

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

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 fusie¹³ opgesteld met een toelichting van het bestuur.¹⁴ Bij het voorstel tot fusie dient een verslag en een verklaring van de accountant¹⁵ 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 gedeponereerd bij het Handelsregister¹⁷ 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 gedeponereerd, 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 schuldenaar²⁷ 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 besluitvormingsfase²⁹ – 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 effectivering 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 verleend 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 vermogensrechten³⁵ 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 rechtshabbers 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 rechtshabbers, 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 schuldeisers³⁹ 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 & Ruudij 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. 1701.

40 Zie artikel 2:323 BW.

41 Zie Leijten 2004, p. 323.

42 Enzo 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 moeder vennootschap 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 rechtsverhouding 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 moeder vennootschap.

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 moeder vennootschap 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 moeder vennootschap 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 uitgesloten⁵⁰ 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 moeder vennootschap 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 moeder vennootschap is neergelegd. Er is dan sprake van een spookverklaring. Het gevolg zou zijn dat de overblijvende aansprakelijkheid nooit meer kan worden beëindigd⁵⁵ 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 gedeponereerd 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 civiel-rechtelijke 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 disparicauca*, 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 moeder vennootschap per vordering afwijkende afspraken of voorwaarden gemaakt. De voorwaarden die zijn verbonden aan vorderingen die onder een 403-verklaring vallen, dienen door de moeder vennootschap te worden gerespecteerd wanneer zij door een schuldeiser wordt aangesproken op grond van de 403-verklaring.⁶⁵ Het kan zijn dat de verjaaringstermijn 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 invoeren 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 fusies⁶⁷ 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 moeder vennootschap en de dochter vennootschap 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 dochter vennootschap ophoudt te bestaan, maar het vermogen van de dochter vennootschap 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 moeder-vennootschap 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 uiteindelijke 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 & Dorresteyn 2009, p. 233; Van Solinge 2006, p. 250; Dorresteyn & 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.

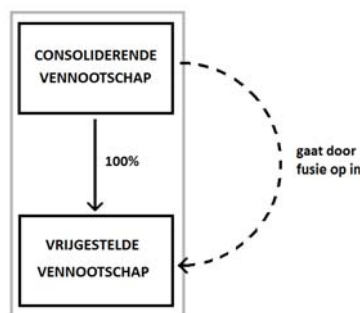
heen) vrijgestelde dochtervennootschap de groep niet verlaat, de overblijvende aansprakelijkheid in beginsel niet kan worden beëindigd.

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 aanspreken 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:

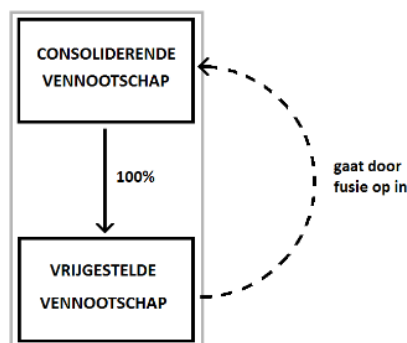


Figuur 8

⁷⁴ Het is niet de bedoeling geweest alle mogelijke fusiesituaties te behandelen.

De moedervennootschap die een 403-verklaring heeft gedeponneerd, 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.



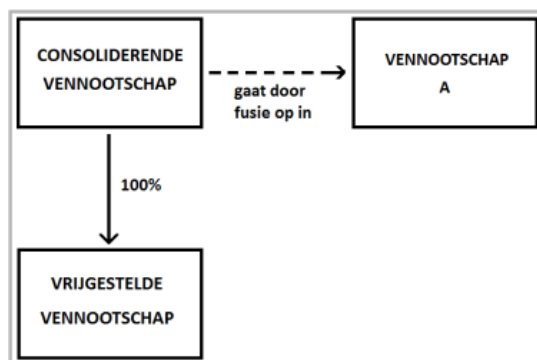
Figuur 9

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.

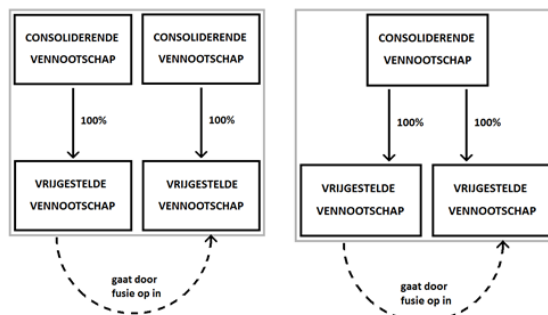
In de situatie zoals hierna geschetst, fuseert de moedervennootschap met een andere groepsvennootschap.



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 groep⁷⁷ 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 moeder-vennootschap 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-moeder-vennootschap wordt verbroken. De verkrijgende vennootschap behoort wel tot dezelfde groep, maar behoort tot een ander groepsdeel. Aangezien het leidende criterium

⁷⁷ De twee moeder-vennootschappen kunnen bestuurd worden door een achterliggende entiteit (natuurlijk persoon of rechtspersoon) en zo kan sprake zijn van een groep.

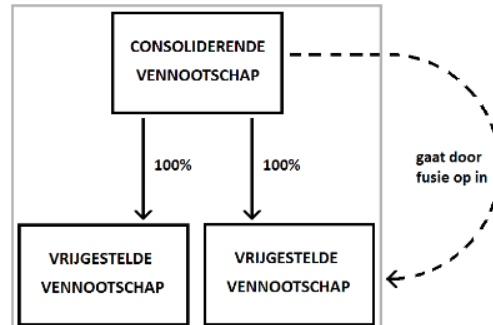
⁷⁸ Het begrip 'groepsdeel' wordt door de wetgever gebruikt in artikel 2:406 lid 2 BW. Een groepsdeel kan ontstaan door divisiestructuren of landenorganisaties. Van het eerste geval is bijvoorbeeld sprake wanneer een deel van een concern opereert onder de leiding van een subholding. Van het tweede geval kan sprake zijn wanneer een nationale afdeling van een internationaal concern onder een Nederlandse subholding opereert, zie: Bartman & Dorresteyn 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 groeps criterium 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 moedervennootschap die een andere vennootschap heeft vrijgesteld.



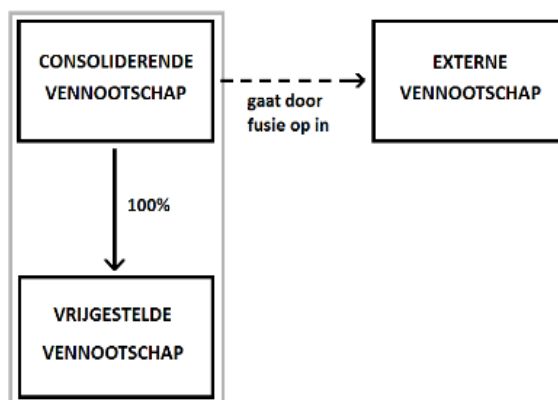
Figuur 12

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.



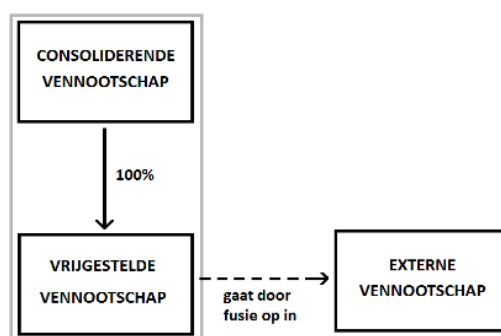
Figuur 13

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.

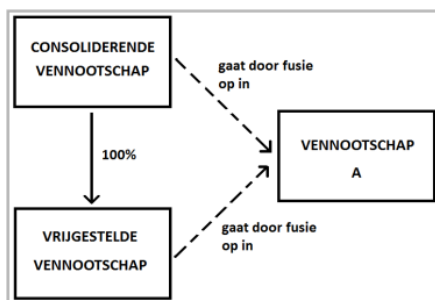


Figuur 14

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 moedervernootschap als de dochtervernootschap 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) moedervernootschap. 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 moedervernootschap en de dochtervernootschap 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 passen⁸⁷ en anderzijds de bescherming van schuldeisers tegen een benadeling door splitsing.⁸⁸ De splitsing van rechtspersonen⁸⁹ 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 appartements-eigenaren (zie artikel 2:308 lid 2 BW) en ook niet op publieke rechtspersonen (zie Van Olfen, 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 Olfen, 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 *afplitsing*. 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 splitsing⁹⁴ en een toelichting⁹⁵ 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;
 - 1. 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 accountantsverslag⁹⁷ 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 middel 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 aansprakelijkheid¹⁰⁵ 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 zijn¹¹³ 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 verzoeken van de meest gereede 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 vennootschap¹¹⁵ 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 moeder vennootschap 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 moeder vennootschap 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 moeder vennootschap 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 moeder vennootschap 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 moeder vennootschap 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 moeder vennootschap een afsplitsing ondergaat en groepsband tussen de dochter vennootschap 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 dochter vennootschap 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 moeder vennootschap 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 moederverenootschap, dan zou de overblijvende aansprakelijkheid in principe worden beëindigd. De dochter (maar ook de moeder) heeft de groep immers verlaten. Beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid doet in die situatie vreemd aan. De moederverenootschap en de dochterverenootschap 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 moederverenootschap die een splitsing ondergaat. Wanneer van tevoren wordt ‘geanticipeerd’ op de vraag welke verkrijgende verenootschap na de effectuering van de splitsing een groepsband zal hebben met de dochterverenootschap, kan door een handige toedeling worden bewerkstelligd dat de overblijvende aansprakelijkheid kan worden beëindigd.

Een andere vraag is of een van de verenootschappen, die na de splitsing ontstaat of voortbestaat, door toedeling van de overblijvende aansprakelijkheid aan de andere verenootschap, 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 verenootschap 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 verenootschap tot meerdere groepen kan behoren of niet. Een dochterverenootschap 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 verenootschappen de overblijvende aansprakelijkheid toebedeeld heeft gekregen, dan lopen alle bij de splitsing betrokken verenootschappen 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.

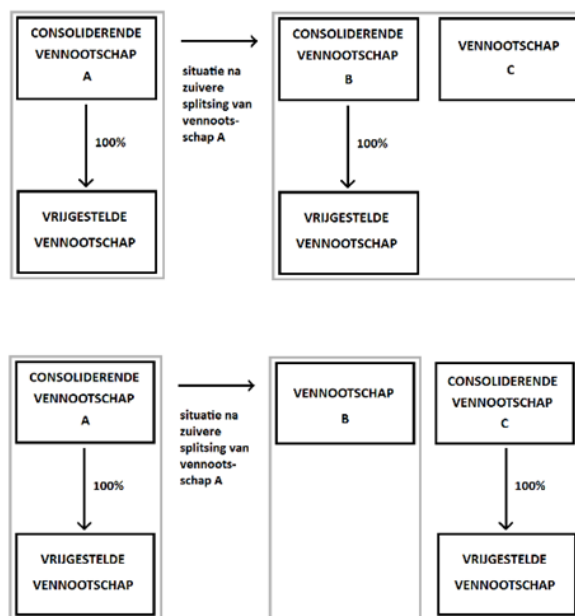
De gezamenlijke aansprakelijkheid die bestaat op basis van artikel 2:334t BW is gunstig voor schuldeisers. Maar deze gezamenlijke aansprakelijkheid kan worden voorkómen wanneer de bestaande aansprakelijkheid wordt toebedeeld aan één van de bij de splitsing betrokken verenootschappen. Op de vraag of de 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 invoeren. De schuldeiser kan dan bij zowel B als C aankloppen.

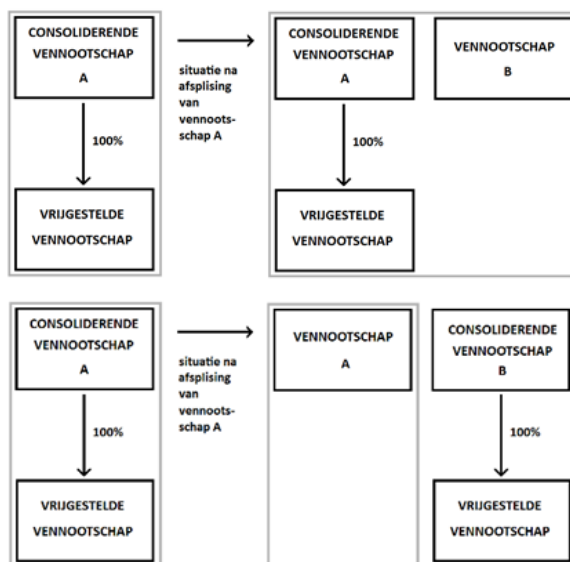
Wanneer de 403-verklaring voor de splitsing is ingetrokken, is sprake van overblijvende aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid kan zowel aan vennootschap B of vennootschap C zijn toebedeeld. In de eerste situatie verlaat de dochtervennootschap de groep niet en dus zal de beëindiging van de overblijvende 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 aansprakelijkheid 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 moeder-vennootschap.



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,

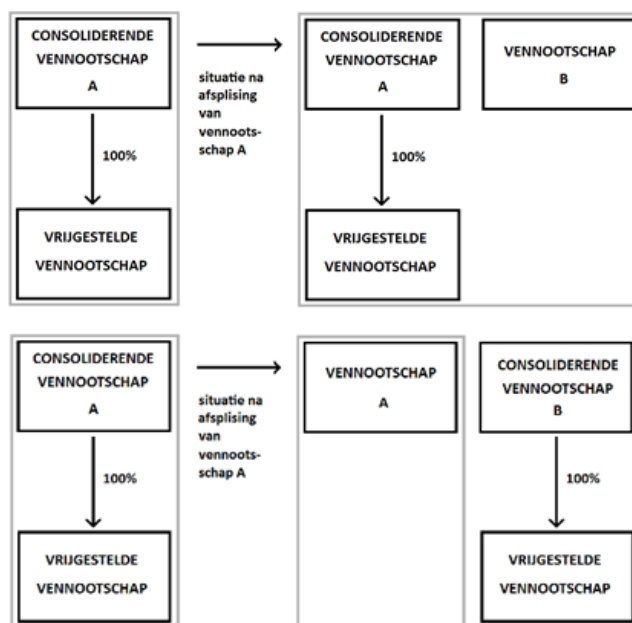
¹³¹ In tegenstelling tot wat Verbrugh beweert, kan ook een bij de splitsing op te richten vennootschap direct buiten de groep terechtkomen, ook al verkrijgt de moeder de aandelen; zie: Verbrugh 2006, noot 48. Voor een groepsband is meer nodig dan alleen het verschaffen van kapitaal.

¹³² Verbrugh 2006, p. 54.

zal de oude moeder vennootschap tot in lengte van dagen hoofdelijk aansprakelijk kunnen blijven voor die schulden.

Schuldeisers van een gesplitste dochter vennootschap 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)moeder vennootschap 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 dochter vennootschap 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 dochter vennootschap 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 moeder vennootschap 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.

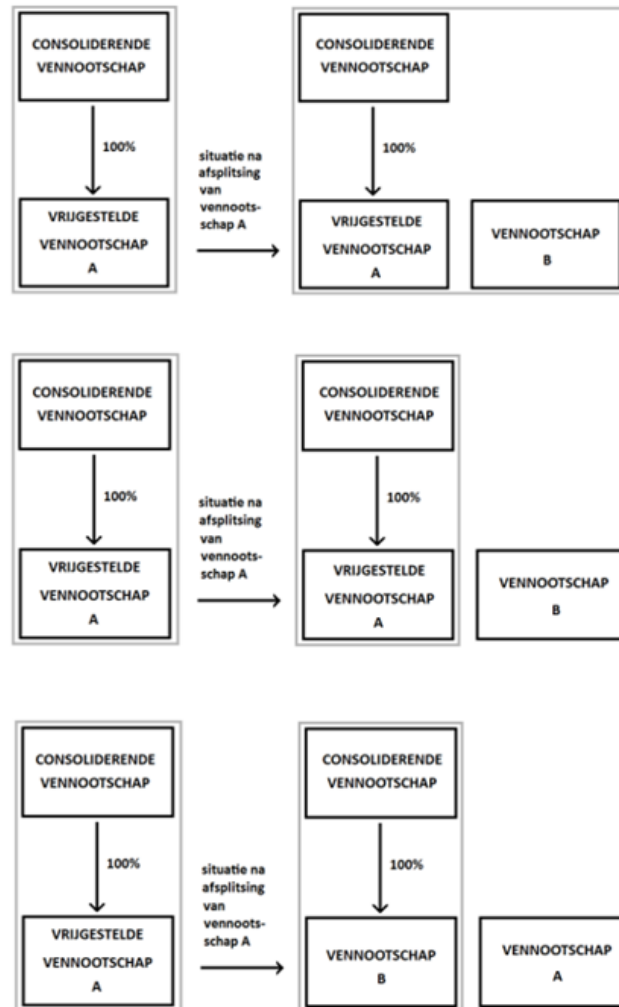
Na de splitsing behouden zij dit vorderingsrecht, ervan uitgaande dat de overblijvende aansprakelijkheid niet wordt beëindigd.

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 dochtervennootschap 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 toedeling 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. Wanneer 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 verrassingen 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 verbintenissenrechtelijke 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 moedervernootschap als de dochtervernootschap vloeit voort uit de eenzijdige 403-verklaring die de moedervernootschap 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 regres¹⁴¹ als op basis van subrogatie¹⁴² 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 omstrede 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 uitsluitend (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 onverwijd 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 dan 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 Master-tools 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* betreft 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 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." 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: 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 advocaat-generaal 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 zelfstandige 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 geseceureerd 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 bedoeld 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 moedervernootschap 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 moeder-vennootschap 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 moeder vennootschap 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 moeder vennootschap van de werkgever, kan op het niveau van de moeder vennootschap 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 signaleerd 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/Dorresteyn, Van het concern, 2009, p. 221, in verband met het subsidiariteitsvereiste, 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 gedeponneerd.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 – veronderstelt 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 *rechts-overwegingen* 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 (vgl. 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 moeder-vennootschap wel – naar gelang de voorrang van de onderliggende vorderingen op de dochtervennootschap – bevoorrecht zouden zijn. (In voorkomend geval zal een moeder-vennootschap 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 moeder-vennootschap 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. Moedervernootschap 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.

faillieerde. Het fixatiebeginsel¹⁷⁹ 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 moeder-vennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk verklaart, maar is er materieel gezien geen sprake van een borgtocht?

Naast borgtocht 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 bedoeld 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 moedervernootschap 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 moedervernootschap, 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 voorrang 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 moeder vennootschap 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 moeder vennootschap is achtergesteld. In de SNS-zaak was daarvan geen sprake. In de achterstellingsovereenkomst was alleen overeengekomen dat de vordering van de schuldeisers op de dochter vennootschap, SNS Bank, was achtergesteld en niet was overeengekomen dat de vordering op de moeder vennootschap, 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 moeder vennootschap aansprakelijk is voor eenzelfde verbintenis als de dochter vennootschap, leidt dan ook niet tot de conclusie dat wanneer de vordering op de dochter vennootschap is achtergesteld, de achterstelling een kenmerk is van de vordering waarvoor de moeder vennootschap zich aansprakelijk heeft verklaard en de achterstelling om die reden door zou werken op het niveau van de moeder vennootschap. 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 moeder vennootschap 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 dochter vennootschap met een crediteur afsprekt dat zijn vordering is achtergesteld, de vordering van de crediteur niet is achtergesteld op het niveau van de moeder vennootschap. Daarbij geldt dat de crediteur kan kiezen wie hij aanspreekt. Hij kan zich direct tot de moeder vennootschap 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 karakter 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 uitkomst 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. 5.16²¹⁰). 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 moederverenootschap 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 bedoeld op het recht van de schuldenaar op de door de moederverenootschap te leveren prestatie. Met de passieve zijde van de verbintenis wordt bedoeld op de verbintenis die rust op de moederverenootschap, 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. Wanneer 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 preciaire kwestie geworden waar zowel de rechtspraak en de literatuur liever met een boog omheen lopen? Het is nogal opmerkelijk dat de 403-vordering 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/Dorresteyn, 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 zijn²⁴⁹ 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 BW²⁵¹ wordt een verjaringstermijn van vijf jaar genoemd. Artikel 3:307 BW geldt ten aanzien van de verjaring van *rechtsoverdrachten 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 allerm minst 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 storten²⁵³ alsook een vordering uit hoofde van een creditnota.²⁵⁴ Anderzijds vallen een rechtsvordering uit overbedeling na boedelverdeling²⁵⁵ en een vordering tot toekenning van pensioenaanspraken over een bepaalde periode²⁵⁶

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 moederverenootschap 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 dochterverenootschap 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 moedervernootschap 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 dochtervernootschap, die een vordering heeft die voortvloeit uit een natuurlijke verbintenis, in verzet kan gaan tegen de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid. Voor de moedervernootschap geldt dus dat wanneer er verjaarde vorderingen op een ex-dochtervernootschap 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 moedervernootschap zal op haar beurt mogelijk niet stilstaan bij de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ten aanzien van reeds verjaarde vorderingen op de dochtervernootschap.

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/ING²⁵⁸ 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 uitspraak²⁶⁰ 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/ING²⁶² – 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 niet 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 uitspraak²⁷⁴ 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 moeder vennootschap en de cedent een vordering op de moeder vennootschap 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 dochter vennootschap kan ontleen 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 dochter vennootschap 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 dochter vennootschap 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 dochter vennootschap, 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 moeder vennootschap 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 moeder vennootschap 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 moeder vennootschap is ingetrokken. Hij heeft dan, als schuldeiser van de dochter vennootschap, een ‘‘eigen’’ aanspraak uit de 403-verklaring op de moeder vennootschap. 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 dochter vennootschap tevens de vorderingen op een moeder vennootschap 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 dochter vennootschap 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 inningsbevoegde 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/Storpolder 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 clausele 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 nevengeschikt 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 schuld-eiser 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 Raad²⁷⁸ 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/ING).

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 schuldovernemings. 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 gevolgen²⁸⁴ 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. Veelalodeloos 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 financiële 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/ING).

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, contractsovername 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 moeder vennootschap een afhankelijk recht is. Consequentie van deze opvatting is dat bij cessie van de vordering op de dochter vennootschap de vordering op de moeder vennootschap 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/ING).

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 invoeren 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 moeder-vennootschap 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 volgende 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 moeder vennootschap 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 moeder vennootschap, 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 gezeerd met een 403-vordering. Blijkt dat de dochter vennootschap 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 moeder vennootschap] schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon [de dochter vennootschap] voortvloeiende schulden;”

Hieruit vloeit voort dat de moeder vennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk heeft verklaard voor de schulden van de dochter vennootschap. 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/ING), *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-beschikking³⁰⁰ 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-beschikking³⁰¹ en de SNS-beschikking³⁰² 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/ING).

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 Arnhem³⁰⁴ 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 1 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 moeder vennootschap niet zover dat de contractant van de dochter vennootschap de moeder vennootschap 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 dochter vennootschap voldoende recht gedaan indien de moeder vennootschap ten gevolge van de “artikel 403-verklaring” jegens de contractant van de dochter vennootschap 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 moeder vennootschap 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 moeder vennootschap 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 moedervernootschap aan de schuldeisers van de dochtervernootschap 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 moedervernootschap 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-vordering 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 f³¹⁴ 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 moeder-vennootschap 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 rechtspraak³¹⁵ 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 afhankelijke³²² of als nevenrechten³²³ 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 Raad³²⁶ 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/Akzo³³² en Bia Beheer³³³ 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; Krzemiński 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

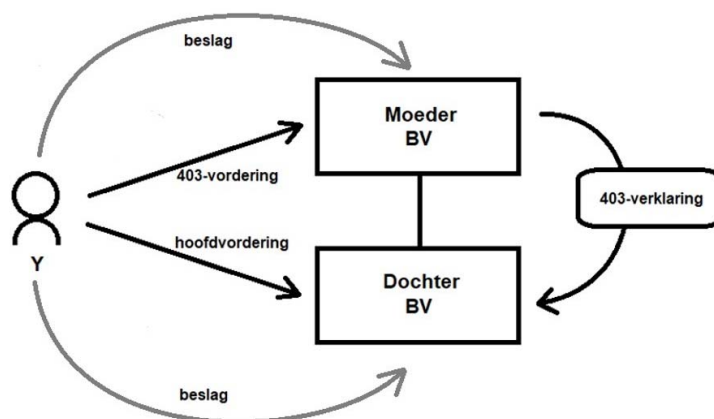
De positie van een pandhouder van een hoofdvordering die niet tevens een pandrecht op de bijbehorende 403-vordering heeft, blijft onzeker totdat de Hoge Raad hier een oordeel over heeft gegeven. Opnieuw kan de conclusie worden getrokken dat de hoofdelijkheid tot onduidelijke gevolgen heeft geleid en 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

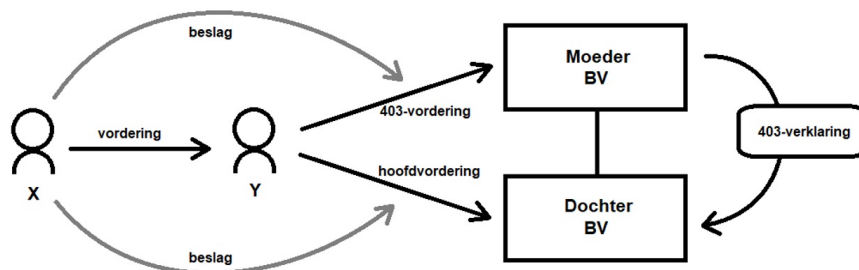
In deze paragraaf zal worden onderzocht of de hoofdelijke aansprakelijkheid en het bestaan van twee vorderingsrechten aanleiding geven tot problemen bij het leggen van beslag. Om de problematiek van de hoofdelijkheid bij de samenloop tussen beslag en het groepsregime nader toe te lichten, kunnen onderstaande 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 Mijnsen 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 Schwarzenberg 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 innen³⁴² 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 Mijnsen & 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.

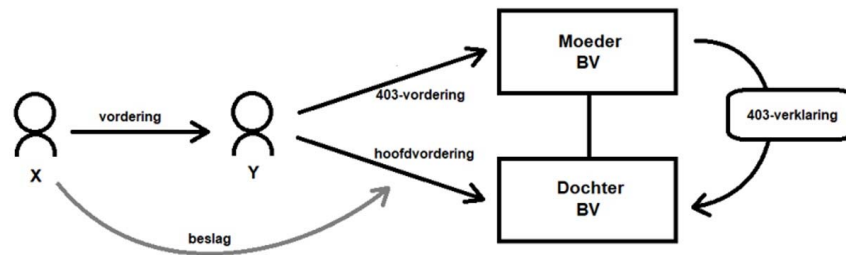
352 Zie HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1336, *NJ* 1995/268, m.nt. Snijders; de nakoming van een vordering waar derdenbeslag op is gelegd, mag worden opgeschort zolang het beslag voortduurt.

353 Zie naast artikel 475h Rv ook artikel 6:33 BW.

354 Zie Mijnsen & 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 literatuur³⁵⁵ 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 derde³⁵⁸ 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 Toelichting³⁶⁰ 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 literatuur³⁶¹ 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 zelf 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 allerm minst 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 situatie³⁶⁴ 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 exploit 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 moeder vennootschap voortvloeit uit de bestaande rechtsverhouding die bestaat tussen de schuldenaar en de dochter vennootschap. 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 moeder vennootschap. 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 gedeponerd. 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 geschiedenis³⁶⁶ 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.

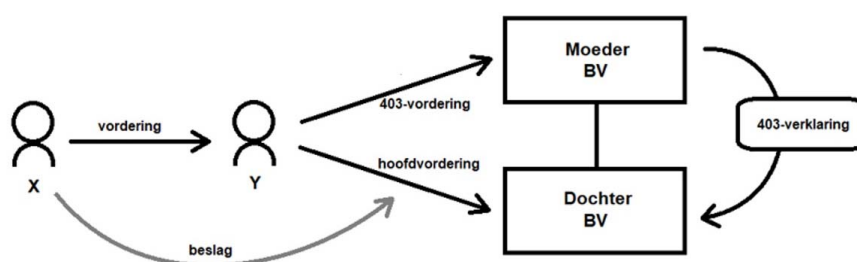
³⁶⁶ MvA II Inv. bij art. 3:97 BW, *Parl. Gesch.* BW Inv. 3, 5 en 6, Boek 3, 1992, p. 1246.

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 gezien 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 Raad³⁷³ 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 moedervernootschap 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 moedervernootschap kan aanspreken op basis van een 403-verklaring. Wanneer de dochtervernootschap 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 verkrijger³⁷⁸ heeft dan een vordering op de dochtervernootschap en kan daarmee worden aangemerkt als een schuldeiser van de dochtervernootschap. Vindt de oorspronkelijke vordering op de dochtervernootschap haar oorsprong in een rechtshandeling, dan zal de verkrijger van de vordering de moedervernootschap 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.

