



Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

Kraan, J. van der

Citation

Kraan, J. van der. (2020, December 8). *Toepassing en rechtskarakter van de groepsvrijstelling van artikel 2:403 BW*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/138672>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/138672>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

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

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 *onmiskienbaar 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 correaale 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 solidaire karakter. Werd aan de wettelijke variant een solidaire karakter toegedicht, dan ontwikkelde zich daarnaast in de praktijk een correaale 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 correaale 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 correaale 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 solidaire 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 paragraaf 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 correaal 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 moederverenootschap een zekerheid verstrekt voor de nakoming van de schulden van een andere verenootschap. 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 moederverenootschap zich aansprakelijk verklaart voor de schuld van een ander. Aangezien een moederverenootschap zich in een 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk verklaart voor de schulden van een dochterverenootschap (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 jaarrekeningsplicht 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 Ondernemingskamer, 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. Daarmee hebben zij een wilsrecht. Na de acceptatie 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 mogelijk 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.

