander (gedeeltelijk) bevrijdt."

Uit dit citaat leidt ik af dat Van Dooren ervan uitgaat dat er per definitie twee vorderingsrechten zijn. Van Dooren zet verder uiteen dat hij het verdedigbaar acht om drie vormen van hoofdelijkheid te onderscheiden:
- 'directe hoofdelijkheid', een vorm van hoofdelijkheid waarbij de regels van hoofdelijkheid onverkort worden toegepast;
- een variant van hoofdelijkheid waarbij een van de hoofdelijke vorderingsrechten als een nevenrecht wordt beschouwd;
- hoofdelijkheid waarbij sprake is van een 'dynamische 403-vordering'.

9.5.3.2 Directe hoofdelijkheid

De directe hoofdelijkheid zoals die wordt omschreven door Van Dooren[263] is in lijn met de geldende wettelijke regels inzake hoofdelijkheid. Als belangrijkste kenmerken ziet Van Dooren dat een schuldeiser ieder van de hoofdelijk verbonden schuldenaren voor het geheel kan aanspreken. Daarbij geldt dat er geen rangorde bestaat tussen de hoofdelijk verbonden schuldenaren. Subsidiariteit ontbreekt en alle hoofdelijk verbonden schuldenaren kunnen direct tot nakoming worden aangesproken. Nakoming of gedeeltelijke nakoming door de ene schuldenaar bevrijdt tevens de andere schuldenaar.

Een gevolg van de vorm die door Van Dooren directe hoofdelijkheid wordt genoemd, is dat er twee zelfstandige vorderingsrechten bestaan. Deze kunnen

262 Van Dooren 2015.
263 Van Dooren 2015.

afzonderlijk van elkaar worden overgedragen. Dat kan bijvoorbeeld leiden tot een situatie waarin een partij zijn hoofdvordering – bedoeld of onbedoeld – op de dochtermaatschappij overdraagt aan een derde maar zijn vordering op de moedervennootschap behoudt.[264] Afzonderlijke verpanding van beide vorderingsrechten is eveneens mogelijk.[265]

Van Dooren concludeert dat directe hoofdelijkheid in geval van het 403-regime tot verschillende ongewenste gevolgen leidt. Van Dooren geeft aan dat de zelfstandigheid van de afzonderlijke vorderingsrechten ook leidt tot problemen wanneer de schuldenaar zich beroept op uitstel van betaling,[266] opschorting of verjaring.[267]

9.5.3.3 De 403-vordering als nevenrecht

Van de reguliere hoofdelijkheid, die door Van Dooren[268] wordt aangeduid als directe hoofdelijkheid, onderscheidt Van Dooren een variant van hoofdelijkheid waarbij de 403-vordering kwalificeert als een nevenrecht.[269] Terecht merkt hij op dat de wet geen sluitende definitie geeft voor het begrip nevenrecht:

> Artikel 6:142 BW
> 1. Bij overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser verkrijgt deze de daarbij behorende nevenrechten, zoals rechten van pand en hypotheek en uit borgtocht, voorrechten en de bevoegdheid om de ter zake van de vordering en de nevenrechten bestaande executoriale titels ten uitvoer te leggen.
> 2. Onder de nevenrechten zijn tevens begrepen het recht van de vorige schuldeiser op bedongen rente of boete of op een dwangsom, behalve voor zover de rente opeisbaar of de boete of dwangsom reeds verbeurd was op het tijdstip van de overgang.

Van Dooren merkt op dat artikel 6:142 BW slechts voorbeelden geeft van rechten die bij de overgang van een vorderingsrecht mee overgaan op de verkrijger daarvan. Wordt dit toegepast op het 403-regime, dan zou de 403-vordering volgens Van Dooren mee over kunnen gaan met de hoofdvordering. Van Dooren besteedt bij de bespreking van zijn nevenrechtvariant van de 403-hoofdelijkheid geen aandacht aan het spiegelbeeld, waarbij de 403-vordering wordt overgedragen in plaats van de hoofdvordering. Op basis van de gelijkwaardige zelfstandigheid van beide

264 Zo ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 100 en Biemans 2011, p. 287.
265 Zo ook Verdaas 2008, p. 307.
266 Waarbij Van Dooren verwijst naar Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 117, waar wordt opgemerkt dat een crediteur alleen uitstel van betaling verleent aan beide hoofdelijk schuldenaren voor zover kan worden afgeleid dat dit ook de bedoeling is van de schuldeiser.
267 Zie ook Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ8927, *r.o.* 3.5, *JOR* 2007/53, m.nt. Verdaas.
268 Van Dooren 2015.
269 Van Dooren merkt op dat reeds eerder in de literatuur is betoogd dat een 403-vordering mogelijk kan worden gezien als een nevenrecht. Hij verwijst naar De Neve, 2002, p. 240.

vorderingsrechten, zou deze variant evengoed mogelijk kunnen zijn. Daaruit leidt ik af dat hij bij deze variant een rangorde ziet, waarbij de hoofdvordering leidend is en waarbij de 403-vordering haar zelfstandigheid verliest. De 403-vordering kan kennelijk niet zelfstandig worden overgedragen én volgt altijd de hoofdvordering.

Hoewel Van Dooren de mening is toegedaan dat een 403-vordering niet zelfstandig kan worden overgedragen en altijd de hoofdvordering volgt, duidt Van Dooren de 403-vordering aan als "een onafhankelijk nevenrecht dat nauw verbonden is met de hoofdvordering en laatstgenoemde versterkt." Als ik Van Dooren juist begrijp, is het noodzakelijk dat een 403-vordering als een *onafhankelijk* gekwalificeerd moet worden, aangezien de Hoge Raad[270] reeds heeft aangegeven dat een 403-verklaring geen afhankelijk recht in het leven roept. De vraag is of dit oordeel van de Hoge Raad aan de kwalificatie als nevenrecht in de weg staat. De definitie van een afhankelijk recht wordt gegeven in artikel 3:7 BW:

> Artikel 3:7 BW
> Een afhankelijk recht is een recht dat aan een ander recht zodanig verbonden is, dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan.

Artikel 6:142 BW bepaalt welke gevolgen er zijn gekoppeld aan de kwalificatie van een recht als nevenrecht. Voor afhankelijke rechten, een andere categorie, is dit geregeld in artikel 3:82 BW:

> Artikel 3:82 BW
> Afhankelijke rechten volgen het recht waaraan zij verbonden zijn.

Het feit dat geen sprake is van een afhankelijk recht, staat een kwalificatie als nevenrecht niet in de weg. Een subkwalificatie binnen de nevenrechten in afhankelijke en onafhankelijke nevenrechten is wellicht niet nodig.[271] De Rechtbank Den Haag[272] heeft geoordeeld dat een 403-vordering een nevenrecht is terwijl het geen afhankelijk recht is als bedoeld in artikel 3:7 BW.

Volgens Van Dooren gaat de 403-vordering als onafhankelijk nevenrecht wel steeds mee over naar de verkrijger van de hoofdvordering (de vordering op de dochtervennootschap). Daarnaast bepleit hij dat de 403-vordering een zelfstandig

---

Later is deze theorie tevens verdedigd door Rongen en Verdaas, In zijn noot onder Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ8927, *JOR* 2007/53 m.nt. Rongen en Rongen 2012, p. 1305 en Verdaas 2008, p. 306.

270 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *r.o.* 3.4.3 en 3.4.5, *Ondernemingsrecht* 2002/57, m.nt. Beckman, p. 485-487; *JOR* 2002/136, m.nt. Bartman en *NJ* 2002/447, m.nt. Maeijer.

271 Zie onder meer HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *r.o.* 3.4.3 en 3.4.5, *Ondernemingsrecht* 2002/57, m.nt. Beckman, p. 485-487; *JOR* 2002/136, m.nt. Bartman en *NJ* 2002/447, m.nt. Maeijer.

272 Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ8927.

vorderingsrecht is. De 403-vordering volgt altijd de hoofdvordering, maar voor al het overige is de 403-vordering zelfstandig.[273]

Wanneer de 403-vordering kwalificeert als een onafhankelijk nevenrecht, verkrijgt de cessionaris van de hoofdvordering tevens de 403-vordering. Cessie van de 403-vordering zou niet mogelijk zijn, aangezien de aard van de 403-vordering zich daartegen verzet, zie artikel 3:83 BW:

> Artikel 3:83 BW
> 1. Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar, tenzij een wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet.
> 2. De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten.
> 3. Alle andere rechten zijn slechts overdraagbaar, wanneer een wet dit bepaalt.

Ten aanzien van verpanding verwijst Van Dooren naar de schakelbepaling van artikel 3:98 BW, welke bepaling afdeling 3.4.2 BW van overeenkomstige toepassing verklaart op de vestiging van een beperkt recht. Hoewel de schakelbepaling van artikel 3:98 in beginsel alleen werkt in situaties van cessie (overdracht) kan dit artikel door een ruime uitleg ook werken bij verpanding, aldus Van Dooren. Omdat een nevenrecht bij cessie overgaat op de verkrijger, gaat de 403-vordering als nevenrecht via artikel 3:98 mee over op de pandhouder bij een verpanding van de hoofdvordering. Daarnaast betoogt hij dat de 403-vordering ook zelfstandig kan worden verpand.

Ten aanzien van uitstel van betaling, opschorting en verjaring geeft Van Dooren aan dat de 403-vordering als onafhankelijk nevenrecht geheel zijn eigen leven leidt en ten aanzien van deze issues als volledig zelfstandig dient te worden beschouwd.

9.5.3.4 De dynamische 403-vordering

Onder verwijzing naar het Akzo/ING-arrest geeft Van Dooren aan dat door Bartman is betoogd dat een 403-vordering niet de hoofdvordering volgt, maar dat een 403-vordering steeds opnieuw uit een 403-verklaring kan ontspringen.[274] De rechthebbende van de hoofdvordering kan een beroep doen op de 403-verklaring. In een eerdere annotatie van Bartman valt de volgende gedachtegang terug te vinden:

> "Anders dan de OK beschouwt de Hoge Raad het "403-recht" van de schuldeiser van de dochter jegens haar moeder niet als een afhankelijk recht, omdat "een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid niet een afhankelijk recht in het leven roept" (r.o. 3.4.5). Daar zou men nog over kunnen twisten. Immers, zonder vorderingsrecht op de dochter, geen 403-aanspraak op de moeder. Het laatste recht is zodanig verbonden aan het eerste, dat het daarzonder niet kan bestaan (art. 3:7 BW). Gaat de vordering op de dochter over, door cessie, contractsoverneming of onder algemene titel, dan verkrijgt

273 Van Dooren 2015.
274 Van Dooren 2015, par. 4.1.

> de nieuwe crediteur ook een 403-aanspraak op de moeder. Of is hier geen sprake van "volgen" in de zin van art. 3:82 BW, maar van een hernieuwd "ontspringen" uit de eenmaal gedeponeerde, eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 2:403 BW? Waarschijnlijk is dit laatste de visie van de Hoge Raad."[275]

Van Dooren is kritisch over deze opvatting en vraagt zich af of een 403-vordering automatisch kan ontstaan in het vermogen van de partij die rechthebbende is van de hoofdvordering. Het tenietgaan van een ontstane 403-vordering is bij de ontspringingstheorie een probleem, aldus Van Dooren. Het gevolg is dat er een wildgroei aan 403-vorderingen kan optreden.[276]

Om het probleem van de wildgroei aan 403-vorderingen het hoofd te bieden, is reeds eerder betoogd dat de ontspringingstheorie kan worden gecombineerd met de wilsrechttheorie.[277] Van Dooren kan zich in de oplossing met het wilsrecht niet vinden.[278]

In een alternatieve variant komt Van Dooren met een oplossing die hij aanduidt als de 'dynamische 403-verklaring'. Bij de dynamische 403-verklaring gebeurt hetzelfde als bij de ontspringingstheorie. Alleen de rechthebbende van de hoofdvordering kan een beroep doen op de 403-verklaring. Een partij die eerder rechthebbende was van een hoofdvordering, maar die geen rechthebbende van de hoofdvordering meer is, kan de moedervennootschap niet langer meer aanspreken op basis van de 403-verklaring. Deze ontspringingsgedachte werd reeds eerder geïntroduceerd. Verwezen zij naar het hiervoor aangehaalde citaat van Bartman. Ook Wibier is reeds met een dergelijke benadering gekomen.[279]

Van de drie varianten die Van Dooren behandelt, acht hij de dynamische 403-vordering de beste optie. Van Dooren geeft toe dat de Hoge Raad mogelijk geen ruimte biedt voor deze benadering,[280] maar hij meent dat de benadering die hij bestempelt als dynamische 403-vordering wel past binnen de regels van de hoofdelijkheid.

9.5.4 Conclusie

Ik ben het met Van Dooren eens dat iedere schuldeiser met een uit een rechtshandeling voortvloeiende vordering op de dochtervennootschap een beroep kan doen op de 403-verklaring.[281] Uit een 403-verklaring blijkt niets anders dan dat iedere

275 Bartman in *JOR* 2002/136, HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663.
276 Van Dooren 2015, par. 4.1.
277 Van der Kraan 2013, p. 159.
278 Van Dooren 2015, voetnoot 27 en voetnoot 39.
279 Wibier 2008.
280 HR 3 april 2014, ECLI:NL:HR:2015:837, *r.o.* 3.6.2 (Inalfa).
281 Eerder: Van der Kraan 2013, p. 157: "Vanaf het moment dat Econcern de 403-verklaring heeft afgelegd, kan zij door schuldeisers van Innogrow aansprakelijk worden gesteld voor de schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van Innogrow. De 403-verklaring die Econcern heeft afgelegd is aan te merken als een eenzijdige ongerichte verklaring van Econcern. Schuldeisers

schuldeiser de moedervennootschap kan aanspreken.[282] Dit is tevens de opvatting van Bartman[283] en Wibier.[284]

Voor wat betreft het automatisch tenietgaan van bestaande vorderingsrechten deel ik de visie van Van Dooren niet. Dit is lastig te verenigingen met fundamentele beginselen van het Nederlandse vermogensrecht.

De voorwaarde dat de hoofdvordering tot hetzelfde vermogen dient te behoren als de 403-vordering, impliceert niet alleen dat de 403-vordering de hoofdvordering volgt maar tevens dat het bestaan van de 403-vordering afhankelijk is van het bestaan van de hoofdvordering. Deze opvatting strookt niet met de bestaande jurisprudentie. Te denken valt aan situaties waarin de hoofdvordering verjaart[285] of wanneer met de schuldenaar van de hoofdvordering een schikking wordt getroffen.[286] Uiteraard kan op deze jurisprudentie worden teruggekomen. Want om 403-problemen in de toekomst te voorkomen, zal er iets moeten veranderen.

Het verdwijnen van 403-vorderingen kan in het rechtsverkeer voor problemen zorgen. Te denken valt bijvoorbeeld aan situaties van verpanding[287] en beslag. Door een overdracht gevolgd door een retro-overdracht kan de 403-vordering bovendien worden 'gezuiverd'.

Mijn voornaamste bezwaren tegen de visies van Van Dooren komen overeen met de bezwaren die ik heb tegen de theorie van Nass. Het creëeren van subvarianten binnen de hoofdelijkheid lijkt mij een zeer lastige opgave die indruist tegen de rechtsontwikkeling. Bovendien zal het creëeren van een nieuwe subvariant van hoofdelijkheid tot nieuwe problemen kunnen leiden. In het kader van de groepsvrijstellingsregling zal de vraag zijn wat de rechtsgevolgen van deze nieuwe variant in verschillende situaties zijn. Er kan een lange tijd van rechtsonzekerheid overheen gaan voordat dit uitgekristalliseerd is. Daarbij kan de rechtsonzekerheid zich ook buiten de kaders van de groepsvrijstellingsregeling manifesteren. Als de groepsvrijstellingsregeling aanleiding is om aan de inhoud van de in beginsel vastomlijnde rechtsfiguur hoofdelijkheid te tornen, zijn er dan misschien nog meer situaties waarin de inhoud van hoofdelijkheid op losse schroeven staat?

Naar mijn idee dient een geschikte oplossing voor de 403-problemen niet binnen het leerstuk van de reguliere hoofdelijkheid te worden gevonden. Voorkomen moet

---

die een vordering hebben die onder het bereik van de door Econcern gedeponeerde 403-verklaring valt, hebben op basis van deze 403-verklaring de mogelijkheid – oftewel het recht – om Econcern aan te spreken."

282 Volgens Van Dooren verkrijgt een 403-verklaring die Aldus wordt geïnterpreteerd de kwalificatie 'dynamische 403-verklaring'.

283 Bartman in *JOR* 2002/136, HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663.

284 Wibier 2008.

285 Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ8927, *r.o.* 3.5 en *JOR* 2007/53, m.nt. Verdaas (NCM/Den Heijer Beheer).

286 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837 (mr. Eikendal q.q./Lentink)

287 Volgens Van Dooren kan een 403-vordering, gelet op artikel 3:228 BW, niet worden verpand wanneer zijn theorie wordt aangenomen. Daarin schuilt een behoorlijk risico voor de pandhouder van de hoofdvordering.

worden dat de aanspraak die voortvloeit uit een 403-verklaring kwalificeert als reguliere hoofdelijke aansprakelijkheid. De enige afslag die in mijn ogen kan worden genomen en die goed verdedigbaar is, is om de aansprakelijkheid die uit een 403-verklaring voortvloeit te kwalificeren als borgtocht. Net als voor de oplossing die Van Dooren aandraagt, zal daarvoor een trendbreuk nodig zijn in de jurisprudentie.

9.6 De 403-verklaring als garantstelling

9.6.1 Inleiding

Naast alternatieve benaderingen die door diverse auteurs zijn geopperd, zou nog gedacht kunnen worden aan een ander alternatief. Mogelijk kwalificeert de 403-verklaring als een garantie. Garantie is een niet nader in de wet geregelde rechtsfiguur. Een vastomlijnde definitie van de rechtsfiguur garantie is dan ook niet te geven. Dat biedt mogelijk speelruimte om met een passende oplossing voor 403-problemen te komen.

De Nederlandse wet geeft geen definitie voor het begrip garantie. In de literatuur is wel gepoogd om een definitie aan de term garantie toe te kennen. Een definitie van garantie die in de literatuur kan worden teruggevonden is:[288]

> "Wat is een garantie? Een derde kan zich voor de nakoming van de verbintenis van een schuldenaar sterk maken door een zelfstandige verplichting jegens de crediteur van de vordering op die schuldenaar op zich te nemen. Het prototype van zo een verbintenis (de garantie) ontstaat uit een verklaring van de derde (de garant) dat hij een verbintenis op zich neemt, meestal tot betaling van een geldsom, onder een of meer opschortende voorwaarden, zoals de voorwaarde dat de crediteur van de gegarandeerde vordering verklaart dat de schuldenaar iets niet doet of nalaat waartoe hij zich heeft verbonden. Door (stilzwijgende) aanvaarding van het in die verklaring vervatte aanbod van de garant door de schuldeiser komt de verbintenis tussen de garant en de schuldeiser tot stand."

In de regel zal bij een garantie sprake zijn van subsidiariteit. Dat brengt in het geval van de 403-verklaring met zich dat de moedervennootschap pas kan worden aangesproken indien blijkt dat de dochtermaatschappij niet nakomt. Onder het huidige recht is een dergelijke vormgeving van de 403-verklaring niet mogelijk omdat de wet een hoofdelijke aansprakelijkstelling van de moedervennootschap vereist. Een subsidiaire aansprakelijkheid zou de positie van de schuldeiser verzwakken en daarmee kwalificeert een 403-verklaring, op basis waarvan subsidiariteit wordt gecreëerd, mogelijk als een niet toereikende 403-verklaring.

288 Verdaas 2008, p. 296, onder verwijzing naar Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr 387-389.

9.6.2 Garantstelling is in lijn met de Europese Richtlijn maar Nederlands recht wijkt daarvan af

In hoofdstuk 8 is de vrijstellingsregeling zoals neergelegd in de Zevende Richtlijn aan de orde geweest. Artikel 43 richtlijn schrijft onder meer het volgende voor:

> "c. de moederonderneming heeft zich garant verklaard voor de door de dochteronderneming aangegane verplichtingen;"

De Europese richtlijn stelt als vereiste dat de moederonderneming zich *garant* dient te verklaren voor de door de dochter aangegane verplichtingen. De Hoge Raad heeft bepaald dat de Nederlandse vrijstellingsregeling op zichzelf staat. Artikel 2:403 BW dient niet richtlijnconform te worden geïnterpreteerd, zo kan uit een arrest van de Hoge Raad uit 2015 worden opgemaakt.[289] De Hoge Raad oordeelde daarin dat "de Nederlandse wetgever ervoor [heeft] gekozen om de in de Europese richtlijnen bedoelde garantie uit te werken in een vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid".[290]

De wetgever heeft er bij het opstellen van de groepsvrijstellingsregeling voor gekozen om de term 'hoofdelijk' op te nemen hoewel in de parlementaire geschiedenis wordt gesproken over garantstellen. Of de keuze voor hoofdelijkheid een bewuste en weloverwogen keuze is geweest, valt te betwijfelen. Blijkens de de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever in het geheel niet over hoofdelijkheid en de consequenties daarvan nagedacht.[291] Er werd daarentegen wel gesproken over een door de moeder te verstrekken garantstelling voor het geval de dochtermaatschappij in gebreke blijft.[292]

---

289 Zie HR 3 april 2015, *NJ* 2015/255 (Bia Beheer), *r.o.* 3.6.3. De Hoge Raad heeft bepaald dat de Europese regelgeving niet van invloed is op de uitleg van de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling. Echter, bij de toepassing van het nationale recht, ongeacht of het daarbij gaat om bepalingen die dateren van een eerdere of latere datum van de richtlijn, dient de rechter deze zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, zodat het hiermee beoogde resultaat wordt bereikt, zie HvJ EG 13 november 1990, nr. C-106/89, *Jur.* 1990, I-4135 (Marleasing), *r.o.* 8. Ook al dateert de Nederlandse regeling van vóór de Europese richtlijn, dan dient het beginsel van richtlijnconforme uitlegging juist in het bijzonder te worden toegepast, zie HvJ EG 16 december 1993, nr. C-334/92, *Jur.* 1993, I-6911 (Wagner Miret), *r.o.* 21.

290 HR 3 april 2015, *NJ* 2015/255 (Bia Beheer), *r.o.* 3.6.3. Deze stelling lijkt mij niet juist. De Nederlandse groepsvrijstellingsregeling bestond reeds voordat de Europese variant het daglicht zag.

291 Evenzo: Bartman 2015, p. 811.

292 Meerdere malen is door Kamerleden en de minister gesproken over 'garantstelling door de moedermaatschappij' (welke bewoordingen niet zijn weersproken): *Handelingen II* 1970/71, 10689, p. 2973. Vgl. *Kamerstukken II* 1969/70, 10689, nr. 3 (MvT), p. 14-15. Zie ook Beckman 1995, p. 71.

9.6.3 De garantie in het OBW

Dat in de parlementaire geschiedenis van de groepsvrijstellingsregeling wordt gesproken over een garantie valt misschien wel te verklaren, aangezien de groepsvrijstellingsregeling werd geïntroduceerd toen het OBW nog geldend recht was. In het huidige Burgerlijk Wetboek is geen uitwerking opgenomen inzake de rechtsvorm 'garantie' maar in het OBW werd de garantie wel genoemd. Zie hiervoor artikel 1352 OBW in samenhang met artikel 1351 OBW:

> Artikel 1351 OBW
> In het algemeen kan niemand zich op zijnen eigen naam verbinden, of iets bedingen, dan voor zich zelven.
>
> Artikel 1352 OBW
> Niettemin kan men zich voor eenen derde sterk maken of instaan, door te beloven dat dezelve iets doen zal, behoudens de vordering tot schadevergoeding tegen dengenen die voor eenen derden ingestaan of beloofd heeft denzelven iets te doen bekrachtigen, indien deze derde weigert om de verbindtenis na te komen.

In artikel 1351 OBW komt de partijautonomie tot uitdrukking. Een partij kan alleen verbintenissen aangaan waarbij hij zichzelf verbindt. De gedachte is dat een partij zijn eigen belangen nastreeft. Als uitzondering op dit beginsel wordt in artikel 1352 OBW het zich sterk maken of instaan voor een andere partij genoemd.

De basis voor een garantie is een overeenkomst waarbij de garant zich tot schuldenaar maakt van een prestatie (bijvoorbeeld het voldoen van een schadevergoeding). De garant raakt die prestatie verschuldigd wanneer een andere partij een prestatie die de garant niet aangaat niet voldoet. Hoofdelijkheid staat aan de andere kant van het spectrum. Op basis van de wet is een partij (mede)schuldenaar voor een prestatie die hem wel aangaat. Borgtocht houdt het midden tussen de garantie en hoofdelijkheid:[293]

> "Waarin zit nu het eigenaardige van den borgtocht? Wij menen dat wij hier zoo dikwijls het karakteristieke van het instituut het beste doen kennen door het om beurten te belichten van uit de beiden rechtsinstellingen die er het meest verwantschap mee hebben, die er als het ware in het rechtssysteem aan weerskanten van liggen: de garantie van art. 1352 B.W. en het hoofdelijk schuldenaarschap."

Bij borgtocht verplicht de borg zich tot het voldoen van dezelfde prestatie als de hoofdschuldenaar. Deze prestatie gaat de borg niet aan. De borg kan pas worden aangesproken wanneer de hoofdschuldenaar niet presteert. Daarmee bevat borgtocht met name kenmerken van de garantie.

De rechtsfiguur garantie is *genoemd* in artikel 1352 OBW. Maar daarmee is de rechtsfiguur garantie niet nader *uitgewerkt*. Scholten heeft betoogd dat de wet

293 Scholten 1917, p. 209.

wel een nadere uitwerking van de rechtsvorm garantie bevat, door de wel uitgewerkte rechtsfiguur borgtocht als een *species* van de garantie te beschouwen:[294]

> "Van deze garantie-overeenkomst is de borgtocht een species. Ook de borg is (voorwaardelijk) schuldenaar, maar hij is schuldenaar alleen, omdat hij aansprakelijk is. Het bijzondere van den borgtocht ligt hierin, dat het resultaat dat de borg belooft niet is in het algemeen een daad van een derde, maar speciaal de nakoming van een verbintenis door dezen. Voor een bestaande schuld van dezen stelt hij zich aansprakelijk, van die schuld hangt zijn aansprakelijkhied af en daarnaar richt zij zich."

Wanneer onder het OBW borgtocht als een *species* van de garantieovereenkomst werd beschouwd, dan werd met borgtocht invulling gegeven aan de term 'garantie'. De termen 'garantie' en 'garant stellen' zijn destijds ook herhaaldelijk gebezigd in de parlementaire geschiedenis van de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling en in de Europese richtlijnen. Als borgtocht een *species* van garantie is, past borgtocht als zekerheid binnen de kaders die worden genoemd in de parlementaire geschiedenis en lijkt hoofdelijkheid, waarover in de parlementaire overwegingen niet wordt gesproken, een vergissing te zijn.

Scholten heeft betoogd dat de borgtocht een specifieke verschijningsvorm van de rechtsvorm garantie is.[295] Volgens hem is de kerngedachte achter een garantie en een borgstelling (anders dan bij hoofdelijkheid) dat een partij zich sterk maakt voor een ander voor een schuld die hem niet aangaat.

Een ander onderscheid met hoofdelijkheid is dat bij de borgstelling alsook bij de garantieovereenkomst aansprakelijkheid voortvloeit uit een specifiek daartoe gesloten overeenkomst. Bij een hoofdelijke verbintenis ontbreekt een dergelijke zelfstandige grondslag voor de binding van de hoofdelijk schuldenaren. Hoofdelijke gebondenheid voor meerdere schuldeisers ontstaat op basis van eenzelfde (gedeelde) causa. Hier past wel enige nuance. Hoewel het uitgangspunt bij hoofdelijke aansprakelijkheid is dat deze ontstaat op basis van eenzelfde feit, is dit uitgangspunt in artikel 1331 OBW verlaten. In die bepaling valt terug te lezen dat partijen zich tot hoofdelijk schuldenaar kunnen verklaren. Daarmee is sprake van een zelfstandige rechtshandeling op basis waarvan de hoofdelijke gebondenheid ontstaat.

Scholten gaf met zijn betoog de dogmatische onderbouwing voor een keuze die de Hoge Raad had gemaakt. In zijn arrest van 1923[296] had de Hoge Raad

294 Scholten 1917, p. 211.

295 In gelijke zin Asser/Kamphuisen 3-III 1960, p. 764; Asser/Kleijn 5-IV 1988, nr. 134; Van Nierop 1931, p. 316; Houwing in zijn noot onder HR 4 mei 1951, *NJ* 1952/129 en Suijling 1934, nr. 117, met de kanttekening dat Suijling de borgtocht op andere gronden dan Scholten als een *species* van garantie ziet en Suijling niet de koppeling maakt met artikel 1352 OBW. Daarmee is de borgtocht volgens Suijling nog steeds wel te zien als een *species* van de garantieovereenkomst, maar op dogmatische gronden en niet op grond van (de bepalingen in) het OBW.

296 HR 21 februari 1913, *NJ* 1913/577.

geoordeeld dat de veel gebruikte rechtsfiguur 'hoofdelijke borg' een variant van borgtocht was en dat dit geen vorm van hoofdelijkheid was. Omdat een dogmatische onderbouwing in het voornoemde arrest ontbrak, leek de keuze van de Hoge Raad voornamelijk een praktisch antwoord op de vraag of de bepalingen van borgtocht of de bepalingen van hoofdelijkheid van toepassing waren op de veel gebruikte – in de praktijk ontwikkelde – rechtsfiguur 'hoofdelijke borg'.

Het OBW maakte geen duidelijk onderscheid tussen de rechtsfiguren hoofdelijkheid en borgtocht. De Hoge Raad had wel aangegeven dat de bepalingen van borgtocht van toepassing waren op de rechtsfiguur waarbij een partij zich garant verklaarde voor de schuld van een derde, welke rechtsfiguur werd aangeduid als hoofdelijke borg. De opvatting dat er een strikt onderscheid bestond tussen borgtocht en hoofdelijkheid en dat borgtocht moest worden gezien als een *species* van de rechtsfiguur garantie, kwam voornamelijk voort uit de meningen die werden gegeven in de literatuur. Daarin werd als vaststaand feit aangenomen dat borgtocht een *species* was van de rechtsfiguur garantie. Als zeer sprekend voorbeeld kan een citaat worden genomen van Suijling, uit het door hem geschreven handboek *Inleiding tot het Burgerlijk Recht*:[297]

> "Tot de groote groep der garantieovereenkomsten behoort de borgtocht."

Bergervoet heeft de ontwikkeling in zijn proefschrift treffend samengevat en concludeert als volgt:[298]

> "De tegenstelling die door Scholten werd opgeworpen tussen beide rechtsfiguren is hardnekkig gebleken en heeft tot het einde van het OBW zijn kracht behouden. Omdat vele auteurs het niet eens waren met de argumenten van de Hoge Raad, maar wel met de uitkomst van het arrest, is een rijke variatie ontstaan aan dogmatische onderbouwingen die de gedachte ondersteunen dat de voorrechten van uitwinning en schuldsplitsing niet aan de hoofdelijke borg toekomen. Elke auteur die een dergelijke variatie heeft aangedragen, gaat evenwel uit van de tegenstelling tussen hoofdelijkheid en borgtocht zoals in de eerste plaats door Scholten werd opgetekend.
>
> Men kan op grond van het bovenstaande de conclusie trekken dat onder het OBW de visie van Scholten wellicht niet altijd in letterlijke zin werd gevolgd, maar dat zijn benadering in ieder geval wel richtinggevend is geweest voor de discussie. De verhouding tussen borgtocht en hoofdelijkheid is daarbij op een andere manier ingevuld dan bijvoorbeeld in Frankrijk het geval is. Borgtocht en hoofdelijkheid onder het OBW sloten elkaar volgens de heersende leer, zelfs als het de 'hoofdelijke' borg betreft, wederzijds uit. Het bleek daarbij ook dat de introductie van borgtocht als garantieovereenkomst niet los gezien kan worden van de tegenstelling die is ontstaan tussen borgtocht en hoofdelijkheid. De borg was onder het OBW een garant en hoewel de 'hoofdelijke' borg de rechtspraktijk domineerde, was de grondslag voor zijn aansprakelijkheid volgens de heersende leer in ieder geval geen hoofdelijke verbintenis."

297 Suijling 1934, nr. 117.
298 Bergervoet 2014, 2.4.2.

9.6.4 De garantie in het huidige BW

Onder het huidige recht is de stelling dat borgtocht een *species* is van de garantie lastig houdbaar. Waar het OBW geen duidelijkheid verschafte inzake de verhouding tussen de borgtocht enerzijds en de hoofdelijkheid anderzijds, geeft het huidige BW duidelijk aan dat borgtocht moet worden beschouwd als een *species* van hoofdelijkheid. Het huidige BW bepaalt in artikel 6:6 lid 2 BW dat in dat geval sprake is van hoofdelijkheid:

> Artikel 6:6 BW
> 1. Is een prestatie door twee of meer schuldenaren verschuldigd, dan zijn zij ieder voor een gelijk deel verbonden, tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn.
> 2. Is de prestatie ondeelbaar of vloeit uit wet, gewoonte of rechtshandeling voort dat de schuldenaren ten aanzien van een zelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn, dan zijn zij hoofdelijk verbonden.
> 3. Uit een overeenkomst van een schuldenaar met zijn schuldeiser kan voortvloeien dat, wanneer de schuld op twee of meer rechtsopvolgers overgaat, dezen voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zullen zijn.

Indien uit een rechtshandeling voortvloeit dat schuldenaren ten aanzien van een zelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn, dan zijn zij hoofdelijk verbonden. In aansluiting/aanvulling daarop bepaalt artikel 7:850 BW vervolgens:

> Artikel 7:850 BW
> 1. Borgtocht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de borg, zich tegenover de andere partij, de schuldeiser, verbindt tot nakoming van een verbintenis, die een derde, de hoofdschuldenaar, tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen.
> 2. Voor de geldigheid van een borgtocht is niet vereist dat de hoofdschuldenaar deze kent.
> 3. Op borgtocht zijn de bepalingen omtrent hoofdelijke verbintenissen van toepassing, voor zover daarvan in deze titel niet wordt afgeweken.

Uit lid 1 volgt dat van borgtocht kan worden gesproken als de borg verplicht is om een schuld van een derde te voldoen. Nu artikel 7:850 lid 1 BW ten opzichte van artikel 6:6 lid 2 BW heeft te gelden als een *lex specialis*[299] geldt dat borgtocht een subvariant is van hoofdelijkheid. De regeling van borgtocht geldt als een *lex specialis* ten opzichte van de regeling van de hoofdelijkheid blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis.[300]

De invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 lijkt een omslag te zijn geweest voor wat betreft de dogmatische kwalificatie van de rechtsfiguur

299 *Lex specialis derogat legi generali.*

300 *Parl. Gesch.* Boek 7, p. 418, 419, 422 en 426-427, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 96, 557 en 562 en Pels Rijcken 1962, p. 127 e.v. Zie ook Blomkwist 2012, hoofdstuk 1.2.

borgtocht. Sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1992 kan borgtocht niet langer worden beschouwd als een vorm van garantie maar dient borgtocht te worden beschouwd als een vorm van hoofdelijkheid. Van een echte omslag had kunnen worden gesproken wanneer het OBW een duidelijke rubricering had bevat en borgtocht duidelijk was onderscheiden van hoofdelijkheid. Dat was niet het geval. Zoals besproken verklaarde de Hoge Raad de bepalingen van borgtocht van toepassing op de in de praktijk veel gebruikte rechtsvorm 'hoofdelijke borg'. Maar de Hoge Raad gaf geen principiële overwegingen ten aanzien van de vraag of borgtocht moest worden beschouwd als een variant van de rechtsfiguur garantie of van de rechtsfiguur hoofdelijkheid. Hoe dan ook, met de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 kwam een eind aan de onzekerheid op dit vlak en werd borgtocht definitief als subvariant van hoofdelijkheid aangemerkt en werd duidelijk dat andere subvarianten binnen de hoofdelijkheid niet meer toelaatbaar waren. De garantie verdween uit het Burgerlijk Wetboek.

9.6.5 De garantie is een onbenoemde overeenkomst

De rechtsfiguur 'garantie' kan dan uit het Burgerlijk wetboek zijn verdwenen maar dat betekent niet dat de garantie is verdwenen uit de rechtspraktijk. De term garantie is een verzamelnaam voor een groep overeenkomsten. De inhoud van een garantie is niet vastomlijnd en staat ter vrije bepaling van partijen. Aangezien de garantie een onbenoemde overeenkomst is,[301] geeft de wet geen nadere invulling aan de garantieovereenkomst.

Het Nederlandse rechtsstelsel is overigens niet het enige rechtsstelsel dat geen wettelijk geregelde garantie kent. Binnen Europa heeft alleen Frankrijk sinds 2006[302] een in nader in de wet uitgewerkte garantie. De zogenaamde *garantie autonome* is een in de Code Civil geregelde onafhankelijke (abstracte) garantie. Het Franse recht loopt op dit vlak internationaal gezien voorop. In veel landen worden garanties gebruikt, met name in de financieringspraktijk. Maar nergens is deze rechtsfiguur gecodificeerd.

Hoewel dat uit de parlementaire geschiedenis niet blijkt, kan de wetgever het als een bezwaar hebben beschouwd om in de groepsvrijstellingsregeling de term 'garantie' of 'garant stellen' op te nemen. In de parlementaire geschiedenis van de groepsvrijstellingsregeling wordt wel steeds vermeld dat de moedervennootschap garant dient te staan, maar uiteindelijk is de terminologie 'garantie' of 'garant stellen' niet gebruikt. De in de wet verankerde rechtsfiguur hoofdelijkheid is misschien niet ideaal, maar deze rechtsfiguur en de gevolgen daarvan zijn wel nader in de wet geregeld en dat schept duidelijkheid en daarmee een bepaalde mate van rechtszekerheid. De wet geeft een omlijnde invulling aan de gevolgen van hoofde-

301 Asser/Houben 2015 7-X, nr. 2.

302 Bij de herziening van de Code Civil die op 23 mars 2006 is doorgevoerd is de in de wet geregelde garantie opgenomen in artikel 2321 Code Civil.

lijkheid. Zowel voor wat betreft de uit hoofdelijkheid voortvloeiende interne[303] en externe rechtsverhoudingen.

Om als een geschikt alternatief voor hoofdelijkheid te kunnen dienen binnen de groepsvrijstellingsregeling, zou er een vastomlijnde garantie moeten zijn. Het ontbreken van een wettelijke regeling voor de rechtsfiguur garantie, maakt de garantie wat mij betreft ongeschikt om als alternatief voor hoofdelijkheid te dienen binnen de groepsvrijstellingsregeling. Voor wat betreft de externe rechtsverhouding, jegens de schuldeisers van de dochtervennootschap, zal steeds volkomen duidelijk moeten zijn in welke mate de moedervennootschap gehouden is garant te staan voor schulden van een vrijgestelde vennootschap. Om dat te ondervangen, zou gewerkt kunnen worden met een gestandaardiseerde garantieovereenkomst, waarop altijd Nederlands recht van toepassing is. Maar zelfs wanneer de tekst van een schriftelijke overeenkomst vast zou staan, geldt dat de inhoud van een overeenkomst overeen dient te worden gekomen door partijen. Partijbedoelingen kunnen van geval tot geval een wisselende invulling geven aan de inhoud van een overeenkomst.[304]

9.6.6 Garantieovereenkomst tussen de moedervennootschap en de schuldeisers

De garantstelling moet worden onderscheiden van een borgstelling. Het komt regelmatig voor dat een garantstelling voldoet aan de materiële vereisten van een borgstelling. In dat geval kwalificeert de overeenkomst die onder de noemer 'garantie' is gesloten als een borgstelling. Een garantie waarin een moedervennootschap gehouden is om de schuld van de dochtervennootschap te voldoen, zal zeer wel mogelijk kwalificeren als borgtocht.

De omschrijving die in artikel 7:850 BW wordt gegeven van borgtocht, werd hiervoor al aangehaald.[305] Uit artikel 7:850 BW volgt dat de borg zich tot nakoming van dezelfde verbintenis verplicht als waartoe de hoofdschuldenaar verplicht is.[306]

---

303 Wanneer een van de hoofdelijk gebonden schuldenaren betaalt, ontstaat waarschijnlijk de mogelijkheid van regres, zie artikel 6:10 BW, 6:101 BW en 6:102 BW. Bij borgstelling wordt regres geregeld in artikel 7:866 BW. Wanneer een garant betaalt, voldoet hij een eigen schuld. In beginsel bestaat voor een garant dan niet de mogelijkheid om regres te nemen.

304 HR 22 december 1995, *NJ* 1996/300. In het arrest inzake Hoog Catherijne is expliciet bepaald dat een garantie een contractuele bepaling is, waarvan de inhoud en de rechtsgevolgen, gelijk iedere andere contractuele bepaling, vastgesteld moeten worden door de uitleg daarvan,

305 Zie paragraaf 9.6.4.

306 Dat kan de betaling van een geldsom zijn, maar ook een andersoortige prestatie. Zie bijvoorbeeld HR 13 januari 1961, *NJ* 1961/364. Een uitzondering hierop wordt gemaakt voor de 'particuliere borg' die eveneens wordt beschermd door de bepalingen inzake borgstelling ook wanneer het niet gaat om een borgstelling waarbij de borg zich verplicht tot het leveren van dezelfde prestatie als de hoofdschuldenaar, zie artikel 7:863 BW jo. 7:857 BW. De 'particuliere borg' wordt hier buiten beschouwing gelaten.

Bij een garantieovereenkomst komt de moedervennootschap met een schuldeiser van de dochtervennootschap overeen dat de moedervennootschap tot een bepaalde prestatie zal zijn gehouden wanneer de dochtervennootschap haar verplichting niet nakomt. Dat kan bijvoorbeeld zijn dat de moedervennootschap ieder nadeel dat de schuldeiser daardoor lijdt, zal compenseren, maar ook kan gedacht worden aan een terugkoopregeling.[307] Anders dan bij borgtocht, hoeft een garantie niet in te houden dat de partij die zich sterk maakt dezelfde prestatie zal leveren als waartoe de hoofdschuldenaar was verplicht.

Bij garanties wordt onderscheid gemaakt tussen accessoire garanties en zelfstandige garanties. De partij die zich sterk maakt is gehouden om jegens de schuldeiser te presteren, wanneer de schuldenaar zijn verplichtingen niet nakomt. In zoverre is de verplichting van de partij die zich sterk maakt 'accessoir' aan de verplichting van de schuldenaar. Hiervan valt te onderscheiden de situatie waarin een garant zich verplicht om een bepaalde prestatie te verrichten wanneer een derde nalaat iets te doen, waartoe die derde overigens niet verplicht is. Een goed voorbeeld hiervan is de bankgarantie. Daarbij heeft de bank een eigen verplichting jegens de schuldeiser wanneer de schuldeiser de bankgarantie inroept. De verplichting van de bank om jegens de schuldeiser te presteren, is niet afhankelijk van een verplichting van de hoofdschuldenaar jegens de schuldeiser.[308]

Wanneer binnen de groepsvrijstellingsregeling zou worden gekozen voor een garantie, dan zou de moedervennootschap steeds een garantieovereenkomst dienen aan te gaan met de schuldeisers van de dochtervennootschap. Dat kan op praktische bezwaren stuiten. Steeds zal moeten worden beoordeeld of de overeenkomst rechtsgeldig tot stand is gekomen en eventueel zal de vraag opkomen of deze overeenkomst kan worden aangetast. Daarnaast zal de vraag zich voordoen wat de exacte inhoud van die garantieovereenkomst is, waarbij partijbedoelingen, uitingen en gedragingen een rol kunnen spelen. Het gebrek aan een vastomlijnde wettelijke regeling inzake de garantstelling en de rechtsgevolgen daarvan kan een bron van rechtsgeschillen vormen.

9.6.7 Overeenkomst tussen de moedervennootschap en de dochtervennootschap waarbij de moedervennootschap zich sterk maakt voor de dochtervennootschap

In plaats van een garantieovereenkomst tussen de moedervennootschap en de schuldeiser van de dochtervennootschap kan ook worden gedacht aan een algemene garantstelling welke eenmalig tot stand komt tussen de moedervennootschap en de dochtervennootschap. De moedervennootschap komt met de dochtervennootschap

307 Zie Blomkwist 2012, nr. 7.

308 Hof Amsterdam 18 augustus 2000, *JOR* 2000/205. Zie ook MvA II, *Parl. Gesch.* Boek 7, p. 443, waarin is bepaald dat een (abstracte) bankgarantie geen borgtocht is.

overeen dat zij zich sterk zal maken voor de dochtervennootschap. Een dergelijke overeenkomst wordt gezien als een *species* van de garantieovereenkomst.[309]

Een overeenkomst waarbij de moedervennootschap zich sterk maakt voor de dochtervennootschap leidt tot een gecompliceerde situatie. De schuldeiser van de dochtervennootschap is niet direct bij een dergelijke overeenkomst betrokken, hetgeen uitzonderlijk is. De overeenkomst is een rechtsfiguur waarbij middels een rechtshandeling verbintenissen worden gevestigd ten behoeve van de ene partij en ten laste van de andere, of ten behoeve en ten laste van beide partijen over en weer.[310] Het doen ontstaan van een rechtsbetrekking tussen de bij de overeenkomst betrokken partijen, is een wezenskenmerk van de overeenkomst en het uitgangspunt is dan ook dat partijen (slechts) hun eigen onderlinge rechtsverhouding regelen wanneer zij met elkaar een overeenkomst sluiten.[311] Overeenkomsten strekken er niet toe om verbintenissen te scheppen ten behoeve en/of ten laste van derden.[312] Uiteraard is dit uitgangspunt terug te voeren op het adagium:

> *"Res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest."*[313]

Wanneer krachtens een overeenkomst rechten en verplichtingen kunnen worden opgelegd aan derden, zou dat strijdig zijn met de partijautonomie. In de huidige toepassing van het 403-regime wordt dit beginsel geschonden.[314] Dat zou bij een garantstelling die de moeder en de dochtervennootschap niet anders zijn, wanneer de garantstelling aan de schuldeisers van de dochtervennootschap wordt opgedrongen.

Uiteraard zijn er uitzonderingen mogelijk op voornoemd uitgangspunt. De partijautonomie staat niet in de weg aan de verkrijging van rechten of plichten door een derde wanneer dat niet tegen de wil van die derde is.[315] Uiteraard is naast de vereiste aanwezige wil ook vereist dat de wil zich heeft geopenbaard middels een op rechtsgevolg beoogde wilsuiting.

Wanneer een moedervennootschap en een dochtervennootschap met elkaar overeenkomen dat de moedervennootschap jegens schuldeisers van de dochtervennootschap garant zal staan en een schuldeiser deze garantstelling aanvaardt, bijvoor-

309 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014, nr. 532.

310 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014, nr. 28 en verder Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014, nr. 518.

311 Dit lijkt ook het uitgangspunt van de wetgever te zijn, zie artikel 6:213 BW en artikel 6: 261 BW.

312 Zie hierover onder meer HR 1 februari 1985, *NJ* 1985/466; HR 26 mei 2000, *NJ* 2000/640 en HR 30 september 2005, *NJ* 2008/513.

313 Vertaald als "Een rechtshandeling kan anderen dan degenen tussen wie zij is verricht, noch schaden noch voordeel brengen".

314 Kennelijk wordt toegelaten dat de moedervennootschap middels een eenzijdige verklaring een vorderingsrecht kan toevoegen aan het vermogen van de schuldeisers van de dochtervennootschap.

315 Kortmann 1993, p. 137 e.v.

beeld door de moedervennootschap op basis van de garantstelling aan te spreken, dan wordt de partijautonomie van de schuldeiser niet geschonden. De binding van de schuldeiser komt dan ook niet tot stand door de garantieovereenkomst die wordt gesloten tussen de moedervennootschap en de dochtervennootschap, maar door de aanvaarding van de garantstelling door de schuldeisers.

De wetgever heeft goed voor ogen gehad dat het in voorkomende gevallen gewenst kan zijn dat bepaalde afspraken tussen contractspartijen werken ten opzichte van derden.[316] Daarom is er een aantal wettelijke uitzonderingen op het uitgangspunt dat een overeenkomst geen verbintenissen kan scheppen ten aanzien van derden.[317] Daarnaast kan de redelijkheid en billijkheid ruimte geven om van het voornoemde uitgangspunt af te wijken.[318] Een vaste lijn is op basis van de jurisprudentie niet te geven.

Wanneer een moedervennootschap met een dochtervennootschap overeenkomt dat zij zich sterk maakt voor de dochtervennootschap, dan zal dat er niet toe leiden dat een derde partij daaraan is gebonden. De moedervennootschap zal niet door de derde partij kunnen worden aangesproken om de verplichting van de dochtervennootschap te voldoen. Afhankelijk van de bewoordingen, zal de moedervennootschap, die zich sterk maakt voor een dochtervennootschap, in beginsel gehouden kunnen worden om derde partijen schadeloos te stellen wanneer de dochtervennootschap niet doet wat van haar mag worden verwacht.[319] Dit lijkt mij voer voor discussie. Los van de vraag of daadwerkelijk aansprakelijkheid bestaat, zal ook de vraag naar de omvang van de schade eenvoudig aanleiding kunnen geven tot een rechtsstrijd.

9.6.8 *Comfort letter* of patronaatsverklaring

Een andere vorm van garant stellen kan worden gevonden in de niet nader omkaderde patronaatsverklaring.[320] Het Nederlandse rechtsstelsel kent een open systeem

316 Het oude BW kende de specifieke bepaling waarin uitdrukkelijk was geregeld dat een overeenkomst geen bindende werking had ten aanzien van derden; artikel 1351 en 1376 BW (oud). Deze bepalingen zijn geschrapt.

317 Afdeling 6.5.4 BW regelt de volgende vier mogelijkheden waarin derden verbintenissen kunnen ontlenen aan overeenkomsten waarbij zijzelf geen partij zijn: kwalitatieve rechten (art. 6:251 BW), kwalitatieve verbintenissen (art. 6:252 BW), het beding ten behoeve van een derde (art. 6:253-256 BW) en het inroepen van verweermiddelen door een ondergeschikte van een partij (art. 6:257 BW).

318 Zie HR 7 maart 1969, *NJ* 1969/249; HR 12 januari 1979, *NJ* 1979/362 en HR 21 januari 2000, *NJ* 2000/553. Voor afwijzingen van een beroep op doorwerking van een beding jegens een derde zie HR 25 maart 1966, *NJ* 1966/279; HR 30 juni 1978, *NJ* 1978/694; HR 20 juni 1986, *NJ* 1987/35; HR 9 juni 1989, *NJ* 1990/40 en HR 28 juni 1996, *NJ* 1997/494.

319 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014, nr. 531.

320 De patronaatsverklaring kent verschillende vormen, maar ook veel verschillende benamingen. Zie bijvoorbeeld Kruisinga & Leber 2010: "De term comfort letter is een verzamelbegrip. In Nederland en België wordt een comfort letter ook wel aangeduid met de term patronaatsver-

waarin allerhande overeenkomsten door de praktijk kunnen worden bedacht en worden ontwikkeld. De patronaatsverklaring is een dergelijke buitenwettelijke rechtsfiguur die is ontwikkeld in de praktijk. Het is een verzamelbegrip voor velerlei verklaringen die strekken ten gunste van een of meer bekende of onbekende wederpartijen van de dochtermaatschappij.[321]

Bij de patronaatsverklaring zijn in de regel drie partijen betrokken. De moedervennootschap, de dochtervennootschap en de (toekomstig) crediteur. In een patronaatsverklaring beoogt de moedervennootschap het vertrouwen te wekken dat de vorderingen van de crediteur zullen worden voldaan. Een moedervennootschap geeft bijvoorbeeld een patronaatsverklaring af wanneer zij een crediteur wil bewegen om een overeenkomst aan te gaan met de dochtervennootschap[322] of wanneer een dochtervennootschap een krediet wenst aan te gaan.

Anders dan bij borgtocht, waar de borg zelf tot nakoming over zal moeten gaan wanneer de hoofdschuldenaar in gebreke blijft, rust er bij een patronaatsverklaring een verplichting op de zekerheidsverschaffer om ervoor te zorgen dat de hoofdschuldenaar zijn verplichtingen nakomt. Bij een patronaatsverklaring richt de zekerheidsverschaffer zich tot de hoofdschuldenaar terwijl de zekerheidsverstrekker zich bij borgtocht of garantie tot de schuldeiser richt.

Of er voor een schuldeiser een rechtens afdwingbaar vorderingsrecht uit een patronaatsverklaring kan voortvloeien, is afhankelijk van de gestelde bewoordingen. Om als alternatief voor een 403-verklaring te kunnen dienen, zal een patronaatsverklaring een schuldeiser van de dochtervennootschap de mogelijkheid moeten geven om bij de moedervennootschap af te kunnen dwingen dat de dochtermaatschappij haar uit rechtshandeling voortvloeiende schulden voldoet. Heeft een schuldeiser een dergelijke mogelijkheid niet, dan wordt de waarborgfunctie van artikel 2:403 BW te veel ondermijnd.

Wanneer een schuldeiser op basis van een patronaatsverklaring een rechtsvordering jegens de moedervennootschap kan instellen wanneer de schuldeiser een vordering heeft op de dochtervennootschap, dan wordt een koppeling gemaakt tussen de hoofdvordering en de rechtsvordering. Dit heeft de kenmerken van een afhankelijk nevenrecht. Logischerwijs kan de moedervennootschap pas worden aangesproken op basis van een patronaatsverklaring wanneer de dochtervennootschap niet (of niet tijdig of correct) haar verplichtingen nakomt. Daarom zal sprake zijn van subsidiariteit.

---

klaring. Andere benamingen zijn onder andere letter of awareness, keep well statement, kapitaalinstandhoudingsverklaring en letter of responsibility."

321 Patronaatsverklaring kan worden gezien als een verzamelbegrip van allerlei verklaringen in de vorm van een meerpartijenovereenkomst. Patronaatsverklaringen strekken ten gunste van een of meer wederpartijen van de dochtermaatschappij. Zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 21 mei 2008, *JOR* 2008, 285 m.nt. Bertrams en Rb. Utrecht 12 februari 2003, *JOR* 2003, 125 m.nt. Bertrams.

322 Spierings 2012, par. 2.1.1 en Smits 2003, p. 43 en Cauffman 2005, p. 335 e.v.

Ten aanzien van de patronaatsverklaring geldt, evenals met betrekking tot overige vormen van garanties, dat de wet geen nadere invulling aan deze rechtsfiguur geeft. Een nadere wettelijke uitwerking van de patronaatsverklaring zou dit probleem kunnen ondervangen en in dat geval lijkt het mij niet uitgesloten dat een patronaatsverklaring een alternatief zou kunnen zijn voor een 403-verklaring. De grondgedachte achter de patronaatsverklaring en die achter een 403-verklaring lijken niet al te ver uit elkaar te liggen. Maar omdat de patronaatsverklaring een in de praktijk ontwikkeld fenomeen is en een wettelijk kader ontbreekt en omdat de schuldeiser eveneens betrokken dient te zijn bij de totstandkoming van een patronaatsverklaring, lijkt ook deze vorm van garantie geen passend alternatief voor een 403-verklaring te zijn.

9.6.9 Garantstelling leidt tot onduidelijkheden

Onder het OBW werd verdedigd dat borgstelling een variant was van de rechtsfiguur garantie. Hoewel dit niet wordt ondersteund door de wet en ook niet als zodanig blijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad, kan op basis van de literatuur worden aangenomen dat de opvatting dat borgtocht een *species* was van de garantie de heersende opvatting was.

In de parlementaire geschiedenis die ten grondslag ligt aan de groepsvrijstellingsregeling, wordt herhaaldelijk aangegeven dat de moedervennootschap zich garant diende te stellen voor schulden van de dochtervennootschap. Met de wetenschap dat borgstelling werd beschouwd als *species* van de garantstelling en met de wetenschap dat 'garant stellen', 'in staan voor', 'zich sterk maken' of woorden van gelijke strekking werden gebruikt voor een zekerheid die een (vorm van) borgstelling inhield, kan het gebruik van deze termen in het juiste perspectief worden geplaatst. In de overwegingen die ten grondslag liggen aan de groepsvrijstellingsregeling is waarschijnlijk borgtocht (als vorm van garantie) in het achterhoofd gehouden als de vorm van zekerheid die door de moedervennootschap diende te worden verstrekt. Zonder nadere onderbouwing verschijnt de term 'hoofdelijk' ineens in de uiteindelijke tekst van de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling. Nu de overwegingen die ten grondslag liggen aan de groepsvrijstellingsregeling steeds spreken over een garantstelling, lijkt hoofdelijkheid een *slip of the pen* te zijn. De keuze voor hoofdelijkheid wordt niet ondersteund door de aan de groepsvrijstellingsregeling ten grondslag liggende beraadslaging en overwegingen van de wetgever.

Onder het OBW was de keuze voor het opnemen van de term 'garant stellen' in de groepsvrijstellingsregeling verdedigbaar geweest. De rechtsfiguur garantstelling kon worden ingevuld met de bepalingen van borgtocht, zodat door de wet werd voorzien in een voldoende duidelijke invulling aan de groepsvrijstellingsregeling op dit vlak. Onder het huidige recht dat geldt sinds de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek in 1992, is het gebruik van de term 'garantstellen' niet langer verdedigbaar.

Een mooie bijkomstigheid van het opnemen van de term garantie in de groepsvrijstellingsregeling zou zijn dat de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling in lijn zou zijn met het Europese recht zodat iedere discussie daaromtrent in de kiem is gesmoord. Maar nu de garantie in het Nederlandse recht niet nader is gekwalificeerd of geregeld, is conformatie aan de richtlijn af te raden. Dat geldt mogelijk ook voor andere Europese landen, aangezien alleen het Franse recht een wettelijk geregelde garantie kent.

De in de Europese richtlijn gebezigde term 'garantie' is niet geschikt voor implementatie in de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling. Het jaarrekeningenrecht is grotendeels geharmoniseerd. De door de moedervennootschap te verstrekken zekerheid is echter een component van de groepsvrijstellingsregeling die met name haar uitwerking heeft in het Nederlands vermogensrecht. Het vermogensrecht is niet geharmoniseerd. Wanneer er een Europees Wetboek zou komen, zou de te verstrekken zekerheid in het kader van het groepsregime moeten aansluiten bij dit Europees vermogensrecht. Maar dat is voorlopig niet aan de orde. De 403-regeling kent jaarrekeningrechtelijke componenten, ondernemingsrechtelijke componenten en verbintenisrechtelijke componenten. Bij een arrest waarbij de vraag naar de vermogensrechtelijke duiding van de 403-aanspraak voorop stond, merkte Wibier op:[323]

> "In de hier te bespreken zaak over de 403-verklaring betreden wij het grensvlak tussen het ondernemingsrecht van Boek 2 BW en het vermogensrecht van Boek 6 BW."

Aangezien het huidige Nederlands vermogensrecht niet Europees ie en we een Nederlands Burgerlijk Wetboek hebben, is het van belang dat de rechtsfiguur die wordt gekozen voor de te verstrekken zekerheid in het kader van de groepsvrijstellingsregeling valt in te passen in het Nederlandse rechtssysteem. De zekerheid zal worden verstrekt aan schuldeisers van Nederlandse dochtervennootschappen, want de vrijstelling mag alleen worden toegepast op Nederlandse entiteiten. Daarmee zijn internationale verhoudingen niet uitgesloten, maar het merendeel van de 403-vorderingen zal worden beheerst door Nederlands recht. Het is dus logischer dat de zekerheid die op basis van een 403-verklaring wordt verstrekt, naadloos aansluit op het Nederlandse vermogensrecht. Een rechtsfiguur die in een Europese richtlijn wordt genoemd, maar die we in het Nederlandse recht niet kennen, leidt tot onnodige problemen en onduidelijkheden.

De garantstelling – in al haar verschijningsvormen – is onder huidig Nederlands recht een niet nader geregelde rechtsfiguur. Het lijkt erop dat de term 'garantie' onder het huidige recht niet meer nader kan worden ingevuld als borgtocht. Hiermee laat de rechtsfiguur garantie naar mijn idee teveel leemtes open om als alternatief te kunnen dienen voor de hoofdelijke aansprakelijkheid, die nu is opgenomen in de groepsvrijstellingsregeling. De invulling van een garantie is niet vastomlijnd. Sterker nog, deze is volledig vrij gelaten. Anders dan bij hoofdelijke aansprakelijk-

323 Wibier 2015, p. 778.

heid en borgstelling, kent de wet geen bepalingen die een vast kader geven aan een garantie.

De contractsvrijheid creëert flexibiliteit en speelruimte maar ook grond voor juridische geschillen. Getwist kan worden over verschillende aspecten van de reikwijdte van een garantstelling. Daarbij speelt bovendien de bedoeling van partijen een rol, wat een onzekere factor creëert. De vraag is voorts of de overeenkomst van garantstelling geldig tot stand is gekomen en of deze overeenkomst niet kan worden aangetast. Voorts kan discussie ontstaan onder welke omstandigheden een garant kan worden aangesproken.

Bij een garantstelling ontbreekt het in beginsel aan interne regresregelingen. Wanneer een garant wordt aangesproken en is gehouden om een prestatie te voldoen, dan voldoet de garant een eigen schuld. In beginsel kan de garant geen regres nemen. In de situatie waarbij een moedervennootschap verplichtingen van een dochtervennootschap nakomt, kan dit tot ongewenste uitkomsten leiden. Voor de moedervennootschap, maar ook voor bij de moedervennootschap betrokken partijen.[324]

9.7 Nadere regelingen in de 403-verklaring of bij overeenkomst, nadere instructies

9.7.1 Wilsrecht, alternatieve hoofdelijkheid en garantie zijn niet aanvaard

Onder de huidige groepsvrijstellingsregeling en de uitleg die de Hoge Raad daaraan geeft, zal niet snel worden aanvaard dat de 403-aanspraak het karakter heeft van een wilsrecht, een garantie of van een borgtocht. Ook lijkt het bijzondere karakter van de 403-aanspraak geen reden te zijn om een alternatieve invulling te geven aan de rechtsfiguur hoofdelijkheid (*sui generis*-karakter). De aanspraak op de moedervennootschap die voortvloeit uit een standaard-403-verklaring, kwalificeert als een zelfstandig vorderingsrecht waarop de regels inzake hoofdelijkheid onverkort van toepassing zijn.

De vraag is of er binnen de door de wetgever en de Hoge Raad gestelde grenzen nog uitwegen zijn om aan de strikte toepassing van de regels inzake hoofdelijkheid te ontkomen. In deze paragraaf zullen enkele alternatieve ideeën de revue passeren.

324 Hierbij valt te denken aan partijen die een belang hebben bij de moedervennootschap zoals aandeelhouders van de moedervennootschap, andere dochtervennootschappen van de moedervennootschap, schuldeisers van de moedervennootschap, werknemers van de moedervennootschap etc.

9.7.2 Uitleg 403-aanspraak is gebaseerd op standaardtekst artikel 2:403 lid 1 sub f BW

De aansprakelijkheid van een moedervennootschap wordt gebaseerd op de 403-verklaring.[325] De uitleg die de Hoge Raad in zijn uitspraken aan de 403-aanspraak heeft gegeven, heeft betrekking op de zekerheid die voortvloeit uit een 403-verklaring die conform artikel 2:403 lid 1 sub f BW is opgesteld. Om de omvang, typering en invulling van de 403-aanspraak te kunnen vaststellen, is de tekst van de 403-verklaring bepalend. Voorop zij gesteld dat het volstrekt logisch is om de tekst van een 403-verklaring exact aan te laten sluiten bij artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Door de tekst in de verklaring overeen te laten stemmen met de wettekst, wordt voorkomen dat er door de moedervennootschap meer of minder aansprakelijkheid wordt aanvaard dan strikt noodzakelijk is.

Inmiddels is gebleken – en voor een uitgebreide beschouwing hiervan wordt verwezen naar het eerste onderdeel van deze dissertatie – dat de standaardtekst van een 403-verklaring tot resultaten leidt, die onbevredigend lijken te zijn voor de rechtspraktijk. In het ING/Akzo-arrest[326] heeft de Hoge Raad bepaald dat een schuldenaar geen recht kan ontlenen aan artikel 2:403 BW maar uitsluitend aan de gedeponeerde verklaring. Daarmee staat in principe de deur open om de aansprakelijkheid vorm te geven. Om ongewenste effecten van een standaard-403-aanspraak te vermijden, zou kunnen worden overwogen om afwijkende bedingen op te nemen in een 403-verklaring.

9.7.3 Accessoriteit opnemen in een 403-verklaring

Door accessoriteit op te nemen in een 403-verklaring, kan een 403-vordering accessoir worden gemaakt. Accessoriteit zou de problemen, die ontstaan wanneer de hoofdvordering en de 403-vordering in verschillende handen terechtkomen, kunnen voorkomen. Eveneens worden onduidelijkheden voorkomen die kunnen ontstaan in situaties van schikking en verjaring.

Een verklaring waarin is bepaald dat alleen aansprakelijkheid wordt erkend jegens schuldeisers van de dochtervennootschap en niet jegens oud-schuldeisers van de dochtervennootschap lijkt niet strijdig te zijn met artikel 2:403 lid 1 sub f BW en de ratio achter de groepsvrijstellingsregeling.[327]

---

325 De inhoud van de 403-verklaring moet worden begrepen tegen de achtergrond dat zij dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van een geconsolideerde jaarrekening, zie HR 20 maart 2015, *JOR* 2015/140 (SNS), *r.o.* 4.31.1. Zie ook Rongen 2012, p. 1303 en Bartman in zijn noot onder Rb. Maastricht 1 juni 2011, *JOR* 2001/357.

326 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447 (ING/Akzo).

327 Zie Reimers die het mogelijk acht om een dergelijke afhankelijkheid in een 403-verklaring op te nemen.

Toegegeven moet worden dat het opnemen van bewoordingen die afwijken van artikel 2:403 lid 1 sub f BW niet in lijn zijn met de strikte bewoordingen van deze bepaling. Daartegenover staat dat een accessoir karakter past bij de strekking van een 403-verklaring, die tot doel heeft een schuldeiser van de dochtervennootschap zekerheid te verschaffen. De gedachte dat een accessoir karakter goed past bij de zekerheid die een 403-aanspraak een schuldeiser dient te geven, wordt gesterkt tegen de achtergrond van de daaraan ten grondslag liggende parlementaire geschiedenis waarin onder meer wordt gesproken van een garantstelling.

9.7.4 Subsidiariteit opnemen in een 403-verklaring

Om te voorkomen dat een schuldeiser wordt geconfronteerd met een ongewilde prestatie van de moedervennootschap, zou eveneens een tekst voor een 403-verklaring kunnen worden opgesteld op basis waarvan naast accessoriteit ook subsidiariteit wordt gecreëerd. Subsidiariteit past bij het karakter waarbij de moedervennootschap zich aansprakelijk verklaart voor een schuld die haar niet aangaat. De moedervennootschap verklaart zich aansprakelijk voor een schuld van een derde partij. Het betreft niet haar eigen schuld.

Over de vraag of subsidiariteit past bij het karakter van een 403-verklaring kan worden getwist. Wordt er een meer concernrechtelijke visie op nagehouden, dan is subsidiariteit niet per se voor de hand liggend.[328] Een concernrechtelijke blik brengt met zich dat de onderling met elkaar als groep verbonden juridische entiteiten als een geheel moeten worden beschouwd. Er wordt als het ware door de juridische structuur heen gekeken. Dat is *de facto* ook het effect van een geconsolideerde jaarrekening. De cijfers van het concern, de hele groep, worden samengesmeed en gepresenteerd alsof sprake is van een geheel. Wordt de gehele groep als een geheel gezien, dan is het moeilijk te billijken dat de interne juridische structuur van die groep aan hem kan worden tegengeworpen. Conceptueel gezien, past subsidiariteit minder goed bij de benadering van het concern als een groep. Wanneer ‘de groep’ wordt aangesproken, zal de groep moeten nakomen. Hoe de verschillende juridische entiteiten dat vervolgens onderling regelen, is een interne aangelegenheid die kan worden opgelost middels regres.

9.7.5 De kwalificatie borgtocht

Door in een 403-verklaring een tekst op te nemen die afhankelijkheid en subsidiariteit regelt, zou de uit die verklaring voortvloeiende aansprakelijkheid mogelijk kwalificeren als borgtocht. Daarvoor is wel vereist dat sprake is van een overeen-

328 Zie ook paragraaf 9.3.1.

komst. De 403-verklaring zal daarvoor moeten gelden als een aanbod. Dit aanbod zal door een schuldeiser van de dochtervennootschap moeten worden aanvaard.

Een 403-aanspraak die kwalificeert als borgtocht, lijkt door de Hoge Raad te zijn uitgesloten in het ING/Akzo-arrest.[329] Het ging in dat arrest echter over de vraag of een aanspraak, die voortvloeit uit een 403-verklaring die geheel volgens artikel 2:403 lid 1 sub f BW is opgesteld, kwalificeert als borgtocht. Dat is volgens de Hoge Raad niet het geval. Het oordeel kan anders uitvallen wanneer in een 403-verklaring subsidiariteit en accessoriteit is opgenomen.

Het feit dat borgtocht een *species* is van het *genus* hoofdelijke verbintenis zou juist een juridisch-technisch argument opleveren dat het in een 403-verklaring opnemen van aanvullende bepalingen, die in lijn zijn met de rechtsfiguur borgtocht legitimeert. Anderzijds kan worden betoogd dat ten aanzien van een 403-vordering die is gebaseerd op een standaard-403-verklaring steeds kan worden gesproken van borgtocht, ook als daarin geen subsidiariteit en accessoriteit zijn opgenomen.

Zou worden geoordeeld dat een 403-verklaring een overeenkomst van borgtocht tot stand brengt, dan kan nog steeds worden betoogd dat daarmee een vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid door de moedervennootschap is afgegeven.[330] Borgtocht valt immers onder hoofdelijke aansprakelijkheid. Daarmee zou dan worden voldaan aan het vereiste van artikel 2:403 lid 1 sub f BW, waarin (een vorm van) hoofdelijke aansprakelijkheid wordt vereist.

Borgtocht draagt meer dan de reguliere hoofdelijkheid de kenmerken van wat in de rechtspraktijk ook wel een garantie wordt genoemd.[331] Daarmee is de borgtocht wel in lijn met het Europese recht[332] en sluit een borgtocht aan bij de parlementaire geschiedenis waar herhaaldelijk over een garantie/garantstelling wordt gesproken (en niet over hoofdelijkheid).

9.7.6 Risico's bij het opnemen van aanvullende bedingen in een 403-verklaring

De vraag of en zo ja welke tekstuele afwijkingen in de 403-verklaring toelaatbaar zijn, zal uiteindelijk door de rechter moeten worden beantwoord. Daarbij zal de

329 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447 (ING/Akzo).

330 Borgtocht is een vorm van hoofdelijk schuldenaarschap. Vgl. Schoordijk 2003, p. 62 e.v.; conclusie A-G Wesseling-van Gent bij HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447 (ING/Akzo) onder 2.24 en *Parl. Gesch.* Boek 7 BW, p. 418, 422 en 426. Anders: Van Boom 1999, p. 38.

331 Zie echter uitgebreid hierover paragraaf 6.9.

332 De Hoge Raad heeft bepaald dat de Europese regelgeving niet van invloed is op de uitleg van de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling. Echter, bij de toepassing van het nationale recht, ongeacht of het daarbij gaat om bepalingen die dateren van een eerdere of latere datum van de richtlijn, dient de rechter deze zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, zodat het hiermee beoogde resultaat wordt bereikt, zie HvJ EG 13 november 1990, nr. C-106/89, *Jur.* 1990, I-4135 (Marleasing), *r.o.* 8. Ook al dateert de Nederlandse regeling van vóór de Europese richtlijn, dan dient het beginsel van richtlijnconforme uitlegging juist in het bijzonder te worden toegepast, zie HvJ EG 16 december 1993, nr. C-334/92, *Jur.* 1993, I-6911 (Wagner Miret), *r.o.* 21.

vraag cruciaal zijn of de in de 403-verklaring opgenomen afwijking toelaatbaar is. Een afwijking kan als toelaatbaar worden beschouwd wanneer de afwijking geen afbreuk doet aan de bescherming van schuldeisers, zodat de betreffende verklaring voldoende waarborg biedt om als (toereikende) 403-verklaring te kunnen kwalificeren. Een strikte benadering zal waarschijnlijk leiden tot de conclusie dat er een ontoelaatbare beperking in de 403-verklaring is opgenomen.[333]

De discussie over de vraag of een opgenomen beperking toelaatbaar is of niet, speelt zich af binnen het jaarrekeningenrecht en in beginsel niet binnen het verbintenissenrecht. Wanneer een procedure wordt gevoerd waarin de aansprakelijkheid van de moedervennootschap centraal staat, dan maakt het voor de vaststelling van de aansprakelijkheid van de moedervennootschap niet uit of de verklaring voldoet aan de minimumvereisten van artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Verbintenisrechtelijk houdt iedere beperking die in een 403-verklaring is opgenomen stand. Een ontoelaatbare beperking leidt jaarrekeningrechtelijk wel tot de consequentie dat er geen rechtsgrond bestond om de vrijstelling van artikel 2:403 BW te mogen toepassen.[334] Omdat de jaarrekening dan niet overeenkomstig Titel 9 van Boek 2 BW heeft plaatsgevonden, kan civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid volgen.[335] Voor de bestuurders van de dochtervennootschap kunnen er zodoende alsnog enkele onprettige verbintenisrechtelijke consequenties aan een niet-toelaatbare beperking kleven.

Enerzijds is eenvoudig vast te stellen of een 403-verklaring 'toereikend' is of niet. Wordt ten nadele van schuldeisers afgeweken, dan is de 403-verklaring niet toereikend. Maar wanneer leiden schuldeisers nadeel? Moet er sprake zijn van daadwerkelijk geleden nadeel? Is een 403-verklaring ontoereikend wanneer de verhaalsmogelijkheden worden beperkt of moet er daadwerkelijk – materieel – nadeel worden geleden? Op dit vlak bestaat geen jurisprudentie.[336] Dat is begrijpelijk. Schuldeisers zijn geïnteresseerd naar hun verhaalsmogelijkheden. De temporele en de materiële reikwijdte van de aansprakelijkheid van de moedervennootschap die een 403-verklaring deponeerde, zijn uitvoerig in de rechtspraak aan de orde geweest. In het antwoord op de vraag of de dochtervennootschap tijdig haar jaarrekening heeft gepubliceerd zijn schuldeisers een stuk minder geïnteresseerd.[337] Partijen die interesse zouden kunnen hebben in het antwoord op deze vraag is de dochtervennootschap zelf, wanneer zij overweegt haar bestuurders

333 Zie onder meer Nass & Nass 2014, par. 2.2; De Neve 2002; OK 1 februari 2007, *JOR* 2007/144 en OK 28 februari 2007, *JOR* 2007/145. Beckman is eveneens van mening dat een limitering in een aansprakelijkheidsverklaring geoorloofd is, maar stelt wel dat het omstreden is om elke limitering in de 403-verklaring op te nemen, wil het groepsregime nog rechtmatig kunnen worden toegepast, zie Beckman 1995, p. 763.

334 Bartman 2015, p. 809.

335 Nass & Nass 2014, par. 2.2.

336 Nass & Nass 2014.

337 In het kader van de publicatie van de jaarrekening zij gewezen op de mogelijkheid die belanghebbenden hebben om een jaarrekeningprocedure te starten (artikel 2:448 BW), zie hierover onder meer Kemp 2015, 3.8.5.

aansprakelijk te stellen en een curator van een gefailleerde dochtervennootschap die op zoek is naar verhaal op grond van artikel 2:138/2:248 BW.[338]

De onbekendheid op dit vlak brengt onzekerheid met zich. De risico's die een van artikel 2:403 lid 1 sub f BW afwijkende formulering met zich brengt, leidt tot de conclusie dat deze weg op voorhand niet kan worden aangemerkt als een geschikte oplossing van de 403-problemen. De mogelijke consequenties voor de bestuurders van de dochtervennootschap (en hun adviseurs) zijn weinig aantrekkelijk.

9.7.7 Aanwenden instructiebevoegdheid

Ter voorkoming van problemen die worden veroorzaakt door het in verschillende handen geraken van de hoofdvordering en de 403-vordering, is nog een andere oplossing genoemd. Betoogd is dat de moedervennootschap haar instructiebevoegdheid[339] kan aanwenden teneinde de dochter te instrueren dat zij bij haar contractspartijen bedingt dat eenmaal ontstane 403-vorderingen niet separaat over zullen worden gedragen.[340] Deze oplossing lijkt mij omslachtig. Dit zal telkens bij iedere rechtshandeling door de dochtervennootschap moeten worden bedongen. Bovendien zal met een kettingbeding moeten worden gewerkt, omdat opvolgend schuldeisers van de dochtervennootschap niet gebonden zullen zijn aan een dergelijke afspraak en zelfstandig een nieuwe 403-vordering verkrijgen die weer vrijelijk overdraagbaar is. Bovendien is voor de mogelijkheid tot het geven van instructies vereist dat de moedervennootschap de overheersende zeggenschap heeft binnen een orgaan van de dochtervennootschap. Wanneer de moedervennootschap meerderheidsaandeelhouder is, zal zij mogelijk de overheersende zeggenschap binnen de aandeelhoudersvergadering hebben. Maar opgemerkt zij dat voor de groepsband niet is vereist dat er sprake is van een aandeelhoudersrelatie. Er kleven naar mijn idee teveel praktische bezwaren aan deze voorgestelde oplossing.

9.8 De 403-verklaring als borgtocht

9.8.1 Inleiding

In voorgaande paragrafen is een aantal alternatieve benaderingen bekeken die een oplossing zouden moeten bieden voor een aantal 403-problemen die worden veroorzaakt door het bestaan van verschillende zelfstandige vorderingsrechten. In

338 Onder meer genoemd door De Neve 2002.

339 Zie 2:239 lid 4 BW, wat de mogelijkheid opent voor de aandeelhoudersvergadering (gevormd door de moedervennootschap) om het bestuur van de dochtervennootschap te instrueren.

340 Bartman 2015, p. 809.

de navolgende paragrafen zal een alternatieve benadering worden behandeld waarbij het recht dat voortvloeit uit een 403-verklaring wordt gekwalificeerd als borgtocht.

9.8.2 De geschiedenis van borgtocht

9.8.2.1 Inleiding

De groepsvrijstellingsregeling is geïntroduceerd in de jaren zeventig, onder het OBW. Onder het OBW werd een andere invulling gegeven aan het begrip hoofdelijkheid dan in het huidige Burgerlijk Wetboek dat in 1992 werd ingevoerd. De ontwikkeling van de rechtsfiguur hoofdelijkheid[341] hangt samen met de ontwikkeling van de rechtsfiguur borgtocht omdat het door de geschiedenis heen vaak de vraag was of sprake was van óf hoofdelijkheid, óf borgtocht.

In de navolgende paragrafen zal een zeer beknopte beschrijving worden gegeven van de ontwikkeling van de rechtsfiguur borgtocht.[342] Het accent is gelegd op de ontwikkeling van enkele karakteristieke aspecten van borgtocht, zoals subsidiariteit en het bestaan van slechts één schuld (en één daarmee corresponderend vorderingsrecht) en meerdere verbintenissen. De voornaamste focus ligt echter op de vraag hoe de rechtsfiguur borgtocht zich heeft verhouden tot de rechtsfiguur hoofdelijkheid.

Door de tijd heen was het onderscheid tussen de rechtsfiguren borgtocht en hoofdelijkheid niet zo strikt als nu het geval is.[343] Illustratief is het volgende citaat van Korthals Altes, die in 1933 een proefschrift schreef met de titel *Borgtocht naar Hedendaagsch Nederlandsch recht*:[344]

> "Te allen tijde heeft er groote verwarring bestaan tusschen borgtocht en hoofdelijkheid. Enerzijds doordat men, om aan de lastige borgtochtsbepalingen te ontkomen den vorm van de passieve hoofdelijkheid ging bezigen om te construeren wat materieel borgtocht was, anderzijds doordat de wetgever – met name Justinianus – de bepalingen van borgtocht toepasselijk verklaarde op hoofdelijke medeschuldenaren. Men ging toen iedere passieve correalisteitsverhouding beschouwen als een wederkeerige borgtocht, terwijl de verwarring tenslotte haar bekroning verkreeg in den vorm van den hoofdelijken of zelfschuldigen borg, toen de borg zich ging verbinden als "borg van en hoofdelijk medeschuldenaar met" den hoofdschuldenaar."

341 Zie voor de ontwikkeling van hoofdelijkheid paragraaf 9.4.7 en 7.4.3.

342 Voor uitgebreidere studies naar de geschiedenis van borgtocht en hoofdelijkheid zij verwezen naar de aangehaalde literatuur. Zie in het bijzonder Van Boom 1999; Koops 2010 en Bergervoet 2014.

343 In het bijzonder is de Hoge Raad zeer strikt in de leer. Hij bakent de twee rechtsfiguren van elkaar af (zie HR 28 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE4663, *NJ* 2002/447 en HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837). Daarmee worden hybride rechtsfiguren, die trekken hebben van borgtocht en hoofdelijkheid, uitgesloten, terwijl de geschiedenis leert dat er altijd een sterke behoefte is geweest aan hybride varianten.

344 Korthals Altes 1933, p. 125.

Bij het bestuderen van de ontwikkeling van de rechtsfiguur borgtocht blijkt dat de bestudering van de ontwikkeling van de rechtsfiguur hoofdelijkheid zo goed als onvermijdelijk is. *Vice versa* geldt hetzelfde. De invulling van beide rechtsfiguren raakt elkaar telkens.

Een aantal belangrijke punten dient bij het bestuderen van de technische details van beide rechtsfiguren voorop te worden gesteld: een borgtocht wordt aangegaan om zekerheid te verstrekken voor de nakoming van een *prestatie door een derde*. Voor borgtocht is dan ook een *separate overeenkomst* vereist waarin de aansprakelijkheid van de borg – naast de hoofdschuldenaar – haar basis vindt. Hoofdelijkheid is in beginsel geen zekerheid voor de nakoming van een prestatie door een derde maar geldt wanneer meerdere schuldenaren aansprakelijk zijn voor de nakoming van een gezamenlijke en daarmee gedeelde eigen schuld. Hoofdelijke verbondenheid ontstaat voor alle hoofdelijk gebonden schuldenaren op basis van eenzelfde rechtsfeit:[345]

> "Bovendien is de causa van den borgtocht een andere dan die van de hoofdverbintenis: daarover zijn alle schrijvers het eens, welke definitie zij ook van het causa-begrip geven. Bij de echte hoofdelijkheid is er, zooals bleek, eenheid van causa."

Hieruit blijkt al dat de zekerheid, die door een moedervennootschap door middel van een 403-verklaring wordt afgegeven ten aanzien van schulden van een dochtervennootschap, fundamentele kenmerken van borgtocht in zich draagt en fundamentele kenmerken van hoofdelijkheid ontbeert. De aansprakelijkheid van een moedervennootschap is gebaseerd op de 403-verklaring. De aansprakelijkheid van de dochtervennootschap is gebaseerd op een andere rechtshandeling.[346]
Een ander belangrijk kenmerk van hoofdelijkheid is dat schuldenaren op gelijke wijze gebonden zijn. De schuldenaren zijn nevengeschikt. Er is geen sprake van een hoofdschuldenaar en een 'zekerheidsschuldenaar':[347]

> "Het is duidelijk, dat de hoofdverbintenis en de subsidiaire accessoire nevenverbintenis van den borg geen hoofdelijke verbintenissen zijn. Hoofdelijke medeschuldenaren zijn tegenover den schuldeischer geheel gelijkelijk gebonden, niet de een meer primair de ander meer subsidiair; de verbintenis van ieder hunner is in gelijke mate van die der anderen afhankelijk."

345 Korthals Altes 1933, p. 126-127.

346 Een betoog dat het aangaan van een overeenkomst door de dochtervennootschap eenzelfde causa is waardoor zowel moedervennootschap als dochtervennootschap worden verbonden, is technisch gezien niet juist. Voor de binding van de moedervennootschap is meer nodig, namelijk de afgifte van een 403-verklaring. Het is een uitgemaakte zaak dat de aansprakelijkheid van de moedervennootschap daarop is gebaseerd. De voorbeeldsituatie waarin de dochtervennootschap reeds duurovereenkomsten heeft gesloten (arbeidsovereenkomsten, huurovereenkomsten) ruim voordat de moedervennootschap overgaat tot het afgeven van een 403-verklaring, maakt duidelijk dat het aangaan van de overeenkomsten door de dochtervennootschap niet de causa is geweest voor het ontstaan van aansprakelijkheid van de moedervennootschap.

347 Korthals Altes 1933, p. 126.

Het verstrekken van zekerheid geschiedde al sinds het Romeinse recht door het aangaan van een borgtocht. Millennia lang is borgtocht de rechtsfiguur geweest waarmee zekerheid werd verstrekt en in dat licht heeft deze rechtsfiguur zich ontwikkeld. Dat geldt niet voor hoofdelijkheid. Hoofdelijkheid is in het leven geroepen voor situaties waarin meerdere personen gehouden zijn eenzelfde, eigen schuld te voldoen.[348]

In het kader van de groepsvrijstellingsregeling dient een moedervennootschap een zekerheid te verschaffen aan reeds bestaande en toekomstige schuldeisers van de dochtervennootschap teneinde het gebrek aan inzicht in de jaarstukken te compenseren. Bestaat de keuze uit de twee smaken hoofdelijkheid en borgtocht, dan geldt op voorhand dat borgtocht de voor de hand liggende keuze is wanneer er sprake is van een situatie waarin een zekerheid dient te worden verstrekt.

Zonder daarbij stil te hebben gestaan, zo lijkt in ieder geval uit de parlementaire geschiedenis te kunnen worden afgeleid, heeft de wetgever in de groepsvrijstellingsregeling gekozen voor hoofdelijkheid in plaats van borgtocht.[349]3 Het karakter van de door de moedervennootschap in het kader ven de groepsvrijstelling te verstrekken zekerheid vertoont alle fundamentele karaktertrekken van een borgtocht.

Wordt gezocht naar een verklaring voor de keuze van de wetgever om hoofdelijkheid in de groepsvrijstellingsregeling op te nemen, dan moet daarbij worden gekeken naar het recht dat gold onder het OBW. Dat recht gold toen de groepsvrijstellingsregeling werd ontworpen en hoofdelijkheid in de groepsvrijstellingsregeling werd opgenomen.

Onder het OBW was het onderscheid tussen de twee rechtsfiguren hoofdelijkheid en borgtocht niet altijd scherp. De meest gebruikte vorm van zekerheid werd zelfs aangeduid met de term 'hoofdelijke borg'. Ligt dit vage onderscheid en het verwarrende gebruik van de verschillende termen ten grondslag aan het feit dat nu hoofdelijkheid is opgenomen in de groepsvrijstellingsregeling in plaats van borgtocht? Overwegingen in de parlementaire geschiedenis ontbreken, dus we zullen het niet weten.

Duidelijk is wel dat het toepassen van de rechtsgevolgen van hoofdelijkheid, op een situatie waar eigenlijk borgtocht de aangewezen rechtsfiguur is, tot (zeer) ongewenste gevolgen kan leiden. Dit blijkt uit de problemen die dit oplevert bij de toepassing van de groepsvrijstelling, zie hoofdstuk 6. Niet alleen op basis van de huidige praktijk zal moeten worden onderkend dat de toepassing van de beginselen van hoofdelijkheid, op een situatie waar de facto sprake is van het verstrekken van zekerheid voor de schuld van een derde, leidt tot ongewenste resultaten. Dit werd reeds veel eerder onderkend:[350]

348 Te denken valt bijvoorbeeld aan vordering uit een gezamenlijk gepleegde onrechtmatige daad.

349 Om in de woorden van Schoordijk te spreken: "Zou het niet zo zijn dat de wetgever hoofdelijkheid en borgtocht nogal slordig op één hoop heeft gegooid?" Schoordijk 2003, p. 64.

350 Korthals Altes 1933, p. 126.

> "Want degene, die zich verbindt als hoofdelijk of zelfschuldig borg, beoogt altijd een borgstelling af te geven: op de toevoeging "en hoofdelijk medeschuldenaar met" zal hij nauwelijks achtslaan, ook omdat veelal de verdere borgtochtakte voordurend spreekt van borgtocht, althans borgtochtbepalingen uitsluit. Daarom is een toepassing van het recht van hoofdelijk medeschuldenaren op den borg ongewenscht."

9.8.2.2 De ontwikkeling van borgtocht in het Romeinse recht

Borgtocht is een rechtsfiguur die reeds voorkwam in het Romeinse recht. In het Romeinse recht gold evenals in het huidige Nederlandse recht dat borgtocht een *species* was van de hoofdelijkheid waarbij meerdere schuldenaren waren verbonden tot het voldoen van dezelfde schuld (passieve hoofdelijkheid). Onder het klassieke Romeinse recht[351] was 'hoofdelijke borgtocht' de regel. Er was geen sprake van subsidiariteit. Het subsidiaire karakter, zoals neergelegd in het huidige artikel 7:855 lid 1 BW, is terug te voeren op een vernieuwing van de rechtsfiguur van borgtocht die werd doorgevoerd door Justinianus.[352] Voor deze vernieuwing lagen de rechtsfiguren hoofdelijkheid en borgtocht dichter bij elkaar en gold de borg als een naast de hoofddebiteur hoofdelijk aansprakelijke partij.

Het Romeinse recht kende drie overeenkomsten die als borgtocht kunnen worden gekwalificeerd: de *sponsio*, de *fidepromissio* en de *fideiussio*.[353] Deze rechtsfiguren liggen ten grondslag aan de rechtsfiguur borgtocht zoals die thans in het Nederlandse recht is opgenomen. Bij de drie genoemde figuren stemde de zekerheidsverstrekker ermee in dat hij hetzelfde ('idem') zou presteren als de hoofdschuldenaar. Er was dus een separate handeling vereist om de borgtocht tot stand te brengen. Bij de drie voornoemde rechtsfiguren was sprake van twee verbintenissen ten aanzien van een en dezelfde schuld. Ten tijde van het gebruik van deze rechtsfiguren werd geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen borgtocht en hoofdelijkheid. Pas later zou er zich een onderscheid aftekenen, waarbij de positie van de borg wat gunstiger werd dan de positie van hoofdelijk schuldenaar. De hoofdelijk schuldenaar bleef in even sterke mate als de hoofdschuldenaar gebonden om de schuld te voldoen terwijl de borg een aantal rechten verwierf die zijn positie verbeterden.[354]

Toen in 535 na Christus door Justinianus een nieuwe wettelijke regeling werd ingevoerd, werd het onderscheid tussen de hoofdelijk schuldenaar en de borg nog duidelijker. Het 'voorrecht van uitwinning' werd aan de borg toegekend. De borg kon zich met het voorrecht tot uitwinning beschermen tegen een aanspraak van de schuldeiser en de schuldeiser tegenwerpen dat hij eerst de hoofdschuldenaar

351 Met het klassieke Romeinse recht wordt het recht bedoeld zoals dat gold voor de Justiniaanse periode.

352 De door Keizer Justinianus uigevaardigde *Novelle 4* (535).

353 Zie voor een uitgebreidere beschouwing van deze rechtsfiguren onder meer E. Levy 2016; Feenstra 1990, nr. 383 e.v. en Koops 2010, par. I.2.2, p. 12 e.v.

354 Voor een meer gedetailleerde beschrijving van de ontwikkeling van de rechtsfiguur borgtocht ten opzichte van hoofdelijkheid zij verwezen naar Bergervoet 2014, 2.2.1 t/m 2.2.5.

moest aanspreken alvorens hij zich op de borg kon verhalen.[355] Dit recht leverde de borg een verweermiddel op dat de hoofdelijk schuldenaar niet had.[356] Het voorrecht van uitwinning kan worden gezien als de voorloper van subsidiariteit. Het voorrecht van uitwinning was van regelend recht. Bij het aangaan van de borgtocht kon de borg afstand doen van het voorrecht tot uitwinning.[357] Het is uiteraard niet ondenkbaar dat dit met enige regelmaat voorkwam, zodat er bij de borgtocht onder het recht van die tijd beslist niet altijd sprake was van een borgtocht met subsidiariteit. Het concept van subsidiariteit heeft door de eeuwen heen wel stand gehouden en is terug te vinden bij de borgtocht zoals geregeld in het huidige Nederlandse recht.[358]

9.8.2.3 Borgtocht in de Franse Code Civil

Het Franse recht vormt de schakel tussen het Romeinse recht en het Nederlandse recht. Een op de Romeinse *fideiussio* gebaseerde borgtocht is in het jaar 1804 overgenomen in het huidige artikel 2288 van de Franse Code Civil,[359] de voorloper van het Nederlandse Oud Burgerlijk Wetboek;

> "Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même."

Deze bepaling bepaalt dat de persoon die zekerheid verschaft ten aanzien van een door een derde verschuldigde verplichting, zich verplicht om deze verplichting aan de schuldeiser te voldoen wanneer de schuldenaar deze niet voldoet.

Deze Franse uitwerking van de *fideiussio* biedt de borg een nog sterkere bescherming dan voorheen. Pas als de hoofdschuldenaar zijn verplichting niet voldoet, is de borg aansprakelijk. Het is niet voldoende dat de hoofdschuldenaar eerst wordt aangesproken, zoals in het Romeinse recht. Deze ontwikkeling in het Franse recht waarbij de borg een sterkere positie verworf, moet worden gezien in het licht van de opvatting van destijds. De reguliere borgstelling, *le cautionnement simple*, werd gezien als een daad van onbaatzuchtigheid.[360] Daarbij hoorde niet dat de borg meteen kon worden aangesproken, zonder dat de schuldeiser zich

355 Niet duidelijk is welke moeite de schuldeiser zich moest getroosten voordat hij zich tot de borg mocht wenden, Bergervoet 2014, 2.2.5.

356 Hiermee was definitief een onderscheid tot stand gekomen tussen de borg enerzijds en de hoofdelijk verbonden schuldenaar anderzijds. De borg verwierf een positie die zich verzelfstandigde van de positie van hoofdelijk verbonden schuldenaar, wiens positie nog steeds gelijk was aan de positie van de hoofdschuldenaar.

357 Koops 2010, par. I.4.2.1, p. 69/70.

358 Naast het Nederlandse recht is dit concept overgenomen in tal van andere moderne codificaties, Jones 1977, p. 135 e.v.

359 Artikel 2021 van de oude Code Civil.

360 Bergervoet 2014. Zie ook Locré de Roissy 1828, p. 430: "Le cautionnement simple est ordinairement un acte de bienfaisance par lequel un ami, un bon parent, un bon voisin…".

eerst tot de hoofdschuldenaar had gewend. Dat is uiteraard een geheel andere achtergrond dan een zekerheidsstelling in concernverband, waarbij beoogd wordt een vrijstelling te verkrijgen.[361]

De Code Civil maakt het echter ook mogelijk om een borgtocht overeen te komen met een minder onbaatzuchtig karakter door de borgtocht een hoofdelijk karakter te geven. Deze variant wordt aangeduid met *cautionnement solidaire*. Verwezen zij naar artikel 2298 Code Civil. Deze vorm van borgtocht was conceptueel een uitzondering op de hoofdvariant, de *cautionnement simple*, maar in de praktijk werd de *cautionnement solidaire* het meest gebruikt. De variant waarbij de borg een sterke mate van bescherming werd gegeven, leverde geen aantrekkelijke zekerheid op voor schuldeisers.[362] Dit was onaantrekkelijk voor schuldeisers door de wijze waarop het subsidiaire karakter bij *cautionnement simple* was vormgegeven. Bij de borgtocht met een hoofdelijk karakter kan subsidiariteit worden uitgesloten.

Een overeenkomst tussen de in de Code Civil geregelde rechtsfiguren hoofdelijkheid en borgtocht, is dat bij beide rechtsfiguren gebondenheid bestaat ten aanzien van een en dezelfde schuld. De hoofdelijkheid had een correaal karakter. Tussen de hoofdelijk schuldenaren bestond een sterke mate van gelijkheid en lotsverbondenheid.[363] Het verschil zit in het karakter van de verbintenis van de hoofdelijk schuldenaar en de borg. De hoofdelijk schuldenaren zijn ieder zelfstandig gebonden de schuld te voldoen. De verbintenis van de borg kent daarentegen een accessoir karakter.[364]

> "Alors que l'obligation du codébiteur solidaire est un obligation principale, celle de la caution solidaire conserve son caractère accessoire. Ainsi peut-elle opposer au créancier les mêmes exceptions que la caution simple."

De Code Civil schept geen absolute duidelijkheid ten aanzien van de vraag of borgtocht een variant van hoofdelijkheid is. Op basis van de bepalingen in de Code Civil kan geredeneerd worden dat beide rechtsfiguren van elkaar gescheiden zijn.[365] Maar ook het tegendeel zou kunnen worden beargumenteerd. Een uitspraak van het *Cour de Cassation* gaf duidelijkheid. Het *Cour de Cassation* bepaal-

361 Om deze reden kan worden betoogd dat wanneer de zekerheid die een moedervennootschap dient te verstrekken op basis van een 403-verklaring wordt uitgelegd als borgtocht, het voorrecht van uitwinning (lees: subsidiariteit) niet op zijn plaats is. De moedervennootschap verklaart zich niet aansprakelijk jegens de schuldeisers van de dochtervennootschap als daad van onbaatzuchtigheid.

362 Zie hierover bijvoorbeeld Aynès & Crocq 2008, p. 42.

363 Zie Van Boom 1999, p. 8.

364 Zie Simler & Delebecque 2016, p. 65.

365 Bergervoet is van mening dat uit de bepalingen van de Code Civil reeds de conclusie kan worden getrokken dat beide rechtsfiguren gescheiden zijn en borgtocht onder de Code Civil niet als een hoofdelijke verbintenis kan worden aangemerkt. Zie Bergervoet 2014, 2.3.2 en 2.3.3.

de dat een overeenkomst, waarbij een hoofdelijke borgtocht is overeengekomen, de aard van de borgtocht niet wijzigt. Met een dergelijke overeenkomst treedt alleen een wijziging op ten aanzien van de gevolgen van de borgtocht.[366] De hoofdelijke borg wordt dus geen hoofdelijk schuldenaar. De rechtsgevolgen van de overeenkomst waarbij een borg tot hoofdelijk borg wordt gemaakt, zijn dat de borg zijn subsidiaire positie verliest en dat hij steeds voor de gehele schuld kan worden aangesproken. Tevens wordt een aantal bepalingen van hoofdelijkheid van toepassing verklaard op de borg. Bergervoet concludeert in dit kader het volgende:[367]

> "Aldus heeft de uitspraak van het Cour de Cassation gezorgd voor het in de (commerciële) praktijk meest gewenste resultaat, terwijl niettemin dogmatisch een scheiding wordt aangebracht tussen contractuele hoofdelijkheid en borgtocht."

Een treffende conclusie. Op dogmatische gronden kan een onderscheid worden gemaakt. Maar praktisch gezien zitten beide rechtsfiguren erg dicht bij elkaar. Bergervoet is dan ook niet onverdeeld enthousiast over de dogmatische wijze waarop in het Franse recht onderscheid wordt gemaakt tussen deze twee rechtsfiguren:[368]

> "Concluderend kan worden gezegd dat borgtocht en contractuele hoofdelijkheid naar Frans recht gezien moeten worden als dogmatisch te onderscheiden rechtsfiguren. Gelet op het feit dat zowel de regeling van hoofdelijkheid als die van borgtocht veelvuldig naar elkaar verwijzen, is een dergelijke scheiding niet meteen de meest voor de hand liggende keuze. De ontwikkeling van twee dogmatische tussenfiguren in de Franse rechtspraak en doctrine, in de vorm van de hoofdelijke schuldenaar die intern geldt als borg en de 'hoofdelijke' borg, benadrukken mijns inziens dat een scheiding op bepaalde punten wringt. Zeker als men kijkt naar de minieme verschillen in de rechtsgevolgen die verbonden zijn aan beide tussenfiguren, kan dat een scheiding van de rechtsfiguren maar moeilijk rechtvaardigen."

9.8.2.4 De ontwikkeling van borgtocht in het Nederlandse recht

De bestudering van de ontwikkeling van borgtocht in het Nederlandse recht is interessant wanneer wordt bedacht dat het groepsregime, dat thans is opgenomen in artikel 2:403 BW, werd geïntroduceerd toen het OBW nog gold. Bij de introductie van het groepsregime had de wetgever niet de keuze uit de rechtsfiguren borgtocht of hoofdelijkheid zoals we die nu kennen. Voor wat betreft hoofdelijkheid en borgtocht had de wetgever de keuze uit de rechtsfiguren hoofdelijkheid en borgtocht zoals die toen golden. In voorgaande paragraaf is de regeling van borgtocht reeds aangehaald:

366 Req. 19 februari 1908, *S.* 1911/1, p. 529.
367 Bergervoet 2014, par. 2.3.3.
368 Bergervoet 2014, par. 2.3.3.

> Artikel 2288 Code Civil
> Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.

De regeling van borgtocht die is opgenomen in het OBW luidt als volgt:

> Artikel 1857 OBW
> Borgtogt is eene overeenkomst waarbij een derde zich ten behoeve van den schuldeischer verbindt om aan de verbindtenis van den schuldenaar te voldoen indien deze niet zelf daaraan voldoet.

De regeling van borgtocht in het OBW is een nagenoeg identieke kopie van de regeling van borgtocht in de Code Civil. En net als in de Code Civil was de scheidslijn tussen borgtocht en hoofdelijkheid moeilijk vast te stellen en beslist niet duidelijk. In artikel 1857 OBW lijkt het subsidiaire karakter een vast onderdeel te zijn van de rechtsfiguur borgtocht. Dit vloeit naar mijn idee voort uit "indien deze niet zelf daaraan voldoet." Het subsidiaire karakter van de borgtocht was in het OBW bovendien ook geregeld in artikel 1868 OBW en hoewel daarbij bij het aangaan van de borgtocht van kon worden afgeweken, maakte subsidiariteit onderdeel uit van de standaardborgtocht zoals die in de wet was geregeld. Misschien werd dit subsidiaire karakter, wat de moedervennootschap een sterk verweermiddel zou geven, niet wenselijk geacht in het kader van de groepsvrijstellingsregeling en is mogelijk daarom niet voor borgtocht gekozen. Aangezien overwegingen voor de keuze van hoofdelijkheid en voor het niet kiezen van borgtocht in de parlementaire geschiedenis ontbreken, zullen we dit nooit weten.

Het afhankelijke karakter van borgtocht was reeds terug te vinden in het OBW, waarin is aangegeven dat een borgtocht niet kan bestaan zonder hoofdverbintenis. Een uitzondering daarop was echter wel mogelijk. Voor verbintenissen die vernietigd konden worden, kon de verbintenis van de borg blijven bestaan ook na de vernietiging van de hoofdverbintenis:

> Artikel 1858 OBW
> Geene borgtogt kan bestaan, of er moet een wettige hoofdverbintenis zijn. Men kan zich niettemin borg stellen voor eene verbintenis, al mogt die ook kunnen vernietigd worden door eene exceptie, welke alleen den verbondene in persoon betreft, bij voorbeeld in geval van minderjarigheid.

Het tweede deel van artikel 1858 OBW doet denken aan een karaktertrek van hoofdelijkheid, waarbij de hoofdelijk verbonden schuldenaren een zelfstandige verbintenis hebben die niet afhankelijk is van de andere hoofdelijke verbintenis. Het subsidiaire karakter van de borgtocht was in het OBW geregeld in artikel 1868 OBW:

> Artikel 1868 OBW
> De borg is jegens den schuldeiser niet tot betaling gehouden, dan bij gebreke van den schuldenaar, wiens goederen vooraf moeten uitgewonnen worden.

De bescherming die de borg onder het OBW geniet uit hoofde van zijn subsidiaire positie, is erg sterk. Niet voldoende is dat de hoofdschuldenaar eerst is aangesproken. Het OBW schrijft voor dat de goederen van de hoofdschuldenaar eerst daadwerkelijk moeten zijn uitgewonnen. Dit past bij de borgstelling die wordt gedaan uit onbaatzuchtigheid. Op de sterke subsidiaire positie moet wel enige nuancering worden aangebracht. De borg die niet aangesproken wenste te worden voordat de hoofdschuldenaar was uitgewonnen, diende wel actie te ondernemen. In artikel 1870 en 1871 OBW was namelijk het navolgende bepaald:

> Artikel 1870 OBW
> De schuldeischer is niet verpligt den hoofdschuldenaar eerst uit te winnen, dan wanneer de borg, op de eerste geregtelijke tegen hem gerigte aanspraak, zulks vordert.

> Artikel 1871 OBW
> De borg die de uitwinning van den hoofdschuldenaar vordert moet aan den schuldeischer de goederen van denzelven aanwijzen, en de noodige penningen voorschieten om de uitwinning te bewerkstelligen.
> Hij kan geene aanwijzing doen van goederen, waarover geschil in regtenbestaat, noch van dezoodanige welke voor de schuld zijn gehypothekeerd, en waarvan de schuldenaar niet meer in het bezit is, noch eindelijk van goederen buiten het koningrijk gelegen.

Daarnaast was de subsidiaire positie van de borg onder het OBW niet absoluut. Net als in de Code Civil kon hiervan worden afgeweken. Artikel 1869 OBW luidt als volgt:

> Artikel 1869 OBW
> De borg kan niet vorderen dat des schuldenaars goederen vooraf uitgewonnen worden:
> 1° Wanneer hij van het voorrecht tot uitwinning heeft afstand gedaan;
> 2° Wanneer hij zich hoofdelijk met den hoofdschuldenaar verbonden heeft; in welk geval de gevolgen van deszelfs verbintenis geregeld worden naar de beginselen welke ten opzigte van hoofdelijke schulden zijn vastgesteld;
> 3° Indien de schuldenaar eene exceptie kan in het midden brengen, welke hem alleen en persoonlijk betreft;
> 4° Indien de schuldenaar zich in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen bevindt;
> 5° Ingeval van geregtelijke borgtogt.

Uiteraard werd in de praktijk geregeld gebruikgemaakt van de mogelijkheid om subsidiariteit uit te sluiten. Indien afstand werd gedaan van het voorrecht tot uitwinning, was de borg, evenals bij hoofdelijkheid, direct aansprakelijk. Een andere overeenkomst tussen borgstelling en hoofdelijkheid was het uitgangspunt dat een borg – evenals een hoofdelijk schuldenaar – was gehouden de gehele vordering te voldoen wanneer hij door de schuldeiser werd aangesproken. Dat gold eveneens wanneer meerdere partijen zich tot borg hadden gesteld ten aanzien van dezelfde schuld:

> Artikel 1873 OBW
> Wanneer verscheiden personen zich tot borgen hebben gesteld voor denzelfden schuldenaar en voor dezelfde schuld, is ieder van hen voor de gehele schuld verbonden.

Tegen een vordering om de gehele vordering te voldoen – terwijl er meerdere borgen waren ten aanzien van dezelfde schuld – kon een borg wel opkomen, voor zover hij geen afstand had gedaan van zijn recht tot schuldsplitsing:

> Artikel 1874 OBW
> Niettemin kan elk hunner, zoo hij geen afstand heeft gedaan van het voorregt van schuldsplitsing, op de eerste geregtelijke aanspraak, vorderen dat de schuldeischer zijne schuldvordering alvorens verdeele, en dezelve vermindere tot het aandeel van elken deugdelijk verbonden borg.
> Indien, ten tijde dat een der borgen de schuldsplitsing heeft doen uitspreken, een of meerdere medeborgen onvermogend zijn, is die borg, naar evenredigheid van zijn aandeel, gehouden voor de onvermogenden te voldoen; maar hij is niet aansprakelijk, indien derzelver onvermogen na de schuldsplitsing is opgekomen.

Eind 20e eeuw deed Loeff onderzoek naar hoofdelijkheid in het OBW. Hij heeft bepleit dat de borg en de hoofdschuldenaar zich tot elkaar verhouden als hoofdelijk schuldenaren.[369] Loeff heeft voldoende aanleiding gezien om de borg als een (correaal) medeschuldenaar van de hoofdschuldenaar te kwalificeren.

Zoals hiervoor reeds uiteen werd gezet, ziet correaliteit op een sterke mate van juridische lotsverbondenheid van schuldenaren. Een kenmerk van correaliteit is dat de schuldenaren gezamenlijk zijn verbonden tot het voldoen van dezelfde schuld. Tegenover correaliteit stond solidariteit, waarbij de positie van iedere gebonden schuldenaar meer zelfstandig is. Het idee dat het Romeinse recht twee verschillende vormen van hoofdelijkheid kende, is ontstaan omdat de Romeinsrechtelijke teksten op sommige plaatsen spreken van *una eademque obligatio* – wat duidt op het bestaan van één verplichting (*obligatio*) tot welke verplichting meerdere schuldenaren zijn verbonden – terwijl op andere plaatsen wordt gesproken van *plures obligationes* – wat duidt op het bestaan van meerdere verplichtingen, iedere schuldenaar heeft jegens de schuldeiser een eigen verplichting die valt te onderscheiden van de verplichtingen die de andere schuldenaren hebben. Een sterke mate van juridische lotsverbondenheid kan duiden op een band tussen schuldenaren die past bij de (gezamenlijke) hoofdelijke gebondenheid.

Overigens bleek uit het OBW niet zonder meer dat de daarin opgenomen rechtsfiguur hoofdelijkheid een correaal karakter had. De meningen daarover waren dan ook verdeeld.[370] Wordt uitgegaan van een vorm van hoofdelijkheid met een meer solidair karakter, dan is het onderkennen van correaal karakter bij borgtocht niet eens nodig om de borgtocht als een *species* van hoofdelijkheid te kunnen beschouwen. De visie van Loeff die verschillende correale elementen van de

369 Loeff 1891, p. 228-229.
370 Zie Van Boom 1999, p. 10 en de daar aangehaalde literatuur.

borgtocht had vastgesteld en concludeerde dat de rechtsfiguur borgtocht een vorm van hoofdelijkheid was, was niet de heersende opvatting.[371]

Naast het feit dat het OBW geen duidelijke afbakening aanbracht tussen de rechtsfiguren hoofdelijkheid en borgtocht en dat op basis van de wet niet zonder meer de conclusie kon worden getrokken dat borgtocht geen vorm van hoofdelijkheid was, kende het OBW ook nog een tweetal rechtsfiguren die overlap vertoonden met zowel borgtocht als hoofdelijkheid. Artikel 1331 OBW bevatte een regeling waarbij een partij die een persoonlijke zekerheid verschafte extern als hoofdelijk schuldenaar had te gelden, terwijl hij in de interne rechtsverhouding als borg had te gelden:

> Art. 1331 OBW
> Indien de zaak waarvoor verscheidene personen zich als hoofdelijke mede schuldenaren hebben verbonden slechts een van hen aangaat zijn zij wel ieder voor het geheel aan den schuldeischer verbonden maar onder elkander worden zij beschouwd als borgen voor dengenen wien de zaak betreft en moeten dienvolgens door denzelven worden schadeloos gesteld.

Deze rechtsfiguur levert een hybride variant op die het midden houdt tussen hoofdelijkheid en borgtocht. In de externe verhouding is sprake van hoofdelijkheid terwijl intern sprake is van borgtocht. Deze rechtsfiguur was van toepassing op situaties waarin partijen zich uit eigen beweging jegens een schuldenaar hoofdelijk hadden verbonden, terwijl de zaak slechts één van hen aangaat.[372] *De facto* is er dan sprake van een zekerheidsstelling en dus niet een situatie waarvoor hoofdelijkheid eigenlijk is bedoeld. Hoofdelijkheid was ook onder het OBW bedoeld voor een situatie waarin meerdere schuldenaren gehouden kunnen worden een schuld te voldoen ten aanzien van een zaak die hen allen aan gaat:

> Artikel 1316 OBW
> Er heeft hoofdelijke verbindtenis van de zijde der schuldenaren plaats, wanneer zij allen verpligt zijn tot eene en dezelfde zaak, zoo dat elk hunner voor het geheel kan worden aangesproken, en de voldoening, door een van hen geschied, de overige schuldenaars ten aanzien van den schuldeischer bevrijdt.

In hun externe verhouding met de schuldeiser zijn de schuldenaren volgens de regels van hoofdelijkheid gebonden maar intern wordt de hoofdelijkheid geconverteerd naar borgtocht. Dat in de externe verhouding de regels van hoofdelijkheid moeten worden gevolgd, is verklaarbaar. Zou de afgesproken hoofdelijkheid worden

371 Voor een andere opvatting zie bijvoorbeeld Van Hugenpoth tot den Beerenclaauw, 1890, p. 40. Zie voorts Asser/Kleijn 5-IV 1988, nrs. 188-189 en Bergervoet 2014, par. 2.4.1.

372 Een schuld gaat een bepaalde partij aan, wanneer een partij draagplichtig is. Gedacht kan worden aan een schuld in verband met een aan beide schuldenaren geleverde prestatie, een prestatie waar beide schuldenaren van profiteren. Een ander voorbeeld is een schuld die voortvloeit uit een door twee partijen gezamenlijk gepleegde onrechtmatige daad.

geconverteerd naar borgtocht, dan zou de schuldeiser ernstig worden benadeeld, omdat de borg een sterke bescherming genoot die aan de schuldeiser kon worden tegengeworpen, zoals het recht van uitwinning (subsidiariteit). Dat hadden partijen waarschijnlijk niet bedoeld en beoogd toen de zekerheidsverschaffer jegens de schuldeiser verklaarde hoofdelijk gebonden te zullen zijn voor een schuld van een derde. Deze rechtsfiguur, waarbij een *onbenoemde zekerheidsverschaffer* zichzelf tot hoofdelijk schuldenaar heeft verklaard, lijkt op haar beurt weer sterk op de rechtsfiguur waarbij *een borg* zich als hoofdelijk schuldenaar had verbonden. In het reeds hiervoor geciteerde artikel 1869 OBW wordt onder 2° aangegeven dat een borg zich kan verbinden als hoofdelijk schuldenaar. De rechtsfiguur waarbij een borg zich verbindt tot hoofdelijk schuldenaar wordt ook wel aangeduid als 'hoofdelijke borgtocht'. De hoofdelijke borgtocht, waarbij onder meer afstand werd gedaan van het recht op uitwinning, was in de praktijk de meest voorkomende borgtochtvariant. In zijn onderzoek concludeert Koops het volgende:[373]

> "Borgen verbonden zich 'als borg en hoofdelijk medeschuldenaar' of 'onder afstand van alle voorrechten'. Een dergelijk beding kwam voor in nagenoeg alle akten van borgtocht. Hoewel men nooit zover is gegaan om er een bestendig gebruikelijk beding in te zien, dat kon worden ingelezen waar het was weggelaten, kan zonder meer worden vastgesteld dat borgen naar de normale vorm op gelijke voet met de hoofdschuldenaar tot betaling aangesproken konden worden."

Wanneer een borg verklaarde zich hoofdelijk te verbinden, was de vraag wat nu precies de status was van deze borg. Was er nog steeds sprake van een borg (die slechts afstand had gedaan van een aantal rechten die een reguliere borg toekwamen)? Of viel een borg, die zich hoofdelijk had verbonden, niet meer te kwalificeren als borg en was hij verworden tot een hoofdelijk schuldenaar? De meningen daarover liepen uiteen. Ten aanzien van de interne verhouding waren de auteurs het er in het algemeen over eens dat de regels van borgtocht van toepassing waren.[374] Ten aanzien van de externe verhouding werd enerzijds betoogd dat het nog steeds om borgtocht ging en de borg slechts afstand had gedaan van een aantal hem toekomende rechten.[375] Anderzijds werd betoogd dat de 'hoofdelijke borg' had te gelden als een hoofdelijk schuldenaar en dat hij op gelijke voet met de hoofdschuldenaar was gebonden.[376] De Hoge Raad moest uiteindelijk een oordeel vellen over de vraag of de 'hoofdelijke borgtocht' kwalificeerde als een vorm van hoofdelijkheid of als een vorm van borgtocht.[377] De Hoge Raad overwoog daaromtrent het volgende:[378]

---

373 Koops 2010, p. 265.

374 Diephuis 1890, p. 330-331; Van Hugenpoth tot den Beerenclauw 1890, p. 19 en Opzoomer 1894, p. 135, nr. 3.

375 Diephuis 1890, p. 330-331 en Van Hugenpoth tot den Beerenclauw 1890, p. 19.

376 Opzoomer 1894, p. 135, nr. 3.

377 HR 21 februari 1913, *NJ* 1913/577.

378 HR 21 februari 1913, *NJ* 1913/577, p. 578.

> "Ten aanzien van dit middel worde vooropgesteld dat, waar vaststaat, dat eischer en de medeverweerder zich voor en met Franciskus Raaijmakers hebben gesteld als borgen en hoofdelijke schuldenaren, deze vóór alles het karakter van borgen behouden, zodat de op borgtocht betrekkelijke wetsbepalingen op hen toepasselijk geacht moeten worden. Immers, ook art. 1869 2°. B. W. onderstelt dat de borg, die zich hoofdelijk met den hoofdschuldenaar verbindt zijne hoedanigheid van borg niet prijs geeft, daar de bewoordingen van voormeld artikel slechts beoogen aan te duiden dat de aldus verbonden borg is verstoken van de exceptiën van schuldsplitsing en uitwinning, maar niet, dat hij in alle opzichten gelijk te stellen is met hoofdelijke schuldenaren."

De Hoge Raad oordeelde dat in het geval van een zekerheidstelling, waarbij weliswaar was gekozen voor de term 'als borgen en hoofdelijk schuldenaren', vóór alles het karakter van borgstelling op deze juridische relatie behouden bleef en de bepalingen van borgtocht van toepassing waren.[379] De Hoge Raad heeft zijn betoog gebaseerd op artikel 1869 onder 2° OBW. De beslissing is duidelijk al heeft de Hoge Raad geen uitgebreide dogmatische beschouwing gegeven ten aanzien van de fundamentele vraag wanneer een verbintenis heeft te gelden als borgtocht en wanneer als hoofdelijkheid.[380]

Geconstateerd kan worden dat het OBW veel flexibiliteit bood ten aanzien van de mogelijkheden om de borgtocht te laten aansluiten bij de wensen van de gebruikers. Uit de geschiedenis blijkt dat er in de praktijk een sterke behoefte bestond aan hybride varianten van hoofdelijkheid en borgtocht. In de praktijk werden de termen 'hoofdelijkheid' en 'borgtocht' door elkaar en in combinatie met elkaar gebruikt. De in de praktijk meest gebruikte zekerheid was de 'hoofdelijke borgtocht', waarvan de Hoge Raad had aangegeven dat deze zekerheidsstelling het karakter van borgtocht had en de bepalingen van borgtocht van toepassing waren. Door de uitsluiting van de voornaamste rechten die een borg te zijner bescherming toekwamen, verschilde de praktische consequenties van de hoofdelijke borgtocht wezenlijk van de reguliere borgtocht. De reguliere borgtocht was ontwikkeld als een zekerheid die uit onbaatzuchtigheid werd aangegaan. Het was daarom van wezenlijk belang dat de term 'hoofdelijk' werd gebezigd om te voorkomen dat een borgtocht tot stand werd gebracht waarbij de borg een zeer sterke bescherming genoot.

379 Het antwoord is ook van groot praktisch nut omdat de bepalingen inzake de interne verhouding tussen de schuldenaren verschillen bij hoofdelijkheid en borgtocht. In HR 21 februari 1913 ging het over de vraag of een door de schuldeiser aan een der borgen gedane kwijtschelding van een gedeelte van de schuld ook leidde tot de vermindering van hetgeen van de andere borg kon worden gevorderd.

380 De literatuur was verdeeld kritisch over het arrest, maar over het algemeen konden de meeste auteurs zich vinden in het oordeel dat sprake was van borgtocht waarbij de borg afstand had gedaan van een aantal van de aan hem toekomende rechten. Zie Scholten 1917 en Asser/Kamphuisen 3-III 1960, p. 813 en Asser/Kleijn 5-IV 1988, nr. 191.

De groepsvrijstelling is ingevoerd toen het OBW geldend recht was. Gezien het feit dat het OBW geen duidelijke scheidslijn trok tussen hoofdelijkheid enerzijds en borgtocht anderzijds en de wet ruimte bood voor hybride varianten die aansloten bij de behoefte van de praktijk, was de keuze voor hoofdelijkheid of borgtocht wellicht niet zo zwart-wit als thans het geval is onder het huidige recht. Hoewel er met de uitspraak van de Hoge Raad uit 1913[381] een onderscheid werd gemaakt tussen hoofdelijkheid en borgtocht, bestonden er verschillende varianten die overlap vertoonden met beide rechtsfiguren. Wellicht dat ten tijde van de invoering van de groepsvrijstellingsregeling de reguliere borgtocht schuldeisers niet de gewenste bescherming bood. De moedervennootschap zou als reguliere borg te veel bescherming toekomen. Het opnemen van de term borgstelling zou niet tot de gewenste bescherming leiden. Het opnemen van de term 'hoofdelijk' was nodig om te voorkomen dat aan de moedervennootschap de sterke bescherming van de reguliere borg zou toekomen. Aangezien er met een 403-verklaring sprake was van een zekerheidsstelling voor de schuld van een derde, zou sowieso toch al sprake zijn van een zekerheid die het karakter had van een borgtocht en waarop de bepalingen van borgtocht van toepassing waren. Hoofdelijkheid werd echter in de wettelijke regeling van de groepsvrijstelling opgenomen om aan te geven dat het om een hoofdelijke borgtocht moest gaan. De term 'hoofdelijk borg' zag op een rechtsfiguur die in de praktijk was ontwikkeld, deze rechtsfiguur was niet in de wet verankerd. Zodoende resteerde de keuze voor hoofdelijkheid. Wellicht maak ik mij met deze gedachtegang schuldig aan een onjuiste herschrijving van de geschiedenis. Maar uit de parlementaire geschiedenis van de groepsvrijstellingsregeling volgt niet dat een bewuste keuze is gemaakt voor hoofdelijkheid. Tevens volgt daaruit niet dat bewust niet is gekozen voor borgtocht.

Bij het opstellen van de groepsvrijstellingsregeling kon niet worden voorzien dat hoofdelijkheid en borgtocht strikter van elkaar gescheiden zouden worden bij de invoering van een nieuw Burgerlijk Wetboek. Borgtocht wordt nu gezien als een *species* van hoofdelijkheid en van borgtocht is sprake wanneer zekerheid wordt verstrekt voor de schuld van een derde. Ruimte om op maat gemaakte varianten van hoofdelijkheid en borgtocht te creëren was er na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek niet meer. De bedoeling van de wetgever is dat sprake is van hoofdelijkheid of borgtocht, maar niet van iets daar tussenin. De Hoge Raad houdt na 1992 dan ook strikt de hand aan de afbakening van hoofdelijkheid en borgtocht zodat er voor hybride varianten inderdaad niet zoveel ruimte meer bestaat.

381 HR 21 februari 1913, *NJ* 1913/577.

9.8.3 Het onderscheid tussen borgtocht en hoofdelijkheid onder het OBW

9.8.3.1 Inleiding

Om te kunnen beoordelen of de wetgever een logische keuze heeft gemaakt door in de groepsvrijstellingsregeling hoofdelijkheid op te nemen in plaats van borgtocht, zal moeten worden gekeken naar de verschillende karaktereigenschappen van deze twee rechtsfiguren onder het recht dat rechtens was op het moment waarop de wetgever de keus voor hoofdelijkheid heeft gemaakt. De groepsvrijstellingsregeling die hoofdelijke aansprakelijkheid vereiste, werd in de jaren 70 met de komst van artikel 38a WJO ingevoerd. Op dat moment was het OBW van kracht. In de navolgende paragrafen zullen de rechtsfiguren borgtocht en hoofdelijkheid – zoals beschouwd onder het OBW – met elkaar worden vergeleken. In zal worden gegaan op de meest fundamentele karaktereigenschappen van hoofdelijkheid en borgtocht.[382]

9.8.3.2 Het aan de verbintenis ten grondslag liggende rechtsfeit

Dogmatisch gezien hebben borgtocht en hoofdelijkheid een heel verschillend karakter. Hoofdelijkheid ontstond wanneer meerdere schuldenaren gezamenlijk aansprakelijk konden worden gehouden voor eenzelfde schuld Het betrof een schuld ten aanzien van een zaak die alle schuldenaren aanging. Hoofdelijkheid ontstaat voor alle hoofdelijk gebonden schuldenaren op basis van eenzelfde rechtsfeit:[383]

> "Bovendien is de causa van den borgtocht een andere dan die van de hoofdverbintenis: daarover zijn alle schrijvers het eens, welke definitie zij ook van het causa-begrip geven. Bij de echte hoofdelijkheid is er, zooals bleek, eenheid van causa."

Eenheid van causa is geen concreet begrip.[384] Dit kan een rechtsfeit zijn waaraan de wet de consequentie verbindt van hoofdelijke aansprakelijkheid. Te denken valt aan een gezamenlijk gepleegde onrechtmatige daad. Hoofdelijkheid kon ook ontstaan doordat een overeenkomst werd aangegaan met meerdere partijen waarbij alle schuldenaren nevengeschikt aansprakelijk zijn voor de gehele schuld. Hoofdelijkheid moest dan wel uitdrukkelijk zijn overeengekomen. Artikel 1318 OBW bepaalde het navolgende:

---

382 Meer verschillen tussen deze twee rechtsfiguren zouden kunnen worden gevonden wanneer wordt gekeken naar de verschillen in de rechtsgevolgen van borgtocht en hoofdelijkheid, bijvoorbeeld de wijze waarop regres is geregeld of de wijze waarop schuldenaren verweermiddelen jegens de schuldeiser konden inroepen.

383 Korthals Altes 1933, p. 126-127.

384 Voor een meer uitvoerige beschouwing inzake de ontstaansgronden van hoofdelijke aansprakelijkheid, zie Van Boom 1999, par. 2.4.

> Artikel 1318 OBW:
> Geene verbindtenis wordt voorondersteld hoofdelijk te zijn, tenzij zulks uitdrukkelijk bepaald zij. Deze regel lijdt alleenlijk uitzondering in de gevallen, waarin eene verbindtenis uit kracht eener wetsbepaling voor hoofdelijk gehouden wordt.

Borgtocht vereist geen eenheid van causa. In tegendeel. De aansprakelijkheid van de hoofdschuldenaar en de borg zijn niet gelegen in hetzelfde rechtsfeit. Bij borgtocht is sprake van een separate overeenkomst waarbij de borg zich aansprakelijk heeft verklaard voor de schuld van een ander. Die separate overeenkomst heeft specifiek de strekking zekerheid te verstrekken voor een schuld van een derde, terwijl die schuld de borg in beginsel zelf niet aangaat. Zie artikel 1857 OBW:

> Artikel 1857 OBW
> Borgtogt is eene overeenkomst waarbij een derde zich ten behoeve van den schuldeischer verbindt om aan de verbindtenis van den schuldenaar te voldoen indien deze niet zelf daaraan voldoet.

Uit vorenstaande blijkt dat het verstrekken van zekerheid door een moedervennootschap voor schulden van een dochtervennootschap een zeer fundamentele karaktereigenschap van borgtocht in zich draagt. Middels een separate rechtshandeling wordt door de moedervennootschap zekerheid verstrekt voor een schuld van een derde, de dochtervennootschap. De aansprakelijkheid van een moedervennootschap is niet gebaseerd op de wet, maar op de aansprakelijkheidsverklaring die in het kader van de groepsvrijstellingsregeling is vereist. Er is geen eenheid van causa voor wat betreft de grondslag van de aansprakelijkheid van de moedervennootschap en de dochtervennootschap. De aansprakelijkheid van de moedervennootschap en de dochtervennootschap is niet gebaseerd op deze zelfde rechtshandeling.[385] Op basis van het recht dat rechtens was toen de groepsvrijstelling werd ingevoerd, kwalificeerde een separate rechtshandeling waarbij aansprakelijkheid werd aanvaard voor een schuld die zijn oorsprong had in een ander rechtsfeit, als borgtocht en niet als hoofdelijke aansprakelijkheid.

9.8.3.3 Het object van de schuld

Bij borgtocht verplicht de borg zich tot het leveren van eenzelfde prestatie als de hoofdschuldenaar. Bij hoofdelijkheid bestaat er eveneens geen verschil in de prestatie die de hoofdelijk verbonden schuldenaren gehouden zijn te leveren aan de schuldeiser. Bij een garantie is dit anders. Er zit een verschil in de schuld. Bij hoofdelijkheid zijn de hoofdelijk verbonden schuldenaren aansprakelijk voor een

385 De overeenkomst die schuldeiser en dochtervennootschap sluiten, leidt tot de mogelijkheid dat een 403-vordering ontstaat. De hoofdvordering en de 403-vordering hebben echter niet dezelfde causa. De 403-vordering is gebaseerd op de 403-verklaring, de hoofdvordering op de rechtshandeling waar de schuld van de dochtervennootschap uit voortvloeit. Zie ook voetnoot 346.

eigen schuld. Het betreft een schuld die hen allen – in beginsel in gelijke mate – aangaat. Bij een garantie, en dus bij een borgtocht die onder het oude recht als een *species* van de garantie werd gezien, gaat het niet om een eigen schuld. Volgens Scholten konden hoofdelijkheid en borgtocht op die grond worden onderscheiden. In tegenstelling tot wat het geval is bij hoofdelijkheid, verklaart een borg zich aansprakelijk voor de nakoming van een verbintenis van een derde:[386]

> "Daarin ligt de tegenstelling met de hoofdelijkheid daar maakt men de schuld van een ander tot zijn eigene."

Een geval waarin op basis van de wet sprake is van een gezamenlijke schuld en dus van hoofdelijkheid, is de gezamenlijk gepleegde onrechtmatige daad. Alle hoofdelijk gebonden schuldenaren worden geacht verantwoordelijk te zijn voor de schade die door het plegen van de onrechtmatige daad is ontstaan. Wanneer één van de schuldenaren de volledige schade vergoedt, wordt daarmee een eigen schuld voldaan. Hetzelfde geldt voor een overeenkomst die de hoofdelijk gebonden schuldenaren gezamenlijk met de schuldeiser zijn aangegaan. Op basis van een dergelijke overeenkomst hebben de hoofdelijk schuldenaren een prestatie geleverd gekregen die hen allen tot baat heeft gestrekt. Wanneer één hoofdelijk gebonden schuldenaar de vordering van de schuldeiser voldoet, voldoet hij een eigen schuld. Ook wanneer hij de gehele tegenprestatie voldoet. Een ander voorbeeld is de hoofdelijke gebondenheid van de vennoten die verbonden zijn in een vennootschap onder firma (v.o.f.). Ingevolge art. 18 WvK[387] zijn alle vennoten hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de v.o.f. Ook hier komt de binding tot stand door eenzelfde causa[388] en betreft het een schuld die alle vennoten aangaat.

Bij hoofdelijkheid zijn schuldenaren op gelijke wijze gebonden. Zij zijn nevengeschikt. Er is geen sprake van een hoofdschuldenaar en een 'zekerheidsschuldenaar':[389]

> "Het is duidelijk, dat de hoofdverbintenis en de subsidiaire accessoire nevenverbintenis van den borg geen hoofdelijke verbintenissen zijn. Hoofdelijke medeschuldenaren zijn tegenover den schuldeischer geheel gelijkelijk gebonden, niet de een meer primair de ander meer subsidiair; de verbintenis van ieder hunner is in gelijke mate van die der anderen afhankelijk."

386 Scholten 1917, 2470 e.v., p. 311.

387 Artikel 18 van het Wetboek van Koophandel luidt: "In vennootschappen onder eene firma is elk der vennoten, wegens de verbindtenissen der vennootschap, hoofdelijk verbonden."

388 Bij een later toetredende vennoot kan echter worden betoogd dat deze wordt gebonden door de (latere) toetreding, omdat een later toetredende vennoot ook hoofdelijk gebonden is voor schulden die namens de v.o.f. zijn aangegaan voor de toetreding. Dit heeft de Hoge Raad in 2015 bepaald, zie HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588.

389 Korthals Altes 1933, p. 126.

Op basis van het fundamentele beginsel dat hoofdelijkheid in beginsel betrekking heeft op situaties waarin sprake is van een gezamenlijke eigen schuld, had het ten tijde van de invoering van de groepsvrijstellingsregeling voor de hand gelegen om te bepalen dat de moedervennootschap zekerheid diende te verstrekken in de vorm van een borgtocht. In navolging van vorenstaande, kwalificeert een verklaring waarbij aansprakelijkheid wordt erkend voor de schuld van een andere partij als een vorm van borgtocht en niet als een vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid. Middels de aansprakelijkheidsverklaring die in het kader van de groepsvrijstelling is vereist, verklaart een moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk voor een schuld van een derde en dus voor een schuld die haar niet aangaat.

9.8.3.4 Accessoir karakter

Anders dan borgtocht is hoofdelijkheid geen rechtsfiguur die ziet op het verstrekken van een zekerheid. Bovendien wordt hoofdelijkheid niet aangegaan ten behoeve van een schuld van een derde, maar heeft hoofdelijkheid betrekking op een eigen schuld. De vordering op de borg strekt tot zekerheid van voldoening van de hoofdvordering en is daarvan afhankelijk. De borgtocht is accessoir van de hoofdvordering, wat onder meer betekent dat de borgtocht komt te vervallen als de hoofdvordering – door welke reden dan ook – teniet is gegaan. Ook betekent dit dat de rechthebbende van de hoofdvordering bevoegd is de borg aan te spreken. Wanneer een rechthebbende de hoofdvordering heeft gecedeerd, kan hij de borg niet meer aanspreken.

Het verstrekken van zekerheid geschiedde al sinds het Romeinse recht door het aangaan van een borgtocht. Millennia lang is borgtocht de rechtsfiguur geweest waarmee zekerheid werd verstrekt en in dat licht heeft deze rechtsfiguur zich ontwikkeld. Dat geldt niet voor hoofdelijkheid. Hoofdelijkheid is in het leven geroepen voor situaties waarin meerdere personen gehouden zijn eenzelfde, eigen schuld te voldoen.[390]

In het kader van de groepsvrijstellingsregeling dient een moedervennootschap een zekerheid te verschaffen aan reeds bestaande en toekomstige schuldeisers van de dochtervennootschap, teneinde het gebrek aan inzicht in de jaarstukken te compenseren. Bestaat de keuze uit de twee smaken hoofdelijkheid en borgtocht, dan geldt dat borgtocht de voor de hand liggende keuze is wanneer sprake is van een situatie waarin een zekerheid dient te worden verstrekt.

9.8.3.4 Subsidiariteit

Een belangrijk onderscheid tussen hoofdelijkheid en borgtocht dat reeds bestond onder het oude recht, is dat borgtocht een subsidiair karakter heeft en hoofdelijkheid niet. De al dan niet aanwezige subsidiariteit is gelegen in het rechtskarakter van

390 Te denken valt bijvoorbeeld aan een vordering uit een gezamenlijk gepleegde onrechtmatige daad.

de twee rechtsfiguren. Bij hoofdelijkheid zijn de schuldenaren naast elkaar gebonden voor een verplichting die hen beiden aangaat. De schuldenaren zijn nevengeschikt. Bij borgtocht is er een hoofdschuldenaar die is gebonden om de hoofdvordering te voldoen en is er de borg die pas kan worden aangesproken als de hoofdschuldenaar zijn vordering niet voldoet. Zoals onder huidig recht eveneens het geval is, kon de subsidiariteit bij borgtocht worden uitgesloten.[391]

9.8.4 Het onderscheid tussen borgtocht en hoofdelijkheid naar huidig recht

Onder het huidige recht, waarmee wordt bedoeld het recht zoals dat geldt en hoe dat zich heeft ontwikkeld sinds de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek in 1992, is borgtocht geduid als een *species* van passieve hoofdelijkheid. Artikel 7:850 BW bepaalt:

> Artikel 7:850 BW
> 1. Borgtocht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de borg, zich tegenover de andere partij, de schuldeiser, verbindt tot nakoming van een verbintenis, die een derde, de hoofdschuldenaar, tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen.
> 2. Voor de geldigheid van een borgtocht is niet vereist dat de hoofdschuldenaar deze kent.
> 3. Op borgtocht zijn de bepalingen omtrent hoofdelijke verbintenissen van toepassing, voor zover daarvan in deze titel niet wordt afgeweken.

Is een borg verplicht om dezelfde schuld als de hoofdschuldenaar te voldoen, dan volgt uit lid 1 dat van borgtocht kan worden gesproken. In aanvulling hierop bepaalt artikel 6:6 lid 2 BW dat in dat geval eveneens kan worden gesproken van hoofdelijkheid:

> Artikel 6:6 BW
> 1. Is een prestatie door twee of meer schuldenaren verschuldigd, dan zijn zij ieder voor een gelijk deel verbonden, tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn.
> 2. Is de prestatie ondeelbaar of vloeit uit wet, gewoonte of rechtshandeling voort dat de schuldenaren ten aanzien van een zelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn, dan zijn zij hoofdelijk verbonden.
> 3. Uit een overeenkomst van een schuldenaar met zijn schuldeiser kan voortvloeien dat, wanneer de schuld op twee of meer rechtsopvolgers overgaat, dezen voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zullen zijn.

391 Onder het huidige recht kan van de bepalingen met betrekking tot het afhankelijke en subsidiaire karakter van de borgtocht niet ten nadele van de particuliere borg worden afgeweken (art. 7:862 BW).

Vorenstaande leidt tot de conclusie dat wanneer sprake is van borgtocht, er eveneens sprake is van hoofdelijkheid.[392] Daarmee is borgtocht aan te merken als een *species* van hoofdelijkheid.[393] In de memorie van antwoord bij de regeling inzake borgtocht zoals opgenomen in het Burgerlijk Wetboek van 1992 is opgemerkt dat met de afbakening waarbij borgtocht als *species* van hoofdelijkheid is beschouwd, aansluiting is gezocht bij het preadvies onder redactie van Pels Rijcken.[394] Hij gaat in op de vraag hoe hoofdelijkheid en borgtocht van elkaar dienen te worden afgebakend. Het onderscheidend criterium is:[395]

> "of de schuldeiser weet, dat een van hen, die zich elk voor het geheel jegens heeft verbonden, degene is wie de schuld 'aangaat', dus de hoofdschuldenaar is."

Wanneer de schuldeiser weet dat er sprake is van een hoofdschuldenaar en dat er daarnaast sprake is van een schuldenaar die zich aansprakelijk heeft verklaard voor een schuld die hem niet aangaat, dan is sprake van een borgstelling en niet van reguliere hoofdelijkheid. Weet een schuldeiser op basis van bovenstaand criterium dat sprake is van borgstelling, dan behoren de schuldenaren "'van wien de schuldeiser bij het aangaan van hun verbintenis bekend is dat de schuld hun in hun onderlinge verhouding tot de hoofdschuldenaar niet aangaat" te worden aangemerkt als borgen.

Het is mogelijk om contractueel te bepalen dat een zekerheidsverstrekker zich aansprakelijk verklaart als hoofdelijk gebonden schuldenaar. Of toch niet helemaal? Van borgtocht is sprake, ongeacht wat partijen in hun overeenkomst hebben opgenomen, wanneer een partij zich heeft verbonden om de schuld van een ander te voldoen en hij "zich bij de schuldeiser aandient als iemand wie deze schuld zelf niet aangaat".[396] Uit de jurisprudentie blijkt dat dit criterium meer dan eens wordt gevolgd en dat wordt geoordeeld dat sprake is van borgtocht terwijl partijen in de overeenkomst hoofdelijkheid overeen waren gekomen.[397]

Bergervoet is in een artikel nader ingegaan op de afbakening van borgtocht en hoofdelijkheid onder het huidige recht. Hij concludeert:[398]

> "Door borgtocht als een specifieke vorm van contractuele hoofdelijkheid te regelen heeft de wetgever ervoor gezorgd dat beide rechtsfiguren onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Dit maakt het van groot belang om goed te weten hoe borgtocht zich verhoudt tot de onbenoemde overeenkomst van contractuele hoofdelijkheid. Het is gebleken dat de

392 Anders: Van Boom 1999, nr. 138. Schoordijk is eveneens kritisch, zie Schoordijk 2003, p. 59-82.

393 *Parl. Gesch.* Boek 7, p. 418, 419, 422 en 426-427, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 96, 557 en 562 en Pels Rijcken 1962, p. 127 e.v. Zie ook Blomkwist 2012, hoofdstuk 1.2.

394 Pels Rijcken 1962.

395 Pels Rijcken 1962, p. 129 e.v.

396 MvA II Inv., *Parl. Gesch.* Inv., p. 426.

397 Zie voor een analyse van de rechtspraak op dit punt bijvoorbeeld Venrooy 2010.

398 Bergervoet 2015.

overeenkomst van borgtocht zich kenmerkt doordat de schuldeiser ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst wist, dan wel behoorde te weten, dat zijn wederpartij de schuld intern niet aangaat."

Op basis van bovengenoemde criteria kan worden geconcludeerd dat, hoewel een 403-verklaring spreekt van hoofdelijke aansprakelijkheid, de zekerheidsstelling die de moedervennootschap verstrekt materieel gezien kwalificeert als borgtocht. De tekst van het document dat aan de verbintenis ten grondslag ligt, is voor de juridische kwalificatie niet bepalend. De materiële kwalificatie is voor de juridische kwalificatie wel bepalend. De vraag of hoofdelijkheid overeen kon worden gekomen en of sprake is van borgtocht dan wel hoofdelijkheid, wordt dus beoordeeld aan de hand van materiële criteria. Bij de beantwoording van de vraag of borgtocht dan wel hoofdelijke aansprakelijkheid is overeengekomen, is de beoordeling van de vraag bepalend of een schuldeiser weet dat de schuld de zekerheidsverstrekker (de moedervennootschap) niet aangaat. Het is bij de schuldeiser van meet af aan duidelijk dat de moedervennootschap zich aansprakelijk verklaart voor een schuld van de dochtervennootschap en daarmee dus voor een schuld die haar niet aangaat.[399] De conclusie is dat – hoewel een 403-verklaring rept over hoofdelijkheid – een borgtocht tot stand komt.

9.8.5 Consequenties van de invoering van het NBW voor de groepsvrijstellingsregeling

Doordat de afbakening en de inhoud van de rechtsfiguren hoofdelijkheid en borgtocht is gewijzigd bij de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek, is ook de inhoud van de groepsvrijstellingsregeling gewijzigd. Daar heeft de wetgever zeer waarschijnkijk niet bij stilgestaan. De vraag kan worden gesteld of het begrip hoofdelijkheid – voor zover dat begrip al paste binnen de groepsvrijstellingsregeling onder het OBW – met de inhoud die het begrip heeft onder huidige recht past binnen de groepsvrijstellingsregeling. Maeijer schrijft in zijn noot bij het arrest inzake ING/Akzo:

399 De meningen in de literatuur zijn verdeeld. Zie onder meer Blomkwist 2012 die onderschrijft dat sprake is van een borgtocht wanneer bekend is dat een schuldenaar zich aansprakelijk heeft verklaard voor de schuld van een derde. Zie ook Van Zeben 1998, p. 471. Volgens Van Zeben kan op basis van de aard van de overeenkomst worden vastgesteld of sprake is van borgtocht of hoofdelijkheid. Indien sprake is van een persoonlijk zekerheidsrecht is sprake van borgtocht. Dat sprake is van een zekerheidsstelling en niet van een schuld die de zekerheidsverschaffer zelf aangaat, moet wel kenbaar zijn bij de schuldeiser. Anders Klaassen 1998, p. 347-351 en Klaassen 2002, p. 659-702. Klaassen ziet de bescherming als borg (van een partij die zich volgens de bewoordingen van de overeenkomst als hoofdelijk schuldenaar heeft gebonden) als inbreuk op de contractsvrijheid. Hiertegen: Asser/Van Schaick 5-IV 2004, nr. 182.

> "Men kan zich afvragen of het resultaat waartoe de HR komt, wel bevredigend en redelijk is. De bewuste pandhouder zal zich bij de stille verpanding van de vorderingen in maart 1992, kort na de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 NBW, én nadien niet of nauwelijks hebben gerealiseerd dat zijn positie in een situatie als in deze zaak speelde, met die invoering aldus danig werd verzwakt. Want buiten kijf lijkt dat hij onder het oude recht als cessionaris bij een fiducia cum creditore wel het bedoelde recht tot verzet tegen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid zou hebben gehad. En was bij de parlementaire behandeling niet van regeringswege de verzekering gegeven dat met de regeling van een bezitloos pandrecht praktisch hetzelfde resultaat kan worden bereikt als met zekerheidseigendom, zodat bestaande financieringspatronen ondanks de wettechnische andere opzet van de nieuwe regeling onder het nieuwe recht zonder moeilijkheden kunnen worden gecontinueerd? Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6) p. 1197, en in dit verband HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. Kleijn sub 1. Het is dan niet zo verwonderlijk dat de bewuste pandhouder ter waarborging van zijn positie in het bijzonder lette op de aansprakelijkheidsverklaring(en), zie ook r.o. 4.6 OK, en niet op de toch wat bizar aandoende mogelijkheid om (ook) een pandrecht te vestigen op de vordering van de contractant ex de art. 403-verklaring op de moedermaatschappij.
>
> Naar mijn inzicht had de HR zonder tekort te doen aan het (nieuw) wettelijk systeem of aan de geaardheid van het (stil) pandrecht de bewuste pandhouder tegemoet kunnen komen door de subsidiaire redenering van de OK, hierboven sub 2 slot aangeduid, te honoreren. De HR verwerpt echter (in r.o. 3.5.4) ook deze redenering omdat het plegen van verzet door de pandhouder in casu niet valt aan te merken als een rechtsvordering in de zin van art. 3:245 BW ter bescherming van het verpande goed. De beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid zou immers, aldus de HR, het pandrecht van de pandhouder in stand laten. Ik vraag mij af of de door mij gecursiveerde zinsnede hier niet te eng wordt uitgelegd. Het pandrecht blijft weliswaar in stand maar zoals het verweerschrift in cassatie stelt, daalt door het verdwijnen van de overblijvende aansprakelijkheid de economische waarde van de verpande vorderingen. Mag hiertegen, evenals tegen bijvoorbeeld dreigende beschadiging van een verpande zaak, dan geen bescherming worden gezocht, in casu door het doen van verzet? De Parl. Gesch. Boek 3, p. 769 e.v. biedt hiertoe ruimte. Maar de HR oordeelt nu eenmaal van niet, en gelet op het slot van zijn desbetreffende overweging 3.5.4 is het voor zekerheid zoekenden voortaan verstandig om (ook) een pandrecht te vestigen op de vordering ex de art. 403-verklaring (zie hierboven sub 4 slot). Vgl. ook Bartman in zijn noot sub 3 onder JOR 2002, 136."

Schoordijk schreef dat door de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek een scherpere scheidslijn wordt getrokken tussen hoofdelijkheid en borgtocht maar dat dit geen aanleiding zou moeten zijn om een verbintenis als hoofdelijk te kwalificeren, als materieel gesproken kan worden van borgtocht:[400]

> "Daar komt bij dat volgens het BW van 1992 iedere borg hoofdelijk schuldenaar is, zij het dat voor de particuliere borg beschermende bepalingen en speciale voorschriften gelden die deels van openbare orde zijn (art. 7:856). Aan deze regels moet ‚toch niet gederogeerd kunnen worden louter door zich als hoofdelijk schuldenaar te afficheren

400 Schoordijk 2003 p. 62.

terwijl het voor een crediteur duidelijk moet zijn geweest dat deze niet draagplichtig is. Daar komt bij dat de wet (Art. 7:850) gebruik maakt van een onduidelijk begrip hoofdschuldenaar, hetgeen toch alleen maar kan betekenen dat als van twee schuldenaren die hoofdelijk verbonden zijn, kenbaar voor de crediteur, slechts een draagplichtig is, de borgtochtsbepalingen van toepassing zijn."

9.8.6 De consequenties van de aanvaarding van borgtocht

Wanneer wordt aanvaard dat een 403-verklaring een zekerheid tot stand brengt die kwalificeert als borgtocht, behoren de problemen die worden veroorzaakt door het bestaan van meerdere zelfstandige vorderingsrechten tot het verleden. Dit zal bij cessie van de vordering op de dochtervennootschap, verpanding en beslag tot minder vragen leiden, meer duidelijkheid scheppen en een grotere rechtszekerheid geven. Dit geldt ook in situaties van schikking, verjaring achterstelling en preferentie.[401]

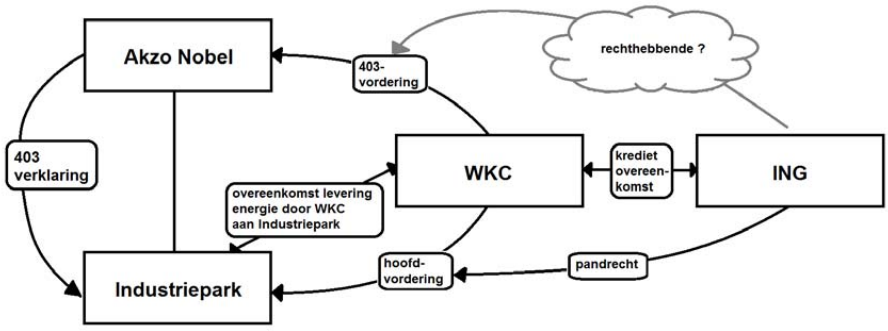
9.8.7 De kwalificatie van de 403-aanspraak als borgtocht in de rechtspraak

9.8.7.1 Akzo/ING

In een kwestie tussen ING en Akzo is een principieel arrest gewezen door de Hoge Raad. In dit arrest heeft de Hoge Raad zeer uitdrukkelijk geoordeeld dat een 403-aanspraak geen vorm van borgtocht is.

In het geschil tussen Akzo en ING waren de feiten als volgt. WKC en Industriepark hadden met elkaar een overeenkomst gesloten op basis waarvan WKC verplicht was om energie te leveren aan Industriepark en Industriepark dient aan WKC de daarvoor afgesproken prijs te voldoen. Uit hoofde van de geleverde energie heeft WKC een vordering op Industriepark, de hoofdvordering. Akzo Nobel heeft zich middels een 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk verklaard voor de schulden van Industriepark, voor zover die schulden voortvloeien uit rechtshandelingen. Uit dien hoofde heeft WKC een 403-vordering op Akzo Nobel. WKC heeft een kredietovereenkomst gesloten met ING. ING heeft ter zekerheid een stil pandrecht bedongen op de vorderingen die WKC op Industriepark heeft uit hoofde van de tussen WKC en Industriepark gesloten overeenkomst tot het leveren van energie. Vereenvoudigd ziet de situatie er als volgt uit:

401 Verwezen zij naar de in hoofdstuk 6 aangehaalde problemen.



Figuur 24

Op een gegeven moment wordt besloten dat er een reorganisatie wordt doorgevoerd in de groep waartoe Akzo Nobel en Industriepark behoren. Door die reorganisatie wordt de groepsband tussen Akzo Nobel en Industriepark verbroken. Akzo Nobel trekt de 403-verklaring in door een intrekkingsverklaring te deponeren bij de Kamer van Koophandel (zie artikel 2:404 lid 1 BW). De intrekking van de 403-verklaring voorkomt dat Akzo Nobel aansprakelijk kan worden gesteld voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die na de intrekking worden verricht. De aansprakelijkheid van Akzo Nobel voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die zijn verricht voor de intrekking, blijft, ondanks de intrekking van de 403-verklaring, voortbestaan (zie artikel 2:404 lid 2 BW). Deze resterende aansprakelijkheid wordt ook wel de 'overblijvende aansprakelijkheid' genoemd. Akzo Nobel wenst zich te ontdoen van de overblijvende aansprakelijkheid. Daartoe deponeert Akzo Nobel een verklaring met daarin het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid en doorloopt tevens de overige stappen die voor de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid zijn vereist (zie artikel 2:404 lid 3 BW).

ING raakt op de hoogte van het voornemen van Akzo Nobel om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. ING heeft een pandrecht op de hoofdvordering die WKC heeft op de dochter van Akzo Nobel. De 403-vordering is niet afzonderlijk of uitdrukkelijk aan ING verpand. ING stelt zich op het standpunt dat de 403-vordering een afhankelijk recht is en dat zij – onder omstandigheden – gerechtigd is om het recht om Akzo Nobel aan te spreken, uit te oefenen. Omdat ING meent dat zij gerechtigd is om onder omstandigheden een beroep te doen op de 403-verklaring, meent ING eveneens dat zij dient te worden aangemerkt als 'schuldeiser' in de zin van artikel 2:404 lid 5 BW. ING heeft op de voet van art. 2:404 lid 5 BW een verzoek bij de rechtbank ingediend. De rechtbank heeft haar in dit verzoek

niet-ontvankelijk verklaard op de grond dat een pandhouder (zoals ING pretendeert te zijn van vorderingen van WKC op Industriepark) niet kan worden aangemerkt als de schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt als bedoeld in art. 2:404 lid 5. Hiertegen heeft ING gegriefd bij de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer overweegt het volgende:[402]

> "Naar het oordeel van de Ondernemingskamer wordt aan de door de wet beoogde bescherming van de contractant van de dochtervennootschap voldoende recht gedaan indien de moedervennootschap ten gevolge van de "artikel 403-verklaring" jegens de contractant van de dochtervennootschap komt te verkeren in een positie als had zij zich ten behoeve van de dochter, ten aanzien van de in artikel 2:403 BW genoemde schulden, jegens de contractant tot borg gesteld. Aldus beschouwd is het recht dat de contractant jegens de moedervennootschap aan artikel 2:403 BW ontleent, een afhankelijk recht als bedoeld in de artikelen 3:7 en 3:82 BW, dat, indien daartoe gronden zijn, ook door de pandhouder van de vordering uitgeoefend kan worden."

Uit deze overweging blijkt dat de Ondernemingskamer meent dat Akzo Nobel jegens WKC in een positie is komen te verkeren die gelijk is aan de positie van een borg. Daarnaast zijn de rechten die de hoofdschuldeiser aan een 403-verklaring ontleent door de Ondernemingskamer gekwalificeerd als afhankelijke rechten. Omdat een pandhouder bevoegd is om de afhankelijke rechten, die behoren bij de verpande vordering, in te roepen, kan de pandhouder de rechten uitoefenen die de hoofdschuldeiser aan een 403-verklaring ontleent.

Nu de Ondernemingskamer het standpunt heeft ingenomen dat ING als pandhouder gerechtigd is om Akzo Nobel aan te spreken op basis van de 403-verklaring, is de vraag of ING ook gerechtigd is om verzet aan te tekenen tegen de door Akzo Nobel aangekondigde beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Daartoe overweegt de Ondernemingskamer het volgende:

> "Alvorens het verzet tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid in te stellen heeft ING aan Industriepark en Akzo Nobel mededeling gedaan van het ten behoeve van haar gevestigde pandrecht. Hierdoor werd zij blijkens punt 6 van de pandakte bevoegd "de vordering te innen en in en buiten rechte nakoming van de vordering te eisen". Voor zover zij niet reeds op grond hiervan voldoet aan de hoedanigheid van schuldeiser als bedoeld in artikel 2:404 lid 3 onder d BW, brengt een redelijke uitleg van artikel 2:404 BW, gelezen in samenhang met artikel 3:245 BW, in ieder geval met zich dat ING ter bescherming van de aan haar verpande toekomstige vorderingen verzet op de voet van artikel 2:404 lid 5 BW kan instellen. Hieraan kan de in artikel 3:245 BW vervatte eis dat de schuldeiser in het geding wordt opgeroepen niet afdoen omdat WKC ondubbelzinnig te kennen heeft gegeven haar rechten uit hoofde van artikel 2:404 BW niet te willen inroepen."

Op basis van vorenstaande concludeert de Ondernemingskamer dat ING verzetgerechtigd is. Het door ING gedane verzet wordt gegrond verklaard wanneer Akzo

402 Hof Amsterdam 31 juli 2001, *JOR* 2001/170, *r.o.* 4.10.

Nobel geen zekerheid zou stellen voor de nog openstaande vordering van *f* 19.972.043,-. Akzo Nobel gaat in cassatie tegen de uitspraak van de Ondernemingskamer. De Hoge Raad is het niet eens met de Ondernemingskamer:[403]

> "Uit het voorafgaande volgt dat ook het oordeel van de Ondernemingskamer dat Akzo Nobel in een positie is te komen te verkeren 'als had zij zich ten behoeve van de dochter (...) jegens de contractant tot borg gesteld', geen stand kan houden. Voor zover de Ondernemingskamer dit oordeel heeft gebaseerd op een uitleg van de door Akzo Nobel afgelegde verklaring is haar oordeel in het licht van de bewoordingen ervan die niets omtrent borgtocht inhouden, onbegrijpelijk. Voor zover de Ondernemingskamer dit oordeel heeft gebaseerd op de strekking van art. 2:403, berust haar oordeel op een onjuiste rechtsopvatting, nu hoofdelijke aansprakelijkheid, ook in het kader van deze bepaling, niet op één lijn gesteld kan worden met borgtocht."

De Hoge Raad maakt korte metten met de uitspraak van de Ondernemingskamer en oordeelt dat een 403-verklaring niet op één lijn kan worden gesteld met borgtocht. De Hoge Raad voert aan dat de 403-verklaring de term hoofdelijke aansprakelijkheid bevat en niet rept over borgtocht. Om die reden acht de Hoge Raad het onbegrijpelijk dat de zekerheid die door middel van een 403-verklaring wordt verstrekt, wordt uitgelegd als borgtocht:

> "3.4.2 Art. 2:403 lid 1 bepaalt dat een tot een groep behorende rechtspersoon de jaarrekening niet behoeft in te richten overeenkomstig de voorschriften van titel 9 van boek 2 BW, mits is voldaan aan de in het eerste lid vermelde voorwaarden. Een van deze voorwaarden – als vermeld onder f van het artikellid – is dat een andere rechtspersoon of vennootschap, in wiens jaarrekening de gegevens zijn geconsolideerd (hierna aan te duiden als de moedermaatschappij), schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon (verder te noemen de dochtermaatschappij) voortvloeiende schulden. Wat deze verklaring – waarvan de betekenis moet worden begrepen tegen de hiervoor vermelde achtergrond dat zij dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van een geconsolideerde jaarrekening – in een concreet geval inhoudt moet worden vastgesteld door uitleg daarvan. Daarbij zal in beginsel vooral moeten worden gelet op de aard van deze verklaring, zoals hierna in 3.4.3 aangeduid. De strekking van de verklaring zoals deze volgt uit de hiervoor vermelde context van de wet, kan ook een rol spelen bij deze uitleg. Door de strekking in rov. 4.9 voorop te stellen is de Ondernemingskamer echter uitgegaan van een onjuiste maatstaf.
>
> 3.4.3 De hier bedoelde verklaring die de moedermaatschappij heeft afgelegd, is een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling op grond waarvan rechtstreeks aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ontstaat. Anders dan de Ondernemingskamer heeft geoordeeld, kan de "contractant" jegens de moedermaatschappij geen recht ontlenen aan art. 2:403, doch uitsluitend aan de door deze gedeponeerde verklaring.

403 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447 (ING/Akzo), *r.o.* 3.4.6.

> 3.4.4 In cassatie moet ervan worden uitgegaan dat de verklaring in het onderhavige geval slechts inhoudt dat Akzo Nobel zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de uit rechtshandelingen van IndustriePark voortvloeiende schulden.
>
> 3.4.5 Nu een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid niet een afhankelijk recht in het leven roept, getuigt het oordeel van de Ondernemingskamer dat het recht dat de contractant verkrijgt jegens de moedermaatschappij, een afhankelijk recht – als bedoeld in de artikelen 3:7 en 3:82 BW – is, van een onjuiste rechtsopvatting.
>
> 3.4.6 Uit het voorafgaande volgt dat ook het oordeel van de Ondernemingskamer dat Akzo Nobel in een positie is komen te verkeren "als had zij zich ten behoeve van de dochter (...) jegens de contractant tot borg gesteld", geen stand kan houden. Voor zover de Ondernemingskamer dit oordeel heeft gebaseerd op een uitleg van de door Akzo Nobel afgelegde verklaring, is haar oordeel in het licht van de bewoordingen ervan die niets omtrent borgtocht inhouden, onbegrijpelijk. Voor zover de Ondernemingskamer dit oordeel heeft gebaseerd op de strekking van art. 2:403, berust haar oordeel op een onjuiste rechtsopvatting, nu hoofdelijke aansprakelijkheid, ook in het kader van deze bepaling, niet op één lijn gesteld kan worden met borgtocht."

De onderbouwing die de Hoge Raad aan haar standpunt ten grondslag legt, is naar mijn idee in strijd met het principe dat gekozen bewoordingen niet bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van hoofdelijkheid of borgtocht maar de materiële kenmerken van een rechtsverhouding. Zonder nader in te gaan op de kenmerken van hoofdelijkheid en borgtocht en zonder een materiële analyse te maken van de rechtsverhouding, komt de Hoge raad op basis van een tekstuele uitleg van de 403-verklaring tot de conclusie dat hier sprake is van hoofdelijkheid. De juistheid van dit oordeel en de daaraan ten grondslag liggende redenering kan in twijfel worden getrokken. Wanneer een zekerheid wordt verstrekt, dient op basis van de materiële kenmerken te worden beoordeeld of sprake is van borgtocht of niet. De door een partij gebruikte bewoordingen zijn daarvoor (juist) niet bepalend.

Gesteld zou kunnen worden dat bij een 403-verklaring geen sprake is van een overeenkomst, zodat geen ruimte is voor een andere uitleg dan een puur tekstuele. Bovendien vereist borgtocht het bestaan van een overeenkomst, zodat ook om die reden geen sprake kan zijn van borgtocht. Daar staat tegenover dat wanneer voor hoofdelijkheid wordt gekozen, moet worden aanvaard dat een 403-verklaring – zonder instemming van de schuldeiser – een vorderingsrecht in het vermogen van een derde partij creëert. Het eenzijdig toevoegen van een vorderingsrecht aan het vermogen van een derde partij, die daar niet mee in heeft gestemd, is in strijd met fundamentele rechtsbeginselen zoals de partijautonomie.

De reeds hiervoor verdedigde visie dat de 403-verklaring een verbintenis schept die een aanbod van de moedervennootschap inhoudt en de schuldeiser het wilsrecht krijgt om dat te aanvaarden, acht ik verdedigbaar en ook zuiverder. Wanneer een schuldeiser van de moedervennootschap dat aanbod aanvaardt, dan ontstaat een vorderingsrecht. Vervolgens is sprake van een overeenkomst. Daarmee staat niets de kwalificatie als borgtocht in de weg. Indien de acceptatie door de schuldeiser als een diffuse stap wordt gezien, zou wat dat betreft aangesloten kunnen worden

bij het systeem dat we kennen van de rechtsfiguur schenking. Een schenking wordt als aanvaard beschouwd als deze niet wordt afgewezen.

De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat geen sprake kan zijn van borgtocht. Het betreffende arrest heeft veel pennen in beweging gebracht. Onder andere Maeijer[404] en Bartman[405] schreven een kritische noot bij het arrest. Schoordijk ageert mogelijk het felst op de overwegingen van de Hoge Raad.[406] Daarnaast hebben diverse auteurs het arrest – vroeger of later – ter discussie gesteld. De meeste auteurs hebben kritiek op het feit dat het oordeel van de Hoge Raad ertoe leidt dat een 403-vordering een zelfstandig vorderingsrecht oplevert en dat de vordering geen subsidiair karakter heeft. Deze bezwaren zijn niet aan de orde wanneer wordt geconcludeerd dat sprake is van een zekerheid die kwaificeert als borgtocht.

Na het Akzo/ING-arrest heeft de Hoge Raad nog enkele keren de gelegenheid gehad om zich uit te laten over de kwalificatie van de 403-verklaring en de 403-vordering. De vraag kan worden gesteld of de Hoge Raad heeft volhard in het standpunt dat hij heeft ingenomen in de kwestie ING/Akzo en of hij de mogelijkheid heeft gezien nadere duidelijkheid te scheppen over het rechtskarakter van de 403-verklaring en de 403-vordering en de gevolgen daarvan.[407]

9.8.7.2 UWV/Curatoren Econcern

In de kwestie rondom het faillissement van Econcern en haar dochter Innogrow verdedigen de curatoren van Econcern voor de Rechtbank Midden-Nederland[408] dat de vordering op de moedervennootschap uit hoofde van een 403-verklaring is versterkt met een recht van voorrecht. De curatoren voeren aan dat de hoofdvordering op de dochtervennootschap is versterkt met een recht van voorrecht en daarom zou de vordering op de moedervennooschap eveneens versterkt (moeten) zijn met een voorrecht. Toen tegen de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland cassatie werd ingesteld, was het aan de Hoge Raad[409] om de vraag te beantwoorden of de curatoren dat juist hadden. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag

404 *NJ* 2002/447 m.nt. Maeijer.

405 *JOR* 2002/136 m.nt. Bartman.

406 Schoordijk 2003, p. 63.

407 Zie de navolgende paragrafen. Geen aandacht zal worden besteed aan de zaak TPB/Eneco, zie HR 19 juni 2015; ECLI:NL:HR:2015:1691 en voor de conclusie van A-G Timmerman: Parket bij de Hoge Raad, 17 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:523. De Hoge Raad is aan een beoordeling van deze zaak niet toegekomen en heeft deze zaak afgedaan op basis van artikel 81 RO. In de hoogste feitelijke instantie, heeft het hof geen oordeel geveld over het ontstaansmoment van een 403-vordering, nu partijen daarover niet twistten en dit geen onderdeel van de discussie vormde. Het hof heeft slechts het standpunt van partijen gevolgd, zie Hof Den Haag 18 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:892.

408 Rb. Midden-Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0334.

409 HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904. Voor de conclusie van A-G Timmerman zie Parket bij de HR 14 februari 2014, ECLI:NL:PHR:2014:92.

ontkennend. Dit wijst erop dat de Hoge raad volhardt in zijn standpunt dat een 403-vordering een zelfstandig vorderingsrecht oplevert, hetgeen erop duidt dat de regels van hoofdelijkheid onverkort op een 403-vordering worden toegepast.

De casus was als volgt. Op 11 november 2003 heeft Econcern N.V. (Econcern) een 403-verklaring afgegeven voor haar dochter Innogrow International B.V. (Innogrow). Econcern is op 18 september 2009 failliet verklaard. Innogrow is op 2 februari 2010 failliet verklaard. Een aantal werknemers van Innogrow heeft een loonvordering op Innogrow. Op grond van artikel 3:288 sub e BW zijn deze loonvorderingen versterkt met een recht van voorrecht:

> Artikel 3:288 BW:
> De bevoorrechte vorderingen op alle goederen zijn de vorderingen ter zake van:
> (…)
> e. al hetgeen een werknemer over het lopende en het voorafgaande kalenderjaar in geld op grond van de arbeidsovereenkomst van zijn werkgever te vorderen heeft, alsmede de bedragen door de werkgever aan de werknemer in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst verschuldigd uit hoofde van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de arbeidsovereenkomst.

Indien het vorderingsecht van de werknemers overgaat op een derde partij, geldt in beginsel dat de aan het vorderingsrecht gekoppelde nevenrechten – waartoe voorrechten nadrukkelijk worden gerekend – mee overgaan. Zie artikel 6:142 lid 1 BW:

> Artikel 6:142 BW:
> 1. Bij overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser verkrijgt deze de daarbij behorende nevenrechten, zoals rechten van pand en hypotheek en uit borgtocht, voorrechten en de bevoegdheid om de ter zake van de vordering en de nevenrechten bestaande executoriale titels ten uitvoer te leggen.

Artikel 66 lid 1 WW bepaalt dat de loonvorderingen van werknemers overgaan op het UWV, wanneer het UWV de werknemers voor die onbetaalde vorderingen heeft gecompenseerd.[410] Naast het feit dat uit hoofde van artikel 6:142 lid 1 BW het reeds bestaande voorrecht van werknemers overgaat op het UWV, verkrijgt het UWV uit hoofde van artikel 66 lid 3 WW eveneens een voorrecht. Zie artikel 66 WW:

410 De voldoening van de vorderingen door het UWV leidt er niet toe dat de vorderingen tenietgaan. Er zal sprake zijn van subrogatie. Zie hierover bijvoorbeeld Van Boom: "De wetgever heeft zich met de subrogatie van art. 6:12 noodzakelijkerwijs van een aantal ficties bediend. De fictie waarvan men zich bij de figuur van subrogatie in het algemeen bedient, is dat de nakoming van de verbintenis niet tot tenietgaan van de verbintenis leidt, maar dat deze integendeel blijft bestaan en de vorderingen die de crediteur op de andere debiteuren heeft, overgaan op de betalende debiteur teneinde diens regresactie kracht bij te zetten." Van Boom 2016, p. 99.

> Artikel 66 Werkloosheidswet (WW):
> 1. De vorderingen van de werknemer en derden op de werkgever, bedoeld in artikel 64, eerste lid, gaan over op het UWV, voorzover deze vorderingen door het UWV worden voldaan.
> 2. Het UWV verhaalt de door werkgevers verschuldigde premies op grond van Wet financiering sociale verzekeringen over de uitkering, bedoeld in dit hoofdstuk, op de werkgever.
> 3. De vorderingen van het UWV, bedoeld in het tweede lid, zijn bevoorrecht op alle goederen van de werkgever en gaan boven alle andere voorrechten met uitzondering van die van de artikelen 287 en 288 onder a, alsmede die van artikel 284 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

Op basis van vorenstaande heeft het UWV zonder twijfel een vorderingsrecht verkregen op de werkgever van de werknemers. De werkgever is dochtervennootschap Innogrow. Een geschil ontstaat wanneer de curatoren voor deze vordering aankloppen bij moedervennootschap Econcern, op basis van de door Econcern gedeponeerde 403-verklaring. Het UWV vordert erkenning van haar vordering in het faillissement van Econcern, met inbegrip van het door haar geclaimde voorrecht op voet van artikel 3:288 sub e BW. Aanvankelijk erkennen de curatoren de vordering van het UWV. Maar zij erkennen niet het door het UWV geclaimde voorrecht dat gekoppeld zou zijn aan de 403-vordering op moedervennootschap Econcern. In de door het UWV aangespannen procedure betogen de curatoren zelfs dat Econcern in het geheel niet gehouden is om de vordering van het UWV te erkennen. De Rechtbank Midden-Nederland overweegt in eerste instantie als volgt:[411]

> "4.2 De aansprakelijkheid op grond van een aansprakelijkheidsverklaring die is afgegeven in verband met de vrijstelling van artikel 2:403 BW, is niet rechtstreeks gebaseerd op de wet (artikel 2:403 BW) maar op de aansprakelijkheidsverklaring zelf (HR 28 juni 2002, LJN AE4663, JOR 2002, 136 (Akzo Nobel/ING)). Geen rechtsregel verbiedt dat een door een moedervennootschap ten behoeve van een dochtervennootschap afgegeven aansprakelijkheidsverklaring een verdergaande strekking heeft dan artikel 2:403 BW voorschrijft. De uitleg die UWV aan de aansprakelijkheidsverklaring heeft gegeven, te weten dat deze in het onderhavige geval mede strekt tot aanvaarding van aansprakelijkheid jegens UWV die op grond van artikel 66 lid 1 WW is getreden in de rechten van werknemers van Innogrow jegens Innogrow, is blijkens het voorgaande niet of ten minste niet gemotiveerd weersproken. Nu artikel 25 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op dit punt geen toepassing claimt, heeft de rechtbank hierin dan niet te treden. De rechtbank dient er aldus vanuit te gaan dat UWV ten minste een concurrente vordering heeft in het faillissement van Econcern."

De rechtbank twijfelt er niet aan dat Econcern (en thans de boedel van Econcern) aansprakelijk kan worden gesteld voor de schulden die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten tussen Innogrow en haar werknemers op basis

411 Rb. Midden-Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0334, *r.o.* 4.2.

van de 403-verklaring. In eerste instantie geldt uiteraard dat een dergelijke vordering kan worden ingesteld door de werknemers van Innogrow. Aangezien het UWV in deze rechten van de werknemers is getreden, staat deze route thans open voor het UWV. Ten aanzien van de vraag of de vordering, die het UWV op basis van de 403-verklaring heeft op Econcern, een vordering is die is versterkt met een voorrecht, overweegt de rechtbank als volgt:

> "4.3 Wat partijen verdeeld houdt, is het antwoord op de vraag of de preferentie die is verbonden aan de vordering van UWV op Innogrow, ook is verbonden aan de op de aansprakelijkheidsverklaring gebaseerde vordering van UWV op Econcern. De rechtbank beantwoordt deze vraag ontkennend. Volgens artikel 3:278 BW ontstaan voorrechten slechts uit de wet. Artikel 3:288 sub e BW geeft slechts, binnen zekere grenzen, een voorrecht aan vorderingen van werknemer op (het vermogen van) werkgever. Econcern geldt niet als werkgever van de werknemers in wier rechten UWV is gesubrogeerd, dat hebben partijen ook niet betoogd. Artikel 2:403 BW – verondersteld dat die bepaling in het onderhavige geval van toepassing zou zijn – noch enige andere wetbepaling verbindt een voorrecht aan aansprakelijkheid die voortvloeit uit door een moedervennootschap ten behoeve van haar dochtervennootschap afgegeven aansprakelijkheidsverklaring. Of de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap voortvloeit uit één verbintenis met als debiteuren de moeder- en de dochtervennootschap, zoals UWV stelt, of uit een zelfstandige verbintenis van de moedervennootschap die van die van de dochtervennootschap moet worden onderscheiden, zoals de curatoren stellen, maakt hiervoor niet uit. Het gaat er bij preferentie immers juist om of een vordering bevoorrecht is op (de executieopbrengst van) het vermogen van een bepaalde debiteur. Daarvan is geen sprake als de wet dat niet stipuleert, ook niet als men het aldus zou willen zien dat diezelfde vordering wel, op grond van de wet, bevoorrecht is op (de executieopbrengst van) het vermogen van een andere debiteur."

De rechtbank oordeelt dat uit de wet volgt dat er slechts een voorrecht bestaat ten aanzien van de werkgever, Innogrow. Er is geen wettelijke grond op basis waarvan er een voorrecht is ontstaan ten aanzien van Econcern. Econcern heeft ook geen 403-verklaring afgelegd waarin zij verklaart dat zij voorrechten die tegen Innogrow kunnen worden ingeroepen ook tegen zichzelf zal laten gelden – voor zover dat al mogelijk zou zijn geweest. Dat is niet zo, aangezien voorrechten volgens artikel 3:278 BW slechts ontstaan uit de wet. Wanneer een moedervennootschap in een 403-verklaring zou opnemen dat een schuldeiser van de dochtervennootschap voor zou gaan boven haar eigen schuldeisers, dan zou dit een ongeoorloofde doorbreking van de *paritas creditorum* opleveren.

In voornoemde casus is duidelijk dat de grondslag op basis waarvan een voorrecht bestaat, bepaalt dat slechts sprake is van een voorrecht op de werkgever. De vraag of sprake is van meerdere vorderingsrechten is volgens de rechtbank niet relevant. In dat kader merkt de Rechtbank Midden-Nederland op:

> "Of de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap voortvloeit uit één verbintenis met als debiteuren de moeder- en de dochtervennootschap, zoals UWV stelt, of uit een zelfstandige verbintenis van de moedervennootschap die van die van de

> dochtervennootschap moet worden onderscheiden, zoals de curatoren stellen, maakt hiervoor niet uit."

In onderhavig geval delen de beide hoofdelijk verbonden schuldenaren niet hetzelfde lot. Innogrow moet het voorrecht tegen zich laten gelden. Dat geldt niet voor Econcern. Dat de beide schuldenaren een meer zelfstandige positie innemen en geen sprake is van lotsverbondenheid, past bij de rechtsfiguur hoofdelijkheid zoals we die nu kennen. In dat kader heeft Van Boom onder meer het volgende geschreven[412]

> "In het vorige hoofdstuk bleek dat de Nieuw BW-wetgever zich ten doel stelde het onderscheid tussen hoofdelijkheid en de toevallige samenloop van verbintenissen zoveel mogelijk weg te nemen. Dit doel werd bereikt door de lotsverbondenheid van de hoofdelijk verbonden debiteuren tot een minimum te beperken; met name werd de Gesamtwirkung van bepaalde rechtsfeiten ten nadele van de debiteuren geëcarteerd. Naar huidig recht heeft bijvoorbeeld het verzuim of de stuiting van de verjaring in de verhouding van de crediteur tot een van de debiteuren in beginsel geen werking ten nadele van de andere debiteuren. Elk van de debiteuren moet afzonderlijk in verzuim worden gebracht, de verjaring van elke verbintenis moet afzonderlijk worden gestuit.
>
> Het is een goede keuze van de wetgever geweest om in plaats van vergaande lotsverbondenheid, zoals die onder oud recht gold, integendeel zelfstandigheid van hoofdelijke verbintenissen tot uitgangspunt te nemen. Maar er zijn gevallen denkbaar waarin lotsverbondenheid juist wel voor de hand ligt. De ene verschijningsvorm van hoofdelijkheid is immers de andere niet; hoofdelijkheid kan afhankelijk van de ontstaansgrond, de specifieke rechtsverhouding van debiteuren onderling en/of de rechtsverhouding tot de crediteur, een meer correaal karakter vertonen of juist meer neigen naar toevallige samenloop van verbintenissen. De regeling van de hoofdelijkheid in ons wetboek is zo flexibel van opzet, dat differentiatie, waar deze nodig en wenselijk is, tot de mogelijkheden behoort."

Sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek moet bij hoofdelijke aansprakelijkheid worden uitgegaan van een zeer grote mate van zelfstandigheid wanneer het gaat om de posities van de verschillende schuldenaren. Volgens Van Boom zet de wettelijke regeling de deur deur wel open om hierop variaties aan te brengen en ook hoofdelijke verbintenissen toe te staan waarbij de schuldenaren een sterke mate van lotsverbondenheid hebben. Uit het vervolg op de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland blijkt echter niet dat de Hoge Raad voelt voor een sterke mate van lotsverbondenheid.

Want een vervolg op de uitspraak van de rechtbank komt er. Tegen de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland wordt door het UWV cassatie ingesteld.[413] De eerste de klacht behelst dat de rechtbank het accessoire en subsidiaire karakter van de aanspraak die voortvloeit uit de art. 2:403-verklaring heeft miskend. Volgens

412 Van Boom 2016, p. 47.
413 Zie HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904.

het UWV volgt uit dit karakter dat het voorrecht van artikel 3:288 aanhef en onder e BW ook is verbonden aan de vordering op de moedervennootschap Econcern. Aangevoerd wordt dat de 403-aanspraak heeft te gelden als een nevenrecht in de zin van artikel 6:142 BW dat is verbonden aan de vordering op dochtervennootschap Innogrow.

De Hoge Raad oordeelt dat de aansprakelijkheid van Econcern berust op de door haar afgegeven 403-verklaring en dat deze verklaring, noch enige andere wettelijke bepaling, een voorrecht aan de 403-vordering verbindt. De vordering van het UWV op Econcern is daarom niet bevoorrecht. Niet helemaal duidelijk is de overweging van de Hoge Raad omtrent de overgang van een 403-vordering als nevenrecht:[414]

> "Het door het UWV gedane beroep op art. 6:142 BW kan reeds geen doel treffen omdat door het afleggen van de aansprakelijkheidsverklaring geen sprake is van overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser."

De vraag is niet of het afleggen van een 403-verklaring de overgang van een 403-vordering bewerkstelligt. Dat is uiteraard niet het geval. De vraag is of de 403-vordering mee overgaat naar het UWV wanneer het UWV alleen de vordering op de dochtervennootschap (de werkgever, Innogrow) verkrijgt. Nu geen sprake is van overgang van de 403-vordering maar wel wordt erkend dat het UWV een vordering heeft op Econcern, lijkt het erop dat de Hoge Raad aanvaardt dat iedere schuldeiser van de dochtervennootschap zelfstandig een beroep kan doen op een 403-verklaring. Voor iedere schuldeiser ontspringt een eigen mogelijkheid om een beroep te doen op de 403-verklaring, ook wanneer de schuldeiser de hoofdvordering op de dochtervennootschap van een andere partij heeft verkregen (en daarbij niet tevens de 403-vordering verkreeg). Dit blijkt ook uit de volgende passage van het arrest:[415]

> "De rechtbank heeft geoordeeld dat de curatoren niet (gemotiveerd) hebben betwist dat de 403-verklaring van Econcern mede strekt tot aanvaarding van aansprakelijkheid jegens het UWV die op grond van art. 66 lid 1 WW is getreden in de rechten van werknemers jegens Innogrow."

Ten aanzien van de vraag of een 403-vordering een accessoir en subsidiair karakter heeft en of de 403-vordering moet worden gezien als een nevenrecht geeft de Hoge Raad geen oordeel:[416]

> "Nu art. 2:403 BW, noch enige andere wettelijke bepaling aan de vordering die op deze aansprakelijkheidsverklaring berust, een voorrecht verbindt, heeft de rechtbank met juistheid geoordeeld dat de vordering van het UWV op Econcern niet bevoorrecht is.

414 HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904, *r.o.* 3.3.2.
415 HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904, *r.o.* 3.2.2.
416 HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904, *r.o.* 3.3.2.

> Daaraan doet niet af het door het UWV gestelde accessoire en subsidiaire karakter van de op de aansprakelijkheidsverklaring gebaseerde vordering, noch zijn stelling dat het zou gaan om een nevenrecht, wat van deze stellingen ook zij."

De Hoge Raad had zijn zienswijze kunnen geven ten aanzien van de vraag of een 403-vordering een accessoir en subsidiair karakter heeft of dat de 403-vordering zou kunnen worden gezien als een nevenrecht. Daarmee zou de Hoge Raad sturing hebben kunnen geven aan de in de praktijk bestaande onduidelijkheid omtrent de karaktertrekken van de 403-vordering. De Hoge Raad houdt zich op de vlakte en kiest ervoor om op dit vlak geen nadere toelichting te geven.

9.8.7.3 Schadeloosstellingsprocedure SNS Bank en SNS Reaal

9.8.7.3.1 Inleiding

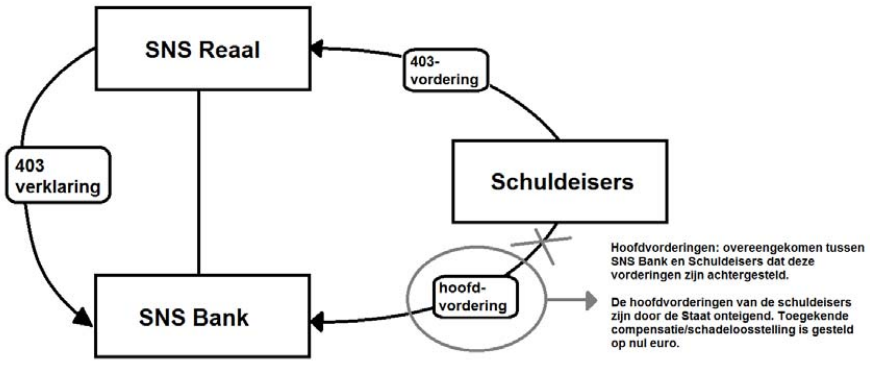
In de schadeloosstellingsprocedure rondom de onteigening van vorderingsrechten van schuldeisers op SNS Bank en SNS Reaal hadden diverse schuldeisers een hoofdvordering op SNS Bank en een 403-vordering op SNS Reaal. Met betrekking tot de 403-vorderingen kunnen in deze casus twee vraagstukken van elkaar worden onderscheiden. De eerste vraag is of een 403-vordering moet worden aangemerkt als een vordering die is achtergesteld ten opzichte van vorderingen van andere schuldeiseres van de moedervennootschap wanneer een dochtervennootschap met de schuldeiser van de hoofdvordering is overeengekomen dat de hoofdvordering is achtergesteld ten opzichte van de vorderingen van andere schuldeisers van de dochtervennootschap. De tweede vraag is of de schuldeisers, wier hoofdvorderingen zijn onteigend, hun 403-vorderingen hebben behouden.

9.8.7.3.2 Feiten

In de schadeloosstellingsprocedure rondom SNS Bank en SNS Reaal was de casus – vereenvoudigd – als volgt. Verschillende schuldeisers hadden vorderingen op SNS Bank, de hoofdvorderingen. De schuldeisers waren met SNS Bank overeengekomen dat hun vorderingsrechten waren achtergesteld ten opzichte van de overige schuldeisers van SNS Bank. Uit hoofde van de 403-verklaring hadden de schuldeisers van SNS Bank een 403-vordering op SNS Reaal.

Wanneer SNS Bank en SNS Reaal in zwaar weer komen te verkeren, grijpt de Nederlandse staat in. De Nederlandsche Bank was van mening dat het onverantwoord was dat SNS Bank het bankbedrijf zou blijven uitoefenen, indien SNS Bank kapitaalpositie niet kon versterken. Dat zou leiden tot intrekking van de bankvergunning of het aanvragen van de noodregeling. Door in te grijpen, hoopt de Nederlandse staat dat het omvallen van SNS Bank – en daarmee nog meer financieel leed – kan worden voorkomen. SNS Bank moet van haar schuldenlast af. Bij besluit van de minister van Financiën op 1 februari 2013 worden de hoofdvorderingen die derde partijen op SNS Bank hebben, onteigend. In het onteigeningsbesluit worden de 403-vorderingen niet genoemd. De vraag is derhalve of de schuldeisers, die hun hoofdvorderingen op SNS Bank zijn verloren, hun 403-

vorderingen op SNS Reaal hebben behouden. Daarnaast is de vraag of de 403-vorderingen, net als de hoofdvorderingen, zijn aan te merken als achtergestelde vorderingen. Sterk vereenvoudigd ziet de casus er als volgt uit:



Figuur 25

Op 4 maart 2013 dient de minister van Financiën een verzoekschrift in bij de griffie van de Ondernemingskamer. Hierbij wordt de Ondernemingskamer verzocht om de schadeloosstelling voor de schuldeiser ten aanzien van de bij besluit van de minister van Financiën op 1 februari 2013 onteigende vorderingsrechten vast te stellen op nihil. De schuldeisers stellen zich op het standpunt dat zij hun 403-vorderingen op de moedervennootschap hebben behouden. De Ondernemingskamer dient een oordeel te geven over het bestaan van de 403-vorderingen en over de eventuele achterstelling van de 403-vorderingen ten opzichte van overige schuldeisers van SNS Reaal. In het kader van de beoordeling van deze vermogensrechtelijke vraagstukken, merkt de Ondernemingskamer het volgende op:[417]

> "De Ondernemingskamer dient de vraag of de vorderingen zijn achtergesteld – voor zover dat relevant is voor de vaststelling van de schadeloosstelling – zelfstandig te beoordelen. De Ondernemingskamer geeft dat oordeel uitsluitend in het kader van de beoordeling van de schadeloosstelling. Het uiteindelijke oordeel of een bepaalde vordering al of niet is achtergesteld is aan de gewone burgerlijke rechter. Dat geldt ook voor de overige oordelen van de Ondernemingskamer over civielrechtelijke verhoudingen, zoals het oordeel over de hierna te behandelen kwestie met betrekking tot de 403-verklaring. In deze zin hebben deze oordelen van de Ondernemingskamer een voorlopig karakter."

417 Hof Amsterdam 11 juli 2013 (OK), ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, onder "5. De gronden van de beslissing: algemene opmerkingen" opmerking nr. 5.11.

9.8.7.3.3 Achterstelling

Het eerste vraagstuk is of een achterstelling die is overeengekomen ten aanzien van de overige schuldeisers van de dochtervennootschap tevens is overeengekomen ten aanzien van de schuldeisers van de moedervennootschap.[418] Opmerkelijk is dat de Hoge Raad nergens nadrukkelijk aangeeft dat sprake is van twee afzonderlijke vorderingsrechten. Als voorbeeld wijs ik op de volgende passage:[419]

> "Uit dat uitgangspunt volgt echter niet anders dan dat SNS Reaal hoofdelijke aansprakelijkheid heeft aanvaard voor de schulden van SNS Bank, hetgeen betekent dat de schuldeisers van SNS Bank hun vorderingen (ook) op het vermogen van SNS Reaal kunnen verhalen."

Voorts blijkt dat het antwoord op de vraag of de achterstelling doorwerkt op het niveau van de moedervennootschap met name wordt bepaald door de inhoud van de achterstellingsovereenkomst. Uiteraard zal de 403-verklaring zekerheidshalve moeten worden gecheckt om te kijken welke aansprakelijkheid een moedervennootschap heeft aanvaard. Maar een standaard-403-verklaring vermeldt niets over achterstelling. Uit een standaard-403-verklaring – die op de juiste manier wordt uitgelegd – volgt niet dat de aanspraak op de moedervennootschap is achtergesteld.[420]

De Hoge Raad koppelt de achterstelling niet aan het bestaan van twee (zelfstandige) vorderingsrechten, hetgeen zou wijzen op een kwalificatie van de 403-vordering als een hoofdelijke vordering die alle wezenskenmerken van een (zelfstandig) hoofdelijk vorderingsrecht draagt. Het feit dat de Hoge Raad concludeert dat een achterstelling niet doorwerkt op het niveau van de moeder, zegt niets over de kwalificatie van een 403-vordering als hoofdelijke vordering dan wel als borgtocht. Wanneer sprake zou zijn van borgtocht, zou een achterstelling ook niet doorwerken op het niveau van de borg wanneer slechts is overeengekomen dat de vordering van de schuldeiser alleen is achtergesteld ten aanzien van vorderingen van andere schuldeisers van de hoofdschuldenaar en niet is overeengekomen dat de vordering

418 Zie ook paragraaf 6.5.3.

419 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, randnummer 4.34.3.

420 De discussie over de vraag of de achterstelling doorwerkt of niet, is een vraag naar de interpretatie van de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de betreffende achterstelling. Een eventuele achterstelling is geen eigenschap van het vorderingsrecht zelf (zoals bijvoorbeeld wel het geval is bij opeisbaarheid). Het antwoord op de vraag of de achterstelling ook is overeengekomen ten aanzien van andere schuldeisers op het niveau van de moedervennootschap, zegt dan ook niet veel over de aard van de aansprakelijkheid die ontstaat op basis van een 403-verklaring. Anders Nass die bij de bespreking van dit arrest opmerkt: "In het kader van de duiding van de aard van de hoofdelijke aansprakelijkheid is verder van belang dat de Hoge Raad overweegt da teen tussen de schuldeiser en de 403-rechtspersoon overeengekomen achterstellingsbeding geen invloed heeft op het verhaal van die schuldeiser op het vermogen van de 403-aansprakelijke maatschappij die geen partij is bij het achterstellingsbeding." Nass 2019, p. 207.

is achtergesteld ten aanzien van vorderingen van andere schuldeisers van de borg.[421]

9.8.7.3.4 Verlies 403-vordering door onteigende hoofdvordering

De Ondernemingskamer is van mening dat de schuldeisers hun 403-vorderingen zijn kwijtgeraakt, omdat de hoofdvorderingen zijn onteigend. De Ondernemingskamer overweegt daartoe het volgende:[422]

> "de Ondernemingskamer [is] van oordeel dat de achtergestelde crediteuren van SNS Bank na de onteigening in ieder geval – anders dan sommige belanghebbenden verdedigen (bijvoorbeeld verweerschrift Unipol c.s. 4.11 en volgende en VEB c.s. onder 11.12) of openhouden (Alpha Value c.s. 87 en volgende) – geen vordering meer hebben uit hoofde van deze 403-verklaring op SNS Reaal zelf. Of men in het geval van de onteigening van vermogensbestanddelen de passieve zijde van het vorderingsrecht of – materieel gezien – de vordering zelf als het voorwerp van die onteigening beschouwt (zie hiervoor), die onteigening omvat ook de daarmee verbonden vordering uit hoofde van de 403-verklaring."

In de Akzo/ING zaak heeft de Ondernemingskamer zich op het standpunt gesteld dat de 403-aansprakelijkheid het karakter draagt van borgtocht. Daarvoor is de Ondernemingskamer door de Hoge Raad op de vingers getikt. De Hoge Raad vond deze uitleg "onbegrijpelijk".[423] In de schadeloosstellingsprocedure met betrekking tot de onteigening van de vorderingen op SNS Bank en SNS Reaal waagt de Ondernemingskamer een nieuwe poging. Dit keer gaat de Ondernemingskamer een stapje minder ver. De Ondernemingskamer oordeelt niet dat een 403-aanspraak kan worden aangemerkt als borgtocht maar de Ondernemingskamer dicht de 403-vordering wederom een afhankelijk karakter toe. Doordat de hoofdvordering is onteigend, zijn de schuldeisers de beschikking over de 403-vordering verloren. Dit past bij een zekerheid die kwalificeert als borgtocht en is in strijd met de regels van hoofdelijkheid.

Gezien de positie die de Hoge Raad innam in de Akzo/ING zaak, viel te verwachten dat tegen het oordeel van de Ondernemingskamer cassatie zou worden ingesteld. En dat gebeurt ook. In cassatie wordt geklaagd dat ten onrechte is geoordeeld dat de schuldeisers hun 403-vorderingen zijn kwijtgeraakt doordat de aanspraken op grond van de verklaring van SNS Reaal uit hoofde van de 403-verklaring zijn onteigend, dan wel dat de onteigening mede omvat de vordering uit hoofde van de 403-verklaring.[424] Met dit oordeel lijkt de Ondernemingskamer een afhankelijk karakter aan de 403-vordering toe te dichten. Het is niet te verwach-

421 De stelling dat de achterstelling een verweer is dat SNS Reaal als hoofdelijk medeschuldenaar op grond van art. 6:11 lid 1 BW mag voeren omdat SNS Bank dat verweer kan voeren, is onjuist.

422 Hof Amsterdam 11 juli 2013 (OK), ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, *r.o.* 6.52.

423 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447 (ING/Akzo), *r.o.* 3.4.6.

424 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, randnummer 4.30.

ten dat de Hoge Raad dit oordeel in stand zal laten. Verrassend genoeg doet de Hoge Raad dit wel. In het arrest van de Hoge Raad wordt voor de onderbouwing van deze afwijzing verwezen naar de conclusie van de A-G:[425]

> "De klachten falen op de gronden uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 10.4-10.5."

In de conclusie van A-G Timmerman wordt de volgende onderbouwing gegeven voor het verlies van de 403-vorderingen:[426]

> "Onderdelen 1 en 2 falen. De Ondernemingskamer heeft namelijk in rov. 6.52 vooropgesteld dat SNS Reaal zich met de 403-verklaring aansprakelijk heeft verklaard voor de uit de rechtshandelingen van SNS Bank voortvloeiende schulden. Dit betekent volgens de Ondernemingskamer dat de achtergestelde crediteuren van SNS Bank, na de onteigening van hun vordering op SNS Bank in elk geval ook geen vordering meer hebben op SNS Reaal uit hoofde van de 403-verklaring (zie rov. 6.52). Zij vallen na de onteigening namelijk niet meer onder de reikwijdte van de 403-verklaring. Dat laatste geldt – aldus de Ondernemingskamer – zowel indien men uitgaat van onteigening van de passieve zijde van de achtergestelde vorderingen (en SNS Bank dus niet langer de debiteur is) als wanneer men uitgaat van onteigening van de actieve zijde van de achtergestelde vorderingen (en de aanvankelijke achtergestelde crediteuren derhalve niet langer schuldeiser zijn van SNS Bank) (zie rov. 6.52, slotzin; vgl. ook rov. 5.16). Dit is m.i. een juiste redenering."

Deze overweging die volledig door de Hoge Raad wordt gevolgd, mag tegen het licht van het arrest inzake Akzo/ING opmerkelijk worden genoemd. In het Akzo/ING-arrest oordeelde de Hoge Raad nog dat een 403-vordering als een zelfstandige vordering moest worden gezien en dat het op één lijn stellen daarvan met borgtocht was uitgesloten. In de kwestie rondom de onteigening van de vorderingen op SNS Bank worden de 403-vorderingen als van de hoofdvordering afhankelijke vorderingen beschouwd. De afhankelijkheid die door de Hoge Raad wordt aangenomen, is onverenigbaar met de wezenskenmerken van hoofdelijkheid. Het zijn wezenlijke kenmerken van borgtocht. Hinkt de Hoge Raad dan toch op twee gedachten?

9.8.7.4 Bia Beheer

Minder dan een maand nadat de Hoge Raad zijn opmerkelijke uitspraak deed inzake de onteigening van de vorderingen op SNS Bank[427] doet de Hoge Raad opnieuw

425 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, randnummer 4.30.

426 A-G Timmerman, Parket bij de Hoge Raad, Conclusie 10 oktober 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1825, randnummer 10.4

427 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661.

een uitspraak waarin de afhankelijkheid van de 403-vordering centraal staat. Het betreft de kwestie inzake Bia Beheer.[428]

De kwestie inzake Bia Beheer draait om het volgende. X produceert behuizingen voor cv-ketels. Voor het maken van die behuizingen maakt X gebruik van hydraulische persen waarop een zogeheten 'trekstempel' wordt geplaatst. Deze persgereedschappen maakt X niet zelf, maar die neemt zij af bij Mastertools, een bedrijf dat persgereedschappen produceert. Mastertools is een dochtervennootschap van Bia Beheer. Bia Beheer heeft een 403-verklaring afgegeven voor Mastertools.

Wanneer Mastertools een trekstempel levert die niet voldoet aan de eisen die daaraan gesteld mogen worden en X door het gebruik van die trekstempel schade lijdt, ontbindt X de overeenkomst. X verkrijgt een vordering op Mastertools uit hoofde van de ongedaanmakingsverbintenis en uit hoofde van een verplichting tot schadevergoeding. De totale vordering wordt geschat op ca. € 120.000 Mastertools wordt op 28 maart 2007 failliet verklaard met benoeming van Gerrits tot curator. Nadat de dochtervennootschap is omgevallen, valt ook de moedervennootschap om. Bia Beheer wordt op 2 juni 2009 failliet verklaard en Eikendal wordt tot curator benoemd.

X treft met Gerrits een schikking. Tegen betaling van een bedrag van € 25.000 door Gerrits q.q. aan X verlenen partijen elkaar over en weer finale kwijting. Eikendal, de curator van de moedervennootschap Bia Beheer, is niet bekend met deze schikking.

Ondanks het feit dat X met de dochtervennootschap een schikking heeft getroffen tegen finale kwijting, spreekt X de boedel van Bia Beheer aan voor het nog openstaande deel van de vordering. Dit is de totale vordering van ca. € 120.000 minus het bedrag van € 25.000. X baseert haar vordering op de door Bia Beheer gedeponeerde 403-verklaring.

Eikendal stelt zich op het standpunt dat X geen beroep kan doen op de 403-verklaring nu de hoofdvordering teniet is gegaan door de schikking. Na betaling van € 25.000 tegen finale kwijting, is de vordering voldaan. Het Hof heeft dit verweer van Eikendal verworpen en geoordeeld dat de boedel van Bia Beheer op basis van de 403-verklaring aansprakelijk blijft jegens X voor het nog onbetaalde deel van haar vordering. Het hof heeft ter zake als volgt overwogen:[429]

> "4.16.1 (…) Ingevolge de aansprakelijkheids-verklaring van artikel 2:403 lid 1 aanhef en onder f BW wordt de moedervennootschap hoofdelijk verbonden voor de uit rechtshandelingen van de dochtervennootschap voortvloeiende schulden. Hoofdelijke aansprakelijkheid, kan, ook in het kader van de bepaling van artikel 2:403 BW, niet op één lijn worden gesteld met borgtocht (HR 28 juni 2002, JOR 2002, 136, LJN: AE4663), waarbij de schuldeiser eerst de dochtervennootschap zou moeten aanspreken conform het subsidiariteitsbeginsel van artikel 7:855 BW.

428 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837.
429 Hof 's-Hertogenbosch, 24 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1960, *r.o.* 4.16.1.

> De hoofdelijkheid brengt met zich mee dat de schuldeiser ([verweerster]) naar vrije keuze zowel de dochtervennootschap Mastertools (mr. Gerrits q.q.) als de moedervennootschap Bia Beheer (mr. Eikendal q.q.) tot nakoming voor het geheel kan aanspreken, met dien verstande dat nakoming door een van hen ook de andere medeschuldenaar bevrijdt (art. 6:7 BW).
>
> De omstandigheid dat de schuldeiser met één der hoofdelijk verbonden schuldenaren een dading aangaat, dat de schuldeiser en die schuldenaar elkander in het kader van die dading over en weer finale kwijting verlenen en dat de schuldeiser daarmee afstand heeft gedaan van het vorderingsrecht jegens die schuldenaar, betekent derhalve niet dat door de schuldeiser mede afstand is gedaan van het vorderingsrecht jegens de andere hoofdelijk verbonden schuldenaar en laatstgenoemde aldus uit zijn verbintenis jegens de schuldeiser zou zijn bevrijd.
>
> De dading heeft slechts tot gevolg dat de schuld is verminderd met het bedrag waarvoor de schuldeiser ([verweerster]) en de hoofdelijk verbonden schuldenaar (mr. Gerrits q.q.) de dading hebben getroffen, zijnde in het onderhavige geval € 25.000. Het verweer van mr. Eikendal q.q. faalt aldus."

In cassatie klaagt Eikendal onder meer dat de aansprakelijkheid van een moedervennootschap op grond van een 403-verklaring niet verdergaat dan een aansprakelijkheid voor verplichtingen van de vrijgestelde groepsvennootschap voor zover en voor zolang die verplichtingen nog daadwerkelijk bestaan. Dit zou voortvloeien uit de aard en strekking van een 403-verklaring in de context van de wet. Daarbij spreken de Europese richtlijnen, die aan artikel 2:403 BW ten grondslag liggen, van een garantstelling door de consoliderende vennootschap. Volgens Eikendal betekent dit dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van Bia Beheer zich na de getroffen schikking slechts uitstrekt tot het schikkingsbedrag van € 25.000 en dat na betaling van dit bedrag geen aansprakelijkheid van de moedervennootschap meer bestaat. Ten aanzien van deze klacht overweegt de Hoge Raad het volgende:[430]

> "In het hiervoor in 3.5 overwogene ligt besloten dat de onderhavige 403-verklaring volgens het hof niet meer of anders inhoudt dan dat Bia Beheer zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de uit rechtshandelingen van Mastertools voortvloeiende schulden. Zoals ook het hof overweegt, is in HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, NJ 2002/447 (Akzo Nobel/ING) beslist dat hoofdelijke aansprakelijkheid, ook die in het kader van art. 2:403 BW, niet op één lijn kan worden gesteld met borgtocht. Het door de klachten verdedigde standpunt stuit hierop af."

De Hoge Raad herhaalt zijn standpunt dat de hoofdelijke aansprakelijkheid op basis van artikel 2:403 BW niet op één lijn gesteld kan worden met borgtocht. De Hoge

430 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837.

Raad gaat verder en bevestigt dat sprake is van een zelfstandige verbintenis[431] waarop de regels van hoofdelijkheid van toepassing zijn:

> "In verband met de hoofdelijke aansprakelijkheid van Bia Beheer zijn de art. 6:7 e.v. BW van toepassing, hetgeen meebrengt dat haar aansprakelijkheid berust op een zelfstandige verbintenis jegens [verweerster], waarvan zelfstandig nakoming kan worden gevorderd."

Uit vorenstaande vloeit volgens de Hoge Raad voort dat de 403-vordering niet door het lot van de hoofdvordering wordt getroffen. Ook al is de hoofdvordering door de dading en de betaling van € 25.000 tenietgegaan, de aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor de oorspronkelijke 403-vordering blijft bestaan:

> "In dit verband is van belang dat het middel niet opkomt tegen het in rov. 4.16.1 besloten liggende oordeel van het hof dat de door [verweerster] en mr. Gerrits q.q. getroffen dading niet meebrengt dat [verweerster] op de voet van art. 6:9 lid 1 BW afstand heeft gedaan van haar vorderingsrecht jegens Bia Beheer. Zoals het hof vervolgens heeft overwogen, heeft deze dading ingevolge art. 6:7 lid 2 BW slechts tot gevolg dat de schuld van Bia Beheer is verminderd met het door mr. Gerrits q.q. betaalde bedrag van € 25.000,--. Aan een en ander heeft het hof in de slotzin van rov. 4.16.1 terecht de conclusie verbonden dat het verweer van mr. Eikendal q.q. faalt."

Voor het onverkort toepassen van de regels van hoofdelijkheid geeft de Hoge Raad als onderbouwing dat de wetgever kennelijk ervoor heeft gekozen om de garantie die een moedervennootschap dient te verstrekken uit te werken in de vorm van hoofdelijkheid:

> "Blijkens art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om de in de Europese richtlijnen bedoelde garantie uit te werken in een vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid."

Bij deze onderbouwing kunnen de nodige kanttekeningen worden gezet. Allereerst is de redenering niet juist. De Nederlandse vrijstellingsregeling was er eerder dan de Europese richtlijn en de Nederlandse vrijstellingsregeling is dan ook geen uitwerking van de Europese richtlijn. Verder is het natuurlijk wel juist dat de wettekst van artikel 2:403 lid 1 sub f BW hoofdelijke aansprakelijkheid verlangt. De vraag is echter of hoofdelijkheid een (bewuste) keus van de wetgever is geweest. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dit niet. Daarin wordt voornamelijk gesproken van 'garant stellen'. Bovendien dateert de hoofdelijkheid die in artikel 2:403 lid 1 sub f BW is opgenomen van vóór de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek. In die tijd werd flexibeler met hoofdelijkheid omgegaan. De meest gebruikte zekerheidsrechten waren hybridevarianten; varianten die zowel kenmerken

431 Opmerkelijk genoeg concludeert de Hoge Raad niet dat sprake is van een zelfstandige vordering.

van hoofdelijkheid als borgtocht in zich droegen. Deze achtergrond rechtvaardigt niet dat het enkele woord 'hoofdelijkheid' in artikel 2:403 lid 1 sub f BW leidt tot een zeer rigide toepassing van de hoofdelijkheidsregels zoals die nu op basis het huidige Burgerlijk Wetboek gelden.

9.8.8 Wetswijziging vereist?

Indien de Hoge Raad zijn standpunt niet gaat herzien en de term hoofdelijkheid in artikel 2:403 lid 1 sub f BW textueel blijft benaderen, is de huidige bepaling inderdaad een obstakel dat in de weg staat aan de aanvaarding van de kwalificatie als borgtocht.

Het huidige standpunt van de Hoge Raad is gebaseerd op een wetstechnische grondslag maar ontbeert een dogmatische of principiële basis. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat artikel 2:403 lid 1 sub f BW hoofdelijke aansprakelijkheid vereist. En volgens de huidige wet is hoofdelijke aansprakelijkheid niet op één lijn te stellen met borgtocht.

Naar mijn idee is borgtocht een *species* van hoofdelijkheid en kan borgtocht prima onder de term hoofdelijkheid worden begrepen. Daarbij zijn bij de beantwoording van de vraag of sprake is van borgtocht of hoofdelijke aansprakelijkheid de materiële kenmerken van de rechtsverhouding doorslaggevend en niet de gebezigde terminologie. Een 403-verklaring mag dan wel spreken van hoofdelijke aansprakelijkheid, beslissend is dat niet. De Hoge Raad zou na moeten gaan of de schuldeiser weet dat de moedervennootschap een zekerheid heeft verstrekt voor de schuld van een derde. Als dat zo is, dan is sprake van borgtocht.

Wanneer de Hoge Raad op basis van de huidige wettekst geen ruimte ziet voor een borgtochtkarakter, dan is een aanpassing van artikel 2:403 BW de oplossing. Toch delen niet alle auteurs deze mening. Nass bepleit dat artikel 2:403 lid 1 sub f BW moet worden gewijzigd. Maar bij een herziening van de wet pleit zij ervoor vast te houden aan hoofdelijkheid. Haar voorstel voor een nieuw artikel 2:403 lid 1 sub f BW luidt als volgt:[432]

> Artikel 2:403 lid 1 BW – Voorstel Nass:
> 1. Voor een rechtspersoon, niet zijnde ene rechtspersoon als bedoeld in artikel 398 lid 7, die dochtermaatschappij is, geldt niet de verplichting zijn jaarrekening overeenkomstig deze titel in te richten en gelden ook niet de artikelen 391 tot en met 394 mits
> (…)
> f. de onder a bedoelde maatschappij schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen en hoofdelijk te verbinden voor alle door de rechtspersoon voor zover

432 Overigens ga ik ervan uit dat Nass bedoelt dat de moedermaatschappij zich aansprakelijk *verklaart*, in plaats van dat de moedermaatschappij zichzelf aansprakelijk *stelt*. Het aansprakelijk stellen van de moedermaatschappij zal zo nodig door de schuldeiser van de dochtervennootschap worden gedaan. Ook in het huidige artikel 2:403 lid 1 sub f BW is deze verschrijving overigens terug te vinden.

niet nagekomen en/of afgewikkelde rechtens afdwingbare verplichtingen die voortvloeien uit diens rechtshandelingen die zijn verricht tot de eerstvolgende openbaarmaking overeenkomstig artikel 394 van de volgens deze titel ingerichte en indien van toepassing, gecontroleerde jaarrekening van de rechtspersoon;

Nass, die voorstelt hoofdelijkheid binnen het groepsregime te handhaven, betoogt niet dat de 403-aansprakelijkheid het karakter van een borgtocht zou moeten dragen.[433] Een wetsherziening zou door haar niet worden aangegrepen om het groepsregime van de gewraakte hoofdelijkheid te verlossen. Haar opvatting is dat van de gangbare uitleg van hoofdelijkheid moet worden afgeweken. Na de voorgestelde wetswijziging is het dan nog steeds een kwestie van hopen op een interpretatie van hoofdelijkheid die afwijkt van de thans gangbare interpretatie. Naar mijn idee zou aan een vastomlijnde rechtsfiguur als hoofdelijkheid niet hoeven te worden getornd. Zeker niet wanneer de wet een reeds geregelde rechtsfiguur biedt die uitermate geschikt is,[434] te weten borgtocht. Borgtocht kwalificeert bovendien als een subvariant van hoofdelijkheid, kan dus evengoed onder die term worden begrepen.

9.8.9 De literatuur over de 403-aanspraak als borgtocht

In de literatuur is regelmatig benoemd dat een borgtochtkarakter beter past bij de 403-aanspraak dan het karakter van hoofdelijkheid. Sommige auteurs menen dat

433 De visie van Nass kwam reeds aan de orde in paragraaf 9.4.

434 Zie ook Schoordijk, die klaarblijkelijk zeer te spreken is over het system van borgtocht en hoofdelijkheid dat altijd een passende oplossing zou moeten kunnen bieden: "Onze wettelijke regeling van borgtocht en hoofdelijk schuldenaarschap is – mits goed begrepen – afgezien van 'minor points' voortreffelijk", Schoordijk 2003, p. 81. Minder enthousiast is Bertrams: "Vroeger was alles eenvoudiger en begrijpelijker. Dat was zeker het geval met betrekking tot de borgtocht vóór 1992. Iedereen wist dat een borgtocht een vorm van persoonlijke zekerheid is in de vorm van een wettelijke geregelde overeenkomst waarbij de borg zich, bij wijze van zekerheid, verbindt tot nakoming van een verbintenis van een ander, de hoofdschuldenaar indien die hoofdschuldenaar niet zelf is nagekomen, en dat hoofdelijkheid een geheel andere figuur is, waarbij borgtocht en hoofdelijkheid elkaar uitsluiten. Daar is niets moeilijks aan. Met de invoering van het NBW in 1992 is dat anders geworden. In art. 7:850 BW wordt borgtocht gedefinieerd als vorm van contractuele hoofdelijkheid. Lid 3 van die bepaling verklaart dan ook de bepalingen omtrent hoofdelijke verbintenissen van toepassing op de borgtocht. Krijgen wij hierdoor een beter inzicht in de borgtocht? En helpt deze onderschakeling ons, met name bij het oplossen van vragen en problemen? Ik geloof er niets van en wel om twee redenen. In de eerste plaats was (en naar ik meen nu nog steeds), zoals gezegd, de borgtocht een heldere, begrijpelijke en eenduidige figuur waarvan iedereen wel wist (weet) wat deze inhield (inhoudt), terwijl hoofdelijkheid een enigszins mistige en controversiële figuur is waarover verschillend wordt gedacht en die (mogelijk) meerdere varianten kent." Zie Bertrams 2017.

de weg naar de kwalificatie als borgtocht is afgesneden omdat de Hoge Raad dit resoluut heeft afgewezen:[435]

> "Overzie ik de voorgaande reeks problemen en probleempjes, dan bekruipt mij de gedachte dat wij ons met de 403-verklaring – geen wereldvraagstuk – een beetje in de nesten hebben gewerkt. Moeten we niet terug naar 'Af'? Het is allemaal de schuld van de richtlijn, dat weet ik, maar die sprak van 'garantie' en dat is in elk geval een ruimer begrip dan 'hoofdelijkheid', ook trouwens van de al in de ban gedane 'borgtocht'."

Ondanks het duidelijke oordeel van de Hoge Raad gaan er nog steeds handen in de lucht voor een 403-aansprakelijkheid die het karakter draagt van borgtocht, of enkele karaktertrekken daarvan. In de navolgende paragraaf zullen de standpunten van verschillende auteurs aan de orde komen. Daarbij dient te worden bedacht dat de auteurs zich mogelijk beperkt hebben gezien door de zeer duidelijke uitspraak van de Hoge Raad, waarin is bepaald dat de 403-zekerheid nadrukkelijk geen borgtocht is. Een pleidooi waarbij het standpunt wordt ingenomen, wordt om die reden mogelijk niet gevoerd. In plaats daarvan worden creatieve oplossingen bedacht om in ieder geval enkele karaktertrekken van borgtocht aan de 403-aanspraak te kunnen koppelen.

Schoordijk betoogt dat de Hoge Raad in het arrest inzake Akzo/ING heeft miskend dat een 403-aanspraak het karakter van borgtocht heeft. In een bijdrage waarin het voornoemde arrest van de Hoge Raad centraal staat, schrijft Schoordijk dat de wetgever beide rechtsfiguren 'op een hoop heeft gegooid'. Hoewel er kanttekeningen zijn te maken bij het betoog van Schoordijk,[436] ben ik het eens met de kern van zijn betoog. Naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad inzake de kwestie ING/Akzo[437] schrijft Schoordijk onder meer:[438]

> "AKZO verklaart zich hoofdelijk aansprakelijk. Is daarmee alles gezegd? Het antwoord hierop moet ontkennend luiden. De garantverklaring behoeft – hoezeer AKZO zich nominatim als hoofdelijk schuldenaar voor de schulden van haar dochter verbonden heeft – een denken in termen van borgtocht niet uit te sluiten. Verklaringen dienen in context geduid te worden. De praktijk leert dat als iemand zich garant stelt, bijna altijd termen als borgtocht en hoofdelijk schuldenaarschap – als vormen zij een eenheid – gebruikt worden. Dit was reeds zo onder het ius commune van voor 1800. Men kan daartoe vrij willekeurig wetboeken en rechterlijke uitspraken opslaan. Deze praktijk zette zich ook voort na 1800. Ook bij Von Savigny worden beide rechtsfiguren min of meer als uitwisselbaar aangemerkt. Het is toch te dwaas voor woorden dat een energieleverancier van AKZO-Fiber, zich beroepend op de hoofdelijkverklaring met passering van de borgtochtbepalingen, zijn rekeningen rechtstreeks naar de moeder zou kunnen zenden en haar tot betaling zou kunnen manen zonder dat eerst de dochter althans te kennen heeft gegeven niet te zullen betalen."

435 Van Schilfgaarde 2015, alinea 16.
436 Zie de opmerkingen van Bartman 2004, p. 48-52.
437 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663.
438 Schoordijk 2003, p. 62.

Voorts schrijft Schoordijk dat een 403-verklaring wel de term hoofdelijkheid kan bevatten, maar dat dit niet leidt tot een aansprakelijkheid die materieel gezien kwalificeert als hoofdelijke aansprakelijkheid. Wordt naar de kenmerken van de 403-aanspraak gekeken, dan leidt dit tot de conclusie dat sprake is van borgtocht. Hij stelt in zijn betoog onder meer:[439]

> "Dit alles geeft mij de gedachte in dat het hoofdelijk schuldenaarschap van AKZO als borgtocht geduid had dienen te worden. De Ondernemingskamer dacht in r.o. 4:10 in dezelfde termen:
>
> "Anders dan AKZO heeft betoogd gaat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervennootschap niet zo ver dat de contractant de moedervennootschap onmiddellijk en rechtstreeks kan aanspreken."

De Ondernemingskamer betoogt dan vervolgens – kort samengevat – dat de moedervennootschap komt te verkeren in een positie

> "als had zij zich ten behoeve van de dochter, ten aanzien van de in artikel 2:403 genoemde schulden, jegens de contractant tot borg gesteld."

De Hoge Raad overweegt in *r.o.* 2.33 dat dit een "onjuist" oordeel is. Wellicht dat de fictieve formulering van de Ondernemingskamer voor wie het niet wil begrijpen, wat cryptisch was. De Hoge Raad had dan echter het Hof a quo beter moeten begrijpen dan het zichzelf begreep. De strekking van het arrest van de OK lijkt mij toch duidelijk."

Schoordijk betoogt voorts dat de Hoge Raad te makkelijk rechtsgevolgen koppelt aan een letterlijke lezing van de 403-verklaring die de term 'hoofdelijkheid' bevat. Onder het kopje "De Hoge Raad neemt een hoofdelijke toezegging te makkelijk a la lettre" betoogt hij:[440]

> "Hoofdelijkheid kent vele modulaties. Aan de hoofdelijkheid van een schuldenaar kunnen voorwaarden of tijdsbepaling verbonden zijn. Dit doet de vraag rijzen of een hoofdelijkheid waaraan de voorwaarde verbonden is dat de schuldenaar eerst aangesproken kan worden als een medeschuldenaar blijkt niet te kunnen betalen, niet geduid moet worden als borgtocht. Zoals altijd is de context van een toezegging doorslaggevend. De Ondernemingskamer van het Hof had dit goed begrepen."

439 Schoordijk 2003, p. 63.
440 Schoordijk 2003, p. 63.

Faber[441] heeft in zijn annotatie bij een uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage[442] duidelijk zijn voorkeur uitgesproken voor wat betreft de kwalificatie van de uit een 403-verklaring voortvloeiende 403-aanspraak:

> "Zelf zou ik overigens een voorstander zijn van het kwalificeren van een 403-verklaring als een vorm van borgtocht, maar de Hoge Raad heeft daarover – zoals gezegd – andere gedachten."

Samen met Vermunt schreef Faber een noot bij het arrest van de Hoge Raad van 3 april 2015.[443] In deze noot volhardt hij in zijn standpunt waarbij hij betoogt dat het karakter van borgtocht beter past bij de 403-aanspraak. Vermunt en Faber schrijven onder meer:

> "De aansprakelijkheid van de moedermaatschappij jegens een schuldeiser van de dochtermaatschappij uit hoofde van de 403-verklaring is volgens de Hoge Raad – overeenkomstig de letterlijke tekst van art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW – een vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid.
> (…)
> De door de Hoge Raad gemaakte keuze achten wij minder gelukkig. In de onderlinge verhouding tussen de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij staat vast dat de schuld louter de dochtermaatschappij aangaat. Met een subsidiair verhaalsrecht van de schuldeiser jegens de moedermaatschappij wordt voldoende gecompenseerd dat schuldeisers die contracteren met de dochtermaatschappij, wegens het ontbreken van een eigen jaarrekening geen inzicht hebben in de financiële situatie van de dochtermaatschappij.
> (…)
> Wij vragen ons af of een 403-verklaring waarbij de moedermaatschappij zich borg stelt voor uit rechtshandelingen van de dochtermaatschappij voortvloeiende schulden, aan een consolidatie van de jaarrekening in de weg staat. Borgtocht is een vorm van hoofdelijkheid (vgl. art. 7:850 BW) en leidt – zeker in de gevallen waarom het hier gaat – praktisch tot hetzelfde resultaat. De aan borgtocht verbonden subsidiariteit moet niet worden overschat en de omvang van de aansprakelijkheid is – anders dan de Hoge Raad in r.o. 3.6.3 suggereert – dezelfde. Van een "verder strekkende aansprakelijkheid" is in materiële zin geen sprake."

Biemans is van mening dat het oordeel van de Hoge Raad naar de letter van de wet juist is, maar dat het beter was geweest wanneer de Hoge Raad had geoordeeld dat een 403-vordering kwalificeert als borgtocht:[444]

441 Zie Faber in zijn annotaties bij Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, *JOR* 2007/103 en samen met Vermunt bij HR 3 april 2015, *JOR* 2015/191.
442 Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, *JOR* 2007/103.
443 Faber en Vermunt bij HR 3 april 2015, *JOR* 2015/191.
444 Biemans 2011, p. 306-307.

> "Hoewel het oordeel van de Hoge Raad naar de letter van de wet juist is, was het wenselijker geweest als de Hoge Raad de 403-vordering als een vorm van borgtocht had beschouwd.
>
> Ten eerste past de bij borgtocht behorende subsidiariteit goed bij het rechtskarakter van de 403-verklaring.
> (…)
> Ten tweede zou de kwalificatie van de vordering jegens de moedermaatschappij als een vorm van borgtocht het rechtskarakter van de 403- verklaring minder gecompliceerd maken. Beide vorderingen zouden steeds in een hand blijven: de 403-vordering zou als een afhankelijk recht en nevenrecht met de vordering jegens de moedermaatschappij op de nieuwe schuldeiser overgaan en niet voor (afzonderlijke) overdracht vatbaar zijn. Een inningsbevoegde derde zou ten aanzien van beide vorderingen bevoegd zijn, niet slechts ten aanzien van een van beide vorderingen bevoegd (kunnen) zijn.
> (…)
> Door de kwalificatie van hoofdelijke aansprakelijkheid zijn de rechtsgevolgen van de 403-verklaring bij de overgang van een van beide vorderingen complex. Dat komt omdat het rechtsgevolgen van de hoofdelijke aansprakelijkheid bij de overgang van een van de hoofdelijke vorderingen zelf complex zijn."

Biemans spreekt zich duidelijk uit voor een kwalificatie van de 403-vordering als borgtocht. Hij signaleert naar mijn idee volkomen juist wat de problemen zijn die gevolg zijn van de kwalificatie van de 403-vordering als hoofdelijke vordering. Op zijn standpunt dat het oordeel van de Hoge Raad naar de letter van de wet juist is, valt wel wat af te dingen. Hoofdelijkheid omvat borgtocht. Een kwalificatie als borgtocht had ook binnen de wettelijke omschrijving van artikel 2:403 lid 1 sub f BW gepast. Daarnaast geldt bovendien dat de vraag of sprake is van borgtocht of hoofdelijkheid naar de letter van de wet materieel moet worden beoordeeld. Wordt artikel 7:850 lid 1 BW erbij gepakt, dan kwalificeert een 403-aanspraak naar de letter van de wet als borgtocht.

Timmerman en De Winter[445] hebben zich eveneens uitgesproken voor de kwalificatie van de 403-vordering als borgtocht. Naar aanleiding van de onteigeningskwestie die speelde rondom SNS Bank en SNS Reaal[446] hebben Timmerman en De Winter een artikel geschreven waarin zij hun visie geven op de kwalificatie van de 403-vordering. Timmerman en De Winter schrijven naar aanleiding van de beschikking van de Ondernemingskamer het volgende:[447]

> "Wij kunnen ons goed vinden in het oordeel van de Ondernemingskamer dat de 403-vorderingen in het kader van de onteigening mee zijn overgegaan op de Staat. Wat ons betreft had de Ondernemingskamer zelfs verder mogen gaan en kunnen oordelen dat de 403-verklaring als borgtocht moet worden beschouwd. Een redelijke uitleg van de 403-

445 Timmerman & De Winter 2013, p. 355-361.

446 Hof Amsterdam 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966. Later gecasseerd, zie HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661.

447 Timmerman & De Winter 2013, p. 360-361

> verklaring brengt ons inziens mee dat deze een accessoir en subsidiair karakter heeft, wat wil zeggen dat een moedervennootschap die een dergelijke verklaring heeft afgelegd alleen kan worden aangesproken door een schuldeiser die tevens een vordering op de dochtervennootschap heeft, en die dochter in gebreke is. Mogelijk heeft de Ondernemingskamer niet zo ver willen gaan omdat een dergelijke kwalificatie indruist tegen de leer van de Hoge Raad uit het Akzo/ING-arrest."

Volgens Timmerman en De Winter had de Ondernemingskamer zelfs verder mogen gaan en niet slechts een accessoir karakter aan de 403-vordering mogen toekennen, maar zelfs mogen oordelen dat de 403-aanspraak kwalificeert als borgtocht. Dit had de Ondernemingskamer uiteraard al een keer eerder gedaan, hetgeen door de Hoge Raad was vernietigd.

Niet iedere auteur heeft betoogd dat een 403-aanspraak zou moeten worden gezien als een vorm van borgtocht. Sommige auteurs gaan iets minder ver en betogen dat weliswaar sprake is van hoofdelijkheid maar dat wel enkele typische kenmerken van borgtocht aan de hoofdelijke 403-vordering moeten worden toegekend.[448] Mogelijk voelden deze auteurs zich geremd door de expliciete overweging van de Hoge Raad dat een 403-aanspraak niet kwalificeert als borgtocht en hebben zij binnen het door de Hoge Raad gestelde kader een oplossing proberen aan te dragen.

Het betoog dat door Rongen is gevoerd omtrent de kwalificatie van de 403-vordering, gaat sterk in de richting van een betoog waarbij wordt bepleit dat een 403-aanspraak kwalificeert als borgtocht. Rongen onderkent dat een 403-aanspraak een aantal kenmerken heeft die er eigenlijk toe leiden dat de 403-aanspraak kwalificeert als borgtocht, ook al wordt in een 403-verklaring de term 'hoofdelijk' gebruikt:[449]

> "Volgens de Hoge Raad zou de '403'- verklaring in het voorliggende geval slechts een hoofdelijke aansprakelijkstelling inhouden. Een dergelijke eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid zou niet een afhankelijk recht in het leven roepen. De vraag kan worden gesteld of het oordeel van de Hoge Raad niet te stellig is. Dat in de verklaring de term 'borgstellen' niet wordt gebruikt, behoeft niet beslissend te zijn."

Daarnaast stelt Rongen dat bij een 403-vordering een accessoir en subsidiair karakter past:

> "Tenzij duidelijk van een andere bedoeling blijkt, is mijns inziens een redelijke uitleg van een '403'-verklaring dat (i) een schuldeiser enkel een aanspraak heeft onder de '403'-verklaring, indien hij ten tijde van het inroepen van de '403'-verklaring ook een vordering op de dochter heeft en dat (ii) de moedermaatschappij enkel subsidiair gebonden is, dat wil zeggen dat zij eerst kan worden aangesproken, indien de dochter in gebreke blijft."

448 Zie ook paragraaf 9.4 (theorie van Nass) en paragraaf 9.5 (theorie van Van Dooren).
449 Rongen 2012, par. 986.

Rongen concludeert op basis van de kenmerken die op basis van een redelijke uitleg van de 403-verklaring aan de 403-aanspraak kunnen worden toegedicht dat de 403-aanspraak eigenlijk gezien zou moeten worden als borgtocht of een daarmee op één lijn te stellen rechtsfiguur:

> "Het accessoire en subsidiaire karakter van de '403'-verklaring wijst in de richting van borgtocht of een daarmee op een lijn te stellen rechtsfiguur."

Tot slot geeft Rongen een juridisch-technisch argument op basis waarvan de kwalificatie van een 403-aanspraak als borgtocht niet is uitgesloten. Rongen betoogt dat de term hoofdelijkheid die voorkomt in artikel 2:403 lid 1 sub f BW en in de meeste 403-verklaringen, niet in de weg staat aan een kwalificatie als borgtocht:

> "Daarbij moet worden bedacht dat ook borgtocht een vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid is. Het bepaalde in art. 2:403 BW hoeft dus niet aan de kwalificatie 'borgtocht' in de weg te staan. De kwalificatie van een '403'- verklaring als borgtocht is ten slotte ook in overeenstemming met de regel dat, ongeacht de bewoordingen van de hoofdelijke aansprakelijkstelling, van borgtocht sprake is (en niet van een eenvoudige hoofdelijkheid), indien de hoofdelijke schuldenaar zich tegenover de schuldeiser presenteert als iemand die slechts zekerheid wil stellen en in de verhouding tot de hoofdschuldenaar niet draagplichtig is."

Bartman[450] is er een groot voorstander van dat aan de 403-aanspraak een aantal eigenschappen van borgtocht worden toegekend. Het gaat hem echter een stap te ver om de 403-aanspraak als borgtocht te kwalificeren. Mogelijk heeft hij naar een uitweg gezocht waarbij de zeer uitdrukkelijke mening van de Hoge Raad – dat geen sprake is van borgtocht – in acht wordt genomen en toch een oplossing kan worden gevonden voor de 403-problemen. Bartman betoogt dat de hoofdelijke vordering iets meer in de richting van de borgtocht zou kunnen worden gebogen. Hij schrijft:[451]

> "Wel ben ik het eens met Schoordijk als hij stelt dat het wenselijk is dat de schuldeiser met een 403-aanspraak zich bij voorkeur eerst tot de dochter wendt, voordat hij de moeder kan aanspreken. Om dat te bereiken is het echter niet nodig om de 403-aansprakelijkheid juridisch-dogmatisch te duiden als borgtocht, zoals Schoordijk doet. Terecht overweegt de Hoge Raad immers dat de schuldeiser van de dochter zijn rechtspositie tegenover de moeder niet (inhoudelijk) ontleent aan art. 2:403 BW, 'doch uitsluitend aan de door deze gedeponeerde verklaring.' (r.o. 3.4.3). Daarmee schept de Hoge Raad bewust ruimte voor de ondernemer om, uiteraard met behoud van de principiële waarborgfunctie van de 403-verklaring, ook hier maatwerk te verrichten. Welnu, wat is ertegen om in die verklaring de voorwaarde op te nemen dat de schuldeiser zich eerst tot de dochter wendt? Aard en strekking van de 403-verklaring verzetten zich niet tegen een dergelijke subsidiariteit. De achter die verklaring stekende ratio in het ondernemingsrecht, samen te vatten als

450 Bartman 2004, p. 48-52; Bartman, Dorresteijn & Lenaerts 2016 en Bartman 2015.
451 Bartman 2004, par. 6.

> 'aansprakelijkheid voor inzicht', is hiermee zeer wel verenigbaar. Een dergelijke 'ombuiging' van de 403-aanspraak richting borgtocht komt enerzijds tegemoet aan de dogmatische bezwaren van Schoordijk, terwijl de karakterisering van haar 'rechtsbron', zijnde de 403-verklaring zelf, als een vorm van hoofdelijkheid, recht doet aan de ondernemingsrechtelijke achtergrond daarvan."

Bartman vindt Verdaas aan zijn zijde. Ook Verdaas is van mening dat een 403-vordering dient te worden beschouwd als een afhankelijk recht:[452]

> "In afwijking van hetgeen de Hoge Raad overwoog in het arrest Akzo Nobel /ING meen ik met Bartman dat niet de 403-verklaring zelf, maar wel de daaruit voortvloeiende vordering op de moedervennootschap een afhankelijk recht is. Consequentie van deze opvatting is dat bij cessie van de vordering op de dochtervennootschap de vordering op de moedervennootschap uit de 403-verklaring als afhankelijk recht op de cessionaris overgaat. Een andere consequentie van deze opvatting is dat de vordering uit een 403-verklaring niet (zelfstandig) overdraagbaar en daarom ook niet vatbaar voor verpanding is."

Daarmee neemt Verdaas het standpunt in dat sprake is van een hoofdvordering en een daarvan afhankelijke vordering.[453] Dat is niet in overeenstemming met de kenmerken van de rechtsfiguur hoofdelijkheid, waarbij per definitie sprake is van zelfstandige vorderingsrechten die zich nevengeschikt tot elkaar verhouden. Door hoofdelijkheid impliciet te verwerpen, zal welhaast aansluiting moeten worden gezocht bij het standpunt dat sprake is van borgtocht. Een ander alternatief ligt niet voor de hand.
De Neve[454] heeft zich kritisch uitgelaten ten aanzien van het oordeel van de Hoge Raad dat de 403-aanspraak niet kwalificeert als een borgtocht. In dat kader schrijft hij:

> "De Hoge Raad gaat na het vaststellen dat in geval van een aansprakelijkstelling in de zin van art. 2:403 BW geen sprake is van borgtocht maar van hoofdelijkheid verder door te overwegen dat een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid niet een afhankelijk recht in het leven roept. Enige onderbouwing voor deze redenering geeft de

452 Verdaas 2008, nr. 418.

453 Eerder kon Verdaas zich vinden in een oplossing van de Rechtbank waarbij de 403-vordering niet werd gezien als een afhankelijk recht (maar wel als een nevenrecht). Zie de noot van Verdaas bij Rechtbank 's-Gravenhage, 5 juli 2006 in *JOR* 2007/53 waarin hij schreef: "In navolging van de Hoge Raad overweegt de rechtbank (in r.o. 3.5) dat de vorderingen uit een 403-verklaring geen afhankelijke rechten zijn. De rechtbank overweegt vervolgens (in r.o. 3.6–3.7) dat dergelijke vorderingen wel als nevenrechten zijn aan te merken. De bij een vordering behorende nevenrechten gaan in geval van cessie van de vordering over op de cessionaris (zie art. 6:142 BW), zodat Den Heijer Beheer door NCM naar het oordeel van de rechtbank toch tot betaling onder de 403-verklaring kan worden aangesproken. (…) De oplossing die de rechtbank kiest, leidt tot een bevredigend resultaat en dogmatische bezwaren ertegen zie ik niet."

454 De Neve 2002, p. 235-242.

> Hoge Raad niet. De hoofdelijke aansprakelijkheid leidt tot een zelfstandige verbintenis van de moedervennootschap en, zo maak ik op uit de overweging van de Hoge Raad, dit zou de kwalificatie als afhankelijk recht uitsluiten. Toch zijn er argumenten om aan het vorderingsrecht op de moedervennootschap, juist door weer wel de strekking van de verklaring erbij te betrekken, een afhankelijk karakter toe te dichten."

De Neve merkt op dat de Hoge Raad geen (goede) argumenten geeft ter onderbouwing van het standpunt dat een 403-aanspraak niet op één lijn kan worden gesteld met borgtocht. Vervolgens voert de Neve aan dat de 403-aanspraak een waarborgfunctie heeft. Impliciet geeft hij daarmee aan dat sprake is van een wezenskenmerk dat hoort bij een rechtsfiguur die kwalificeert als borgtocht en niet als hoofdelijkheid. Voorts draagt De Neve een aantal argumenten aan op grond waarvan het verdedigbaar is dat de 403-aanspraak karaktertrekken krijgt toegedicht die horen bij borgtocht. Zo bepleit hij dat het verdedigbaar is dat de 403-aanspraak wordt gezien als een afhankelijk recht.

Wibier[455] betoogt niet dat de 403-aanspraak dient te worden aangemerkt als borgtocht, maar hij betoogt wel dat voorkomen moet worden dat de hoofdvordering en de 403-vordering in verschillende handen terechtkomen. Voorts betoogt Wibier dat de 403-vordering (uitsluitend) dient toe te komen aan de partij die bevoegd is om de hoofdvordering te innen. Wanneer de 403-aanspraak als borgtocht zou worden aangemerkt, zouden beide door Wibier beoogde doelen worden bereikt.

Maeijer signaleert de onwenselijkheid van een aantal consequenties die het oordeel van de Hoge Raad – dat geen sprake is van borgtocht en de regels van hoofdelijkheid onverkort dienen te worden toegepast – zal hebben. In zijn noot bij het arrest inzake ING/Akzo schrijft hij:[456]

> "Men kan zich afvragen of het resultaat waartoe de HR komt, wel bevredigend en redelijk is. De bewuste pandhouder zal zich bij de stille verpanding van de vorderingen in maart 1992, kort na de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 NBW, én nadien niet of nauwelijks hebben gerealiseerd dat zijn positie in een situatie als in deze zaak speelde, met die invoering aldus danig werd verzwakt."

Duidelijk is dat het oordeel van de Hoge Raad, inhoudende dat de 403-vordering een hoofdelijk karakter heeft en de regels inzake hoofdelijkheid onverkort worden toegepast, op weinig steun kan rekenen in de literatuur. Gesteld kan zelfs worden dat de visie van de Hoge Raad wordt afgewezen. En die afwijzing wordt breed gedragen.

455 Wibier 2008 en Wibier 2015.

456 Maeijer in zijn noot bij HR 28 juni 2002 in *NJ* 2002/447.

9.8.10 De kwalificatie borgtocht als oplossing voor de 403-problemen

9.8.10.1 Inleiding

De onderzoeksvraag van deze vermogensrechtelijke studie is:

Wat is de vermogensrechtelijke duiding van de 403-aanspraak?

Met als subvragen:

Wat is de oorzaak van de problematiek rondom de groepsvrijstellingsregeling?
Wat is de oplossing voor de problemen rondom de groepsvrijstellingsregeling?

Het einde van het manuscript naderend, is het mij gaandeweg duidelijk geworden waar de schoen wringt. Naar mijn idee dient de 403-aanspraak te worden gekwalificeerd als borgtocht.

9.8.10.2 De kwalificatie van de 403-aanspraak als borgtocht is goed verdedigbaar en ligt voor de hand

De meeste 403-problemen[457] blijken terug te voeren te zijn op het feit dat de 403-aanspraak wordt gekwalificeerd als hoofdelijke aansprakelijkheid. Dat heeft tot gevolg dat de regels inzake hoofdelijkheid worden toegepast en dat leidt ertoe dat er meerdere zelfstandige vorderingsrechten bestaan. De kwalificatie van de 403-aanspraak als borgtocht lag meer voor de hand. De moedervennootschap verklaart zich aansprakelijk voor de schuld van een derde. Ontegenzeggelijk kent deze zekerheidstelling een borgtochtkarakter. De materiële kenmerken zijn doorslaggevend voor de juridische kwalificatie. De tekst in een 403-verklaring kan daaraan niet in de weg staan. Bovendien moet een 403-verklaring worden begrepen in de context waarin zij wordt afgegeven.[458] De context is duidelijk. De moedervennootschap verstrekt een zekerheid (parlementaire geschiedenis:[459] 'waarborg')[460]

457 Zie hoofdstuk 6, waar de problemen in kaart worden gebracht.

458 Nota bene het standpunt van de Hoge Raad, zie HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 447; HR 2 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837 en HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661. Zie paragraaf 4.5.3.

459 *Kamerstukken II* 1969/70, 10689, Regeling van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, Memorie van Toelichting, nr. 3, p. 7-8: "Dit geldt te meer wanneer – zoals in het ontwerp geschiedt – bij het achterwege laten van de publikatie van de eigen jaarrekening een bijzondere waarborg voor crediteuren wordt geschapen in de vorm van aansprakelijkheid van een andere rechtspersoon."

460 Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 september 2010, *JOR* 2010/306: "De ratio van de door de moedervennootschap te deponeren 403-verklaring is dat deze, in combinatie met het inzicht dat de geconsolideerde jaarrekening biedt in het vermogen en het resultaat van het concern, aan (potentiële) crediteuren van de vrijgestelde dochtervennootschap compenserende waarborgen

– voor schulden van een derde partij. Dat is ook kenbaar voor de schuldeisers, want een 403-verklaring vermeldt ondubbelzinnig dat de moedervennootschap zich aansprakelijk verklaart voor schulden van de dochtervennootschap (en niet voor eigen schulden). Tot slot geldt dat borgtocht een *species* is van hoofdelijkheid en dus onder de term hoofdelijke aansprakelijkheid kan worden begrepen.

Opvallend is dat in de parlementaire geschiedenis geen bewuste keuze is gemaakt voor hoofdelijkheid. Ook is geen bewuste afweging terug te vinden op basis waarvan juist niet voor borgtocht of een ander alternatief is gekozen. Die afweging lijkt simpelweg niet te zijn gemaakt. De vraag is daarmee of de keuze voor hoofdelijkheid geen *slip of the pen* is geweest. Temeer omdat in de parlementaire geschiedenis blijkt dat tijdens de voorbereiding van de groepsvrijstellingsregeling met name werd gesproken over 'garant stellen'. Onder het OBW werd borgtocht gezien als een *species* van de garantstelling. Het is niet ondenkbaar dat hoofdelijkheid en borgtocht op één hoop zijn gegooid of dat er verwarring heeft bestaan tussen hoofdelijkheid en borgtocht. Onder het OBW was de 'hoofdelijke borg' de meest gebruikte zekerheid. Het betrof een hybride variant met kenmerken van borgtocht en hoofdelijkheid.

In 1992 werd het huidige Burgerlijk Wetboek ingevoerd. Juridisch-technisch gezien werden de beide rechtsfiguren juist sterker dan ooit met elkaar verbonden: borgtocht werd officieel een *species* van hoofdelijkheid. Dat betekende echter niet dat beide rechtsfiguren dichter bij elkaar kwamen te staan. Integendeel. Het onderscheid tussen hoofdelijkheid en borgtocht en de bijbehorende rechtsgevolgen lijkt sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1992 juist strikter te zijn. Onder dit Burgerlijk Wetboek geldt dat op basis van materiële kenmerken wordt beoordeeld of sprake is van hoofdelijkheid of borgtocht, ongecht gebezigde terminologie. Eigenlijk had de Hoge Raad niet eens tot het oordeel kunnen komen dat geen sprake is van borgtocht.

9.8.10.3 Problemen die door de kwalificatie als borgtocht worden opgelost

Wanneer de uit een 403-verklaring voortvloeiende zekerheid kwalificeert als borgtocht, zijn de problemen die ontstaan doordat sprake is van meerdere zelfstandige vorderingsrechten, van de baan. Dit geeft meer duidelijkheid en een grotere rechtszekerheid.[461]

Wanneer wordt aanvaard dat een 403-verklaring leidt tot een zekerheid die kwalificeert als borgtocht, is tevens het merkwaardige verschijnsel dat met eenzijdige

---

biedt nu deze crediteuren niet kunnen afgaan op de volledige enkelvoudige jaarrekening van de dochtervennootschap."

461 Dit leidt tot minder onduidelijkheden bij cessie, verpanding en beslag van de vordering op de dochtervennootschap. Ook zullen minder onduidelijkheden bestaan in situaties van schikking, verjaring, achterstelling en preferentie. Verwezen zij naar de in hoofdstuk 6 aangehaalde problemen.

verklaring een vorderingsrecht aan het vermogen van een derde kan worden toegevoegd van de baan. Naast het feit dat dit juridisch-technisch moeilijk binnen het Nederlandse vermogensrecht past – het dogmatisch niet juist lijkt te zijn – druist dit ook in tegen de partijautonomie.

9.8.10.4 Bij de keuze voor borgtocht kan de wilsrechttheorie worden geïncorporeerd

Om van borgtocht te kunnen spreken, is in eerste instantie vereist dat sprake is van een overeenkomst:

> Artikel 7:850 lid 1 BW
> Borgtocht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de borg, zich tegenover de andere partij, de schuldeiser, verbindt tot nakoming van een verbintenis, die een derde, de hoofdschuldenaar, tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen.

Om van een overeenkomst te kunnen spreken, is volgens artikel 7:850 lid 1 BW een meerzijdige rechtshandeling vereist. Overigens is niet iedereen deze mening toegedaan. Zo betoogt Rongen:[462]

> "Het feit dat borgtocht blijkens haar wettelijke definitie een meerzijdige rechtshandeling is, terwijl een '403'-verklaring een eenzijdige rechtshandeling is, hoeft aan de kwalificatie 'borgtocht' niet af te doen. Ook in de opvatting dat een '403'-verklaring een eenvoudige hoofdelijke aansprakelijkheid betreft (en niet een borgtocht), zou bij het ontbreken van het bepaalde in art. 2:403 BW het uitgangspunt zijn dat deze gebaseerd moet zijn op een meerzijdige rechtshandeling (overeenkomst) tussen de moedermaatschappij en de schuldeiser. Art. 2:403 BW gaat echter uit van de mogelijkheid de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij te vestigen door een eenzijdige, ongerichte rechtshandeling. Indien men een '403'- verklaring zou beschouwen als een borgtocht, kan hetzelfde worden aangenomen: de wet maakt het mogelijk de borgtocht, in afwijking van het normaaltype, te baseren op een eenzijdige, ongerichte rechtshandeling. Daarbij moet worden bedacht dat ook borgtocht een vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid is."

Aan het vereiste van een meerzijdige rechtshandeling zou niettemin in een 403-situatie kunnen worden voldaan wanneer de 403-verklaring wordt beschouwd als een aanbod van de moedervennootschap tot het aangaan van een borgtocht. De schuldeiser heeft het wilsrecht om dit aanbod te aanvaarden. Zolang de aanvaarding niet heeft plaatsgevonden, is geen sprake van een overeenkomst van borgtocht maar bestaat er aan de zijde van de schuldeiser een wilsrecht. In zoverre kan de wilsrechttheorie worden gecombineerd met het uitgangspunt dat tussen de schuldeiser en de moedervennootschap een overeenkomst van borgtocht tot stand komt. Gezien de enigszins onduidelijke juridische status van een wilsrecht en mogelijke discussies of aanvaarding wel of niet heeft plaatsgevonden, is het ongewenst dat er zich

462 Rongen 2012, par. 986.

situaties voordoen waarin wordt geconcludeerd dat sprake is van een wilsrecht en nog niet van een aanvaarde borgtocht. Om dat te ondervangen, kan aansluiting worden gezocht bij de aanvaarding die we kennen bij de rechtsfiguur schenking. Wanneer het aanbod niet wordt afgewezen, wordt het aanbod geacht te zijn aanvaard.

Wordt de theorie van Rongen gevolgd,[463] dan kan de fase waarin sprake is van een wilsrecht totdat de schuldeiser de borgtocht heeft aanvaard, worden overgeslagen. Een voordeel van het overslaan van de fase waarbij sprake is van een wilsrecht is dat moeilijkheden rondom de kwalificatie van een wilsrecht en in lijn daarmee de vraagstukken van overdracht, verpanding en beslag kunnen worden vermeden.

9.8.10.5 Concerndenken: borgtocht met uitsluiting van subsidiariteit

Borgtocht brengt ten opzichte van hoofdelijkheid nog een kenmerk met zich: subsidiariteit. Een aantal auteurs beschouwt het ontbreken van subsidiariteit bij de groepsvrijstellingsregeling als een nadeel en vindt dat een schuldeiser eerst de dochtervennootschap dient aan te spreken alvorens een schuldeiser de mogelijkheid zou moeten hebben om zich tot de moedervennootschap te wenden.[464] Om verschillende redenen ben ik er geen voorstander van om een 403-vordering een subsidiar karakter toe te kennen.

Allereerst is de groepsvrijstellingsregeling een concernrechtelijk item bij uitstek. Het 'concerndenken'[465] behelst in essentie het zien van een groter geheel in plaats van allemaal op zichzelf staande entiteiten. In dat kader wordt er ook een geconsolideerde jaarrekening opgesteld en gepubliceerd, terwijl de summiere enkelvoudige jaarrekening voor de buitenwereld niet zichtbaar is. Doordenkend in dat concept, past het dat schuldeisers 'het concern' kunnen aanspreken. Het past niet dat zij als buitenstaanders worden geconfronteerd met een interne rangregeling waarbij zij eerst bij het ene loket moeten aankloppen en dan moeten wachten – hoe lang? – voordat zij naar het volgende loket kunnen. De economische realiteit is dat een concern als één geheel wordt gezien. Vaak zal dit ook de perceptie zijn die buitenstaanders van het betreffende concern hebben. Hoe de aansprakelijkheid binnen dat concern wordt verdeeld, zou naar mijn idee uitsluitend een interne aangelegenheid moeten zijn die intern kan worden opgelost met regres. Naar buiten toe zou het concern zich niet in eerste instantie moeten kunnen verweren met het argument dat een schuldeiser niet eerst de (juiste) dochtervennootschap heeft aangesproken.

Een juridische vinding waarbij het gehele concern kan worden aangesproken is misschien *food for thought.* Een dergelijke concernaansprakelijkheid beperkt

463 Rongen 2012, par. 986.

464 Zie onder meer Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 197; Rongen 2012, p. 1303-1304. Zie voor een overzicht aan argumenten voor subsidiariteit bij de 403-aanspraak: Niels 2010, p. 27-28.

465 Zie ook paragraaf 9.3.1.

zich niet tot de mogelijkheid waarbij slechts de moeder en de dochtervennootschap kunnen worden aangesproken. Bij een echte concernaansprakelijkheid worden met een aanspraak alle entiteiten binnen de groep aangesproken en gehouden om te voldoen. Ook kan worden gedacht aan een concept waarbij iedere entiteit binnen het concern kan worden aangesproken en de aanspraakmogelijkheden niet zijn beperkt tot slechts de dochtervennootschap en de consoliderende moedervennootschap. Dat past niet bij de concerngedachte en de economische realiteit. Bovendien is het niet moeilijk om ervoor te zorgen dat juist die twee entiteiten binnen het concern toevallig geen verhaal bieden (en de bestuurders van die entiteiten toevallig net op de BVI zijn gevestigd).

Een verkenning naar een vergaande concernaansprakelijkheid is een onderwerp voor een tweede boek. De essentie van mijn gedachte komt in ieder geval erop neer dat subsidiariteit naar mijn idee zou moeten worden uitgesloten wanneer wordt aanvaard dat de 403-aanspraak kwalificeert als borgtocht en niet als hoofdelijkheid. Er bestaan binnen de rechtsfiguur borgtocht mogelijkheden. Professionele borgen kunnen afwijken van het subsidiaire karakter zoals dat is neergelegd in artikel 7:855 lid 1 BW. Een kanttekening daarbij is wel dat het subsidiaire karakter van borgtocht niet volledig kan worden uitgesloten. De borg kan zich nog steeds verschuilen achter de eerstelijnsaansprakelijkheid van de hoofdschuldenaar omdat een borg verweermiddelen van de hoofdschuldenaar kan inroepen die het bestaan van de verbintenis, de inhoud van de verbintenis of het tijdstip van nakoming van de verbintenis van de hoofdschuldenaar betreffen, zie artikel 7:852 BW. Om te voorkomen dat de borg zich nog kan beroepen op het verweermiddel dat hij niet kan worden aangesproken zolang de hoofdschuldenaar zijn verbintenis nog na dient te komen, zal eveneens van artikel 7:852 BW moeten worden afgeweken. Verder doet de bescherming die een borg geniet op basis van artikel 6:139 BW denken aan een vorm van subsidiariteit:[466]

> Artikel 6:139 BW
> 1. De borg en degene wiens goed voor de schuld van een ander verbonden is, kunnen de opschorting van hun aansprakelijkheid inroepen, voor zover de schuldeiser bevoegd is zijn vordering met een opeisbare schuld aan de schuldenaar te verrekenen.
> 2. Zij kunnen de bevrijding van hun aansprakelijkheid inroepen, voor zover de schuldeiser een bevoegdheid tot verrekening met een schuld aan de schuldenaar heeft doen verloren gaan, tenzij hij daartoe een redelijke grond had of hem geen schuld treft.

466 Zie HR 24 april 1992, *NJ* 1992/463. A-G, Hartkamp omschrijft het subsidiaire element dat van art. 6:139 BW uitgaat als volgt: "Ook hier wordt de borg dus beschermd in een situatie waarin de schuldeiser de mogelijkheid van verhaal op een bepaald goed heeft (i.c. een tegenvordering van de schuldenaar op hem), dat bij betaling door de borg niet aan deze ten goede komt. En ook hier lijdt deze bescherming uitzondering indien het de schuldeiser niet kan worden verweten dat hij dat verhaal achterwege laat." Zie ook Bergervoet: "De mate van subsidiariteit die uitgaat van art. 6:139 BW gaat verder dan art. 7:855 lid 1 BW, en doet sterk denken aan het voorrecht van uitwinning." Bergervoet 2014, 4.3.3.

Om een subsidiariteit zoveel mogelijk uit te sluiten zal van artikel 7:855 BW, artikel 7:852 BW en artikel 6:139 BW moeten worden afgeweken.[467]

Een 403-verklaring waarin dit wordt meegenomen zou als volgt kunnen luiden:

> "Moedervennootschap X stelt zich borg voor de schulden die voortvloeien uit de door Dochter Y verrichtte rechtshandelingen. De borg komt geen beroep toe op het in artikel 6:139 BW, artikel 7:852 BW en het in artikel 7:855 BW bepaalde."

Door te kiezen voor de rechtsfiguur borgtocht waarbij subsidiariteit wordt uitgesloten, wordt een lichte hybride variant van borgtocht en hoofdelijkheid gebruikt. Dat past in een millennia-oude traditie en sluit uit bij de gebruiken uit de tijd van het OBW, toen de groepsvrijstelling werd ingevoerd en de 'hoofdelijke borg' de meest populaire persoonlijke zekerheid was.

9.9 Conclusie

Het feit dat er door verschillende auteurs diverse – soms erg ingewikkelde – oplossingen zijn bedacht om de 403-problemen het hoofd te bieden, is veelzeggend. De vrijstellingsregeling en de uitleg daarvan leidt tot problemen. Ook in de rechtspraak is geprobeerd om alternatieve benaderingen te introduceren. Met name valt te denken aan de Ondernemingskamer. Die heeft geprobeerd om de hoofdelijke aansprakelijkheid te kwalificeren als borgtocht. Het feit dat er zoveel alternatieven worden genoemd, is een indicatie dat de huidige vrijstellingsregeling kennelijk niet aan de wensen van de praktijk voldoet.

Een oplossing die is bedacht, is om de aanspraak die voortvloeit uit een 403-verklaring te kwalificeren als een wilsrecht. Na uitoefening van het wilsrecht ontstaat pas een vorderingsrecht. De vele onduidelijkheden die bestaan ten aanzien van de kwalificatie en de werking van wilsrechten, leiden mogelijk tot nieuwe problemen. Daarbij geldt dat wanneer het wilsrecht eenmaal is uitgeoefend, er alsnog twee zelfstandige vorderingsrechten zijn ontstaan. Dat sprake is van een wilsrecht, lijkt mij juridisch gezien verdedigbaar. Maar het lijkt niet de meest praktische oplossing te bieden als deze theorie niet wordt gecombineerd met de

467 In de literatuur wordt in dit geval gewaarschuwd voor een aantal bijzondere situaties waarin de schuldenaar door een opzetje van de borg en de schuldeiser kan worden benadeeld met behulp van de uitsluiting van subsidiariteit waardoor het uitsluiten of beperken van het subsidiaire karakter in strijd komen met art. 3:40 BW of art. 6:248 lid 2 BW. Bergervoet 2014,4.3.3. In de verhouding waarbij de schuldenaar de dochtervennootschap is en de borg de moedervennootschap, is het niet aannemelijk dat dit risico zich zal verwezenlijken. Wanneer de dochter niet meer tot het concern behoort, zou de situatie zich kunnen voordoen, maar ook dan zal het om een hoogst uitzonderlijke situatie gaan.

opvatting dat de zekerheid, die uit een 403-verklaring voortvloeit, kwalificeert als borgtocht.[468]

De theorie waarbij sprake is van één vorderingsrecht en van meerdere schuldenaren schept een nieuwe rechtsfiguur, die materieel gezien mogelijk toch als borgtocht kwalificeert. Deze oplossing lijkt mij niet voor de hand liggend omdat de wetgever met de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 duidelijk een einde heeft willen maken aan de wildgroei van allerlei varianten binnen de hoofdelijkheid. Daarnaast komt deze oplossing op mij over als een poging om krampachtig binnen de stamvorm hoofdelijkheid te blijven en om maar proberen weg te blijven bij borgtocht. Mijns inziens dient alsnog geconcludeerd te worden dat sprake is van borgtocht. Indien subsidiariteit de reden is om weg te blijven bij borgtocht, dan is het goed om te bedenken dat subsidiariteit bij borgtocht kan worden uitgesloten.

De theorie van de zogenaamde 'dynamische 403-vordering' is naar mijn mening minder geschikt om een reden die hiervoor ook al aan de orde kwam. Duidelijk is dat de wetgever een wildgroei aan varianten binnen de hoofdelijkheid zoals voor 1992 het geval was, met de invoering van het huidige wetboek wilde uitbannen. Door opnieuw verschillende varianten van hoofdelijkheid te gaan bedenken kunnen er binnen de rechtsfiguur hoofdelijkheid weer onduidelijkheden ontstaan en gaan we qua rechtsontwikkeling terug in de tijd. Bovendien is een oplossing voor de 403-problemen prima te vinden binnen de bestaande varianten van hoofdelijkheid die reeds in de wet zijn geregeld; de reguliere hoofdelijkheid en de subvariant borgtocht.

Het in de groepsvrijstellingsregeling vervangen van een wettelijk geregelde rechtsfiguur zoals hoofdelijke aansprakelijkheid door een niet wettelijk geregelde rechtsfiguur zoals een garantie, zou te veel onduidelijkheid en onzekerheid opleveren. Een garantie kan naar ieders smaak worden vormgegeven omdat de inhoud niet vastomlijnd is. Moedervennootschappen zullen op zoek gaan naar een zo minimaal mogelijke garantie en voor schuldeisers zal niet zeker zijn of zij wel de zekerheid verkrijgen waar ze recht op hebben.

Het opnemen van afwijkende bedingen in een 403-verklaring zou ongewenste effecten weg kunnen nemen. De inhoud van een 403-verklaring staat in beginsel ter vrije invulling van de moedervennootschap die deze opstelt. Maar een 403-verklaring dient de toets van artikel 2:403 lid 1 sub f BW te kunnen doorstaan. Elk beding dat op een of andere manier afbreuk doet aan de positie van een schuldeiser komt eigenlijk niet in aanmerking. Daarmee zijn de mogelijkheden om de tekst van een 403-verklaring dusdanig aan te passen dat ongewenste effecten worden voorkomen, te beperkt.

Na te hebben vastgesteld dat de huidige groepsregeling tot problemen leidt en te hebben geconcludeerd dat veel van deze problemen zijn te herleiden tot het bestaan van meerdere zelfstandige vorderingsrechten en na verschillende alternatie-

468 Zie paragraaf 9.3.5.4. en paragraaf 9.8.10.4.

ven te zijn nagegaan, sluit ik mij aan bij de auteurs en de gerechtelijke instanties die reeds eerder betoogde, dat de 403-aanspraak dient te worden gekwalificeerd als borgtocht. Juridisch is deze kwalificatie verdedigbaar en daarnaast biedt de kwalificatie het hoofd aan de voornaamste 403-problemen.

Hoofdstuk 10

CONCLUSIE

Dit boek begon met de probleemstelling:

> *De uitleg die de Hoge Raad geeft aan de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de 403-verklaring is dogmatisch onjuist en zorgt in de praktijk voor problemen.*

In hoofdstuk 3 is de groepsvrijstellingsregeling van artikel 2:403 nader bestudeerd. In hoofdstuk 4 is dieper ingegaan op een specifiek onderdeel van de 403-regeling, de 403-verklaring. In hoofdstuk 6 is de uitwerking van de groepsvrijstellingsregeling bestudeerd aan de hand van verschillende praktijksituaties. Na bestudering van de groepsvrijstellingsregeling en de toepassing daarvan in diverse praktijksituaties kan de conclusie worden getrokken dat gevolgen van de groepsvrijstelling niet altijd duidelijk zijn. Dat leidt tot rechtsonzekerheid en heeft reeds geresulteerd in diverse juridische procedures.

Gebleken is dat voor een groot deel van de problemen een gemeenschappelijke oorzaak kan worden aangewezen. De opname van hoofdelijke aansprakelijkheid als compenserende waarborg in de groepsregeling blijkt in tal van praktijksituaties de aanleiding te zijn van problemen. Hoofdelijkheid leidt tot het ontstaan van twee zelfstandige vorderingsrechten. Toch is hoofdelijkheid niet de oorzaak van *alle* 403-problemen. Zo heeft de vraag vanaf welk moment de procedure mag worden gestart om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen niets te maken met de hoofdelijke aansprakelijkheid. Ook de eisen die mogen worden gesteld aan de hardheid van een vordering die in een verzetprocedure wordt aangevoerd, staat los van de hoofdelijkheid. In het kader van het onderzoek naar de 403-problemen waarmee de praktijk wordt geconfronteerd zijn deze issues wel behandeld maar na het in kaart brengen van de 403-problemen is in lijn met de onderzoeksvraag het accent gelegd op de hoofdelijke aansprakelijkheid die van de moedervennootschap wordt verlangd.

De juridische kwalificatie van de 403-verklaring is helder. De 403-verklaring is een eenzijdige ongerichte rechtshandeling. De vraag is vervolgens welke verbintenis deze eenzijdige ongerichte rechtshandeling tot stand brengt. Indien wordt aangenomen dat sprake is van reguliere hoofdelijkheid, dan betekent dit dat met een eenzijdige verklaring een vorderingsrecht kan worden geschapen welk vorderingsrecht bovendien eenzijdig aan het vermogen van een derde kan worden toegevoegd. Dat stuit op fundamentele dogmatische bezwaren. Dat een 403-verklaring leidt tot een aanbod van de moedervennootschap lijkt meer in de rede te liggen

en lijkt ook beter te passen bij het karakter van de 403-verklaring die ten gunste van de schuldeiser wordt afgelegd. Het mag dan aan die schuldeiser worden gelaten of hij daarvan gebruik wenst te maken. Het vorderingsrecht mag hem niet ongewild worden opgedrongen. Wanneer wordt geconcludeerd dat een 403-verklaring een aanbod creëert, dan is er na aanvaarding door de schuldeiser een overeenkomst tot stand gekomen. Deze overeenkomst houdt in dat de moedervennootschap gehouden kan worden de prestatie te voldoen die de dochtervennootschap is verschuldigd.

Nadat het aanbod is aanvaard, is de vraag wat de inhoud van de daaropvolgende verbintenis is. De Hoge Raad heeft bepaald dat geen sprake is van een zekerheid die kwalificeert als borgtocht maar dat sprake is van (reguliere) hoofdelijke aansprakelijkheid. Op basis van het door mij verrichte onderzoek, kom ik tot de conclusie dat dit standpunt om verschillende redenen niet goed te verdedigen is en dat een kwalificatie als borgtocht aannemelijker is. Daarbij zou een kwalificatie als borgtocht een einde maken aan de problemen die door het bestaan van verschillende zelfstandige vorderingsrechten, een uitvloeisel van hoofdelijkheid, worden veroorzaakt.

De Nederlandse groepsvrijstellingsregeling dateert van begin jaren zeventig. Sindsdien is het vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid niet meer gewijzigd. Bij de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek van 1992 is de inhoud van de rechtsfiguur hoofdelijkheid veranderd. Maar het vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid, zoals is opgenomen in de groepsvrijstellingsregeling, is toen niet heroverwogen. Hoofdelijkheid had voor de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 een correaal karakter. Dat betekent dat er één vorderingsrecht is en meerdere schuldenaren. Dit type hoofdelijkheid is destijds in de groepsvrijstellingsregeling opgenomen. De hoofdelijkheid verschoot van kleur in 1992 waarmee – waarschijnlijk onbedoeld – de inhoud en de uitwerking van de groepsvrijstellingsregeling veranderde. Door de nieuwe invulling die aan hoofdelijkheid werd gegeven, paste de waarborg die de moeder diende te verstrekken niet meer het karakter van de groepsvrijstellingsregeling. Bovendien leidde de nieuwe invulling tot allerlei ongewenste praktische bezwaren.

De hoofdelijkheidsvariant die oorspronkelijk in de groepsvrijstellingsregeling is opgenomen, laat zich onder het huidige Burgerlijk Wetboek het beste vertalen als borgtocht. Bij de correale variant van hoofdelijkheid is sprake van een vorderingsrecht en meerdere schuldenaren, zoals ook bij de huidige borgtocht het geval is.

De vraag is voorts of het standpunt juist is dat sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid omdat deze terminologie in een 403-verklaring wordt gebezigd. De gebezigde terminologie is niet bepalend voor de juridische kwalificatie van een gegeven zekerheid. Op basis van materiële kenmerken dient te worden beoordeeld of sprake is van borgtocht of hoofdelijke aansprakelijkheid. Een zekerheid kwalificeert als borgtocht wanneer sprake is van een zekerheid die wordt verstrekt voor de voldoening van een schuld door een derde. De maatstaf die daarbij dient te worden gehanteerd, is dat, wanneer het voor de schuldeiser bekend is dat de

borg zich hard maakt voor de schuld van een derde, sprake is van borgtocht. De derde baseert de aanspraak op de moedervennootschap op de 403-verklaring. In die 403-verklaring staat duidelijk dat de moedervennootschap zich aansprakelijk verklaart voor de schuld van een derde, de dochtervennootschap, en niet voor een eigen schuld.

Onder het huidige Burgerlijk Wetboek is borgtocht een subvariant van hoofdelijkheid. Borgtocht valt daarmee onder de paraplu van het hoofdelijkheidsbegrip, zodat het niet bezwaarlijk is dat artikel 2:403 lid 1 sub f BW spreekt over hoofdelijkheid. Dit hoeft subvarianten van hoofdelijkheid, zoals borgtocht, niet uit te sluiten. Wordt de zekerheid, die de moedervennootschap verstrekt, gekwalificeerd als borgtocht, dan past dit nog steeds binnen de wettelijke bepaling van artikel 2:403 lid 1 sub f BW.

Naast de juridische argumenten die pleiten voor een kwalificatie als borgtocht, past deze kwalificatie dogmatisch gezien ook beter bij het 403-regime. Tevens lost de kwalificatie als borgtocht een hoop praktische bezwaren op. Vanuit juridisch oogpunt, dogmatisch oogpunt en praktisch oogpunt zou de zekerheid die voortvloeit uit een 403-verklaring moeten worden gekwalificeerd als borgtocht en niet als regulier hoofdelijke aansprakelijkheid.

SAMENVATTING

1 Inleiding

Dit boek bevat een weergave van een onderzoek naar de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling zoals neergelegd in artikel 2:403 BW. Op basis van deze regeling kan een vennootschap die onderdeel uitmaakt van een groep worden vrijgesteld van een groot aantal verplichtingen die voortvloeien uit titel 2.9 BW. Dat komt erop neer dat de vrijgestelde vennootschap slechts een summiere jaarrekening hoeft op te stellen, in plaats van een volledig jaarverslag en dat de vrijgestelde vennootschap haar jaarrekening niet hoeft te publiceren.

Eén van de voorwaarden die aan het mogen toepassen van de vrijstelling wordt gesteld, is dat de moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk dient te verklaren voor de schulden van de dochtervennootschap, voor zover deze schulden voortvloeien uit rechtshandelingen. Het vereiste dat de moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk dient te verklaren, wijkt af van de Europese vrijstellingsregeling waarin wordt vereist dat de moedervennootschap zich garant dient te stellen voor de nakoming van de verplichtingen van de dochtervennootschap. Andere Europese lidstaten die een vrijstellingsregeling in hun wetgeving hebben opgenomen, vereisen een garantie. In dit opzicht is de Nederlandse regeling die kiest voor hoofdelijke aansprakelijkheid dus uniek.

De Nederlandse groepsvrijstellingsregeling trekt nogal de aandacht. In de laatste jaren heeft deze regeling tot een stroom aan jurisprudentie geleid, waaronder diverse uitspraken van de Hoge Raad. De regeling laat ook de literatuur niet onberoerd. De regeling ontmoet daar veel kritiek. De voornaamste bezwaren zijn terug te voeren op het vereiste van de hoofdelijke aansprakelijkheid. Hoofdelijke aansprakelijkheid leidt onder het huidige recht tot het ontstaan van meerdere zelfstandige vorderingsrechten. Er zijn evenveel vorderingsrechten als dat er schuldenaren zijn. Het bestaan van twee zelfstandige vorderingsrechten leidt vervolgens tot gecompliceerde en ongewenste situaties.

2 Probleemstelling en verricht onderzoek: de groepsvrijstellingsregeling leidt tot onduidelijkheden

Aangezien de bron van de 403-problemen lijkt te zijn gelegen in het vereiste van de hoofdelijke aansprakelijkheid, staat in het verrichte onderzoek de volgende probleemstelling centraal:

De uitleg die de Hoge Raad geeft aan de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de 403-verklaring is dogmatisch onjuist en zorgt in de praktijk voor problemen.

Om deze probleemstelling te onderzoeken, is onderzoek gedaan naar de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling en de toepassing daarvan. Uit het onderzoek blijkt dat de groepsvrijstellingsregeling inderdaad verschillende problemen veroorzaakt in de praktijk en tot rechtsonzekerheid leidt. Een overgroot deel van de problemen wordt veroorzaakt door het vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid.

3 Problemen die niet gerelateerd zijn aan het vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid

Naast problemen die worden veroorzaakt door de hoofdelijke aansprakelijkheid doen zich met name problemen voor bij de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Zo is er onduidelijkheid over de vraag vanaf welk moment de procedure mag worden gestart om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen. Voorts is niet duidelijk of de groepsband al verbroken dient te zijn alvorens het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid wordt gedeponeerd, of dat de verzettermijn pas vanaf het moment waarop de groepsband wordt verbroken, begint te lopen.

Met betrekking tot de hardheid van een vordering die in een verzetprocedure naar voren wordt gebracht, heeft de Hoge Raad een nieuw toetsingscriterium geïntroduceerd. Een vordering dient niet *onmiskenbaar ongegrond* te zijn.

De Hoge Raad meent dat een schuldeiser recht heeft op een alternatieve waarborg wanneer het voornemen meebrengt dat de positie van de schuldeiser (niet alleen formeel, maar ook) materieel wordt verzwakt. De wet vereist dat een schuldeiser pas recht heeft op een alternatieve waarborg, wanneer de schuldeiser voldoende waarborgen heeft dat zijn vorderingen zullen worden voldaan. Dat is een ander criterium dan de Hoge Raad toepast.

4 De kwalificatie van de uit een 403-verklaring voortvloeiende rechten

De Hoge Raad heeft vastgesteld dat de 403-verklaring een eenzijdige ongerichte rechtshandeling is. De vraag is welke verbintenis deze eenzijdige ongerichte rechtshandeling tot stand brengt. Indien ervan uit wordt gegaan dat sprake is van reguliere hoofdelijke aansprakelijkheid, dan zou de eenzijdige verklaring een vorderingsrecht kunnen scheppen. Dit valt moeilijk in het Nederlandse vermogensrecht in te passen. Dit eenzijdig gecreëerde vorderingsrecht wordt bovendien aan het vermogen van een derde toegevoegd, terwijl die derde daar zelf geen zeggenschap over heeft. Dit is in strijd met de partijautonomie. Het ligt meer voor de hand om aan te nemen dat een 403-verklaring leidt tot een aanbod van de moedervennootschap om een zekerheid te verstrekken. Dit aanbod richt zich tot schuld-

eisers die een uit een rechtshandeling voortvloeiende vordering op de dochtervennootschap hebben. Aan de schuldeiser wordt de keus geboden om van dit aanbod gebruik te maken. Het vorderingsrecht wordt hem niet opgedrongen. Dit past bij het karakter van waarborg die voort kan vloeien uit een 403-verklaring. Deze waarborg wordt ten gunste van de schuldeiser verstrekt.

Wanneer wordt geconcludeerd dat een 403-verklaring een aanbod van de moedervennootschap inhoudt, ontstaat aan de zijde van de schuldeiser een wilsrecht. De schuldeiser kan besluiten het aanbod te aanvaarden. Aangezien het wilsrecht een rechtsfiguur is waaromtrent de nodige onduidelijkheden bestaan, kan ervoor worden gepleit dat het aanbod van de moedervennootschap door de schuldeiser wordt geacht te zijn aanvaard tenzij de schuldeiser het aanbod uitdrukkelijk heeft afgewezen. Een vergelijkbare constructie doet zich voor bij de rechtsfiguur schenking. Nadat het aanbod van de moedervennootschap is aanvaard, is tussen de moedervennootschap en de schuldeiser een overeenkomst tot stand gekomen. De inhoud van deze overeenkomst laat zich het beste kwalificeren als een borgtocht.

5 De inhoud van de aansprakelijkheid van de moedervennootschap: borgtocht in plaats van reguliere hoofdelijkheid

5.1 Uit de historie van de groepsvrijstellingsregeling blijkt dat de keuze voor hoofdelijkheid niet uitgebreid is overwogen

De Nederlandse groepsvrijstellingsregeling dateert van begin jaren 70. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat lang stil is gestaan bij de keuze om hoofdelijke aansprakelijkheid in de groepsvrijstellingsregeling op te nemen. Ook blijkt niet dat alternatieve aansprakelijkheidsvormen in overweging zijn genomen of tegen elkaar zijn afgewogen. Dat is opmerkelijk. Reguliere hoofdelijke aansprakelijkheid lijkt niet de meest voor de hand liggende keuze te zijn. Hoofdelijke aansprakelijkheid past bij een aansprakelijkheid voor een eigen schuld en niet bij de aansprakelijkheid voor de schuld van een ander. Zeker niet als de causa van de aansprakelijkheid is gelegen in een zekerheidsstelling.

De basis van een 403-vordering is een 403-verklaring. Het is overduidelijk dat de moedervennootschap zich hard maakt voor de schuld van een derde. Het karakter van een 403-verklaring doet ook niet anders vermoeden. Voor de schuldeiser is duidelijk dat de moedervennootschap een zekerheid verstrekt voor de nakoming van schulden van de dochtervennootschap. Hoe kan het dat er is gekozen voor hoofdelijke aansprakelijkheid? Terwijl het Burgerlijk Wetboek een rechtsfiguur kent die perfect bij deze situatie aansluit, zijnde borgtocht?

Wanneer terug wordt gegaan in zowel de historie van hoofdelijkheid alsook de historie van de groepsvrijstellingsregeling, wordt een en ander duidelijk. De hoofdelijkheid die is opgenomen in de groepsvrijstellingsregeling, is de hoofdelijkheid die het Nederlandse recht kende vóór 1992. Toen in 1992 een nieuwe invulling

aan de rechtsfiguren hoofdelijkheid en borgtocht werd gegeven, is de groepsvrijstellingsregeling niet opnieuw geëvalueerd.

5.2 De geschiedenis van de rechtsfiguur hoofdelijkheid: aan hoofdelijkheid werd tot 1992 een andere invulling gegeven

Over de exacte invulling van de rechtsfiguur hoofdelijkheid heeft al sinds het Romeinse recht onduidelijkheid bestaan. In hoofdlijn ging het daarbij steeds om de vraag of sprake was van een correale aansprakelijkheid of een solidaire aansprakelijkheid. De historie heeft uitgewezen dat het star vasthouden aan een variant steeds weer tot ongewenste resultaten leidde. Daarom vond de praktijk zijn weg. Indien ervan uit werd gegaan dat de wettelijke variant van hoofdelijkheid een correaal karakter had, dan ontwikkelde zich daarnaast in de praktijk een variant met een solidair karakter. Werd aan de wettelijke variant een solidair karakter toegedicht, dan ontwikkelde zich daarnaast in de praktijk een correale variant. Zo ontstonden er allerlei verschillende vormen van hoofdelijke aansprakelijkheid.

De Nederlandse wetgever heeft met de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 een einde willen maken aan alle buitenwettelijke varianten van hoofdelijkheid die zich in de praktijk hadden ontwikkeld. Dat neemt niet weg dat de wettelijke vorm van hoofdelijkheid, die gold voor de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992, een correale variant was. Dat betekent dat er één vorderingsrecht was en meerdere schuldeisers. De huidige regeling inzake hoofdelijke aansprakelijkheid geeft echter geen duidelijkheid over het karakter. Het is onduidelijk of sprake is van correaliteit (één vorderingsrecht en meerdere schuldenaren) of solidariteit (evenveel vorderingsrechten als schuldenaren). Aangenomen wordt dat sprake is van solidariteit en dat er evenveel (zelfstandige) vorderingsrechten als schuldenaren zijn.

Heeft de wetgever daarmee de deur voor de correale hoofdelijkheid volledig dichtgegooid? Het antwoord is nee. Het Burgerlijk Wetboek van 1992 kent twee vormen van hoofdelijkheid. De reguliere hoofdelijke aansprakelijkheid, die ook als zodanig wordt aangeduid en een subvariant van hoofdelijke aansprakelijkheid, die wordt aangeduid als borgtocht. De reguliere hoofdelijke aansprakelijkheid heeft een een solidair karakter en borgtocht heeft een correaal karakter.

5.3 De inhoud en de gevolgen van de groepsvrijstellingsregeling zijn door de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1992 gewijzigd

De groepsvrijstellingsregeling die is opgenomen in het huidige artikel 2:403 BW vindt haar oorsprong in de groepsvrijstellingsregeling die in de jaren 70 is geïntroduceerd. Sinds deze introductie is de groepsvrijstellingsregeling op details gewijzigd. Maar het element van de vereiste hoofdelijke aansprakelijkheid is nooit meer herzien of heroverwogen. Ook bij de invoering van het Burgerlijk Wetboek van

1992 is het vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid niet opnieuw tegen het licht gehouden. Dat is opmerkelijk aangezien de rechtsfiguur hoofdelijke aansprakelijkheid in 1992 een andere invulling heeft gekregen. Daarmee is de inhoud van de groepsvrijstellingsregeling ongemerkt behoorlijk veranderd.

Zoals in de vorige pragraaf uiteen is gezet, had hoofdelijkheid een correaal karakter. Dat betekent dat er sprake is van één vorderingsrecht en meerdere schuldenaren. Sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 heeft hoofdelijkheid een solidair karakter gekregen. Dat betekent dat er evenveel vorderingsrechten als schuldenaren zijn.

5.4 De aansprakelijkheid die is opgenomen in de groepsvrijstellingsregeling is een correale vorm van hoofdelijkheid die zich het beste laat vertalen als borgtocht

De in de groepsvrijstellingsregeling opgenomen hoofdelijkheid, is de hoofdelijkheid die we kenden in de jaren 70. Hoofdelijke aansprakelijkheid had toen een solidair karakter. Deze vorm van hoofdelijkheid past goed bij de gedachte achter de 403-verklaring, namelijk dat de moedervennootschap een zekerheid verstrekt voor de nakoming van de schulden van een andere vennootschap. De hoofdelijkheid, zoals die in de jaren 70 in de groepsvrijstellingsregeling was opgenomen, laat zich onder het huidige Burgerlijk Wetboek het beste vertalen naar de solidaire subvariant van hoofdelijkheid, die in het huidige Burgerlijk Wetboek wordt aangeduid als borgtocht.

5.5 Hoofdelijkheid of borgtocht? Materieel toetsingskader beslissend

De vraag of sprake is van hoofdelijkheid of borgtocht, dient te worden beantwoord aan de hand van een materiële toets. De gekozen bewoordingen zijn daarvoor niet bepalend. Met andere woorden: het maakt voor de juridische kwalificatie niet zoveel uit of een partij in zijn verklaring spreekt over ‘borgtocht’ of ‘hoofdelijkheid’. De materiële kenmerken zijn uiteindelijk bepalend voor het antwoord op de vraag of sprake is van reguliere hoofdelijke aansprakelijkheid of borgtocht.

Om te bepalen of sprake is van reguliere hoofdelijke aansprakelijkheid of borgtocht, wordt de volgende maatstaf gehanteerd. Wanneer aan de schuldeiser bekend is dat één van de schuldenaren zich hard maakt voor de schuld van de ander, dan leidt dat tot de conclusie dat sprake is van borgtocht. Een schuldeiser dient zijn 403-vordering te baseren op een 403-verklaring waarin duidelijk staat dat de moedervennootschap zich aansprakelijk verklaart voor de schuld van een ander. Aangezien een moedervennootschap zich in een 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk verklaart voor de schulden van een dochtervennootschap (dus niet voor eigen schulden maar voor schulden van een ander) kan niet anders worden geconcludeerd dan dat sprake is van borgstelling.

6 Naast juridische argumenten pleiten ook praktische argumenten voor de kwalificatie als borgtocht

Er zijn niet alleen juridische argumenten aan te voeren voor het standpunt dat de rechten die uit een 403-verklaring voortvloeien, kwalificeren als borgtocht. Wanneer een aanspraak, die voortvloeit uit een 403-verklaring, als borgtocht wordt gekwalificeerd, zouden eveneens veel praktische problemen van de baan zijn.

Uit het onderzoek blijkt dat de voornaamste 403-problemen worden veroorzaakt doordat de vordering op de dochtervennootschap en de 403-vordering zelfstandige vorderingsrechten zijn. Het ontstaan van zelfstandige vorderingsrechten is een uitvloeisel van de reguliere hoofdelijkheid. Bij borgtocht is daarvan geen sprake. Daarom is niet alleen vanuit juridisch oogpunt maar ook vanuit praktisch oogpunt verdedigbaar dat een 403-vordering wordt gekwalificeerd als borgtocht.

7 De kwalificatie als borgtocht zou eerder als richtlijn conform kunnen worden beschouwd

Uit een bestudering van het Europese jaarrekeningenrecht blijkt dat Europese richtlijnen voorschrijven dat een rechtspersoon in beginsel verplicht is om jaarlijks een financieel verslag op te stellen en te publiceren. Een vrijstelling van deze zogenaamde jaarrekeningenplicht is toelaatbaar, mits aan een aantal in de richtlijn gestelde vereisten wordt voldaan.

De Nederlandse wetgever heeft zich niet strikt aan de voorwaarden gehouden die door het Europese recht worden gesteld. De Nederlandse vrijstellingsregeling wijkt op een aantal punten af van de Europese regeling. Ten eerste is de mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen uniek voor de Nederlandse regeling. De Europese regeling kent deze mogelijkheid niet. De vrijstellingsregelingen van andere lidstaten kennen de mogelijkheid om de overblijvende aansprakelijkheid te beëindigen ook niet. Op dit punt is de Nederlandse regeling niet in lijn met het Europese recht. Deze mogelijkheid – met de bijbehorende verzetprocedure – zorgt met enige regelmaat voor hoofdbrekens. Toch voorziet deze mogelijkheid in een oplossing voor het ongewenste effect dat een moeder tot in de oneindigheid aansprakelijk kan blijven voor schulden van een dochtervennootschap die al lang niet meer tot de groep behoort. Deze mogelijkheid is zeker een waardevolle toevoeging op de vrijstellingsregeling. Het is alleen jammer dat de regeling rondom de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid niet volmaakt is en op een aantal punten te wensen overlaat.

De Nederlandse groepsvrijstellingsregeling wijkt nog op een ander punt af van het Europese model. De Europese Richtlijn vereist geen zekerheid van de moedervennootschap in de vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid. Het Europese model schrijft voor dat de moedervennootschap garant moet staan voor de verplichtingen van een vrijgestelde dochtervennootschap. Andere lidstaten die de vrijstellingsregeling in hun nationale wetgeving hebben geïmplementeerd, volgen dit voorbeeld.

In dit kader is gekeken naar Duitse, Ierse en Luxemburgse evenknieën. De Duitse, Ierse en Luxemburgse regeling hebben aansluiting gezocht bij 'garantstellen' of 'in staan voor'. De Nederlandse wetgever heeft gekozen voor hoofdelijke aansprakelijkheid. Dat de keuze niet op een garantie is gevallen, vind ik wel begrijpelijk. De garantstelling is in het Nederlandse recht een niet nader geregelde rechtsfiguur. Dat geeft teveel ruimte voor vrije invulling, hetgeen voor een vereiste om een vrijstelling te verkrijgen, ongewenst is. Een in de wet geregelde rechtsfiguur, waarvan de inhoud meer vastomlijnd is en de rechtsgevolgen nader geregeld zijn, verdient zeker de voorkeur.

De vraag is of hoofdelijke aansprakelijkheid de meest richtlijnconforme rechtsfiguur is die de Nederlandse wetgeving te bieden heeft. Ik denk van niet. De Europese regeling vereist een garantie. Het feit dat de borgstelling onder het oud Burgerlijk Wetboek als een *species* van de garantie werd beschouwd, is natuurlijk wel een saillant detail:

> "Een belangrijke verklaring voor de vroegere tegenstelling tussen borgtocht en hoofdelijkheid, was gelegen in het feit dat men vond dat borgtocht gezien moest worden als een garantieovereenkomst. Nu de genoemde tegenstelling naar geldend recht is opgeheven, rijst de vraag of de overeenkomst nog onverkort als garantieovereenkomst kan worden aangemerkt. In de huidige literatuur komt de kwalificatie van borgtocht als garantieovereenkomst nog steeds prominent naar voren."[1]

De rechtsfiguur borgtocht lijkt meer op een garantie dan de rechtsfiguur hoofdelijke aansprakelijkheid. Wordt in de groepsvrijstellingsregeling een compenserende waarborg opgenomen in de vorm van borgtocht dan wordt een meer richtlijnconforme invulling aan de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling gegeven dan met een aansprakelijkheid in de vorm van hoofdelijkheid.

8 Andere alternatieven dan borgtocht

Verscheidene auteurs hebben alternatieve benaderingen bedacht om de problemen, die de zelfstandige 403-vordering oplevert, het hoofd te bieden. Ook in de rechtspraak is geprobeerd om alternatieve benaderingen te introduceren. Tekenend is de poging van de Ondernemigskamer, die heeft geprobeerd om de hoofdelijke aansprakelijkheid te kwalificeren als borgtocht.

Een van de alternatieve benaderingen, is de benadering waarbij de aanspraak, die voortvloeit uit een 403-verklaring, wordt gekwalificeerd als een wilsrecht. Juridisch gezien is deze opvatting verdedigbaar. Vanuit een praktisch oogpunt zijn er wel enkele bedenkingen te maken bij deze benadering. De onduidelijkheid die bestaat rondom de kwalificatie en de werking van wilsrechten leidt mogelijk tot

1 Bergervoet, *Borgtocht* (O&R nr. 84) 2014/2.5.2. Zie ook Asser/Van Schaick 2012, nr. 66, waarin borgtocht een *species* van de algemene garantieovereenkomst wordt genoemd.

nieuwe problemen. Daarbij geldt bovendien dat wanneer het wilsrecht wordt ingeroepen, alsnog sprake is van twee zelfstandige vorderingsrechten. De huidige 403-problemen die daardoor worden veroorzaakt, spelen dan opnieuw op. Daarmee is de wilsrechttheorie wat mij betreft niet volledig van de baan. Door een 403-verklaring te deponeren, doet de moedervennootschap een aanbod. Dat leidt ertoe dat schuldeisers met een uit een rechtshandeling voortvloeiende vordering op de dochtervennootschap de keuze hebben om dit aanbod te accepteren. Daamee hebben zij een wilsrecht. Na de accepatie is er een wederkerige overeenkomst die kwalificeert als borgtocht. Vanuit praktisch oogpunt is het wenselijk om mogelijke problematiek rondom wilsrechten te voorkomen. Ik zou er daarom voor willen pleiten dat het aanbod van de moedervennootschap terstond door de schuldeisers wordt aanvaard, tenzij zij dit aanbod uitdrukkelijk afwijzen.

Een andere theorie die in de literatuur is genoemd, is de theorie waarbij de zekerheid die de moedervennootschap verstrekt wordt gekwalificeerd als (reguliere) hoofdelijkheid en waarbij vervolgens aan de inhoud van de reguliere hoofdelijkheid wordt gesleuteld. Gesteld wordt dat binnen de rechtsfiguur hoofdelijkheid een variant kan bestaan waarbij sprake is van een vorderingsrecht met meerdere schuldenaren. Daarmee wordt eigenlijk een nieuwe variant van hoofdelijkheid geschapen. Ik meen dat deze nieuwe rechtsfiguur, materieel gezien, kwalificeert als borgtocht. Daarbij heeft de wetgever met de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 een eind willen maken aan de wildgroei van allerlei in de praktijk en de rechtspraak ontwikkelde varianten van hoofdelijkheid. Het wederom toelaten van nieuwe varianten van borgtocht zou op het gebied van de rechtsontwikkeling een stap terug in de tijd zijn. Daarbij lijkt het mij niet de bedoeling om aan de rechtsfiguur hoofdelijke aansprakelijkheid te tornen teneinde een mouw te passen aan de groepsvrijstellingsregeling. Het zou dan eerder andersom moeten zijn. Het toelaten van allerlei verschillende varianten binnen de rechtsfiguur hoofdelijkheid kan aanleiding vormen tot meer onduidelijkheid en rechtsonzekerheid.

De theorie van de zogenaamde 'dynamische 403-vordering' is creatief bedacht, maar om dezelfde redenen als hiervoor genoemd naar mijn idee niet de meest aangewezen oplossing. Duidelijk is dat de wetgever niet warm liep voor allerlei varianten binnen de hoofdelijkheid. Het nu weer toelaten van nieuwe subvarianten van hoofdelijkheid is ook niet nodig. Een passende vorm van hoofdelijkheid is thans al in de wet geregeld: de subvariant borgtocht.

De vraag is of een garantie een beter alternatief is dan hoofdelijke aansprakelijkheid. Wordt de term garantie in de groepsvrijstellingsregeling opgenomen, dan liggen nieuwe onduidelijkheden in het verschiet. De garantie is als zodanig niet geregeld in het Nederlandse recht. Het is een verzamelnaam voor allerlei overeenkomsten waarmee wordt beoogd een bepaalde zekerheid te creëren. De inhoud van garanties kan zeer uiteenlopen. De inhoud is niet vastomlijnd. Moedervennootschappen zullen op zoek gaan naar een zo minimaal mogelijke garantie. Uitlegvragen zullen onzekerheid met zich brengen. Jaarrekeningrechtelijk zal het elke keer weer de vraag zijn of schuldeisers de zekerheid verkrijgen waar ze recht op hebben.

Een andere oplossing kan mogeljk worden gevonden in de verbintenisrechtelijke sfeer. Kan de tekst van een 403-verklaring dusdanig worden geformuleerd dat de problemen van de zelfstandige 403-vordering worden voorkomen? De vraag is wie daar zijn of haar vingers aan wil branden. Een afwijkende tekst zal niet (volledig) aansluiten bij de tekst van artikel 2:403 lid 1 sub f BW. In dat geval zijn er twee smaken: óf de tekst is te eng (en in de verklaring wordt niet voldoende aansprakelijkheid aanvaard om van een toereikende 403-verklaring te kunnen spreken) óf de tekst is te ruim (en wordt er meer aansprakelijkheid aanvaard dan is vereist). Beide situaties zijn onwenselijk. Daarmee is het antwoord op de vraag of het aanpassen van de tekst van een 403-verklaring een oplossing biedt voor diverse 403-problemen eigenlijk al gegeven.

9 Conclusie

Na vorenstaande alternatieve benaderingen te hebben behandeld, blijft er een geschikt alternatief voor hoofdelijke aansprakelijkheid over: de borgtocht. In wezen is het geen alternatief voor hoofdelijkheid, want borgtocht *is* hoofdelijkheid, zij het dat het gaat om een subvariant. Borgtocht is de vorm van hoofdelijkheid die bij de 403-vordering past en die de praktijk een hoop goed zou doen.

SUMMARY

Application and legal character of the group exemption of article 2: 403 BW

1 Introduction

This book reflects the research on the Dutch group exemption as laid down in Article 2:403 DCC. Based on this provision, a company that is part of a group can be exempted from a large number of obligations arising from Title 2.9 of the Dutch Civil Code. This means that the exempted company only needs to prepare simplified annual accounts instead of a full annual report. Furthermore, the exempted company does not have to publish annual accounts or an annual report.

One of the conditions to use the exemption is that the parent company must declare itself jointly and severally liable for the debts of the exempted company arising from legal acts. The requirement that the parent company must declare itself jointly and severally liable is not in line with the requirements of European law, which *instead* requires a guarantee. Other European member states that implemented the group exemption copied this requirement and *therefore* require a guarantee. In this respect, the Dutch group exemption that requires joint and several liability is unique.

The Dutch group exemption has been in the spotlight for quite some time. In recent years, the Dutch group exemption led to a flood of case law, including various rulings by the Supreme Court. The Dutch group exemption and its application is heavily critisized by legal authors. The main objections can be traced back to the requirement of joint and several liability. Under current Dutch law, joint and several liability leads to the creation of several independent claims. The number of independent claims is equal to the number of debtors. The existence of several independent claims leads to complicated and unclear situations.

2 Problem definition and research: The Dutch group exemption of article 2:403 DCC leads to uncertainties

Since the source of the 403 problems appears to lie in the requirement of joint and several liability, the research focuses on the following problem definition:

> *The explanation given by the Dutch Supreme Court to the liability arising from the 403 statement is incorrect and causes problems in practice.*

In order to investigate this problem definition, research has been conducted into the Dutch group exemption and its application. The study shows that the Dutch group exemption indeed causes various problems in legal practice and leads to legal uncertainty. Not all the problems are caused by the requirement of joint and several liability, however most of the problems are.

3 Uncertainties that are not related to the requirement of joint and several liability

In addition to problems caused by joint and several liability, problems arise, with the termination of the remaining liability. For example, there is uncertainty as to the moment from which the procedure to terminate the remaining liability may be started. Furthermore, it is not clear whether the group bond should already be broken before the intention to terminate the remaining liability is filed.

With regards to the certainity of a claim that is put forward in opposition proceedings, the Supreme Court has introduced a new assessment criterion. According to the Dutch Supreme Court, a claim should not be "unmistakably unfounded".

The Supreme Court is of the opinion that a creditor is entitled to an alternative guarantee if the termination of the liability of the parent company implies that the position of the creditor will be materially weakened. The law requires that a creditor is only entitled to an alternative guarantee when a creditor has not enough guarantees that his claims will be satisfied. That is a different criterion than the Supreme Court applies.

4 The qualification of the rights arising from a 403 declaration

The Supreme Court has ruled that the 403 declaration is a unilateral undirected legal act. The question is what obligation this unilateral undirected legal act creates. In case the liability of the parent company qualifies as a regular joint and several liability, the unilateral declaration could create a claim. This unilateral creation of a claim is not in line with Dutch property law. Moreover, this unilaterally created claim is added to the assets of a third party, while that third party itself has no control over it. This is in conflict with the principle of party autonomy.

From a legal perspective, it is more likely to assume that a 403 statement constitutes an offer from the parent company to a creditor of the subsidiary to provide him with a security. The creditor is free to make use of this offer.

Once it is concluded that a 403 statement constitutes an offer from the parent company, a right of will arises on the part of the creditor. The creditor can decide to accept the offer. Since the legal concept of the right of will is not very clear, I would choose to argue that the offer of the parent company is deemed to have been accepted by the creditor unless the creditor has explicitly rejected the offer. A similar construction occurs with the legal figure of donation. After acceptance, an agreement has been reached between the parent company and the creditor. The content of this agreement can best be qualified as a surety.

5 The content of the parent company's liability: surety instead of regular joint and several liability

5.1 From the history of the regulation on the Dutch group exemption regulation it can be deducted that the choice for joint and several liability was never extensively considered by the legislator

The Dutch group exemption dates from the early 1970s. Legislative history does not show that the choice to include joint and several liability in the group exemption scheme has been very well considered. Nor does it appear that alternative forms of liability have been considered or weighed against each other. That is remarkable since the choice for joint and several liability does not seem to be the most obvious choice. Joint and several liability suits situations in which one is liable for its own debts. It does not suit situations in which a party is liable for debts of someone else. Certainly not if the cause of the liability lies in the intention to provide a security.

The basis of a 403 claim is found in a 403 statement. It is abundantly clear that the parent company is providing security the debt of a third party. The nature of a 403 statement does not suggest otherwise. It is clear to the creditor that the parent company provides security for the performance of the subsidiary's debts. It does not make much sense that joint and several liability has been chosen for this situation. And on top of this, the Dutch Civil Code provides for a legal figure that perfectly matches this situation, being surety.

Going back both the history of joint and several liability and the history of the group exemption scheme, the choice for joint and several liability can be understood. The joint and several liability included in the group exemption scheme is the joint and several liability that was known under Dutch law before 1992. In 1992, a new content was given to joint and several liability and surety. In fact, this changed the content of the group exemption scheme, however it was not re-evaluated.

5.2 The history of the legal concept of joint and several liability: until 1992 a different interpretation was given to joint and several liability

Since Roman law, there has never been total clarity about the exact interpretation of the legal figure of joint and several liability. In general, the question was always whether joint and several liability had a correal character or a solidary character. History has shown that rigid adherence to one of these two variants always led to undesirable results. That's why the practice always found its way. If the legal variant of joint and several liability had a correal character, a variant with a solidarity character was additionally developed in the practice. This would also hold true the other way around. This led to the creation of all kinds of different forms of joint and several liability.

With the introduction of the Dutch Civil Code in 1992, the Dutch legislator wanted to put an end to all the additional variants of joint and several liability that had developed in practice. The legal variant of joint and several liability that was applied before the introduction of the Civil Code in 1992, had a correal Character. This means that there was only one right of claim and several debtors. The provision on joint and several liability that was introduced in the Dutch Civil Code of 1992 does not clarify if it has a correal character (one right of action and several debtors) or a solidary character (as many right of action as debtors). It is assumed that the legal concept of joint and several liability as introduced in 1992 has a solidarity character and that there are as many (independent) claims as debtors.

Has the Dutch legislator thereby completely closed the door to joint and several liability with a correal character? The answer is no. The 1992 Civil Code provides for two kinds of joint and several liability. The regular joint and several liability, which is also referred to as such, and a sub-variant of joint and several liability, which is referred to as surety. The regular joint and several liability has a solidary character and surety has a correal character.

5.3 The content of the group exemption regulation has changed with the introduction of the 1992 Civil Code and so have the effects

The group exemption scheme included in the current Article 2:403 DCC had its origins in the scheme that was introduced back in the 1970s. Since its introduction in the 1970s, the group exemption scheme has changed in detail, but the element of the required joint and several liability has never been revised or reconsidered. The requirement of joint and several liability was not reconsidered when the 1992 Dutch Civil Code was introduced. This is remarkable, since the legal concept of joint and several liability was given a different interpretation in 1992. As a result, the content of the group exemption regulation has unnoticeably changed.

As explained in the previous paragraph, joint and several liability had a correal character before the introduction of the 1992 Dutch Civil Code. This means that there was only one claim and several debtors. Since the introduction of the 1992

Dutch Civil Code, joint and several liability got a solidary character what means that there are as many claims as there are debtors.

5.4 The liability included in the group exemption is a correal form of joint and several liability which can best be qualified as surety

The joint and several liability that has originally been included in the group exemption is the joint and several liability that we knew in the 1970s. At that time, joint and several liability had a joint and several character. This form of joint and several liability fits well with the idea behind the 403 statement, namely that the parent company provides security for the performance of the debts of another company. The concept that fits best with the security implemented that was originally implemented in the group exemption scheme is the joint and several liability with a solidary character, the sub-variant of joint and several liability which is referred to as surety in the current Dutch Civil Code.

5.5 Joint and several liability or surety? Material assessment is decisive

The question of whether there is joint and several liability or surety must be answered on the basis of a material test. The chosen wording is not decisive for this. In other words, it makes little difference to the legal classification whether a party speaks in its statement about "surety" or "joint and several liability". The material characteristics ultimately determine the answer to the question of whether there is regular joint and several liability or surety.

To determine whether there is regular joint and several liability or surety, the following criterion is used. When the creditor is aware that one of the debtors is standing up for the debt of the other, this leads to the conclusion that there is surety. A creditor must base his 403 claim on a 403 statement that clearly states that the parent company declares itself liable for the debt of another. Since a parent company declares itself jointly and severally liable in a 403 declaration for the debts of a subsidiary (ie for its own debts but for debts of another), it cannot be concluded otherwise than that there is a surety.

6 In addition to legal arguments, practical arguments can be made in favor of qualifying the 403 liability as surety as well

Not only legal arguments are in favor of the view that the rights arising from a 403 declaration qualify as surety. If a claim arising from a 403 statement is qualified as surety, the legal practice will be served by this as well.

My research shows that the main 403 problems find their cause in the 403 claim being an independent claim. The creation of an independent 403 claim is a conse-

quence of the regular joint and several liability. This unwanted consequence does occur when the security provided by the parent company qualify as surety. Therefore, it is not only from a legal point of view but also from a practical point of view arguable that a 403 claim qualifies as surety.

7 The qualification as surety could rather be regarded as in line with European law

A study of European law learns that European directives prescribe that a legal person is obliged to draw up and publish an annual financial report. An exemption from this requirement is permissible, provided that a number of requirements set in the directive are met.

The Dutch legislator has not strictly adhered to the conditions set by European law. The Dutch exemption deviates from the European regulation on several of points. First, the option to terminate the remaining liability is unique to the Dutch scheme. The European regulation does not provide for this option. The group exemption regulations of other Member States also do not provide the option to terminate the remaining liability. The Dutch regulation is not in line with European law on this point. This possibility - with the accompanying objection procedure - regularly causes issues. Nevertheless, this option provides a solution to the unwanted situation in which a parent can remain indefinitely liable for debts of a subsidiary that has ceased to belong to the group for a long time. This option is certainly a valuable addition of the Dutch group exemption. It is only a pity that the regulation on the termination of the remaining liability is not flawless andleaves space for improvement.

The Dutch group exemption deviates from the European regulation on another point as well. The European Directive does not require a collateral from the parent company in the form of joint and several liability. The European regulation prescribes that the parent company must guarantee the obligations of the exempted subsidiary. Other Member States followed up on this. The German, Irish and Luxembourg regulations require a guarantee from the parent company. The Dutch legislator did not adher to a guarantee but opted for joint and several liability. The choice not to opt for a guarantee is understandable. The guarantee is an unregulated legal figure in Dutch law. This leaves too much room for free interpretation, which is not preferable for a requirement to obtain an exemption. A legal figure regulated by law provides more clarity and is certainly preferable.

The question on whether joint and several liability is the most directive-compliant legal figure that Dutch law has to offer. I do not think so. The European regulation requires a guarantee. The fact that the surety under the old Dutch Civil Code was regarded as a species of the guarantee is of course a salient detail and the legal figure of surety shows more similarity with a guarantee than the legal figure of joint and several liability. If surety would be included in the Dutch group exemption, the Dutch group exemption would be more directive-compliant.

8 Alternatives other than surety

Several authors have devised alternative approaches to overcome the problems caused by the independent character of a 403 claim. Even courts attempted to introduce alternative approaches. Significant is the attempt by the Dutch Enterprise Chamber, which has attempted to qualify the 403-liability as surety.

One of the alternative approaches qualifies the claim arising from a 403 declaration as a right of will. From a legal perspective, this approach is defensible. From a practical point of view, there are some reservations to be made towards this approach. The lack of clarity on the qualification and operation of the rights of will may lead to new problems. Moreover, when the right of will is invoked, an independent 403-claim will be created and the problems caused by such will, replay again. This doesn't mean that the theory by which the right that arises from a 403-declaration is completely overcome. By filing a 403 statement, the parent company makes an offer. This means that creditors with a claim on the subsidiary arising from a legal act have the deliberate choice to accept this offer. They have a right of will. After acceptance, there is a reciprocal agreement that should be qualified as surety. From a practical point of view it is desirable to prevent possible problems surrounding the right of will as much as possible. I would therefore argue for the parent company's offer to be immediately accepted by the creditors, unless they expressly reject this offer.

Another alternative approach that has been mentioned in the literature is the theory in which the collateral provided by the parent company is qualified as (regular) joint and several liability, but by this approach the content of the regular joint and several liability is subsequently altered. In this approach it has been accepted that joint and several liability can have variaties. This theory speaks of joint and several liability with a correal character. There is one claim and several debtors. In my opinion, this qualifies as surety under current Dutch law. Moreover, with the introduction of the Civil Code in 1992 the Dutch legislator wanted to bring an end to all kinds of variants of joint and several liability developed in practice and in case law. Permitting new variations of surety once again would be a step back in the legal development. Also, it does not seem right to me to alter the general legal concept of joint and several liability in order to solve issues caused by the specific regulation of the group exemption. Opening up the door for different variants of joint and several liability may trouble this legal concept and can lead to greater legal uncertainty.

The theory of the so-called "dynamic 403 claim" was invented creatively, but for the same reasons as mentioned above, this might not be the most appropriate solution. It is clear that the legislator was not in for all kind of variaties of joint and several liability. On top of that, it is not necessary to allow new sub-variants of joint and several liability. A suitable form of joint and several liability is already regulated by law, being the the sub-variant surety.

The question is whether a collateral in the form of a guarantee could be a suitable alternative for joint and several liability. I don't think this is the case. If

the term guarantee is included in the group exemption sheme, new uncertainties will arise. The legal concept of the guarantee is not regulated as such in Dutch law. It can be a name for any agreement which intends to create a certain kind of security, but the content can vary widely. Parent companies will look for the minimum possible guarantee. Explanation questions will lead to legal uncertainty and it will always be the question whether the minimal requirements to obtain the exemption have been met.

Another solution for the problems that occur due to the independency of the 403-claim may be found in the wording of the 403-declaration. Can the wording of a 403 declaration be altered in such a way that these problems do not occur? A risky exercise. A 403 declaration with wording that deviates from the wording of section 2:403 subsection 1 under f DCC will lead to unwanted situations. There are two flavors: either the text is too narrow (and the statement does not accept sufficient liability to qualify as an adequate 403 statement) or the text is too broad (and more liability is accepted than is necessary). Both situations are undesirable. Thus, the answer to the question of whether adjusting the wording of a 403 statement offers a solution to various 403 problems has already been given.

9 Conclusion

Having considered the above alternative approaches, only one suitable alternative for joint and several liability remains. Surety. In essence, it is not an alternative for joint and several liability, because under Dutch law, surety *is* joint and several liability. Surety is the subvariant of joint and several liability that perfectly matches the character of the 403 claim, the qualification of a 403-claim as surety can legally be defended and would do the practice a lot of good.

AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE

Hoge Raad

- HR 3 mei 1901, *W* 7601
- HR 21 februari 1913, ECLI:NL:HR:1913:195, *NJ* 1913/577
- HR 7 juni 1929, ECLI:NL:HR:1929:358, *NJ* 1929/1285, m.nt. P. Scholten
- HR 9 januari 1931, ECLI:NL:HR:1931:7, *NJ* 1931/378
- HR 25 februari 1932, ELCI:NL:HR:193:33, *NJ* 1932/301, m.nt. P. Scholten
- HR 9 december 1932, *NJ* 1933/301, m.nt. E.M. Meijers
- HR 29 december 1933, ECLI:NL:HR:1933:257, *NJ* 1934/343, m.nt. P. Scholten
- HR 30 april 1936, ECLI:NL:HR:1936:307, *NJ* 1936/970
- HR 16 november 1939, ECLI:NL:HR:1939:202, *NJ* 1940/76, m.nt. P. Scholten
- HR 15 maart 1940, ECLI:NL:HR1940:66, *NJ* 1940/848, m.nt. E.M. Meijers
- HR 1 april 1949, ECLI:NL:HR1949:126, *NJ* 1949/465
- HR 10 april 1953, ECLI:NL:HR:1953:77, *NJ* 1953/587, m.nt. Ph. A.N. Houwing
- HR 21 januari 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2033, *NJ* 1959/43, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh
- HR 13 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:131, *NJ* 1961/364
- HR 25 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4642, *NJ* 1966/279
- HR 7 maart 1969, ECLI:NL:HR:1969:AB7416, *NJ* 1969/249, m.nt. G.J. Scholten
- HR 24 april 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5021, *NJ* 1970/406, m.nt. G.J. Scholten
- HR 30 juni 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6325, *NJ* 1978/694, m.nt. G.J. Scholten
- HR 12 januari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC2298, *NJ* 1979/362, m.nt. A.R. Bloembergen
- HR 13 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC2891, *NJ* 1981/456, m.nt. C.J.H. Brunner
- HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635 m.nt. C.J.H. Brunner
- HR 27 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4271, *NJ* 1982/503, m.nt. W.H. Heemskerk e.a.
- HR 12 februari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4331, *NJ* 1982/563, m.nt. F.H.J. Mijnssen
- HR 26 maart 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4349, *NJ* 1982/615, m.nt. W.M. Kleijn
- HR 7 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4516, *NJ* 1983/542, m.nt. B. Wachter
- HR 25 januari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4950, *NJ* 1985/559, m.nt. P.A. Stein
- HR 1 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4952, *NJ* 1985/466
- HR 11 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AD3803, *NJ* 1986/68
- HR 6 december 1985, ECLI:NL:HR195:AB9600, *NJ* 1986/230

- HR 20 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD5694, *NJ* 1987/35, m.nt. W.C.L. van der Grinten
- HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, *NJ* 1987/530, m.nt. W.C.L. van der Grinten
- HR 25 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0247, *NJ* 1989/200, m.nt. W.M. Kleijn
- HR 9 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC0927, *NJ* 1990/40
- HR 23 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0834, *NJ* 1991/673; m.nt. M.W. Scheltema
- HR 12 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2326, *NJ* 1990/766, m.nt. W.M. Kleijn
- HR 5 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9154, *NJ* 1991/62 m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 7 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9949, *NJ* 1991/52, m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, *NJ* 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde
- HR 25 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0122, *NJ* 1992/172, m.nt. H.J. Snijders
- HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0580, *NJ* 1992/463
- HR 10 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1055, *RvdW* 1993/168
- HR 5 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1128, *NJ* 1994/640, m.nt. H.J. Snijders
- HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1336, *NJ* 1995/268, m.nt. H.J. Snijders
- HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR1995:ZC1641, *NJ* 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn
- HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1930, *NJ* 1996/300
- HR 2 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1981, *NJ* 1996/406
- HR 26 juni 1996, ECLI:NL:PHR:1996:AD2577, *NJ* 1997/25, m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2115, *NJ* 1997/494, m.nt. W.M. Kleijn
- HR 4 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2160, *NJ* 1997/187, m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 16 mei 1997, ECLI:NL:GHSGR:1995:AD2431, *NJ* 1998/238
- HR 30 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2384, *NJ* 1997/573
- HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC3206, *NJ* 1999/445
- HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2911, *NJ* 2000/290 m.nt. J.B.M. Vranken
- HR 21 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4429, *NJ* 2000/553, m.nt. J.B.M. Vranken
- HR 26 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5964, *NJ* 2000/640, m.nt. W.M. Kleijn
- HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, *NJ* 2001/454
- HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4804, *NJ* 2002/94, m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 30 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3953, *NJ* 2002/419, m.nt. H.J. Snijders en AA 2002, p. 276, m.nt. A.I.M. van Mierlo
- HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *NJ* 2002/447, m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 2002/136 m.nt. S.M. Bartman
- HR 17 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2004:AI0308, *NJ* 2004/282, m.nt. P. van Schilfgaarde
- HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron en *JOR* 2004/157, m.nt. S.C.J.J. Kortmann
- HR 27 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1228, *NJ* 2004/571

- HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4504, *NJ* 2006/203, m.nt. H.J. Snijders, *JOR* 2004/338, m.nt. A. van Hees en *AA* 2005, m.nt. A.I.M. van Mierlo
- HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:AS2619, *NJ* 2006/362, m.nt. H.J. Snijders, *JOR* 2005/131, m.nt. S.C.J.J. Kortmann
- HR 30 september 2005, ECLI: NL:HR: 2008:BD3688 (= Hoge Raad 16 september 2008!), *NJ* 2008/513
- HR 10 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006: AU7473, *NJ* 2006/241, m.nt. J.M.M. Maeijer
- HR 24 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0046, *JOR* 2006/95
- HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, *NJ* 2007/2, m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 2006/288 m.nt. Y. Borrius
- HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *JOR* 2007/166, m.nt. R.P.J.L. Tjittes
- HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909, *JOR* 2007/198, m.nt. R.P.J.L. Tjittes
- HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC6582, *NJ* 2008/400, m.nt. L.C.A. Verstappen
- HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:D1842, *NJ* 2008/476
- HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6125, *LJN* BN6125
- HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN9463, *JOR* 2011/63, m.nt. B.A. Schuijling
- HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU6591, *NJ* 2012/173, m.nt. L.C.A. Verstappen
- HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462, *NJ* 2012/93
- HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012: BU3784, *JOR* 2014/172, m.nt. N.E.D. Faber e.a.
- HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214
- HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, *NJ* 2013/401
- HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, *NJ* 2014/7, m.nt. P. van Schilfgaarde
- HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, *NJ* 2015/82, m.nt. H.J. Snijders
- HR 3 april 2014, ECLI:NL:HR:2015:837, *JOR* 2015/191, m.nt. N.E.D. Faber e.a.
- HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:898, *NJ* 2014/309, m.nt. P. van Schilfgaarde
- HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904, *JOR* 2014/199, m.nt. E.A. van Dooren
- HR 3 april 2014, ECLI:NL:HR:2015:837, *NJ* 2015/255, m.nt. P. van Schilfgaarde
- HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904, *JOR* 2014/199, m.nt. E.A. van Dooren
- HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, *NJ* 2014/325, m.nt. P. van Schilfgaarde
- HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *NJ* 2015/361, m.nt. J.W. Winter e.a., *JOR* 2015/140, m.nt. M.W. Josephus Jitta en *JIN* 2015/82, m.nt. Van der Kraan
- HR 3 april 2015, ECLI: ECLI:NL:HR:2015:837, *JOR* 2015/191, m.nt. N.E.D. Faber e.a., *NJ* 2015/255, m.nt. P. van Schilfgaarde en Ondernemingsrecht 2015/66, m.nt. H. Beckman
- HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1691, *RvdW* 2015/778
- HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, *NJ* 2016/1, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai
- HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, *NJ* 2016/166, m.nt. S.D. Lindenbergh
- HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3303, *NJ* 2015/467
- HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3619, *NJ* 2016/34

- HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, *JOR* 2016/223, m.nt. Y. Borrius
- HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2227, *NJ* 2017/72, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai
- HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833, *NJ* 2017/2
- HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, *JOR* 2017/221, m.nt. R.G.J. de Haan
- HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677, *NJ* 2018/239

Parket bij de Hoge Raad

- Parket bij de Hoge Raad, Conclusie bij HR 28 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE4663, *NJ* 2002/447
- Parket bij de Hoge Raad, A-G Wissink bij HR 12 juli 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ7189, *NJ* 2013/401
- Parket bij de Hoge Raad, A-G Timmerman, 15 november 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1252
- Parket bij de Hoge Raad, Conclusie A-G Timmerman, 10 oktober 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1825
- Parket bij de Hoge Raad, 30 januari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:48
- Parket bij de Hoge Raad, A-G Timmerman, 17 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:523
- Parket bij de Hoge Raad, A-G De Bock, bij HR 11 november 2016, 16 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:927
- Parket bij de Hoge Raad, Conclusie A-G Timmerman 16 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1326

Gerechtshoven

- Hof 's-Gravenhage 26 juni 1970, ECLI:NL:GHSGR:1970:AC5041, *NJ* 1970/440
- Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 1982, ECLI:NL:GHAMS:1982:AB9894, *NJ* 1983/637, m.nt. Maeijer
- Hof Amsterdam (OK) 29 juli 1993, ECLI:NL:GHAMS:1993:AD1931, *NJ* 1994/132
- Hof Amsterdam (OK) 15 december 1994, ECLI:NL:GHAMS:1994:AD2264, *NJ* 1996/221
- Hof Amsterdam (OK) 27 juni 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AG2917, *JOR* 1996/84
- Hof Amsterdam (OK) 13 juli 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AG3697, *JOR* 2000/174
- Hof Amsterdam 10 augustus 2000, ECLI:NL: GHAMS: , *JOR* 2000/205, m.nt. R.I.V.F. Bertrams
- Hof Amsterdam (OK) 20 februari 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AG2749, *JOR* 2001/92, m.nt. R.H. van het Kaar
- Hof Amsterdam 28 juni 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AD8635, *NJ* 2001/673
- Hof Amsterdam 26 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AO3497, *NJ* 2004/87, m.nt. S.M. Bartman en *JOR* 2004/94, m.nt. S.M. Bartman
- Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AG4033, *JOR* 2001/170, m.nt. S.M. Bartman

- Hof Amsterdam (OK) 7 november 2002, ECLI:GHAMS:2002:AF0021, *ARO* 2002/170
- Hof Amsterdam (OK) 20 november 2003, ECLI:GHAMS:2003:AN8736, *JOR* 2004/10, m.nt. P.M. van der Zanden
- Hof Amsterdam (OK) 24 juni 2004, ECLI:GHAMS:2004:AR4156, *ARO* 2004/93, *JOR* 2004/272, m.nt. P.M. van der Zanden
- Hof Amsterdam (OK) 4 november 2005, ECLI: GHAMS: , *JOR* 2006/10
- Hof Amsterdam 5 november 2005, ECLI:GHAMS:2005:AZ8881, *JOR* 2007/51, m.nt. S.M. Bartman
- Hof Amsterdam (OK) 12 oktober 2006, ECLI:GHAMS:2006:AZ6790, *ARO* 2006/179, *JOR* 2007/12, m.nt. P.M. van der Zanden
- Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA7433, *ARO* 2007/40, *JOR* 2007/144, m.nt. Van der Zanden
- Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ7997, *JOR* 2007/103, m.nt. N.E.D. Faber
- Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA7429, *JOR* 2007/145, m.nt. Van der Zanden
- Hof Amsterdam (OK) 2 augustus 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB7596, *ARO* 2007/151, *JOR* 2007/269, m.nt. J.J.M. van Mierlo
- Hof Amsterdam 6 september 2007, rol nr. 425/06, n.g
- Hof Amsterdam 22 november 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BL9421, *RO* 2009/9
- Hof 's-Hertogenbosch 7 april 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI0775, *JOR* 2009/160, m.nt. S.M. Bartman en *JIN* 2009/402, m.nt. Van 't Spijker Hament
- Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI6325, *JOR* 2009/279
- Hof 's-Hertogenbosch 13 oktober 2009, ECLI:NL:GHSE:2009:BK7387, *JOR* 2010/147, m.nt. R.I.V.F. Bertrams
- Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL5958, *JOR* 2010/93 en *JOR* 2010/94, m.nt. S.M. Bartman
- Hof Amsterdam 9 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL9143, *JOR* 2010/171, m.nt. E.L.A. van Emden
- Hof Amsterdam (OK) 30 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO3208, *JOR* 2010/306, m.nt. S.M. Bartman en *JOR* 2011/11, m.nt. S.M. Bartman
- Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP9679, *JIN* 2011/391
- Hof Amsterdam 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU7798
- Hof Amsterdam 14 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8662, *ARO* 2011/161
- Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1960, *JOR* 2012/165, m.nt. R.I.V.F. Bertrams
- Hof Amsterdam (OK) 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966, *ARO* 2013/114, *JIN* 2013/157, m.nt. G.C. Vergouwen en *JOR* 2013/250, m.nt. Josephus Jitta
- Hof 's-Gravenhage, 18 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:892, *JOR* 2015/93, m.nt. Bartman
- Hof Amsterdam (OK) 23 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2887, *JOR* 2014/233, m.nt. Bartman
- Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL: GHARL:2015:203, *JOR* 2015/97, m.nt. W.J.M. van Andel

- Hof Amsterdam (OK) 9 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5141, *JIN* 2016/12, m.nt. J. van der Kraan en *JOR* 2016/7, m.nt. S.M. Bartman
- Hof Arnhem-Leeuwarden 27 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7752, *JONDR* 2017/245
- Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:214, *OR* 2017/0051
- Hof 's-Hertogenbosch 29 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3804, *JOR* 2017/318, m.nt. M.R.C. van Zoest en *JIN* 2018/7, m.nt. J. van der Kraan
- Hof 's-Gravenhage 5 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2477, *JOR* 2018/2, m.nt. S.M. Bartman
- Hof Arnhem-Leeuwarden 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9209, *JOR* 2018/37, m.nt. J. van Bekkum
- Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:50, *JOR* 2018/90, m.nt. C.J. Scholten
- Hof 's-Hertogenbosch 6 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:473, *INS* 2018/0044
- Hof 's-Gravenhage 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:446, *JOR* 2018/119 m.nt. S.C.M. van Thiel
- Hof Amsterdam 22 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3836, *JIN* 2019/179, m.nt. J. van der Kraan

Rechtbanken

- Rb. Amsterdam 27 mei 1927, *W* 11/752
- Rb. Amsterdam 6 januari 1928, *NJ* 1928, p. 1333
- Rb. 's-Gravenhage 7 juli 1982, *NJ* 1983/637, m.nt. Maeijer
- Rb. Rotterdam 14 januari 1987, ECLI:NL:RBROT:1987:AC3394, *NJ* 1988/1050
- Rb. Utrecht 8 mei 1991, rol nr. 02.20.3662/88 (n.g.)
- Rb. Den Bosch 17 maart 1993
- Rb. Utrecht 31 juli 1996, ECLI:NL:RBUTR:1996:AG2929, *JOR* 1996/96
- Rb. Maastricht 22 augustus 1996, ECLI:NL:RBMAA:1996:AG3173, *JOR* 1997/2, m.nt. J.B. Wezeman
- Rb. Utrecht 23 oktober 1996, *JOR* 1996/27
- Rb. Rotterdam 16 januari 1997, ECLI:NL:RBROT:1997:AG3036, KG 1997/55
- Rb. Breda 10 juni 1997, ECLI:NL:RBBRE:1997:AG3105, *JOR* 1997/95, *JOR* 1997/95, m.nt. J.S. Kortmann
- Rb. Rotterdam 15 april 1999, ECLI:NL:RBROT:1999:AG3616, Ondernemingsrecht 1999/ 50, m.nt. J.W. Winter, *JOR* 1999/119
- Rb. Amsterdam 20 december 2000, *JOR* 2001/53, m.nt. S.M. Bartman
- Rb. Arnhem 1 februari 2001, *JOR* 2001/88, m.nt. S.M. Bartman
- Rb. Arnhem 10 oktober 2002, ECLI:NL:RBARN:2002:AE9452, *JOR* 2003/31, m.nt. S.M. Bartman
- Rb. Utrecht 12 februari 2003, *JOR* 2003/125, m.nt. R.I.V.F. Bertrams
- Rb. Den Haag 14 mei 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:AL7217, *JOR* 2003/215, m.nt. Loesberg
- Rb. Arnhem 21 juli 2004, *ROR* 2004/42
- Rb. Arnhem 12 oktober 2004, *JOR* 2005/161, m.nt. W.J.M. van Andel
- Rb. 's-Gravenhage 2 maart 2005, *JOR* 2005/116, m.nt. Harmsen

- Rb. Haarlem 16 november 2005, *JOR* 2006/27, *JutD* 2006/10, p. 22
- Rb. 's-Hertogenbosch 3 maart 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AX8557, *JOR* 2006/201
- Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ8927, *JOR* 2007/2, m.nt. A.J. Verdaas, *JOR* 2007/53, m.nt. Verdaas en *JOR* 2007/53, m.nt. M.H.E. Rongen
- Rb. Utrecht 28 februari 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BA0020
- Rb. Roermond 25 oktober 2006, ECLI:NL:RBROE:2006:AZ0669, *JOR* 2006/289, m.nt. S.M. Bartman
- Rb. Utrecht 12 december 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9709, *JOR* 2008/10, m.nt. S.M. Bartman
- Rb. Roermond sector kanton, locatie Venlo, 20 februari 2008, *JOR* 2008/92, m.nt. S.M. Bartman
- Rb. Rotterdam 21 mei 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD5545, *JOR* 2008/285, m.nt. R.I.V.F. Bertrams
- Rb. Almelo 24 juni 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BD5510, *JOR* 2008/227, m.nt. S.M. Bartman, *RO* 2008/65
- Rb. Rotterdam 29 augustus 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BE9488, *JBPR* 2008/62, m.nt. A. Steneker
- Rb. Rotterdam 16 april 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI1676, *JOR* 2009/161, m.nt. P.M. van der Zanden en *RO* 2009/52
- Rb. Breda 26 mei 2010, *JOR* 2012/70, m.nt. Bartman
- Rb. Haarlem 28 juli 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BN2783, *Ondernemingsrecht* 2010/147, m.nt. Beckman
- Rb. Haarlem 28 juli 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BN2787, *JOR* 2010/264, m.nt. S.M Bartman
- Rb. Utrecht 10 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO3661, *JOR* 2011/6, m.nt. S.M. Bartman
- Rb. Maastricht 1 juni 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BR0410, *JOR* 2011/357, n.nt. S.M. Bartman
- Rb. Midden-Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0334, Ondernemingsrecht 2013/48, m.nt. E. Nass, *JOR* 2013/70, m.nt. E.A van Dooren en *JIN* 2013/73, m.nt. J. van der Kraan
- Rb. Midden-Nederland 22 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA0803, *RO* 2013/56
- Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, *JOR* 2013/237, m.nt. U.B. Verboom
- Rb. Rotterdam 24 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10454, *Ondernemingsrecht* 2014/31, m.nt. H. Beckman en *JIN* 2014/44 m.nt. J. van der Kraan
- Rb. Midden-Nederland locatie Utrecht, 7 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1642, *JOR* 2014/260, m.nt. C.M. Harmsen
- Rb. Rotterdam 30 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8032, *JOR* 2014/326, m.nt. E. Loesberg
- Rb. Midden-Nederland 14 januari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:51, *JONDR* 2014/943

- Rb. Rotterdam 29 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7610, *JOR* 2015/295, m.nt. S.M. Bartman
- Rb. Gelderland 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6091, *JOR* 2017/26

Benelux Hof

- BenGH 20 oktober 1989, ECLI: NL:XX:1989:AD0917, *NJ* 1990/660, m.nt. C.J.H. Brunner

Europees Hof van Justitie

- HvJ EG 13 november 1990, nr. C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, *Jur.* 1990/I-4135, *NJ* 1993/163 (Marleasing)
- HvJ EG 10 maart 1992, zaak C-214/89, ECLI:NL:XX:1992:AC1354, *NJ* 1996/279 (Powell Duffryn)
- HvJ EG 16 december 1993, nr. C-334/92, ECLI: EU:C:1993:945, *Jur.* 1993/I-6911 (Wagner Miret)

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Aaftink 1974
H.A.M. Aaftink, *Afstand van vermogensrechten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1974.

Van Achtenberg 1989
M.P. van Achterberg, *De juridische definitie van het economische verschijnsel concern,* Deventer: Kluwer 1989.

Van Andel 2010
W.J.M. van Andel, 'Hoe crisisbestendig is art. 2:138/248 lid 2 BW?', *Tijdschrift voor Insolventierecht, TvI* 2010/1, Deventer: Kluwer 2010.

Van Andel 2013
W.J.M. van Andel, Annotatie in Jurisprudentie Onderneming en Recht bij Hof Amsterdam HR 12 juli 2013, *JOR* 2013/300, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013
S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht, Algemeen. Deel IV. Algemeen Goederenrecht,* Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Van Goudoever 1913
H. van Goudoever, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3 (oud). Verbintenissenrecht,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1913-1921.

Asser/Van der Grinten 1986
W.C.L. van der Grinten, *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Deel I De verbintenis in het algemeen volgens het Nieuwe Burgerlijk Wetboek,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997
J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel II. De rechtspersoon,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Asser/Hartkamp 4-I 1996
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. De verbintenis in het algemeen. Deel I,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Asser/Hartkamp 4-II 2005
A.S. Hartkamp (m.m.v. C.H. Sieburgh), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4 Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten,* Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I*
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte,* Deventer: Kluwer digitale editie.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte,* Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2016
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte,* Deventer: Kluwer 2016.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte,* Deventer: Kluwer digitale editie.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte,* Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte,* Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht,* Deventer: Kluwer losbl. editie.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht,* Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2012
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht,* Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht,* Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Hijma 7-I* 2013
J. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 7-I*, Bijzondere overeenkomsten, Koop en ruil.* Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Houben 2015 7-X 2015
I.S.J. Houben, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 7-X, Onbenoemde overeenkomsten.* Deventer: Kluwer 2015.

Asser/Kamphuisen 3-III 1960
P.W. Kamphuisen & J. van Andel, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Bijzondere overeenkomsten. Deel III,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960.

Asser/Klein 5-IV 1988
W.M. Kleijn, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Bewaargeving, bruikleen, verbruikleen, borgtocht, schenking,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Asser/Korthals Altes & Groen 2015
E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Asser Procesrecht, deel 7, Cassatie in burgerlijke zaken,* vijfde druk, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Losecaat Vermeer 1939
P.A.J. Losecaat Vermeer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, eerste stuk,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1939.

Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015
M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht, Deel I*, De rechtspersoon,* Deventer: Kluwer 2015.

Asser/Maeijer & Kroeze 2-I*
M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht, Deel I*, De rechtspersoon,* Deventer: Kluwer digitale editie.

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009
G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Nowak), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II. De naamloze en de besloten vennootschap,*
Deventer: Kluwer 2009

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*
G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Nowak), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II. De naamloze en de besloten vennootschap,* Deventer: Kluwer digitale editie.

Asser/Maeijer 2-III 2000
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 besloten vennootschap,* Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Asser/Van Mierlo 3-VI* 2016
A.I.M. van Mierlo, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten,* Deventer: Kluwer 2016.

Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010
A.I.M. van Mierlo & A.A. van Velten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten,* Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2006
F.H.J. Mijnssen, P. de Haan (m.m.v. C.C. van Dam & H.D. Ploeger), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Goederenrecht. Deel I. Algemeen goederenrecht,* Deventer: Kluwer 2006.

Asser/Perrick 4 1996
S. Perrick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking,* Deventer: Kluwer 1996.

Asser/Rensen 2-III* 2012
G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen,* Deventer: Kluwer 2012.

Asser/G.J.C. Rensen 2-III*

G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen,* Deventer: Kluwer digitale editie.

Asser/Rutten 3-II 1968

L.E.H. Rutten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 3-II,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1968.

Asser/Rutten 4-I 1981

L.E.H. Rutten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 4-I, De verbintenis in het algemeen,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

Asser/Van Schaick 5-IV 2004

A.C. van Schaick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Bijzondere overeenkomsten, Verbruikleen, Altijddurende rente, Bruikleen, Bewaarneming, Borgtocht, Vaststellingsovereenkomst, Kansovereenkomst, Spel en Weddenschap,* Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012

A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Bijzondere Overeenkomsten. Deel IV. Verbruikleen, altijd durende rente, bruikleen, bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, kansovereenkomst, spel en weddenschap,* Deventer: Kluwer 2012.

Asser/De Seriere 2017

V. Seriere, Asser/De Serière, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 2-IV effectenrecht,* Deventer: Kluwer 2017.

Asser/Steneker 2019

A. Steneker, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Procesrecht, Beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2019.

Assink & Slagter 2013

B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht,* Deventer: Kluwer 2013.

Assink e.a. 2015

B.F. Assink e.a., *De toekomst van het ondernemingsrecht, Opstellen voor Prof. Mr. L. (Vino) Timmerman, ter gelegenheid van zijn 65ste verjaardag en 25+ jaar hoogleraarschap,* Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 99, Deventer: Kluwer 2015.

Aynès & Crocq 2008

L. Aynès & P. Crocq, *Droit civil: les sûretés, la publicité foncière,* Parijs 2008.

Bakker 2012
P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2012.

Barents 2004
R. Barents, *Ondernemingsrecht,* Serie EU-wetgeving, rechtspraak en documentatie, Kluwer: Deventer 2004.

Bartman 1994
S.M. Bartman, *Van het Concern,* Arnhem: Gouda Quint 1994.

Bartman 2000
S.M. Bartman, 'Doorbraak van het concern in het NV/BV recht', in: J.B. Huizink e.a., *A-T-D, Opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. van Schilfgaarde,* Deventer: Kluwer 2000.

Bartman 2001
S.M. Bartman, Annotatie in: Jurisprudentie Onderneming en Recht bij Rb. Maastricht 1 juni 2001, *JOR* 2001/357, Deventer: Kluwer 2001.

Bartman 2002-I
S.M. Bartman, Annotatie in Jurisprudentie Onderneming en Recht bij HR 28 juni 2002, *JOR* 2002/136, Deventer: Kluwer 2002.

Bartman 2002-II
S.M. Bartman, 'Werkgeversverplichtingen onder de artikel 403-verklaring', *Arbeidsrecht* 2002, nr. 6/7, Deventer: Wolters Kluwer 2002.

Bartman 2004
S.M. Bartman, '403-verklaring blijft een bron van misverstand', *Ondernemingsrecht* 2004/16, Deventer: Kluwer 2004.

Bartman 2009
S.M. Bartman, 'Administratieplicht en insolventiewet, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie', *WPNR* 2009/140, afl. 6783, Den Haag: Sdu 2009.

Bartman 2010
S.M. Bartman annotatie in Jurisprudentie Onderneming en Recht bij Hof Amsterdam (OK) 30 september 2010, *JOR* 2010/306, Deventer: Kluwer 2010.

Bartman 2011
S.M. Bartman, Annotatie in Jurisprudentie Onderneming en Recht bij Rb. Maastricht 1 juni 2011, *JOR* 2011/357, Deventer: Kluwer 2011.

Bartman 2015
S.M. Bartman, 'De 403-verklaring: hoofdelijkheid of borgtocht? Een napleitexcercitie', *Ars Aequi,* 2015, p. 806-812. Nijmegen: Juridische uitgeverij Ars Aequi 2015.

Bartman & Dorresteijn 2006
S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern,* zesde druk, Deventer: Kluwer 2006.

Bartman & Dorresteijn 2009
S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern,* zevende druk, Deventer: Kluwer 2009.

Bartman & Dorresteijn 2013
S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern,* achtste druk, Deventer: Kluwer 2013.

Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016
S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteijn & M. Olaerts, *Van het concern,* negende druk, Deventer: Kluwer 2016.

Bartman & Van der Kraan 2017
S.M. Bartman & J. van der Kraan, 'Beëindiging overblijvende aansprakelijkheid conform artikel 2:404 BW? Anders de Hoge Raad', *Ars Aequi* 2017, p. 921-927. Nijmegen: Juridische uitgeverij *Ars Aequi* 2017.

Beckman 1990-I
H. Beckman, 'Artikel 2:403 BW (groepsregime), de instemmingsverklaring van aandeelhouders en enkele andere toepassingsvraagstukken'*, Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen, TVVS* 1990/12, Deventer: Wolters Kluwer 1990.

Beckman 1990-II
H. Beckman, *Verplichtingen, gestelde zekerheden en jaarrekening,* (NIVRA-geschrift nr. 55), Deventer: Kluwer 1990.

Beckman 1995
H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen; een analyse van artikel 2:403 BW en zijn voorgangers* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995.

Beckman 1996
H. Beckman, 'Artikel 2:403 (groepsregime) en acquisities', *De NV* 1996/74. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1996.

Beckman 1997
H. Beckman, Jaarrekeningverplichtingen bij een juridische fusie, *Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen, TVVS* 1997/2, p. 36-42, Deventer: Wolters Kluwer 1997.

Beckman 1998
H. Beckman, 'Administratie en openbaarmaking van de jaarrekening in het licht van boedelaansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen', *Maandblad voor onder-*

nemingsrecht en rechtspersonen, TVVS 1998, p. 353-359, Deventer: Wolters Kluwer 1998.

Beckman 2000
H. Beckman, 'Jaarrekeningplicht en gefailleerde Fokker(-vennootschappen)', *Tijdschrift voor Insolventierecht, TvI* juni 2000, Deventer: Wolters Kluwer 2000.

Beckman 2003
H. Beckman, 'Jaarrekening en kapitaalbescherming', in: H. Beckman e.a., *Jaarrekeningenrecht,* Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht, Deventer: Kluwer 2003.

Beckman 2003-II
H. Beckman, 'Column: IAS wetsvoorstel en richtlijnen voor de jaarverslaggeving', *Ondernemingsrecht* 2003/14, Deventer Kluwer 2003.

Beckman 2005
H. Beckman, Financieel verslag, in: W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht,* Deventer: Kluwer 2005.

Beckman 2007
H. Beckman, Annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2007, in Jurisprudentie Onderneming en Recht, *JOR* 2007/144, Deventer: Kluwer 2007.

Beckman 2008-I
H. Beckman, 'Toepassing artikel 2:403 bij beursdochters: vrijstelling depot jaarrekening of niet?', *Ondernemingsrecht* 2008/179, Deventer: Kluwer 2008.

Beckman 2008-II
H. Beckman, *Hoofdlijnen van het jaarrekeningenrecht,* Deventer: Kluwer 2008.

Beckman 2010
H. Beckman, Annotatie in *Ondernemingsrecht* bij Rb. Utrecht 10 november 2010, ECLI: NL:RBUTR:2010:BO3661, *Ondernemingsrecht* 2010, p. 697-798, Deventer: Kluwer 2010.

Beckman 2015-I
H. Beckman, Annotaties bij HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837 in *Ondernemingsrecht* 2015/66 en *Ondernemingsrecht* 2015/97, Deventer: Kluwer 2015.

Beckman 2015-II
H. Beckman, *Sdu commentaar ondernemingsrecht,* Den Haag: Sdu Uitgevers 2015.

Beckman 2015-III
H. Beckman e.a., *De toekomst van het ondernemingsrecht, Opstellen voor Prof. mr. L. Timmerman, ter gelegenheid van zijn 65e verjaardag en 25+ jaar hoogleraarschap,* Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Beckman 2015-IV
H. Beckman, Annotatie bij Hoge Raad 20 maart 2015 in *Ondernemingsrecht* 2015/97. Deventer: Kluwer 2015.

Beckman e.a. (losbl.)
H. Beckman, A.J. Bindenga, F. Krens, W.N. Meijer & H. Smits, *Compendium voor de jaarrekening, wegwijzer voor de praktijk,* (losbl.), Deventer: Kluwer, digitale editie.

Beckman & Van Geffen 2013
H. Beckman & C.J.A. van Geffen, 'Jaarrekeningregime voor microrechtspersonen', *Ondernemingsrecht* 2013/666, Deventer: Kluwer 2013.

Beckman & Van Hoepen 1984
H. Beckman & M.A. van Hoepen, *Deelnemingen en groepsjaarrekening,* Den Haag: Atelier Rijksbouwmeester 1984.

Beckman & Van Wijngaarden 2006
H. Beckman & T. van Wijngaarden, *Commentaar Ondernemingsrecht,* Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.

Beckman & Van Wijngaarden
H. Beckman & T. van Wijngaarden, *Commentaar Ondernemingsrecht,* Den Haag: Sdu Uitgevers digitale editie.

Beltzer 2008
R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in private en publieke sector,* Serie Monografieën sociaal recht, Deventer: Kluwer 2008.

Van Bemmelen 1889
P. van Bemmelen, 'Het rechtsbegrip van de overeenkomst', *RM Themis* 1889, p. 353.

Berk 2007
J.W. Berk, 'Enkele opmerkingen bij artikel 403 boek 2 burgerlijk wetboek', *Onderneming en Financiering, O&F* 2007/76, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Bergervoet
G.J.L. Bergervoet, onder redactie Jac Hijma, *Groene Serie Vermogensrecht, artikelsgewijs commentaar op boek 3,* Deventer: Kluwer digitale editie.

Bergervoet 2014
G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht,* Serie Onderneming en Recht, nr. 84, Deventer: Kluwer 2014.

Bergervoet 2015
G.J.L. Bergervoet, 'Borgtocht als bijzondere vorm van contractuele hoofdelijkheid', *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraktijk, TOP* 2015/72, Den Haag: Sdu 2015.

Bertrams 2009
R.I.V.F. Bertrams, 'Engelse corporate guarantees, LMA documentatie en de Nederlandsrechtelijke financieringspraktijk', *Tijdschrift voor de Ondernemingsrecht Praktijk, TOP* 2009/6, Den Haag: Sdu 2009.

Bertrams 2012
R.I.V.F. Bertrams, Annotatie in Jurisprudentie Onderneming en Recht bij Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012, *JOR* 2012/165, Deventer: Kluwer 2012.

Bertrams 2017
R.I.V.F. Bertrams, 'Over enige borgtocht- en hoofdelijkheidskwesties bij financieringen, uitsluiting van 'borgtochtverweren' en 'borgtocht betaalbaar op eerste verzoek (?)'. Een herijking', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk, FIP* 2017/53, Deventer: Kluwer 2017.

Biener & Berneke 1986
H. Biener & W. Berneke, *Bilanzrichtlien-Gesetz,* Düsseldorf 1986.

Blei Weissmann
Y.G. Blei Weissmann, *Groene Serie Verbintenissenrecht, artikelsgewijs commentaar op boek 6,* Deventer: Kluwer digitale editie.

Biemans
J.W.A. Biemans, *Groene Serie Verbintenissenrecht, artikelsgewijs commentaar op boek 6,* Deventer: Kluwer digitale editie.

Biemans 2009
J.W.A. Biemans, in N.E.D. Faber e.a., *Knelpunten bij beslag en executie,* Serie Onderneming en Recht, nr. 49, Deventer: Kluwer 2009.

Biemans 2011
J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, nr. 65, Deventer: Kluwer 2011.

Biemans 2019
J.W.A. Biemans, H.A. Drielsma & W. Snijders, 'Over wilsrechten', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 2019/7239. Den Haag: Sdu 2019.

Bier 2003
B. Bier, *Uitkeringen aan aandeelhouders,* Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, deel 42, Deventer: Kluwer 2003.

Bier 2006
B. Bier, 'Het verleden, heden en de toekomst van kapitaalbescherming', in: T.P. van Duuren e.a., *De vereenvoudigde B.V.,* Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht, Deventer: Kluwer 2006.

Bloembergen 1996
A.R. Bloembergen, 'Boekbespreking J.M.M. Menu, "De toezegging in het privaatrecht, Een intern rechtsvergelijkende analyse met de toezegging in het bestuursrecht"', *RM Themis* 1996/2.

Blom 1988-I
M.A. Blom, 'Financiering op basis van toekomstige vorderingen na het WUH-arrest (I) en (II, slot)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 1988/5856 en *WPNR* 1988/5857, Den Haag: Sdu 1988.

Blom 1988-II
M.A. Blom, 'Naschrift', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 5875/1988, p. 300-301. Den Haag: Sdu 1988.

Blom 1989
M.A. Blom, *Zekerheidscessie en de stille verpanding van toekomstige vorderingen,* NIBE-Bankjuridische reeks, deel 2, Amsterdam: NIBE 1989.

Blom 2005
W.M. Blom, 'Het schuldbegrip in de zin van artikel 2:403 lid 1 sub f BW', *Vennootschap & Onderneming, V&O* 2005/10, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2005.

Blomkwist 2012
J.W.H. Blomkwist, *Borgtocht,* Monografieën BW, nr. B78, Deventer: Kluwer 2012.

Blommaert 2007
M.J. Blommaert, 'Beëindiging van de 403-aansprakelijkheid', *Journaal Insolventie, Financiering & Zekerheden,* 2007, nr. 7/8. Den Haag: Sdu 2007.

Van Boom 1993
W.H. van Boom, 'Toekomstigheid van vorderingen. Wanneer is een vordering nu eigenlijk toekomstig?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 1993/6108, Den Haag: Sdu 1993.

Van Boom 1999
W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen* (diss. Katholieke Universiteit Brabant), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Van Boom 2016
W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers Den Haag 2016.

Booms 2019
T.E. Booms, *Aanvullen van subjectieve rechten* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Onderneming en Recht, nr. 109, Deventer: Kluwer 2019.

Bosse & Molenaar 2000
W. Bosse & H.M. Molenaar, 'De juridische fusie en het ter inzage leggen van financiële verantwoording', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 2000/6386, Den Haag: Sdu 2000.

Brahn & Reehuis 2010
O.K. Brahn & W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht,* Deventer: Kluwer 2010.

Breedveld-de Voogd 2009
Breedveld-de Voogd,' Pleidooi voor de geobjectiveerde Haviltex-uitleg bij overdracht van onroerende zaken', in: J.M. Milo & S.E. Bartels (red.) *Uitleg in het goederenrecht,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Broekveldt 2003
L.P. Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Burgerlijk Proces & Praktijk, nr. I, Deventer: Kluwer 2003.

Buijn 1996
F.K. Buijn, *Splitsing van rechtspersonen,* preadvies van de vereeniging Handelsrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Buijn 2001
F.K. Buijn, 'Verzet bij splitsing', *Ondernemingsrecht* 2001/13, Deventer: Kluwer 2001.

Bungenberg 2015
K. Bungenberg, De verzettermijn van artikel 2:404 lid 5 BW - fataal of toch flexibel?, *Vennootschap & Onderneming*, 2015/2, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2015.

Burgert e.a. 1990
R. Burgert, C.W.A. Timmermans & H.F.J. Joosten, *De jaarrekening nieuwe stijl, deel 2,* zesde druk, Tjeenk Willink 1990.

Van Cassel-van Zeeland
F.M. van Cassel-van Zeeland, in: *Groene Serie Vermogensrecht, artikelsgewijs commentaar op boek 3,* Deventer: Kluwer, digitale editie.

Caufmann 2004
C. Caufmann, *De verbindende eenzijdige belofte in het Europese privaatrecht* (diss. Katholieke Universiteit Leuven), publicatie nr. LIRIAS1840138, Leuven 2004.

Dayioglu & Havers 2009
A. Dayioglu & J.Z. Havers, 'Wel de lasten niet te lusten van het '403-regime' voor (het concern van) de 403-effectenuitgevende instelling', *Ondernemingsrecht* 2009/127, Deventer: Kluwer 2009.

Defesche & Van der Graag 2005
H.F.M. Defesche & E. van der Graag, 'De vrijwillige aansprakelijkheid van de moeder voor schulden van de dochter: een impressie', *Contracteren* 2005/2. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Van Delden & Bannier 1999
R. van Delden & F.A.W. Bannier, *Betalingsverkeer: documentair krediet/documenten,* Serie Bank- en Effectenrecht, nr. 7, Deventer: Kluwer 1999.

Diephuis 1890
G. Diephuis, *Het Nederlandsche Burgerlijk Regt,* dertiende deel, Groningen: J.B. Wolters 1890.

Van Dooren 2015
E.A. van Dooren, 'De 403-vordering; mogelijkheden binnen de hoofdelijkheid?', *Ondernemingsrecht* 2015/72, Deventer: Kluwer 2015.

Van Dooren 2017
E.A. van Dooren, 'Ontvankelijkheid cassatieberoep; verzet tegen de beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2017/91, Deventer: Kluwer 2017.

Dorresteijn
A.F.M. Dorresteijn, *Groene serie Rechtspersonen, artikelsgewijs commentaar op boek 2 Burgerlijk Wetboek,* Deventer: Kluwer, digitale editie.

Dorresteijn & Van het Kaar 2008
A.F.M. Dorresteijn & R.H. van het Kaar, *De juridische organisatie van de onderneming*, Deventer: Kluwer 2008.

Dortmond & Raaijmakers 1980
P.J. Dortmond & M.J.G.C. Raaijmakers, *De juridische fusie naar wordend recht,* Preadvies van de Vereeniging van Handelsrecht, 1980.

Dorresteijn & Roest 1992
A.F.M. Dorresteijn & J. Roest, 'Verstrekking van jaarstukken aan ondernemingsraden', in: *Strijdige belangen in evenwicht,* Groningen: Wolters Noordhoff 1992.

Drielsma 1975
H.A. Drielsma, 'De optierechten in het nieuwe vermogensrecht', *Nederlands Juristenblad, NJB* 1975, Deventer: Wolters Kluwer 1975.

Van Dunné 1971
J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen* (diss. Universiteit Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 1971.

Van Dunné 2001
J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht I, Contractenrecht,* Deventer: Kluwer 2001.

Engelhard & Van Maanen
E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel,* reeks Monografieën BW, nr. A15, Deventer: Kluwer 2008.

Ernes 2000
A.L.H. Ernes, *Onbevoegde vertegenwoordiging,* Deventer: Kluwer 2000.

Van Erp 1991
R.H. van Erp, 'De regeling omtrent hoofdelijkheid in het nieuw BW'*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 1991/6002. Den Haag: Sdu 1991.

Faber 2005
N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss, Radboud Universiteit) Nijmegen, Deventer: Kluwer 2005.

Faber 2007
N.E.D. Faber, Annotatie in Jurisprudentie Onderneming en Recht bij Hof Den Haag 6 februari 2007, *JOR* 2007/103, Deventer: Kluwer 2007.

Faber 2015
N.E.D. Faber, Annotatie in Jurisprudentie Onderneming en Recht bij HR 3 april 2015, *JOR* 2015/191. Deventer: Kluwer 2015.

Faber & Vermunt 2016
N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, Annotatie in Jurisprudentie Onderneming en Recht bij HR 18 december 2015, *JOR* 2016/105. Deventer: Kluwer 2016.

Feenstra 1990
R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke Grondslagen Van Het Nederlands Privaatrecht: Inleidende hoofdstukken,* Leiden: Universitaire Pers Leiden 1990.

Flinterman & Babiy 2009
M.J.C. Flinterman & A. Babiy, 'De corporate guarantee in Nederlandsrechtelijke financieringen', *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk, TOP* 2009/4, p. 132-137. Den Haag, Sdu 2009.

Van Galen 1993
R.J. van Galen, 'Boekbespreking', Blomkwist (Mon. Nieuw BW B78), *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, NTBR* 1993-1, Deventer: Kluwer 1993.

Van der Goes-Lunneker 2016
R van der Goes-Lunneker, 'Elektronisch deponeren: een bescheiden kijkje onder de motorkap', *Ondernemingsrecht* 2016/26. Deventer: Kluwer 2016.

Gordley 2001
J. Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law,* Cambridge: Cambridge University Press 2001.

Van der Grinten 1969
W.C.L. van der Grinten, *Advies van de Commissie Vennootschapsrecht omtrent een voorontwerp van wet betreffende de publikatie van de balans van besloten vennootschappen, Kamerstukken II 1969/70, 10689, nr. 4.*

Van der Grinten 1971
W.C.L. van der Grinten, *Supplement 1971 bij Handboek* (8e druk), Zwolle: Tjeenk Willink 1971.

Van der Grinten 1990
W.C.L. van der Grinten, 'Aansprakelijkheid van onderhorige groepsmaatschappijen voor schulden van andere groepsmaatschappijen'*, Maandblad De NV* 1990, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 1990.

Gulcher 1989
G.J. Gülcher, 'Reikwijdte van de aansprakelijkheidsverklaring in het kader van de groepsvrijstelling'*, Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen, TVVS* 1989/7, Deventer: Wolters Kluwer 1989.

Haentjes, 2010
M. Haentjens, *Groene Serie 2010, Bijzondere overeenkomsten, titel 14 Boek 7 BW,* Deventer: Kluwer digitale editie.

Hammerstein & Vranken 2013
A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten: een horizontale vergelijking,* Monografieën nieuw BW, Deventer: Kluwer 2003.

Harmsen 2008
C.M. Harmsen, 'Openbaarmaking van de jaarrekening tijdens insolventie', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.C.J.J. Kortmann, N.S.G.J. Vermunt & C.A.M. Domingus-Schwencke, *De bewindvoerder,* een octopus, Deventer: Kluwer 2008.

Harmsma 2001
L.J. Harmsma, 'De temporele reikwijdte van de aansprakelijkheidsstelling ex artikel 2:403 BW', *Vennootschap & Onderneming*, 2001/6. Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2001.

Hartkamp 2004
A.S. Hartkamp, *Verbintenissenrecht studenten-editie, samengesteld uit de Asserdelen 4-I, II en III,* ten behoeve van Burgerlijk Recht II van de Katholieke Universiteit Nijmegen 2004/2005/2006, Deventer: Kluwer 2004.

Hartkamp 2005
A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraktijk,* Deventer: Kluwer 2005.

Van Hees 1997
J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Katholieke Universiteit) Nijmegen, Serie Onderneming en recht, deel 8, Deventer: Tjeenk Willink 1997.

Van Heest 2009
W. van Heest, in: B. Wessels e.a., *Bedrijfsovername,* Serie praktijkhandleidingen, Deventer: Kluwer 2009.

Van der Heijden & Dortmond 2013
E.J.J. van der Heijden, P.J. Dortmond, e.a. *Handboek voor de Naamloze en de Besloten Vennootschap,* dertiende druk, Deventer: Kluwer 2013.

Van der Heijden & Van der Grinten 1992
E.J.J. van der Heijden, W.C.L. van der Grinten e.a. *Handboek voor de Naamloze en de Besloten Vennootschap,* dertiende druk, Deventer: Kluwer 1992.

Hijink 2016
J.B.S. Hijink, *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht* Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 98, Deventer: Kluwer 2016.

Hijma 1988
Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.

Hijma & Valk 2016
Jac. Hijma, W.L. Valk e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deel 3,* Deventer: Kluwer 2016.

Henri Hijmans 1918
J. Henri Hijmans, *Romeinsch Verbintenissenrecht,* Zwolle: Tjeenk Willink 1918.

Hesselink 2006
M.W. Hesselink, 'The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience', *European Law Journal,* Vol. 12, No. 3, mei 2006.

Ter Hoeven e.a. 2017
R.L. ter Hoeven, C.J.M. Kimenai, D. Manschot, I. van Sloun & A.P. van der Giessen, *Handboek Externe Verslaggeving 2017*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Hofman 1948
L.C. Hofman, *Het Nederlandse verbintenissenrecht, eerste deel: de algemene leer der verbintenissen,* zevende druk bewerkt door S.N. van Opstall, Groningen: J.B. Wolters Uitgeversmaatschappij 1948.

Honée 1972
H.J.M.N. Honée, 'Enige opmerkingen betreffende de vrijstelling door dochtervennootschappen in artikel 38a Wet jaarrekening', *Tijdschrift Naamloze vennootschap,* 1972/2, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Hoogendoorn 2006
M.N. Hoogendoorn, 'De betekenis van de Richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving', in: M.J. Kroeze e.a. (red.), *Verantwoording aan Hans Beckman, Opstellen aangeboden aan prof. mr. H. Beckman ter gelegenheid van zijn 25-jarig jubileum als hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam,* Deventer: Kluwer 2006.

Houdijk & Breeman 2016
S. Houdijk & M.S. Breeman, 'De reikwijdte van de inningsbevoegdheid van de openbaar pandhouder'*, Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk, FIP* 2016/217, Deventer: Kluwer 2016.

Houwen e.a. 1993
L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels & J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen. Een rechtsvergelijkende studie naar de positie van crediteuren van concernafhankelijke vennootschappen in Duitsland, Frankrijk, Engeland en Nederland,* Deventer: Kluwer 1993.

Houwing 1951
Houwing in zijn noot in het Nederlands Juristenblad, onder HR 4 mei 1951, *NJ* 1952/129. Deventer: Kluwer 1951.

Ten Hove 2004
W. ten Hove, 'De werking van de 403-verklaring in geval van een juridische fusie', *Vennootschap & Onderneming*, 2004/10. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Van Hugenpoth tot den Beerenclauw 1890
J.B.W. van Hugenpoth tot den Beerenclauw, *De gevolgen van den borgtocht tusschen den schuldeischer en den borg,* Leiden 1890.

Hugenholtz & Heemskerk 2018
W. Hugenholtz & W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht,* Dordrecht: Convoy Uitgevers: 2018.

Huijgen 2013
W.G. Huijgen in: J.H. Nieuwenhuis e.a., *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek,* Deventer: Kluwer 2013.

Huiskes 2015
C.R. Huiskes, 'Enige beschouwingen omtrent de "430-verklaring"'*, Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht, TvJ* 2015, p. 38. Deventer: Den Hollander 2015.

Huizink 2009
J.B. Huizink, 'Rechtspersoon', *Vennootschap & Onderneming*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2009.

Van den Ingh 1996
F.J.P. van den Ingh, 'Informatieverplichtingen in concernverband (I)'*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 1996/6214, Den Haag: Sdu 1996.

Van den Ingh 2002
F.J.P. van den Ingh, 'De bevelstructuur in de vennootschap', in: L. Timmerman e.a., *Concernverhoudingen,* Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 69, Deventer: Kluwer 2002.

Jansen 1990
F.M.J. Jansen, *Executie- en beslagrecht,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1990.

Janssen 2005
M.A.J.G. Janssen, *Journaal Insolventie, Financiering en zekerheden* 2005/106, Den Haag: Sdu 2005.

Janssen 2010
M.J. Janssen, 'De 403-verklaring voor uitgevaren dochters: alertheid geboden', *Vennootschap & Onderneming*, *V&O* 2010/6, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Janssen 2016
C.J.H. Janssen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19e eeuw,* Serie Onderneming en Recht, nr. 87, Deventer: Kluwer 2016.

Jansz 1973
H.J. Jansz, 'Enige vragen rond de verklaring van aansprakelijkstelling', *Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen, TVVS* 1973/2, Deventer: Kluwer 1973.

Jones 1977
Philip K. Jones, 'Roman Law Bases of Suretyship in Some Modern Civil Codes', 52 *Tul. L. Rev.* 1977.

De Jong 2006
G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen,* Serie Monografieën BW, deel B33, Deventer: Kluwer 2006.

De Jong & Nieuwe Weme 2006
P.J. de Jong & M.P. Nieuwe Weme, *Publicatie van de jaarrekening,* Deventer: Kluwer 2006.

Van het Kaar 2004
R.H. van het Kaar, 'De medezeggenschap in 2004', in: G. van Solinge, M. Holtzer en A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005,* Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 82, Deventer: Kluwer 2005.

Kaser 1971
M. Kaser, *Das Römische privatrecht, Bd. 1,* München: 1971.

Kemp 2015
B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering* (diss. Maastricht), Serie Van der Heijden Instituut nr. 129, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Van Kessel 2013
H.M. van Kessel, 'Schikkingsperikelen bij hoofdelijke verbondenheid', *Maandblad voor Vermogensrecht, MvV* 2013/4, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Kiersch 2007
E.D.G. Kiersch, *T&C Ondernemingsrecht en Effectenrecht 2007,* Deventer: Wolters Kluwer 2007.

Kisch 1932
I. Kisch, *Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten,* Alphen aan de Rijn: Uitgeverij Samsom 1932.

Klaassen 1998
C.J.M. Klaassen, 'Hoofdelijkheid of borgtocht, wat zal het wezen?'*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 1998/6316, p. 347-351. Den Haag: Sdu 1998.

Klaassen 2002
C.J.M. Klaassen, '10 jaar hoofdelijkheid en borgtocht naar NBW', in: S.C.J.J. Kortmann, *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht,* Onderneming en Recht, deel 24, Deventer: Kluwer 2002.

De Kluiver 1992
H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht,* Serie Recht en Praktijk, deel 65, Deventer: Kluwer 1992.

De Kluiver 2002
H.J. de Kluiver, 'Het effect van zogenoemde 403-verklaringen', *Onderneming en Financiering, O&F* 2002/54, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2002.

Koning 2004
R.M. Koning, in: *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht: de tekst van Boek 2 van het BW, verwante regelgeving en IPR voorzien van commentaar,* Deventer: Kluwer 2004.

Koops 2010
E. Koops, *Vormen van subsidiariteit: een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht (*diss. Leiden), Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2010.

Van der Korst 2002
P.J. van der Korst, 'Bestuursautonomie'*, JORplus* 2002/1, Deventer: Wolters Kluwer 2002.

Korthals Altes 1933
R. Korthals Altes, *Borgtocht naar Hedendaagsch Nederlandsch recht* (diss. Amsterdam), Amsterdam: Blikman en Sartorius 1933.

Kortmann 1989
S.C.J.J. Kortmann, 'Staal Bankiers/Mr. Ambags q.q.', *Ars Aequi, AA* 1989, p. 59 . Nijmegen: Juridische uitgeverij Ars Aequi, 1989.

Kortmann 1993
S.C.J.J. Kortmann, 'Res inter alias acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest', in: M.E. Franke, J.P. Jordaans, J.M. Smits & W.L. Valk, *Beginselen van vermogensrecht,* BW-Krant Jaarboek 1993, Arnhem: Gouda Quint, 1993.

Kortmann 2015
S.C.J.J. Kortmann, 'Inning van andermans gesecureerde vordering', *Tijdschrift voor Insolventierecht, TvI* 2005/19, Deventer: Kluwer 2005.

Kortmann & Faber 1996
S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *De curator, een octopus,* Serie onderneming en recht, deel 6, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Köster 1979
H.K. Köster, 'Poging tot een nadere analyse van enkele zogenaamde eenzijdige rechtshandelingen', in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa: Opstellen aangeboden aan G.J. Scholten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam* (Scholtenbundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979.

Koster 2010
H. Koster, 'Juridische fusie ABN AMRO en Fortis', *Ondernemingsrecht* 2010/132, Deventer: Kluwer 2010.

KPMG 2007
KPMG Jaarboek externe verslaggeving 2007, Deventer: Wolters Kluwer 2007.

Van der Kraan 2012
J. van der Kraan, *De groepsvrijstelling op basis van artikel 2:403 BW,* Weert: Celsus Juridische Uitgeverij 2012.

Van der Kraan 2013
J. van der Kraan, 'Actuele vraagstukken rondom de groepsvrijstelling: over de samenloop van art. 2:403 BW met preferentie en achterstelling, Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur', *TvOB* 2013/5, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014.

Van der Kraan 2015-I
J. van der Kraan, 'De verjaring van een 403-vordering'*, Onderneming en Financiering, O&F* 2015/23, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Van der Kraan 2015-II
J. van der Kraan, 'Wees bij het treffen van een schikking bedacht op het groepsregime van artikel 2:403 BW'*, Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraktijk, TOP* 2015/8, nr. 260, Den Haag: Sdu, 2011.

Van der Kraan 2015-III
J. van der Kraan, 'Het begrip 'groep' in het kader van de groepsvrijstelling van art. 2:403 BW'*, Juridische Berichten voor het Notariaat, JBN* 2015/18, Den Haag: Sdu 2015.

Van der Kraan 2017
J. van der Kraan, 'Een 403-verklaring als redmiddel voor een te late jaarrekening?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 2017/7146. Den Haag: Sdu 2017.

Van der Kraan 2018
J. van der Kraan, 'De groepsvrijstelling van art. 2:403 BW, enkele actualiteiten en aandachtspunten', *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk, TOP* 2018/165, Den Haag: Sdu 2018.

Krens 1999
F. Krens (red.), *Ondernemingsvormen en verslaggeving in Europa* (losbl.), Deventer: Kluwer losbl.

Kroeze & Wezeman 2006
M.J. Kroeze & J.B. Wezeman, 'De openbaarmakingsplicht en aansprakelijkheid in faillissement', in: M.J. Kroeze e.a. (red.), *Verantwoording aan Hans Beckman, Opstellen aangeboden aan prof. mr. H. Beckman ter gelegenheid van zijn 25-jarig jubileum als hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam,* Deventer: Kluwer 2006.

Krol 2015
A.N. Krol, 'Groepsbegrip in het kader van consolidatie', *Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht, TvJ* 2015/6, Deventer: Den Hollander 2010.

Krol & De Neve 2015
A.N. Krol & A.G. de Neve, 'Jurisprudentie jaarrekeningenrecht 2014'*, TvJ* 2015/3-4, Deventer: Den Hollander 2010.

Kruisinga 2007
S.A. Kruisinga, 'Uitleg van bankgaranties'*, Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, NTBR* 2007/53, Deventer: Wolters Kluwer 2007.

Kruisinga & Leber 2010
S.A. Kruisinga & L. Leber, 'A letter of comfort: does it offer any comfort?'*, Vermogensrechtelijke Analyses* 2010/7, nr. 1, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Krzemiñski 2018
K.J. Krzemiñski, 'De versterkte inningsbevoegdheid van de openbaar pandhouder', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 2018/7200. Den Haag: Sdu 2018.

Van Laarhoven 2006
M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2006.

Lambooy e.a. 2012
T.E. Lambooy & R.M. Hordijk, 'De tijd is rijp voor integrated reporting', *Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht,* 2012/2-3. Deventer: Den Hollander 2012.

Land e.a. 1907
N.K.F. Land & W.H. de Savornin Lohman, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek 2e druk, deel 4,* Haarlem 1907.

Leber 2017
L. Leber, *De patronaatsverklaring,* Recht en Praktijk, Contracten en aansprakelijkheidsrecht, deel CA15, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Leijten 2004
A.F.J.A. Leijten, 'Procederen over fusies en splitsingen: voldoende rechtsbescherming?', in: G. van Solinge, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004,* Deventer: Kluwer 2004.

Lennarts 2006
M.L. Lennarts, 'Enige kanttekeningen bij de voorstellen tot wijziging van het kapitaalbeschermingsrecht bij de BV, Onderneming & Financiering', *O&F* 2006/72, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Levy 2016
E. Levy, *Sponsio, Fidepromissio, Fideiussio: Einige Grundfragen zum Römischen Bürgschaftsrechte,* Ulan Press 2016.

Linse 2013
G.C. Linse, De mogelijkheden en onmogelijkheden van 334t-aansprakelijkheid, *Vennootschap & Onderneming, V&O* 2013/2, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Locré de Roissy 1828
Jean Guillaume Locré de Roissy, *Législation civile, commerciale et criminelle, ou commentaire et complément des Codes Francais*, Paris: Treuttel et Würtz Libraires 1828.

Loeff 1891
P.H. Loeff, *Hoofdelijke verbintenissen volgens het Nederlandse recht* (diss. UvA), Amsterdam 1891.

Lokin 2000
J.H.A. Lokin, 'Van handeling naar rechtshandeling: Een kwestie van definitie', in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen 2000, Vol. XVII,* Groningen: University of Groningen Press 2000.

Löwenberg 2005
M. Löwenberg, 'Bestuursautonomie en instructiebevoegdheid binnen het concern', *Vennootschap & Onderneming*, *V&O* 2005/12. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Maatman 1996
R.H. Maatman, 'Verlos ons van het landelijk verspreid dagblad'*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 1996/6250. Den Haag: Sdu 1996.

Maeijer 1973
M.M. Maeijer, 'Het gewijzigd ontwerp invoeringswet Boek 2 BW Nieuw B.W.'*, tijdschrift Naamloze vennootschap, NV* november 1973, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1973.

Maeijer 2002
J.M.M. Maeijer, Annotatie in *Nederlands Juristenblad* bij het arrest, HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Maeijer Bundel NV en BV
J.M.M. Maeijer met medewerking van J. Roest, F.J.P. van den Ingh & R.G.J. Nowak (red.), *Bundel Naamloze en Besloten Vennootschap, documentatie en systematisch gerangschikte wetsgeschiedenis*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Marquenie 2011
H.J.C. Marquenie, 'Redelijkheid en billijkheid bij beëindiging overblijvende aansprakelijkheid uit 403-verklaring', *Vennootschap & Onderneming*, *V&O* 2011/5. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Megchelse & Vegter 1995
G. Megchelse & J.B. Vegter, 'Schenking volgens titel 7-3*'*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 1995/6186, p. 412-418. Den Haag: Sdu 1995.

Meijers 1948
E.M. Meijers, *Algemene Leer van het Burgerlijk Recht, Deel 1: De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht,* Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948.

Meijers 2005
E.M. Meijers, *Handboek handelsregister,* Deventer: Kluwer 2005.

Van Mierlo & Van Nispen 2014
A.I.M. van Mierlo & C.J.J.C. van Nispen, *Tekst & Commentaar: Burgerlijke Rechtsvordering,* zesde druk. Deventer: Kluwer 2014.

Mijnssen & van Mierlo 2018
F.H.J. Mijnssen & A.I.M. van Mierlo, *Materieel beslagrecht,* Serie Monografieën Privaatrecht, nr. 10, Deventer: Kluwer 2018.

Nagelkerke 1985
J.J. Nagelkerke, 'Aansprakelijkheidsverklaring en groepsvrijstellingsregeling'*, Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie,* Amsterdam: Amsterdam University Press, 1985.

Nap 1908
J.M. Nap, *RM Themis* 1908, p. 290.

Nass 2013
A.G.S. Nass, 'De vergeten 403-verklaring en de redelijkheid en billijkheid', *Ondernemingsrecht* 2013/95, Deventer: Kluwer 2013.

Nass 2019
E.C.A. Nass, *Groepsregime, jaarrekening en 403-aansprakelijkheid* (diss. Groningen), Uitgave vanwege het instituut voor ondernemingsrecht, deel 116, Deventer: Kluwer 2019.

Nass & Nass 2014
A.G.S. Nass & E.C.A. Nass, 'De vordering uit hoofde van een 403-verklaring', *Ondernemingsrecht* 2014/145, Deventer: Kluwer 2014.

De Neve 2002
A.G. de Neve, 'De concernvrijstelling: de 403-aansprakelijkstelling volgens de Hoge Raad', *Tijdschrift voor Insolventie, TvI* 2002/5, Deventer: Kluwer 2002.

De Neve 2010
A.G. de Neve, 'Onzekerheid omtrent de materiële reikwijdte van de 403-aansprakelijkstelling of een storm in een glas water?', *Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht, TvJ,* 2011, nr. 2, 9273, Deventer: Den Hollander 2010.

Niels 2010
B. Niels, 'Aansprakelijkheid op grond van de 403-verklaring, Een bespreking van enkele aspecten van de 403-verklaring aan de hand van de Jones Lang LaSalle-uitspraak', *Onderneming en financiering,* 2010/1. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Van Nierop 1931
Van Nierop, 'Borgtocht, Garantie-overeenkomst, Credietverzekering', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 1931/3208. Den Haag 1931.

Nieskens-Isphording 1991
B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht: Een (rechtsvergelijkend) onderzoek naar een aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1991.

Nieuwenhuis 1979
J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 2009
J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar,* Deventer: Kluwer 2009.

Van Oers 2007
M.H.M. van Oers, *De doorstart van een BV/NV bij insolventie,* Deventer: Kluwer 2007.

Van Olffen 2001
M. van Olffen, 'Een 403-verklaring is nog geen 403-verklaring omdat dat erop staat', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 2001/6460, Den Haag: Sdu 2001.

Van Olffen 2006
M. van Olffen, 'Rechtsvragenrubriek, Is een omgekeerde rolluikfusie mogelijk?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 2006/6667, Den Haag: Sdu 2006.

Van Olffen 2007
M. van Olffen, 'Rechtsvragenrubriek, Is een vereenvoudigde aandeelhouderssplitsing mogelijk?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 2007/6712, Den Haag: Sdu 2007.

Van Olffen, Buijn & Simonis 2004
M. van Olffen, F.K. Buijn & P.H.M. Simonis, *Splitsing van ondernemingen,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Van Oostrom-Streep 2006
N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Universiteit Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Van Oostrum 2019
C.H.A. van Oostrum, 'De bedongen hoofdelijkheid, de bank en concernverhoudingen', *Maandblad voor ondernemingsrecht, MvO* 2019/8-9, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2019.

Oostwouder 1996
W.J. Oostwouder, *Management Buy-out* (diss. Rotterdam), Serie Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 27, Deventer: Kluwer 1996.

Oostwouder & Mendel 2007
W.J. Oostwouder & M.M. Mendel, *Hoofdzaken NV en BV,* Deventer: Kluwer 2007.

Opzoomer 1894
C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek, elfde deel,* Den Haag 1894.

Oudelaar 2000
H. Oudelaar, *Recht halen: inleiding in het nieuwe executie- en beslagrecht,* Volume 2 van Studiereeks procesrecht, Deventer: Kluwer, 2000.

Van Oven 1946
J.C. van Oven, *Leerboek van Romeins Privaatrecht,* 2e druk, Leiden: 1946.

Pabbruwe e.a. 2017
S.N. Pabbruwe & F. Streiff, 'Rapportageverplichtingen omtrent maatschappelijk verantwoord ondernemen: ontwikkelingen in wetgeving en praktijk'*, Maandblad voor ondernemingsrecht, MvO* 2017/1-2. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017.

Peek 1997
J.W. Peek, 'Cessie van obligo', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 6293/1997, Den Haag: Sdu 1997.

Pels Rijcken 1962
L.D. Pels Rijcken, 'Op welke wijze dient de wet de overeenkomst van borgtocht te regelen?', in: *Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging 1962,* deel 1, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962.

Du Perron 1999
C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden: een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Pitlo & Bolweg 1979
A. Pitlo & M.F.H.J. Bolweg, *Het Nederlands burgerlijk wetboek. Deel 3: Algemeen deel van het Verbintenissenrecht. Bewerkt door M.F.H.J. Bolweg,* Arnhem: Gouda Quint, 1979.

Pitlo, Reehuis & Heisterkamp 2006
W.H.M. Reehuis, G.T. de Jong, A.H.T. Heisterkamp & G.E. van Maanen, *Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht deel 3: Goederenrecht,* Deventer: Kluwer 2006.

Pitlo, Reehuis & Heisterkamp 2012
W.H.M. Reehuis, G.T. de Jong, A.H.T. Heisterkamp & G.E. van Maanen, *Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht deel 3: Goederenrecht,* Deventer: Kluwer 2012.

Pors 2002
A.J.J. Pors, 'Verpanding van slechts een van de hoofdelijk verbonden vorderingen', *Vennootschap & Onderneming*, *V&O* 2002/9, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Portengen & Crouwers 2005
H.J. Portengen & N.R.M. Crouwers, 'Juridische fusie en 403-verklaring', *Vennootschap & Onderneming*, *V&O* 2005/3, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Pothier 1760
R.J. Pothier, *Traité des Obligations,* Parijs: 1760.

Prinsen 2004
J.J. Prinsen, *Converteerbare obligaties, omzetting van schuld in eigen vermogen* (diss. Radboud Universiteit) Nijmegen, Deventer: Kluwer 2004.

RJ Advies 1986
Raad voor de jaarverslaggeving, advies 20 augustus 1986.

Ramanna 2008
A. Ramanna, 'Kwalificatie van de 403-verklaring, Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht', *TvJ* 2008/1-2, Deventer: Den Hollander 2010.

Rank-Berenschot 1996
E.B. Rank-Berenschot, *Tekst en commentaar Burgerlijk Wetboek,* Deventer: Kluwer 1996.

Rank-Berenschot & Snijders 2007
E.B. Rank-Berenschot & H.J. Snijders, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deel 2 Goederenrecht, Deventer: Kluwer 2007.

Rank-Berenschot & Snijders 2017
E.B. Rank-Berenschot & H.J. Snijders, *Studiereeks Burgerlijk Recht, Deel 2 Goederenrecht,* Deventer: Kluwer 2017.

Raaijmakers 1977
M.J.G.C. Raaijmakers, *Door rechtspersonen heenkijken, respectievelijk over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen,* Preadviezen NJV, 1977.

Raaijmakers 1985
M.J.G.C. Raaijmakers, 'Een rechtsvergelijkende analyse (met inbegrip van de negende richtlijn)', in: H. Biron & C. Dauw, *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen,* Antwerpen: Kluwer 1985.

Raaijmakers 2006
M.J.G.C. Raaijmakers, Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, deel 2, *Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Raaijmakers & Van der Sangen 2003
M.J.G.C. Raaijmakers & G.J.H. van der Sangen, *Rechtspersonen. Titel 7. Juridische fusie,* Deventer: Kluwer 2003.

Raaijmakers & Verstappen 2002
M.J.G.C. Raaijmakers & L.C.A. Verstappen, *Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht,* Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2002.

Reehuis 2010
W.H.M. Reehuis, *Overdracht,* Serie Monografieën BW, deel B6a, Deventer: Kluwer 2010.

Reimers
H.K.O. Reimers, *Groene Serie Rechtspersonen, artikelsgewijs commentaar op boek 2,* Deventer: Kluwer digitale editie.

Rongen e.a. 1998
S.C.J.J. Kortmann, W.A.K. Rank, M.H.E. Rongen, G. van Solinge & H.L.E. Verhagen, *Onderneming en effecten,* Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Rongen 2012
M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, nr. 70, Deventer: Kluwer 2012.

Van Rossum
A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst,* Serie Monografieën Nieuw BW, deel B-80, Deventer: Kluwer 2001.

Rupke 1914
G.W. Rupke, *Wilsrechten* (diss. Universiteit Utrecht), Amsterdam: Uitgevrij A.H. Kruyt 1914.

Sanders, Groeneveld & Burgert 1972
P. Sanders, G.L. Groeneveld & R. Burgert, *De jaarrekening nieuwe stijl,* Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1972.

Sanders & Westbroek 2005
P. Sanders & W. Westbroek, *BV en NV,* Serie Recht en Praktijk, Deventer: Kluwer 2005.

Van der Schee 2014
P.A. van der Schee, 'Het UWV en de 403-verklaring', *Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur, TvOB* 2014/1, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014.

Schepel 2016
M.C. Schepel, 'De dwingende volgorde bij de beëindiging van de 403-aansprakelijkheid, Een reactie', *Onderneming en Financiering, O&F* 2016/24, afl. 2, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

Van Schilfgaarde 1970
P. van Schilfgaarde, inaugurele rede, Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer 1970.

Van Schilfgaarde 1972
P. van Schilfgaarde, *Van de Naamloze en B.V.* (1°druk), Arnhem: Gouda Quint 1972.

Van Schilfgaarde & Winter 2001
P. van Schilfgaarde & J.W. Winter, *Van de BV en de NV,* Deventer: Kluwer 2001.

Van Schilfgaarde e.a. 2013
P. van Schilfgaarde, J.W. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV* (16e druk), Deventer: Kluwer 2013.

Van Schilfgaarde 2014
P. van Schilfgaarde, Annotatie in *Nederlands Juristenblad* bij HR 11 april 2014, *NJ* 2014/309, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Van Schilfgaarde 2015
P. van Schilfgaarde, Annotatie in *Nederlands Juristenblad* bij HR 30 maart 2015, *NJ* 2015/361, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Schoonbrood & Ruardij 2007
J.D.M. Schoonbrood & G. Ruardij, 'Een zero exchange ratio bij juridische splitsing en fusie? Enige beschouwingen rondom toekenning van aandelen', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 2007/6720, Den Haag: Sdu 2007.

Schoonbrood-Wessels 1996
A.P. Schoonbrood-Wessels, 'De aansprakelijkheid van de moeder voor schulden van de dochter: de stand van zaken, tijdschrift de Naamloze Vennootschap', *NV* 1996/1-2, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1996.

Scholten 1917
P. Scholten, 'De hoofdelijk met den schuldenaar verbonden borg', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 1917/2471. Den Haag: 1917.

Scholten 1984
Y. Scholten, 'Juridische splitsing van vennootschappen', in: *Goed & Trouw, opstellen aangeboden aan prof. mr. W.C.L. van der Grinten,* Zwolle: Tjeenk Willink 1984.

Schoonenberg 1990
R.M. Schoonenberg, 'De toezegging in het licht van recente jurisprudentie', in: R. Sijmonsma, H.J. Vetter, J.H. Wansink e.a., *Omwille van de consument, Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan prof. mr. P. Clausing,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Schoordijk 1979
H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw burgerlijk wetboek,* Deventer: Kluwer 1979.

Schoordijk 1986
H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W.,* Deventer: Kluwer 1986.

Schoordijk 1987
H.C.F. Schoordijk, 'Enige opmerkingen over zogenaamde patronaatsverklaringen', in: D.H. Beukenhorst e.a., *Offerhauskring vijfentwintig jaar* (Offerhaus-bundel), Deventer: Kluwer 1987.

Schoordijk 2003
H.C.F. Schoordijk, 'Hoofdelijkheid in het algemeen en de 2:403 lid 1 sub f verklaring in het bijzonder', in: M.J.G.C. Raaijmakers (red.), *Trust en onderneming, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. C.Æ. Uniken Venema* (Uniken Venema bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Schreurs 2011
Ph.W. Schreurs, 'De thermometer van het kennelijk onbehoorlijk bestuur', *Tijdschrift voor Insolventierecht, TvI* 2011/11, Deventer: Kluwer 2011.

Schuijling 2016
B.A. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen,* Serie Onderneming en Recht, nr. 90, Deventer: Kluwer 2016.

Schutte Veenstra 1996
J.N. Schutte Veenstra, 'Enkele kanttekeningen bij het vennootschappelijk verzetrecht van crediteuren'*, Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen, TVVS* 1996/158, Deventer: Kluwer 1996.

Jongbloed & Thoe Schwartzenberg 2014
A.W. Jongbloed & H.W.B. Thoe Schwartzenberg, *Beslag en executie voor de rechtspraktijk,* Apeldoorn: Maklu 2014.

SER 1992
SER advies 92/07: Advies van 15 mei 1992 inzake Knelpunten Wet op de ondernemingsraden.

Simler & Delebecque 2016
Ph. Simler & Ph. Delebecque, *Droit civil. Les suretés, la publicité foncière*, 7e druk, Parijs: Dalloz 2016.

Sinninghe Damste 2015
M.H.C. Sinninghe Damste, 'Biedt de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering afdoende bescherming tegen civielrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid? De stand van zaken anno 2015', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015,* Deventer: Kluwer 2015.

Slagter 1972
W.J. Slagter, 'Enige vragen betreffende de inrichting en de publikatie van de jaarrekening', in W.J. Slagter, *Publikaties van prof. mr. W.J. Slagter in de periode 1961-1993,* Deventer: Kluwer 1993.

Slagter 1984
W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht,* Deventer: Kluwer 1984.

Slagter 2005
W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht,* Deventer: Kluwer 2005.

Slijkhuis 1990
L.H. Slijkhuis, 'De overeenkomst van borgtocht: een bijzondere overeenkomst?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 1990/5982. Den Haag: Sdu 1990.

Smits 2003
J.N. Smits, *Bronnen van verbintenissen,* Serie Monografieën Nieuw BW, deel A2, Deventer: Kluwer 2003.

Smits 2007
H. Smits & S. Bohmer, *Jaarboek Compendium voor de jaarrekening 2007, Wegwijzer voor de praktijk,* Deventer: Kluwer 2007.

Snijder-Kuipers e.a. 2014
B. Snijder-Kuipers & M.F. Eliëns, 'Praktische vraagstukken bij beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid (2:404 BW)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 2014/7042, Den Haag: Sdu 2014.

Snijders 1988
W. Snijders, 'Artikel 3.1.1.15 nieuw BW en de schakelbepalingen nader bezien', in: J.A.F. Peters & M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en nieuw BW,* Zwolle: Tjeenk Willink 1988.

Snijders 1999
W. Snijders, 'Wilsrechten in het algemeen en in het nieuwe erfrecht I, II en III', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 1999/6365, Den Haag: Sdu 1999.

Van Solinge 1994
G. van Solinge, *Grensoverschrijdende juridische fusie, Beschouwingen aan de hand van de derde en tiende EEG-richtlijn inzake het vennootschapsrecht,* Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, nr. 44, Deventer: Kluwer 1994.

Van Solinge 2003
G. van Solinge, 'Naar een soepeler fusierecht', in: *Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief,* Verslag van een congres, gehouden op 4 en 5 oktober 2002 georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer 2003.

Van Solinge 2004
G. van Solinge, 'Vragen uit de rechtspraktijk (6), Schulden en de 403-verklaring', *Ondernemingsrecht* 2004/7. Deventer: Kluwer 2004.

Van Solinge 2005
G. van Solinge, in: G. van Solinge, M. Holtzer & A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005,* Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 82, Kluwer, Deventer 2005.

Van Solinge 2006
G. van Solinge, 'Over belastingschulden en de 403-verklaring', in: G.T.K. Meussen (red.), *Gedreven, eigenzinnig, creatief en honkvast, Liber amicorum voor H.M.N. Schonis,* Deventer: Kluwer 2006.

Spier 2009
J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen & R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding,* Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5, Deventer: Wolters Kluwer 2009.

Spierings 2012
C. Spierings, 'Verbintenisrechtelijke aspecten van de 403-verklaring. Over eenzijdigheid, uitleg en vergeten verklaringen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, NTBR* 2012/14, Deventer: Kluwer 2012.

Spierings 2016
C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Serie Onderneming en recht nr. 89, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Spierings 2017
C. Spierings, 'De eenzijdige rechtshandeling, drie stellingen'*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 2017/7135. Den Haag: Sdu 2017.

Van 't Spijker 2009
W.J. van 't Spijker, 'De 403-verklaring en de notariële praktijk', *Juridische Berichten voor het Notariaat, JBN* 2009/45, Den Haag: Sdu 2009.

Staal 2009
V.L. Staal, 'Formele benadering beëindiging overblijvende aansprakelijkheid uit 403-verklaring', *Vennootschap & Onderneming*, *V&O* 2009/10. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Stein 2016
H.A. Stein, *Beslag- en Executierecht in de (dagelijkse) praktijk,* derde druk, Den Haag: Sdu 2016.

Stein
P.A. Stein, *Groene Serie Vermogensrecht,* Deventer: Kluwer, losbl. editie.

Steneker 2012
A. Steneker, *Pandrecht,* Serie Monografieën BW, deel B12a, Deventer: Kluwer 2012.

Storme 1993
M.E. Storme, 'De bindende kracht van de overeenkomst', in: Afdeling burgerlijk recht Rijksuniversiteit Leiden (red.), *Rechtsbeginselen in het vermogensrecht,* BW-krant Jaarboek 1993, Arnhem: Gouda Quint 1993.

Streefkerk 2018
C.A. Streefkerk, *Schuldeisersverzuim,* Serie Monografieën BW, deel B32c, Deventer: Kluwer 2018.

Stücken 2011
M.A.M.J. Stücken, 'De vergeten 403-verklaring en intercompany-vorderingen', *Tijdschrift financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk, FIP* 2011/4, Deventer: Kluwer 2005.

Suijling 1934
J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht,* Haarlem: Uitgeverij De Erven F. Bohn 1934.

Suijling 1936
J.P. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht (tweede gedeelte),* Haarlem: Uitgeverij De Erven F. Bohn 1936.

Van der Tas 1986
L.G. van der Tas, 'Naar een uniforme definitie van het groepsbegrip in de externe verslaggeving van ondernemingen', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie, MAB* 1986/1, Amsterdam: Amsterdam University Press 1985.

Timmerman 1988-I
L. Timmerman, 'Onderneming en recht op geheimhouding', in: *Tot vermaak van Slagter, Feestbundel aangeboden aan prof. mr. W.J. Slagter ter gelegenheid van zijn 65e verjaardag,* Deventer: Kluwer 1988.

Timmerman 1988-II
L. Timmerman, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers: een ondernemingsrechtelijke studie,* Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 4, Deventer: Kluwer 1988.

Timmerman 1993
L. Timmerman, 'Problemen rond de intrekking van een aansprakelijkheidsverklaring. Wat is een landelijk verspreid dagblad?', *Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen, TVVS* 1993/184, Deventer: Kluwer 1993.

Timmerman 2000
L. Timmerman, 'Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht', in: *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht,* Preadviezen voor de Nederlandse Juristenvereniging, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Timmerman 2004
L. Timmerman, 'Interview met minister Donner over de herziening van het Nederlandse vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2004/1-2, Deventer: Kluwer 2004.

Timmerman & Winter 2013
S. Timmerman & R.M. de Winter, 'Van 403-verklaringen, achterstelling en afhankelijkheid. 403-perikelen rondom de onteigening van SNS', *Maandblad voor Vermogensrecht, MvV* 2013/12, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Tromp 1993
J.W.M. Tromp, 'Bankgarantie en contragarantie, Nederlands Juristenblad', *NJB* 1993/10, Deventer: Wolters Kluwer 1993.

Tuit 1985
P. Tuit, 'De inrichting, controle en publikatie van de jaarrekening van de geconsolideerde en gegarandeerde concernvennootschappen volgens artikel 403 van boek 2 BW', *Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen, TVVS* 1985/8, Deventer: Wolters Kluwer 1985.

Uniken Venema 1968
C.A.E. Uniken Venema, 'Ontwerp van een statuut van een Europese N.V. (S.E.)', *Tijdschrift De naamloze vennootschap, NV* 1968/11-12, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1968.

Veegens e.a. 1934
J.D. Veegens, A.S. Oppenheim & C.H.F. Polak, *Schets van het Nederlands burgerlijk recht,* Zwolle: Tjeenk Willink 1934.

Venrooy 2010
A.T.G.M. Venrooy, '(Particuliere) borgtocht, echt iets anders dan hoofdelijkheid!', *Fiscaal Tijdschrift Vermogen, FTV* 2010/26, Den Haag: Sdu 2010.

Verbrugh 2006
M.A. Verbrugh, 'De gevolgen van een 403-verklaring voor schuldeisers bij juridische fusie en juridische splitsing', *Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht, TvI* 2006/2, Deventer: Kluwer 2006.

Verbrugh 2007
M.A. Verbrugh, *Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers: Een rechtsvergelijkend onderzoek naar juridische fusie, splitsing en omzetting* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007.

Verdaas 2006
A.J. Verdaas, Annotatie in *Jurisprudentie Onderneming en Recht* bij Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, *JOR* 2007/53, Deventer: Kluwer 2006.

Verdaas 2008
A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Serie Onderneming & Recht, deel 43, Kluwer: Deventer 2008.

Verstappen 1996
L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel* (diss. Katholieke Universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer 1996.

Vlas
P. Vlas, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, Commentaar EEX-Verordening II: Commentaar art. 36 tot en met 81 EEX-Verordening II,* Deventer: Kluwer, digitale uitgave.

Völlmar 1952
H.F.A. Völlmar, *Nederlands burgerlijk recht, Derde deel: Verbintenissen- en bewijsrecht,* Zwolle: Tjeenk Willink 1952.

Ten Voorde
H. ten Voorde, *Deponering, publicatie en verzet. Een onderzoek naar de procedures rond vereffening, omzetting, kapitaalvermindering, fusie, splitsing en beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid uit een 403-verklaring* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 89, Deventer: Kluwer 2006.

Ten Voorde 2011
H. ten Voorde, 'De vergeten verklaring, intercompany vorderingen en andere praktische aandachtspunten rond de 403-verklaring', *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk, TOP* 2011/5, p. 195-199, Den Haag: Sdu, 2011.

Vranken 1989
J.B.M. Vranken, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

De Vries 2016
F.J. de Vries, *De overeenkomst in het algemeen,* Serie Monografien BW, deel B54, Deventer: Kluwer 2016.

Van Weel 1863
D. van Weel, *De leer der solidaire of hoofdelijke verbintenissen naar het Romeinsche en hedendaagse recht* (diss. Leiden) 1863.

De Weijs 2008
R.J. de Weijs, 'Vooruit met de achterstelling: over de positie van aandeelhoudersleningen in en voor faillissement'*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, *WPNR* 2008/6751, Den Haag: Sdu 2008.

Wendel 2003
C. Wendel, *Eine rechtsvergleichende Untersuchung zwischen dem englischen und US-amerikanischen Recht und dem deutschen Recht,* Series: Europäische Hochschulschriften Recht, Berlijn: Uitgeverij Peter Lang, 2003.

Wessels 1997
B. Wessels, *Splitsing van het onsplitsbare? Enige vermogensrechtelijke kanttekeningen bij 'splitsing' als rechtshandeling tot overgang van vermogen van een rechtspersoon onder algemene titel,* Amsterdam: Stichting & Vereniging 1997, p. 175-185.

Wezeman 1998
J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders,* Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen, deel 29, Deventer: Kluwer 1998.

Wezeman 2008
J.B. Wezeman, 'Twintig jaar misbruikwetgeving, twintig jaar worstelen met ficties en vermoedens. Enige opmerkingen over art. 2:248 lid 2 BW en art. 8.2 Voorontwerp Insolventiewet', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.C.J.J. Kortmann, N.S.G.J. Vermunt & C.A.M. Domingus-Schwencke (red.), *De bewindvoerder, een octopus,* Deventer: Kluwer 2008.

Wiarda 1937
J. Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam naar Nederlandsch burgerlijk recht,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1937.

Wibier 2008
R.M. Wibier, '403-perikelen vanuit een goederenrechtelijk perspectief', *Ondernemingsrecht* 2008/5, Deventer: Kluwer 2008.

Wibier 2015
R.M. Wibier, 'De aard van de aansprakelijkheid uit hoofde van een 403-verklaring', *Ars Aequi, AA* 2015/10. Nijmegen: Juridische uitgeverij Ars Aequi, 2015.

Willems 1997
M.A.L.M. Willems, 'Commentaar bij Rb. Utrecht 31 juli 1996', *Tijdschrift voor Insolventierecht, TvI* 1997/1, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 1997.

Winkel 2004
D. Winkel, 'Duidelijkheid omtrent de temporele reikwijdte van de 403-verklaring? Een overzicht'*, Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur, TvOB* 2004/4, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2004.

Winter 1989
J.W. Winter, 'Beschermingsconstructies in het Amerikaanse recht'*, Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen, TVVS* 1989, nr. 89/3, Deventer: Wolters Kluwer 1989.

Winter 1992
J.W. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), Serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, deel 15, Deventer: Kluwer 1992.

Winter 1996
J.W. Winter, 'Boekbespreking', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 1996/6216. Den Haag: Sdu 1996.

Winter 1999
J.W. Winter, 'Vergeten intrekking 403-verklaring, vergeten verzet', *Ondernemingsrecht* 1999/9, Deventer: Kluwer 1999.

Van Wijngaarden 2006-I
T. van Wijngaarden, 'Verantwoording over het groepsregime', in: M.J. Kroeze e.a. (red.), *Verantwoording aan Hans Beckman, Opstellen aangeboden aan prof. mr. H. Beckman ter gelegenheid van zijn 25-jarig jubileum als hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam,* Deventer: Kluwer 2006.

Van Wijngaarden 2006-II
T. van Wijngaarden, 'Kan een 403-verklaring preferentie scheppen?', *Juridisch up to Date, JutD* 2006/12, Rotterdam: Rendement Uitgeverij 2006.

IJsselmuiden
Th.S. IJsselmuiden e.a., 'Titel 9. De jaarrekening en het jaarverslag', in: C.A. Boukema e.a., *Rechtspersonen* (losbladig), Deventer: Kluwer losbladige editie.

Van der Zanden 2007
P.M. van der Zanden, Annotatie in *Jurisprudentie Onderneming en Recht* bij Hof Amsterdam 28 februari 2007, *JOR* 2007/145, Deventer: Kluwer 2007.

Zaman 2003
D.F.M.M. Zaman, 'Kapitaalbescherming bij fusie en splitsing', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2003, p. 247 e.v., Deventer: Wolters Kluwer 2003.

Zaman 2009
D.F.M.M. Zaman, 'Meer rechtszekerheid zonder risico van nietige en non-existente juridische fusies en splitsingen', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, WPNR* 2009/6812, Den Haag: Sdu 2009.

Van Zeben 1998
C.J. van Zeben, *Compendium Bijzondere Overeenkomsten* 1998 (negende druk). Deventer: Wolters Kluwer 1998.

Zimmermann 1990
R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition,* München/Kaapstad: Juta 1990.

Van Zoest 2011
M.R.C. van Zoest, 'De automatisch vervallende 403-verklaring', *Onderneming & Financiering, O&F* 2011/4. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Van Zoest 2014
M.R.C. van Zoest, 'Moeten bekende grote schuldeisers separaat op de hoogte worden gebracht van beëindiging van de overblijvende 403-aansprakelijkheid?', *Vennootschap & Onderneming*, *V&O* 2014, p. 1-4, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Van Zoest 2015
M.R.C. van Zoest, 'Bestuurdersaansprakelijkheid als gevolg van enkele veelgemaakte vergissingen in het kader van de concernvrijstelling: de instemmingsverklaring en de algemene boekhoudplicht van artikel 2:10 BW'*, Tijdschrift Ondernemingsrechtpraktijk, TOP* 2015/105, Den Haag: Sdu 2015.

Van Zoest 2016
M.R.C. van Zoest, '(Beëindiging van) 403-aansprakelijkheid', *Onderneming en financiering, O&F* 2016/1, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

Zwemmer 2010
J.P.H. Zwemmer, 'De 403-verklaring en de aansprakelijkheid voor uit arbeidsovereenkomsten (en andere duurovereenkomsten) voortvloeiende verplichtingen', *ARBAC,* december 2010, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Zwemmer 2011
J.P.H. Zwemmer, 'De 403-verklaring en de aansprakelijkheid voor uit arbeidsovereenkomsten (en andere duurovereenkomsten) voortvloeiende verplichtingen', *Ondernemingsrecht* 2011/45, Deventer: Kluwer 2011.

Zwemmer 2012
J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap,* Serie monografieën sociaal recht, Deventer: Kluwer 2010.

CURRICULUM VITAE

Jop van der Kraan (1984) behaalde in 2002 zijn vwo-diploma aan het Ulenhof College te Doetinchem. Vanaf 2003 studeerde hij Nederlands recht en notarieel recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Zowel de master Nederlands recht als de master notarieel recht rondde hij af in 2011.

Vanaf 2010 was hij als juridisch medewerker verbonden aan advocatenkantoor Banning NV, waar hij in 2011 als advocaat in dienst trad; eerst op de vastgoedpraktijk en later op de ondernemingsrechtpraktijk.

In 2012 publiceerde hij het boek *De groepsvrijstelling op basis van artikel 2:403 BW* met als ondertitel *Aansprakelijkheid van de moedervennootschap en de positie van schuldeisers*.

In 2014 is hij gestart als buitenpromovendus met zijn onderzoek aan de faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden onder begeleiding van prof. Bartman.

In 2015 stapte hij over naar het advocatenkantoor Loyens & Loeff NV waar hij sindsdien werkzaam is op de proces- en (internationale) arbitragepraktijk. Hij houdt zich voornamelijk bezig met civielrechtelijke en ondernemingsrechtelijke geschillen. Van 2018 tot 2019 heeft hij als advocaat gewerkt bij het kantoor van Loyens & Loeff in Singapore.

Sinds 2017 is hij verbonden als docent ondernemingsrecht aan de Nyenrode Business Universiteit. Daarnaast verzorgt hij gastcolleges aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, de Universiteit Leiden en de Universiteit Utrecht.

Sinds 2011 is hij als vaste medewerker verbonden aan het tijdschrift *Jurisprudentie in Nederland* (*JIN*). Sinds 2015 maakt hij deel uit van de redactieraad van het tijdschrift *Maandblad voor Ondernemingsrecht* (*MvO*).

Hij is auteur van ruim dertig publicaties in diverse juridische vaktijdschriften. Hij publiceert met name over ondernemingsrechtelijke onderwerpen.