

# De 403-verklaring: hoofdelijkheid of borgtocht? Een napleitexercitie

Prof.mr. S.M. Bartman

Hoge Raad 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837 (*Bia Beheer*)<sup>1</sup>

'Het mag betwijfeld worden of een hoofdelijke aansprakelijkheid-zonder-meer, zelfs bij een contractuele concernverhouding, niet een te ongenueanceerde regeling zou zijn, die te weinig rekening houdt met de veelvormigheid van concernbetrekkingen. Eerder valt te denken aan die gevallen in ons burgerlijk recht waarin iemand die het vermogen van een ander beheert, de accessoire verplichting tot borgtocht heeft voor de verliezen die door zijn nalatigheid aan het vermogen van de van hem afhankelijke persoon zijn toegebracht (art. 1857 e.v. BW).<sup>2</sup>

## Feiten en procesverloop

Waar mogelijk benoemt de rechtbank bij het faillissement van een concern dezelfde persoon als curator in de boedels van de groepsmaatschappijen waaruit het concern bestaat. Bij een groep met een zekere omvang kunnen dit ook meerdere, gezamenlijk optredende curatoren zijn. Op die manier wordt een gecoördineerde vereffening zoveel mogelijk gewaarborgd, ook al ontbreekt in ons land een wettelijke regeling voor het concernfaillissement.<sup>3</sup> Buiten kijf staat immers dat er binnen een concern gewoonlijk vele commerciële en juridische banden zijn die afstemming van zaken vergen, niet in de laatste plaats ook in het belang van de schuldeisers van de diverse groepsboedels. De onderhavige procedure illustreert dat dit geen overbodige benoemingspraktijk is. Opereren immers verschillende curatoren los van elkaar vanuit dezelfde groep dan kan dit allicht tot een gebrek aan communicatie leiden, met alle litigieuze gevolgen van dien. Dat is ook niet verwonderlijk, omdat elke curator nu eenmaal primair tot taak heeft om de omvang van de boedel van 'zijn' failliet zo goed mogelijk te bewaken. Net als ons Burgerlijk

Wetboek (Boek 2) beschouwt ook de Faillissementswet nog steeds de enkelvoudige vennootschap en niet de groep als exclusief aanknooppunt voor bevoegdheidsallocatie en taakuitoefening. Bestaat er niet een enigszins dwingende afstemming op basis van consensus tussen de curatoren van de onderscheiden groepsmaatschappijen, dan vallen zij uiteindelijk ieder voor zich terug op dit uitgangspunt van de wet. De curator van een individuele groepsmaatschappij kan het zich niet permitteren om een snelle winst voor 'zijn' boedel te missen omdat hij rekende op een groepsdeal die uiteindelijk niet doorging. De positie van de individuele curator binnen een gefailleerde groep doet in zoverre sterk denken aan het befaamde *prisoner's dilemma*.

In de onderhavige casus wordt de curator in het faillissement van moedermaatschappij Bia Beheer BV (hierna: 'Bia Beheer') in rechte belaagd door Lentink Metaalwarenfabriek BV (hierna: 'Lentink'), een schuldeiser van haar eveneens gefailleerde dochtermaatschappij Inalfa Mastertools BV (hierna: 'Mastertools'). Mastertools had zich tegenover Lentink verbonden om een persgereedschap – door partijen aangeduid als 'trekstempel' – te vervaardigen en te leveren, waarmee Lentink op haar beurt behuizingen voor cv-ketels zou kunnen produceren. Edoch, het trekstempel functioneert niet naar behoren. Lentink wenst haar geld terug en ten slotte houdt zij zowel Mastertools als Bia Beheer in rechte hoofdelijk aansprakelijk voor de opgetreden schade. De vordering op Bia Beheer is gebaseerd op de door haar ten tijde van de overeenkomst met Lentink afgelegde verklaring van

1 Vgl. NJ 2015/255 m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2015/191 m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, *Ondernemingsrecht* 2015/66, p. 343, m.nt. H. Beckman (*Bia Beheer*). Zie voor een fraaie standopname van de '403-problematiek', inclusief

het onderhavige arrest, C.R. Huiskes, 'Enige beschouwingen omtrent de "430-verklaring"', *TvJ* juli 2015, p. 38.

2 W.K. Franken, *Aspecten van concernrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 370

3 Hierover M.L.H. Reumers, *Samengevoegde afwikkeling van faillissementen* (Serie vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 61), Deventer: Kluwer 2007.

aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 2:403 lid 1, sub f BW (hierna: ‘403-verklaring’) voor de verplichtingen van haar dochter Mastertools.<sup>4</sup>

De rechtbank wijst de vorderingen van Lentink echter af en kent de reconventionele vordering van Mastertools op Lentink wegens onbetaalde facturen toe. Hangende het hoger beroep sluit Lentink vervolgens een akkoord met (alleen) de curator van Mastertools. Tegen betaling van een bedrag van € 25.000,- door Mastertools zien partijen verder af van hun schadevorderingen over en weer. Van een gecoördineerde actie van beide curatoren is echter geen sprake, de curator van Bia Beheer is niet bij de vaststellingsovereenkomst betrokken (art. 7:900 BW). Vermoedelijk gaf de curator van Mastertools de voorkeur aan een ogenschijnlijk snelle winst voor zijn boedel in plaats van langdurig overleg met een onzekere uitkomst met zijn medecurator. Lentink handhaaft dan ook haar volledige vordering op Bia Beheer, zij het uiteraard minus € 25.000,- ingevolge artikel 6:7 lid 2 BW.

De curator van Bia Beheer verweert zich in hoger beroep met de stelling dat, als gevolg van de vaststellingsovereenkomst met Mastertools, Lentink ook afstand heeft gedaan van haar vordering op Bia Beheer. De op de 403-verklaring gebaseerde vordering strekt immers louter tot zekerheid voor voldoening van de ‘onderliggende’ hoofdvordering op Mastertools. Bia Beheer dicht de vordering van Lentink uit de 403-verklaring dus een afhankelijk karakter toe: de gehoudendheid van de moeder uit haar 403-verklaring kan nooit verder gaan dan de onderliggende verplichting van haar dochter. Nu die als gevolg van de vaststellingsovereenkomst is verdwenen, is ook de 403-verplichting van Bia Beheer geëindigd. Het hof is het hier echter niet mee eens, met verwijzing naar het arrest *ING/Akzo*, en veroordeelt Bia Beheer alsnog tot volledige voldoening van de schuld van haar dochter aan Lentink, minus € 25.000,-.<sup>5</sup> Bia Beheer probeert het vervolgens nog eens in cassatie.

Naar aanleiding van de kernonderdelen van het cassatiemiddel (onderdelen 2, 3 en 4) overweegt en oordeelt de Hoge Raad als volgt:

‘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 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 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.’

Het cassatiemiddel beriep zich er ook nog op dat de Europese richtlijnen ‘die aan art. 2:403 BW ten grondslag liggen’ (r.o. 3.6.1) slechts spreken van een garantstelling door de moedermaatschappij en niet van hoofdelijkheid. Garantstelling zou kunnen worden geduid als borgtocht dat, anders dan hoofdelijkheid in de zin van artikel 6:7 BW, wel een afhankelijk karakter heeft (art. 7:851 lid 1 BW). De Hoge Raad moet ook van dit argument – in navolging van de advocaat-generaal – niets weten en hij overweegt als volgt:

‘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” 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.’

## Noot

1 De 403-verklaring heeft recent tot meerdere uitspraken van de Hoge Raad geleid. Waar de rechtsbeoefenaar het tot voor kort moest doen met slechts het *Akzo/ING*-arrest uit 2002,<sup>6</sup> kan hij vanaf 2014 enige zekerheid trachten te ontlenen aan de overwegingen van de Hoge Raad over deze lastige rechtsfiguur in respectievelijk de arresten inzake *Econcern*, *SNS* en het onderhavige arrest *Bia Beheer*.<sup>7</sup> Ook de procedure inzake *TPB/Eneco* mag hier niet onver-

4 De 403-verklaring van Bia Beheer – voorheen Inalfa geheten – heeft overigens tot vele rechtsgedingen geleid. Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 12 mei 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI6325, *JOR* 2009/708 m.nt. S.M. Bartman (*Oud Papier Centrale Wiermans/Bia Beheer*).

5 Hof Den Bosch 24 januari 2012, ECLI:NL:

GHSHE:2012:BV1960, *JOR* 2012/165 m.nt. R.I.V.F. Bertrams (*Lentink/Eikendal q.q.*)

6 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*)

7 Vgl. HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:898, *NJ* 2014/309 m.nt. P. van Schilfhaarde, *JOR*

2014/199 m.nt. E.A. van Dooren, *JIN* 2014/108 m.nt. J. van der Kraan, *JAR* 2014/144 m.nt. J. van der Pijl (*Econcern*) en HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, *JOR* 2015/140 m.nt. M. Josephus Jitta, *JIN* 2015/82 m.nt. J. van der Kraan (*SNS*).

meld blijven, ondanks het feit dat deze wat teleurstellend eindigde in een artikel 81 RO-uitspraak.<sup>8</sup> In deze annotatie betrek ik derhalve ook deze andere arresten in hun onderlinge samenhang met de uitspraak inzake Bia Beheer.

**2** Eerst een korte schets van de achtergrond van de 403-verklaring. Welbeschouwd is dit een Nederlandse uitvinding. In 1971 werd een regeling ingevoerd in de Wet op de Jaarrekening van Ondernemingen (art. 38a WJO), waaronder een groepsafhankelijke naamloze vennootschap kon volstaan met publicatie van slechts een summier ingerichte jaarrekening. Voor de eveneens in 1971 geïntroduceerde besloten vennootschap, die destijds nog niet viel onder de reikwijdte van de Europese jaarrekeningvoorschriften, gold sowieso geen publicatieplicht indien aan een aantal voorwaarden werd voldaan (art. 57w WvK). In beide wettelijke regelingen werd reeds gesproken van hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij als voorwaarde om van de vrijstelling gebruik te maken. Voor zover na te gaan, is destijds nagedacht over vele aspecten van de vrijstellingsregeling, behalve over het karakter van hoofdelijkheid van de door moeder te verstrekken zekerheid aan de schuldeisers van haar dochter. De parlementaire geschiedenis kenmerkt zich vooral als een jaarrekening-technisch debat.<sup>9</sup>

**3** In 1976 werden de genoemde groepsvrijstellingsregelingen overgeheveld naar Boek 2 BW – dat gold als ‘voortrein’ van de algehele herziening van het BW – en wel in de artikelen 2:343 jo. artikel 2:215 BW. Tot een inhoudelijke wijziging leidde dit echter niet. Het karakter van hoofdelijkheid van moeders zekerheid kwam wederom niet ter sprake, laat staan dat hierover discussie bestond. Pas in 1984 ontstaat, naar aanleiding van de implementatie van de Vierde EEG-richtlijn tot harmonisatie van het vennootschapsrecht, de 403-verklaring zoals wij die nu kennen. De tekst van artikel 2:403 lid 1, sub f BW is sedertdien ongewijzigd gebleven. Hoewel de Vierde EEG-richtlijn sprak van een garantieverklaring als voorwaarde voor vrijstelling, heeft de Nederlandse wetgever de bestaande formulering van artikel 2:343 BW in het nieuwe artikel 2:403 BW eenvoudig gehandhaafd. Wederom zonder aandacht te besteden aan het karakter van hoofdelijkheid van moeders zekerheid. Ik citeer Beckman:

‘De Nederlandse wetgever heeft de garantstelling gegoten in de vorm van een hoofdelijke aansprakelijkstelling van de moedermaatschappij, daarmee een zwaardere gekozen dan door de richtlijn wordt verlangd. Daar, zoals hiervoor is gebleken, de Nederlandse wetgever in het verleden had gekozen voor hoofdelijke mede-aansprakelijkheid, heeft de wetgever deze vorm gecontinueerd. Enige discussie daarover of (her) bezinning op deze continuering heeft niet – althans niet zichtbaar – plaatsgevonden.’<sup>10</sup>

**4** De Europese vrijstellingsregeling is nadien overgeplaatst van artikel 57 van de Vierde EEG-richtlijn (over de enkelvoudige jaarrekening) naar artikel 43 van de Zevende EEG-richtlijn (over de geconsolideerde jaarrekening) en ten slotte naar artikel 37 van de EU-richtlijn inzake de jaarrekening, welke beide voorgaande richtlijnen heeft vervangen.<sup>11</sup>

**5** Is het nu zo erg dat de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling hoofdelijkheid verlangt en in zoverre verder gaat dan de Europese richtlijn voorschrijft? Dat valt wel mee, denk ik. Er zijn grotere knelpunten bij de uitleg en toepassing van de 403-verklaring te ontwaren, zoals de vraag of deze nu wel of niet dekking moet geven aan alle bestaande schuldeisers van de dochter op het moment van deponering bij het handelsregister, of dat ook een beperkte terugwerkende kracht, zoals vanaf de aanvang van het boekjaar van vrijstelling, volstaat.<sup>12</sup> Niettemin maakt de Nederlandse regeling het de praktijk op een aantal punten wel lastig, zodat soms aanvullende constructies moeten worden bedacht om de ongewenste neveneffecten van hoofdelijkheid te keren. Ik noem wat voorbeelden:

*a* Een 403-verklaring kan op elk moment worden ingetrokken zodat geen nieuwe aansprakelijkheid voor moeder ontstaat (art. 2:404 lid 1 BW). Dat laat de inmiddels opgebouwde – de wet spreekt van ‘overblijvende’ – aansprakelijkheid echter onverlet (art. 2:404 lid 2 BW). Daar kan moeder ook van af mits een aantal voorwaarden is vervuld (art. 2:404 lid 3 BW). Tegen het voornemen tot beëindiging kan een schuldeiser van de dochter verzet plegen (art. 2:404 lid 5 BW). De pandhouder van een vordering op de dochter is echter geen schuldeiser van die dochter. Uiteraard heeft die pandhouder wel een sterk *afgeleid* belang bij instandhouding van de 403-verklaring, omdat de waarde van zijn pandobject daar in hoge mate door wordt beïnvloed. Niettemin oordeelde de Hoge Raad in *Akzo/ING* dat de pandhouder geen verzetrecht toekomt. Van een redelijke en op de praktijk toegesneden wetsuitleg van artikel 2:404 jo. artikel 3:245 BW wilde de Hoge Raad niet weten. Van een ‘rechtsoverdracht ter bescherming van het verpande goed’ is in casu immers geen sprake, nu de vordering op de dochter door beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid als zodanig niet wordt aangetast. Dat geldt uiteraard wel voor de 403-vordering op de moeder. Gevolg is dat kredietgevers sedertdien niet alleen pandrecht bedingen op de vordering op de 403-dochter, maar tevens op de vordering van de kredietnemer op de moeder uit hoofde van haar 403-verklaring. In zijn noot in de *NJ* onder paragraaf 4 noemt Maeijer dit een ‘toch wat bizar aandoende mogelijkheid’.

<sup>8</sup> HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1691 (*TPB/Eneco*). Zie voor het arrest van het Hof Den Haag d.d. 18 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:892, *JOR* 2015/93 m.nt. S.M. Bartman.

<sup>9</sup> Zie uitvoerig over de wetgeschiedenis in dit verband H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling*

*voor afhankelijke groepsmaatschappijen* (Serie vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 25), Deventer: Kluwer 1995.

<sup>10</sup> Beckman 1995, p. 293.

<sup>11</sup> Richtlijn 2013/34/EU, gewijzigd door Richtlijn 2014/95/EU, waarover Beckman, *Ondernemings-*

*recht* 2013/73, p. 368. .

<sup>12</sup> Hierover S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern* (8e druk), Deventer: Kluwer 2013, p. 247 e.v.

b Het hoofdelijke karakter van de (vordering uit de) 403-verklaring maakt dat de schuldeiser van de dochter naar eigen voorkeur en believen deze laatste of de moeder kan aanspreken en wel tot nakoming (art. 6:7 lid 1 BW). Hoofdelijkheid doet een *ad random*-verbintenis ontstaan. Borgtocht kenmerkt zich daarentegen door het beginsel van subsidiariteit; de borg is niet gehouden tot betaling voordat genoegzaam is gebleken dat de hoofdschuldenaar in gebreke blijft (art. 7:855 lid 1 BW). Nu zal het in de praktijk niet gauw voorkomen dat een handelspartner van een dochtervennootschap meteen diens moedermaatschappij zal aanspreken, maar theoretisch bestaat die mogelijkheid wel. Schoordijk noemde dit destijds ‘te dwaas voor woorden’. Hij wijst ook op de ongerijmdheid dat de schuldeiser volgens de hoofdregel van hoofdelijkheid de moeder zelfs tot nakoming van de bedongen tegenprestatie kan aanspreken.<sup>13</sup> Een ongerijmdheid, omdat de holding zich gewoonlijk beperkt tot beheer en financiering van de groep en niet zelf goederen of diensten pleegt te produceren. Daar zijn de werkmaatschappijen nu juist voor! Bia Beheer maakte geen trekstempels, dat was de taak van haar productiemaatschappij Mastertools. Natuurlijk lost een claim tot nakoming tegen de moeder zich in de praktijk op in vervangende schadevergoeding, maar toch getuigt de erkenning van de mogelijkheid van die claim van weinig realiteitszin. De borg is daarentegen wel van meet af aan gehouden tot vervangende schadevergoeding (art. 7:854 BW). Kortom, er bestaat, mij dunkt, alle aanleiding om subsidiariteit ook in het 403-regime in te bouwen, maar het karakter van hoofdelijkheid verzet zich daar tegen. Elders heb ik al betoogd dat er niets op tegen is als de moeder in haar 403-verklaring zelf stipuleert dat de schuldeiser zich eerst dient te vervoegen bij de dochter alvorens bij de moeder aan te kloppen. De ratio van de 403-verklaring wordt hier mijns inziens niet door aangetaast. Maar ja, het is niet uitgesloten dat de rechter anders zal oordelen en welke juridisch adviseur durft dit risico dan te nemen?<sup>14</sup>

c Zoals de Hoge Raad in *Akzo/ING* en nu ook weer in *Bia Beheer* benadrukt, impliceert hoofdelijkheid het bestaan van verscheidene, zelfstandige vorderingsrechten. Er is slechts in zoverre afhankelijkheid dat nakoming – geheel of gedeeltelijk – door een der schuldenaren ook de andere(n) tegenover de schuldeiser bevrijdt (art. 6:7 lid 2 BW). Dit geldt ook bij geheel of gedeeltelijke kwijting door de schuldeiser (art. 6:9 BW). Sinds SNS kan men hieraan nog toevoegen dat onteigening van de vordering op de dochter (hierna: ‘onderliggende vordering’) ook maakt dat de schuldeiser zijn vordering op de moeder (hierna:

‘403-vordering’) uit hoofde van haar 403-verklaring niet meer te gelde kan maken.<sup>15</sup> Voor het overige staan beide vorderingsrechten echter los van elkaar. Dat betekent dat beide vorderingsrechten ook los van elkaar kunnen worden bezwaard, overgedragen en voor beslag vatbaar zijn. Het zekerheidskarakter van de 403-vordering verdraagt zich echter lastig met een separate overdraagbaarheid van beide vorderingsrechten. Overdracht van alleen de onderliggende vordering met behoud van de 403-vordering is betrekkelijk zinloos vanuit het perspectief van de cedent. Overdracht van alleen de 403-vordering is weinig aantrekkelijk vanuit het perspectief van de cessionaris. Wat moet hij met een vordering tot nakoming op iemand die zijn contractant niet is en die pas opeisbaar wordt op het moment dat dit ook het geval is met de onderliggende vordering, waarover hij niet beschikt en die dus buiten hem om kan worden geïnd? De functie van de 403-vordering als zekerheid voor iemand die handelt met een vrijgestelde dochtermaatschappij raakt hier ook geheel buiten beeld.<sup>16</sup> Daarbij komt dat alleen de schuldeiser van de dochter verzet kan plegen tegen moeders voorgenomen beëindiging van haar overblijvende aansprakelijkheid. Het vijfde lid van artikel 2:404 BW spreekt immers van ‘de schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt.’ Mij dunkt dat de wetgever hier het oog heeft op de schuldeiser van de onderliggende vordering. De cessionaris van alleen de 403-vordering kom het verzetrecht dus niet toe, terwijl de cedent er in dat geval niets meer aan heeft. Kortom, de wetgever van 1971 is er duidelijk, zij het impliciet, van uitgegaan dat beide vorderingsrechten in één en dezelfde hand blijven. Ook vanuit de moeder beschouwd is dat een aantrekkelijker perspectief. Zij zou haar dochter kunnen instrueren, zo nodig langs de statutaire weg van artikel 2:239 lid 4 BW, om van diens contractspartijen te bedingen dat de eenmaal ontstane 403-vordering niet separaat overdraagbaar is. Een moeilijke constructie uiteraard, die ik in de praktijk dan ook nog niet ben tegengekomen.

d Het strikt vasthouden aan hoofdelijkheid als bedoeld in artikel 6:7 BW maakt ook dat de bijgevolg zelfstandig gedachte rechtsoverdrachten op moeder en dochter hun eigen ‘levensloop’ kunnen hebben in termen van stuiting en verjaring. Zeker indien beide rechtsoverdrachten na overdracht in verschillende vermogens vallen, is het mogelijk dat op enig moment wel de verjaring van de onderliggende vordering op de dochter, maar niet de 403-vordering op de moeder wordt gestuit, of omgekeerd natuurlijk. Maar ook als beide vorderingsrechten in één hand zijn gebleven is een dergelijk divergerend verjaringstraject

13 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*, Den Haag: BJu 2003, p. 64. Zie ook mijn reactie op zijn betoog in: ‘403-verklaring blijft bron van misverstand’, *Ondernemingsrecht* 2004, afl. 1/2, p. 50.

14 Bartman & Dorresteyn 2013, p. 238. Enigszins vergelijkbaar hiermee betogen Faber en Vermunt

in hun noot bij *Bia Beheer* in *JOR* 2015/191, par. 3, dat een 403-verklaring bij wege van borgtocht niet ‘aan een consolidatie van de jaarrekening in de weg staat’. Ik veronderstel dat zij bedoelen dat zo’n 403-verklaring niet aan het gebruik van de groepsvrijstelling in de weg staat. Aanvaarding van aansprakelijkheid is geen voorwaarde tot consolidatie, beide zijn voorwaarden om de vrijstelling te genieten. Zij bevinden zich overigens in

goed gezelschap, want de Hoge Raad maakt in de SNS-beschikking dezelfde fout, zie r.o. 4.34.1.

15 SNS-beschikking Hoge Raad, r.o. 4.30, met verwijzing naar de conclusie van de advocaat-generaal, ECLI:NL:PHR:2014:1825, par. 10.4-10.5.

16 Evenzo Huisjes 2015, p. 42, althans zo lijkt het, met verdere literatuurverwijzingen.



niet ondenkbaar. *Contract management* is nu eenmaal niet overal even goed ontwikkeld. Dan kan zich dus de situatie voordoen dat de schuldeiser van de dochter zijn vordering niet meer (afdwingbaar) verzekerd ziet door een – inmiddels verjaarde – 403-vordering op de moeder, terwijl de dochter nog steeds geen eigen jaarrekening publiceert. Ook het omgekeerde is weer denkbaar; de onderliggende vordering is inmiddels verjaard, maar de 403-vordering volgt haar eigen door stuiting verlengde levenspad. Is dat alles conform de bedoeling van de wetgever? De vraag stellen is haar beantwoorden, lijkt mij. Het liedje wordt wellicht wat eentonig, maar borgtocht, zijnde een afhankelijk recht, gaat teniet door verjaring van de hoofdvordering (art. 7:853 BW). Dat zou naar mijn mening evenzeer moeten gelden voor de 403-vordering. Overigens wordt de verjaringsproblematiek nog complexer wanneer men beseft dat het ontstaansmoment van de onderliggende vordering en de 403-vordering niet per se dezelfde hoeft te zijn. Moeder kan immers een 403-verklaring met terugwerkende kracht hebben gedeponereerd. Maar ook als de 403-verklaring er al lag toen de dochter haar rechtshandeling verrichtte, staat niet vast dat beide vorderingen op hetzelfde moment zijn ontstaan. Van der Kraan betoogt immers op goede gronden dat het recht uit de 403-verklaring als een wilsrecht moet worden beschouwd, met als gevolg dat de 403-vordering pas ontstaat op het moment dat de schuldeiser de moeder daadwerkelijk tot nakoming aanspreekt.<sup>17</sup>

e Voorts toont de casus van Bia Beheer aan dat hoofdelijkheid als bedoeld in artikel 6:7 BW onder omstandigheden leidt tot ongewenste rechtsgevolgen. Ik citeer in dit verband Bertrams in zijn noot bij het eerdere arrest van het Hof Den Bosch in de *Bia Beheer*-zaak:

‘Het – wat mij betreft bizarre – gevolg van de toepassing van de Hoge Raad-leer door het hof is dat crediteur Lentink, nadat deze een finale schikking met de 403-dochter heeft bereikt, alsnog een keer mag schieten op de 403-moeder teneinde voldoening van haar vordering op de 403-dochter te verkrijgen (indien die vordering mocht komen vast te staan) waarvoor de moeder zekerheid gegeven heeft in de vorm van hoofdelijkheid.’

Bertrams wijst er ook terecht op dat (de curator van) Bia Beheer na betaling van Lentink vervolgens weer intern regres kan nemen op de boedel van (de curator van) Mastertools (art. 6:10 BW jo art. 136 lid 2 Fw), zodat diens in eerste aanleg snelle winst voor eigen boedel maar relatief is.<sup>18</sup> Het *prisoner's dilemma* waarin de curator van Mastertools kennelijk verkeerde, leidt – zoals elk *prisoner's dilemma* – uiteindelijk tot een suboptimaal resultaat.

f Hoofdelijkheid leidt weliswaar tot meerdere, zelfstandige rechtsvorderingen op diverse schuldenaren, dit betekent niet dat de specifieke voorwaarden die kleven aan de verbintenis van de hoofdschuldenaar ook automatisch ‘doortikken’ in de verhouding tot de andere hoofdelijk verbonden. Dat geldt voor zowel een wettelijk voorrecht, zoals de loonpreferentie, alsook voor een bedongen achterstelling ten opzichte van andere schuldeisers van de hoofdschuldenaar. Het eerste heeft de Hoge Raad bevestigd in zijn *Econcern*-arrest, het laatste in de *SNS*-beschikking.<sup>19</sup> Ik concentreer mij nu even op deze laatste uitspraak, waarin de Hoge Raad als volgt overweegt onder r.o. 4.34.3:

‘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. (...) 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.’

Vanuit een oogpunt van Nederlands vermogensrecht valt op deze redenering weinig af te dingen. Toch is de uitkomst vanuit, wat ik maar noem een (meer) *institutioneel* oogpunt, weinig bevredigend te noemen. Hiermee doel ik dan op de moeder-dochterrelatie tussen SNS REAAL NV en SNS Bank NV, die zich naar buiten toe in hoge mate als een economische eenheid manifesteerde.<sup>20</sup> Het beeld dat dan ontstaat is dat een schuldeiser die bij de aankoop van een SNS-obligatie nadrukkelijk achterstelling heeft aanvaard, zich vervolgens ingevolge haar 403-verklaring vrolijk tot nakoming kan wenden tot moeder SNS REAAL, zonder last te hebben van enige achterstelling ten opzichte van diens andere schuldeisers, ook niet indien en voor zover dit dezelfde zijn jegens wie hij op dochterniveau achterstelling had aanvaard. Ik vermoed dat weinig rechtsbeoefenaren hiermee gerekend hebben. Wil moeder dit gevolg van haar hoofdelijke *ad random*-verbintenis uit de 403-verklaring repareren of afwenden, dan moet zij tijdig aanschuiven als derde partij bij de achterstellingsovereenkomst tussen de schuldeiser en haar dochter. Een moeizame oplossing, waarvan het ook weer zeer de vraag is of die in de praktijk uitvoerbaar is. Bestaande, op

17 J. van der Kraan, *De groepsvrijstelling op basis van artt. 2:403 BW*, Tilburg: Celsus 2012, p. 68. Zie ook diens artikel ‘De verjaring van een 403-vordering’, *O&F* 2015, afl. 2, p. 15. Dat ook de rechter moeite heeft met het aanvaarden van een onafhankelijk – en dus mogelijk divergerend – verjaringsregime van onderliggende vordering en 403-vordering, blijkt wel uit Hof Den Haag 18

maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:892, *JOR* 2015/93 m.nt. Bartman (*TPB/Eneco*), r.o. 8.

18 Hof Den Bosch 24 januari 2012, *JOR* 2012/165 m.nt. R.I.V.F. Bertrams (*Lentink/Eikendal q.q.*). Evenzo Faber en Vermunt in hun noot bij *Bia Beheer*, *JOR* 2015/191, par. 4.

19 Voor vindplaatsen zie voetnoot 7. Zie voorts J. van der Kraan, ‘Preferentie en achterstelling in

samenloop met de groepsvrijstellingsregeling van art. 2:403 BW’, *Tijdschrift Financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk* 2014, afl. 3, p. 108.

20 De zeer nauwe financiële verwevenheid binnen de SNS-groep noopte de minister van Financiën onlangs tot het initiëren van een apart onderzoek hiernaar. Vgl. zijn brief aan de Tweede Kamer d.d. 23 februari 2015, *Kamerstuk* 33532, 39.

dochterniveau achtergestelde schuldeisers zullen hiervoor vermoedelijk weinig geporteerd zijn. Nieuwe schuldeisers zullen ongetwijfeld een hoge prijs vragen. Het bedingen van achterstelling in de 403-verklaring zelf lijkt mij geen haalbare optie te zijn, omdat dan weer het gevaar dreigt dat dit in de ogen van de rechter niet resulteert in een volwaardige 403-verklaring die vrijstelling van de jaarrekeningplicht van de dochter oplevert.<sup>21</sup>

**6** 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 advocaat-generaal in zijn conclusie de vele kritische geluiden in de rechtsliteratuur van de afgelopen twaalf jaar wel degelijk signaleert.<sup>22</sup> Hij doet er vervolgens echter niets mee.

**7** De Hoge Raad volgt de advocaat-generaal en volstaat hoofdzakelijk met verwijzing naar zijn eerdere arrest inzake *Akzo/ING* (r.o. 3.6.2). Het bijkomende argument, door de Hoge Raad verwoord in r.o. 3.6.3, inhoudende dat ‘de Nederlandse wetgever ervoor gekozen (heeft) om de in de Europese richtlijnen bedoelde garantie uit te werken in een vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid’, maakt niet echt indruk. Zoals de hiervoor geschetste wetsgeschiedenis aantoont, lijkt van een bewuste keuze bij gelegenheid van de implementatie van de Vierde EEG-richtlijn nauwelijks sprake geweest, laat staan van een verdere, doelgerichte ‘uitwerking’ van die keuze. De wetgever heeft de bestaande regeling van hoofdelijkheid uit 1971 zonder kenbare afweging eenvoudig gecontinueerd. In moderne termen: de wetsgeschiedenis van 1984 getuigt in hoge mate van een *copy/paste*-benadering. Wil men dan ook een beroep doen op de wens en het inzicht van de Nederlandse wetgever, dan zal men te rade moeten gaan bij die van 1971.

**8** Welnu, uit de mij beschikbare parlementaire behandeling blijkt dat de wetgever uit 1971 feitelijk veeleer het oog had op een subsidiaire zekerheid van de moeder voor het geval haar dochter in gebreke blijft, dan op een zelfstandige, *ad random* verbintenis van de moeder tot nakoming van waartoe haar dochter zich had verbonden. Tijdens de parlementaire behandeling werd de voorgestelde hoofdelijke aansprakelijkheid zonder tegenspraak meerdere malen aangeduid als een ‘garantstelling door de moedermaatschappij’.<sup>23</sup> Het door de wetgever feitelijk

beoogde, subsidiaire zekerheidskarakter van moeders gehoudenheid komt ook duidelijk naar voren in de woorden van de toenmalige minister van Justitie in de Memorie van Toelichting bij het betreffende wetsvoorstel:

‘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 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 publicatie van haar jaarrekening uit dien hoofde achterwege blijven.’<sup>24</sup>

**9** Let wel, ik betoog niet dat de kwalificatie van de 403-vordering als hoofdelijkheid in de zin van artikel 6:7 BW geheel onverdedigbaar is. Indien ingebed in een meer omvattende, wettelijke regeling die het concernverband de plaats en aandacht geeft die het verdient, valt dat standpunt wel degelijk te bepleiten. Het gaat dan om argumenten die zien op de relatie tussen de 403-verklaring en de duiding van het concernverband binnen ons systeem van vennootschapsrecht.<sup>25</sup> Hiervoor sprak ik van een (meer) institutionele benadering van het 403-regime. En het moet gezegd, de advocaat-generaal geeft daartoe wel een aanzet. In paragraaf 2.8 van zijn conclusie schrijft hij immers:

‘In het feit dat de moedermaatschappij ervoor kiest om een groepsmaatschappij aan het economisch verkeer te doen deelnemen zonder aan de andere deelnemers aan dat verkeer het gebruikelijke inzicht in de financieel/economische situatie van de groepsmaatschappij te bieden, kan evenzeer een rechtvaardiging worden gevonden om uit de 403-verklaring een meer zelfstandige vordering jegens de moedermaatschappij af te leiden. De betrokken groepsmaatschappij komt daardoor immers dichter aan te liggen tegen het zijn van een onzelfstandig bedrijfs onderdeel van de moedermaatschappij.’

**10** De advocaat-generaal kiest hiermee nogal gedurfd voor een institutionele invalshoek bij de duiding van de 403-verklaring. Zijn standpunt sluit aan bij de dissertatie van Raaijmakers, die in de toepassing van de – toenmalige – regeling van artikel 2:343 BW voldoende reden zag om de moedermaatschappij een concreet instructierecht over haar dochter toe te kennen, met relativering van het eigen vennootschappelijk belang van die laatste. Raaijmakers schreef in 1976:

‘De moeder krijgt dan m.i. een vrijwel onbeperkte mogelijkheid tot het uitoefenen van haar invloed jegens de directie van haar dochter, daar deze laatste het opvolgen daarvan niet langer kan weigeren op grond van haar plicht acht te slaan op haar “eigen vennootschappelijk belang”, voorzover dat nog aanwezig was.’<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Anders, zo lijkt het, Josephus Jitta in par. 5 van zijn *JOR*-noot bij het *SNS*-arrest.

<sup>22</sup> Zie de indrukwekkende literaturopgave in voetnoot 3 van zijn conclusie.

<sup>23</sup> *Handelingen II*, 23 februari 1971, Wetsvoorstel 10689, p. 2973. Bron ontleend aan Beckman 1995, p. 71

<sup>24</sup> Wetsvoorstel 10689, 3, MvT, 8 juni 1970, p. 14-15. Bron ontleend aan Beckman 1995, p. 71.

<sup>25</sup> Iemand die al decennialang een dergelijke, samenhangende en institutionele visie uitdraagt,

is M.J.G.C. Raaijmakers. Zie p. 284-290 van zijn dissertatie *Joint Ventures* (diss. Tilburg; Serie Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 14), Deventer: Kluwer 1976. Zie in dit verband ook mijn voorstel voor een – summier – wettelijke regeling van concernverhoudingen met gebruikmaking van de 403-verklaring in ‘Doorbraak van het concern in het NV/BV-recht’, in: *A-T-D* (Liber amicorum voor P. van Schilfhaarde), Deventer: Kluwer 2000, p. 1 t/m 15, zie specifiek p. 14.

<sup>26</sup> Raaijmakers 1976, p. 288. Tegen die achtergrond is het niet verwonderlijk dat Raaijmakers zo fel van leer trok tegen de enquêtebeschikking van de Hoge Raad inzake *Cancun*, waarin immers het autonome belang van de (joint venture-)vennootschap een preponderante plaats krijgt toebedeeld. Vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799 (*Cancun*), AA 2014, p. 459 m.nt. Raaijmakers (AA20140459).

De Hoge Raad gaat hier echter niet in mee en laat het boven geciteerde onderdeel van de conclusie van de advocaat-generaal voor wat het is. Dat is ook niet onbegrijpelijk omdat de door Raaijmakers bepleite, vergaande invloed van concernverhoudingen nu eenmaal een ingrijpen door de wetgever vergt. Bovendien maakt artikel 2:239 lid 4 BW het sinds de invoering van de Flexwet in 2012 reeds mogelijk om een concreet instructierecht in de statuten van de dochter-BV op te nemen, ongeacht of deze de 403-regeling toepast.

**11** Hiermee is niet gezegd dat het pleidooi van Raaijmakers obsoleet is geworden. Integendeel, de concernproblematiek omvat immers (veel) meer dan een optionele instructiebevoegdheid in de statuten van de dochtervennootschap. Zoals de advocaat-generaal in zijn conclusie bij *Bia Beheer* aantoont, heeft het consequent doordenken van ons vennootschapsrecht vanuit de optiek van concernverhoudingen nog altijd zin. Dat geldt zelfs voor een napeitexercitie als deze annotatie (hoop ik). ■