

De 403-vordering; mogelijkheden binnen de hoofdelijkheid?

Ondernemingsrecht 2015/72

In deze bijdrage wordt het groepsregime en de duiding van een vordering op grond van een 403-verklaring onderzocht. In 2002 oordeelde de Hoge Raad in het *Akzo/ING*-arrest dat de aansprakelijkheid uit een 403-verklaring niet op één lijn te stellen is met borgtocht. Het betreft een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid, op grond waarvan een crediteur een onafhankelijke vordering heeft op de moedermaatschappij. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid bevestigt de Hoge Raad in zijn *Inalfa*-arrest van 3 april 2015.

Drie varianten binnen de hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van een 403-verklaring worden onderzocht: directe hoofdelijkheid, nevenrecht en de dynamische 403-vordering. De lijn van de Hoge Raad, waarbij streng wordt vastgehouden aan art. 6:7 BW, duid ik aan als de directe hoofdelijkheid. Het nevenrecht houdt in dat bij een overgang van het hoofdrecht (de vordering op de 403-maatschappij) ook het nevenrecht (de 403-vordering op de moedermaatschappij) mee overgaat. Ten slotte betekent de dynamische 403-vordering dat de vorderingen op de moeder- en 403-maatschappij altijd tot hetzelfde vermogen behoren. Bij een overgang of het tenietgaan van de vordering op de 403-maatschappij zal de 403-vordering jegens de moedermaatschappij mee overgaan of verdwijnen.

Voor iedere variant wordt bekeken wat de gevolgen zijn ten aanzien van cessie en verpanding van de vorderingen jegens de moeder- en 403-maatschappij. Evenals de vraag of de moedermaatschappij een beroep kan doen op de omstandigheid dat aan de 403-maatschappij uitstel van betaling is verleend, laatstgenoemde haar nakoming opschort of haar schuld is verjaard. Na uiteenzetting van de gevolgen voor iedere variant concludeer ik dat de dynamische 403-vordering het beste past binnen het groepsregime.

1. Inleiding

Door toepassing van het groepsregime ex art. 2:403 BW is een groepsmaatschappij (hierna: 403-maatschappij) vrijgesteld van de openbaarmakingsplicht ex art. 2:394 BW. Haar crediteuren hebben hierdoor geen inzicht in de financiële situatie en kunnen de waarschijnlijkheid van nakoming van

hun vordering niet beoordelen. Zij worden voor dit gebrek aan inzicht gecompenseerd met een extra hoofdelijke vordering op de moedermaatschappij. Daarnaast moeten, op grond van art. 2:403 lid 1 onder c BW, de financiële gegevens van de 403-maatschappij zijn geconsolideerd in de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij. De vordering op laatstgenoemde vloeit voort uit een door haar gestelde en bij het handelsregister gedeponeerde verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid (hierna: 403-verklaring). De vordering die een crediteur heeft op de 403-maatschappij noem ik de 'hoofdordering'. Voor de vordering jegens de moedermaatschappij op grond van de 403-verklaring gebruik ik de term '403-vordering'.

In deze bijdrage staat de duiding van een vordering op grond van een 403-verklaring centraal. In 2002 oordeelde de Hoge Raad in het *Akzo/ING*-arrest dat de aansprakelijkheid uit een 403-verklaring niet op één lijn te stellen is met borgtocht.² Het betreft een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid, op grond waarvan een crediteur een onafhankelijke vordering heeft op de moedermaatschappij.³ Deze onafhankelijkheid van de hoofd- en 403-vordering leidt tot opmerkelijke uitkomsten, zoals een recent arrest van de Hoge Raad, 3 april jongleden laat zien.⁴

In deze procedure had een crediteur zijn hoofdordering jegens de (failliete) 403-maatschappij geschikt tegen betaling van ongeveer 50% van de vordering waarna zij over en weer finale kwijting verleenden.⁵ Voor het overige gedeelte van de vordering verhaalde de crediteur zich op de moedermaatschappij. Volgens de Hoge Raad kan een crediteur naar vrije keuze de moeder- en 403-maatschappij aanspreken tot nakoming. Een schikking met finale kwijting jegens één van beide hoofdelijk schuldenaren betekent niet dat tevens afstand wordt gedaan van de vordering tegenover de ander. Laatstgenoemde vordering vermindert slechts met het bedrag van de schikking.⁶ Dit leidt tot de bijzondere uitkomst dat de moedermaatschappij op grond van de 403-verklaring aansprakelijk is voor (het restant van) een vordering die niet meer bestaat.

2 Zie Bartman, '403-verklaring blijft een bron van misverstand', *Ondernemingsrecht* 2004/16, p. 51 die opmerkt dat de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij een collectief en eenzijdig karakter heeft en geen voorwerp mag zijn van nadere onderhandelingen met individuele crediteuren van de 403-maatschappij. Om die reden is borgtocht, gebaseerd op wilsovereenstemming in een overeenkomst, hiervoor geen geschikt rechtsfiguur. Ik zal dit verder in deze bijdrage daarom niet bespreken.

3 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, r.o. 3.4.3 en 3.4.5, *Ondernemingsrecht* 2002/57, m.nt. Beckman, p. 485-487; *JOR* 2002/136, m.nt. Bartman; *NJ* 2002/447, m.nt. Maeijer (*Akzo/ING*).

4 HR 3 april 2014, ECLI:NL:HR:2015:837 (*Inalfa*). De Hoge Raad bevestigt het (tussen)arrest van Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1960, *JOR* 2012/165, m.nt. Bertrams (*Inalfa*).

5 De crediteur doet daarmee afstand van het vorderingsrecht en de verbintenis tussen beide partijen gaat teniet. Zie art. 6:160 BW.

6 HR 3 april 2014, ECLI:NL:HR:2015:837, r.o. 3.6.2 (*Inalfa*).

1 Promovendus Van der Heijden Instituut, OO&R, Radboud Universiteit.

Dat de Hoge Raad vasthoudt aan de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij is niet verrassend en in lijn met art. 2:403 BW en het eerder genoemde *Akzo/ING*-arrest. Het is wel opmerkelijk hoe streng hieraan wordt vastgehouden. Zowel het Hof 's-Hertogenbosch in 2012, A-G Wuisman en de Hoge Raad maken allemaal dezelfde stappen in beoordeling van bovenliggende casus. Ten eerste herhalen zij de overweging uit het *Akzo/ING*-arrest dat de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij niet gelijk is aan borgtocht. Vervolgens bevestigen zij de hoofdelijke aansprakelijkheid uit lid 1 onder f van art. 2:403 BW. Ten derde volgt volgens hun uit deze hoofdelijkheid dat art. 6:7 BW automatisch van toepassing is wat inhoudt dat de crediteur jegens iedere hoofdelijke schuldenaar een afzonderlijke vordering tot nakoming van het geheel heeft en dat slechts volledige nakoming door één van beide schuldenaren ook de ander bevrijdt.⁷

Daarmee bespreken zij niet de verschillende mogelijkheden binnen de duiding 'hoofdelijkheid' die alle ook in lijn zijn met art. 2:403 BW en het *Akzo/ING*-arrest. Ik bepleit dat tussen bovengenoemde tweede en derde stap nog een tussenvraag moet worden gesteld, te weten: welke variant van hoofdelijkheid is van toepassing.

Ik betwijfel namelijk of de strikte scheiding van de hoofd- en 403-vordering wel past bij het groepsregime. Daarnaast meen ik dat de Hoge Raad eventuele alternatieven ten onrechte niet noemt. In het vervolg van deze bijdrage bespreek ik eerst de gevolgen van onverkorte toepassing van de hoofdelijkheid. Ik duid deze variant aan als de 'directe hoofdelijkheid' (§ 2). Vervolgens werk ik twee alternatieven uit, te weten het 'nevenrecht' (§ 3) en de 'dynamische 403-vordering' (§ 4). Bij iedere variant onderzoek ik wat de gevolgen zijn met betrekking tot cessie, verpanding, verjaring, opschorting en uitstel van betaling.⁸

2. Directe hoofdelijkheid

2.1 Werking directe hoofdelijkheid

Hierboven vermeldde ik al dat de Hoge Raad met zijn arrest van 3 april 2015 de lijn van de directe hoofdelijkheid volgt.⁹ De twee belangrijkste kenmerken van (directe) hoofdelijke aansprakelijkheid staan in art. 6:7 BW. Op grond van dit artikel heeft een crediteur jegens ieder van de hoofdelijke schuldenaren een vordering tot nakoming van het geheel. De crediteur kan kiezen welke van beide schuldenaren hij wil aanspreken. Hij hoeft niet eerst nakoming te vragen aan de 403-maatschappij, alvorens hij bij de moedermaatschappij de 403-vordering kan innen. Het tweede belangrijke kenmerk is dat (gedeeltelijke) nakoming door één van de

hoofdelijke schuldenaren ook tot (gedeeltelijke) bevrijding van de medeschuldenaar leidt.

2.2 Gevolgen directe hoofdelijkheid

Een voorvraag met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij betreft of er sprake is van één schuld met twee schuldenaren, of twee schulden met twee schuldenaren. Nass en Nass bepleiten dat het gaat om één vordering met twee schuldenaren.¹⁰ Het bijzondere karakter van het groepsregime rechtvaardigt volgens hun een afwijking van de 'reguliere' wettelijke hoofdelijkheid. Zij zijn van mening dat er twee verbintenissen zijn: één jegens de 403-maatschappij op basis van de rechtshandeling waar de schuld uit voortvloeit en een ander tegenover de moedermaatschappij op grond van de 403-verklaring. Volgens hun past deze benadering in het wettelijk systeem van het groepsregime en het *Akzo/ING*-arrest.

Naar mijn mening volgt echter uit het *Inalfa*-arrest dat er sprake is van twee vorderingen met twee schuldenaren.¹¹ In casu ging de hoofdvordering jegens de 403-maatschappij teniet maar bleef de vordering jegens de moedermaatschappij bestaan (in zoverre dat deze verminderde met het bedrag dat de crediteur had ontvangen van de 403-maatschappij). Hieruit blijkt dat een crediteur dus twee vorderingen heeft tegenover twee crediteuren.¹² Beide vorderingen bestaan onafhankelijk van elkaar met de uitzondering dat (gedeeltelijke) nakoming van de één tevens de ander (gedeeltelijk) bevrijdt.

De onafhankelijkheid van beide vorderingen betekent dat de crediteur zijn hoofdvordering afzonderlijk kan overdragen aan een derde, terwijl hij zelf rechthebbende blijft van de 403-vordering (en vice versa).¹³ Deze onafhankelijke overdraagbaarheid van de hoofd- en 403-vordering houdt ook in dat een crediteur beide vorderingen los van elkaar kan verpanden. Verpanding van de één leidt dus niet automatisch tot een pandrecht op de andere vordering.¹⁴ Als daarentegen de niet-verpande vordering wordt nagekomen betekent dit wel dat daardoor ook de verpande vordering ex art. 6:7 BW teniet gaat, inclusief het daarop rustende pandrecht.

Ook eventuele omstandigheden op grond waarvan de 403-maatschappij niet tot nakoming verplicht is staan niet automatisch ter beschikking aan de moedermaatschappij. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de 403-maatschappij en moedermaatschappij houdt in dat de hoofd- en 403-vordering onafhankelijk van elkaar bestaan. Hierdoor kan een moedermaatschappij bijvoorbeeld geen beroep doen op een

7 Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1960, r.o. 4.16.1 (*Inalfa*), HR 3 april 2014, ECLI:NL:PHR:2015:48, concl. Wuisman nr. 2.6-2.7 (*Inalfa*) en HR 3 april 2014, ECLI:NL:HR:2015:837, r.o. 3.6.2 (*Inalfa*).

8 Ik ben mij ervan bewust dat deze selectie van casusposities summier is. In verband met de omvang van deze bijdrage is een uitgebreidere bespreking niet mogelijk.

9 HR 3 april 2014, ECLI:NL:HR:2015:837, r.o. 3.6.2 (*Inalfa*).

10 Nass & Nass, 'De vordering uit hoofde van een 403-verklaring', *Ondernemingsrecht* 2014/145, p. 738-739.

11 HR 3 april 2014, ECLI:NL:HR:2015:837 (*Inalfa*).

12 *Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-1** 2012/100. Evenzo: Van Schilfgaarde in zijn noot onder HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:898, *NJ* 2014/309 (*UWV/Econcern*), die dit toespit op het groepsregime.

13 *Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-1** 2012/100 en Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie (diss. Nijmegen)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 287.

14 Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam (diss. Nijmegen)*, Deventer: Kluwer 2008, p. 307.

aan de 403-maatschappij verleend uitstel van betaling.¹⁵ Hetzelfde geldt als de 403-maatschappij haar nakoming opschort. Ten slotte betekent de onafhankelijkheid van beide vorderingen ook dat zij niet op dezelfde voet verjaren.¹⁶ Een dergelijk beroep op gelijktijdige verjaring is in 2006 afgewezen door de Rechtbank Den Haag.¹⁷ Zij oordeelde dat een 403-vordering naast en los van de hoofdvordering wordt uitgeoefend.¹⁸

3. Nevenrecht

3.1 Geen definitie nevenrecht

Er bestaat geen sluitende definitie voor de term 'nevenrecht'. Art. 6:142 BW omschrijft het slechts als een recht dat samen met een hoofdrecht overgaat. Toegepast op het groepsregime betekent dit dat bij de overgang van het hoofdrecht (de hoofdvordering op de 403-maatschappij) ook het nevenrecht (de 403-vordering op de moedermaatschappij) mee overgaat. Draagt een crediteur zijn vordering op de 403-maatschappij dus over aan een derde, dan verkrijgt laatstgenoemde ook de 403-vordering op de moedermaatschappij.

3.2 Onafhankelijk nevenrecht

Het is (naar mijn weten) De Neve geweest die als eerste de 403-vordering aanduidde als een nevenrecht. Hij is van mening dat de 403-vordering jegens de moedermaatschappij zodanig met de hoofdvordering op de 403-maatschappij is verbonden dat eerstgenoemde niet zonder de laatste kan bestaan. Hij duidt de 403-vordering daarom aan als een afhankelijk recht en in het bijzonder een nevenrecht in de zin van art. 6:142 BW.¹⁹ In het eerder aangehaalde arrest *Akzo/ING* oordeelde de Hoge Raad echter dat een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid geen afhankelijk recht in het leven roept.²⁰ Een 403-vordering is daarom geen 'afhankelijk' nevenrecht.

In 2006 oordeelde ook de Rechtbank Den Haag dat de 403-vordering een nevenrecht is.²¹ Maar in tegenstelling tot De Neve zag de rechtbank de 403-vordering niet als een

afhankelijk recht, maar als een onafhankelijk recht.²² Deze duiding van een 'onafhankelijk' nevenrecht is naderhand verdedigd door Verdaas²³ en Rongen.²⁴

In paragraaf 3.1 merkte ik al op dat art. 6:142 BW een nevenrecht omschrijft als een recht dat samen met een hoofdrecht overgaat. Daarnaast geeft dit artikel een opsomming van rechten die hieronder vallen, te weten: pand, hypotheek, borgtocht, voorrechten, de bevoegdheid om executoriale titels ten uitvoer te leggen en het recht op bedongen rente, een boete of dwangsom.²⁵ Uit deze opsomming blijkt dat nevenrechten zowel afhankelijke (bijv. pand en hypotheek) als onafhankelijke rechten kunnen zijn (bijv. het recht op nog niet opeisbare rente of verbeurde boetes). Van Mierlo en Beijer omschrijven nevenrechten daarom als alle van een vordering afhankelijke rechten, evenals de rechten die de vordering nader bepalen, versterken of er anderszins nauw mee verbonden zijn.²⁶ Een 403-vordering kan naar mijn mening aangeduid worden als een onafhankelijk nevenrecht dat nauw verbonden is met de hoofdvordering en laatstgenoemde versterkt.²⁷

3.3 Werking onafhankelijk nevenrecht

Als onafhankelijk nevenrecht gelden voor de 403-vordering de volgende twee stappen. In de eerste plaats heeft de overgang van de hoofdvordering tot gevolg dat ook de 403-vordering ex art. 6:142 BW mee overgaat.²⁸ Ten tweede is de

15 Zie *Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-1** 2012/117, die opmerken dat een crediteur slechts uitstel van betaling verleent aan beide hoofdelijk schuldenaren voor zover blijkt dat dit de bedoeling is van de crediteur.

16 Wanneer een 403-verklaring wordt gedeponereerd op een tijdstip dat de hoofdvordering al bestaat, dan ontstaat de 403-vordering pas met deze deponering. Door het latere ontstaansmoment zal een hoofdvordering dus eerder kunnen verjaren. Ik ga uit van een 403-verklaring waarbij ook schulden die voortvloeien uit eerdere rechtshandelingen van de 403-maatschappij onder de temporele reikwijdte vallen.

17 Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ8927, r.o. 3.5, *JOR* 2007/53, m.nt. Verdaas (*NCM/Den Heijer Beheer*).

18 Hetzelfde geldt voor de 403-maatschappij als de crediteur uitstel van betaling verleent aan de moedermaatschappij, laatstgenoemde haar nakoming opschort of de 403-vordering is verjaard.

19 De Neve, 'De concernvrijstellingsregeling: de 403-aansprakelijkstelling volgens de Hoge Raad', *Tvl* 2002, p. 240.

20 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, r.o. 3.4.5 (*Akzo/ING*).

21 Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ8927, r.o. 3.5 en 3.6 (*NCM/Den Heijer Beheer*). Zie ook HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904, r.o. 3.3.2 (*UWV/Econcern*), waar de Hoge Raad in het midden laat of een 403-vordering als nevenrecht moet worden aangeduid.

22 Anders: Faber in zijn noot onder Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ7997, *JOR* 2007/103 (*Citibank International/KPN*) en Biemans 2011, p. 305.

23 In zijn noot onder Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ8927, *JOR* 2007/53 (*NCM/Den Heijer Beheer*) en later Verdaas 2008, p. 306.

24 Rongen, *Cessie, Beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de hedendaagse (internationale) financiële praktijk en securitisation in het bijzonder (diss. Nijmegen)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 1305.

25 Voor zover de rente nog niet opeisbaar was of de boete, respectievelijk de dwangsom, reeds verbeurd waren op het tijdstip van de overgang.

26 Van Mierlo & Beijer, *Groene Serie rechtspersonen* (bijgewerkt tot 01-05-2004), art. 6:124 BW, aant. 6, Deventer: Kluwer (losbl.).

27 Zie Wibier, '403-perikelen vanuit een goederenrechtelijk perspectief', *Ondernemingsrecht* 2008/52, p. 182, die bepleit dat het enkel gedeponereerd zijn van de 403-verklaring nog niet betekent dat de crediteur een 403-vordering toekomt. Deze vordering ontstaat pas wanneer de crediteur de moedermaatschappij aanspreekt op grond van de 403-verklaring. Het recht om een beroep te doen op de 403-verklaring is volgens Wibier een 'wilsrecht' dat geduid wordt als een nevenrecht. Deze gedachte is naar mijn mening in strijd met HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, r.o. 3.4.3 (*Akzo/ING*), waar de Hoge Raad expliciet vermeldt dat een 403-verklaring een ongerichte en eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid is op grond waarvan 'rechtstreeks aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ontstaat'. Zie ook: Van der Heijden/Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992, nr. 324.2 (dit onderwerp is niet besproken in de versie van 2013: Dortmund, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 324.3), *Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-1** 2012/53-54, Biemans 2011, p. 307 en Hof 's-Gravenhage 18 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:892, r.o. 9, *JOR* 2015/93, m.nt. Bartman (*TPB/Eneco*) waar het hof overweegt dat de verjaring van een 403-vordering niet pas aanvangt nadat de crediteur deze opeist.

28 Zie Van Mierlo & Beijer, *Groene Serie rechtspersonen* (bijgewerkt tot 01-05-2004), art. 6:124 BW, aant. 6, waar staat dat een nevenrecht alleen niet mee over gaat als zij krachtens aard of overeenkomst een strikt persoonlijk karakter bezit. Daarvan lijkt mij bij een 403-vordering, gebaseerd op een ongerichte verklaring van aansprakelijkheid van de moedermaatschappij, geen sprake.

403-vordering nog steeds een hoofdelijke schuld van de moedermaatschappij. Dit betekent dat een 403-vordering voor het overige dus onafhankelijk bestaat van de vordering op 403-maatschappij. Met betrekking tot de werking van de 403-vordering als onafhankelijk nevenrecht dient dus eerst beoordeeld te worden of art. 6:142 BW van toepassing is. Als dit niet het geval is dan gelden de regels van hoofdelijkheid.

3.4 Gevolgen onafhankelijk nevenrecht

In deze paragraaf bespreek ik wat de gevolgen zijn als een 403-vordering wordt aangeduid als een onafhankelijk nevenrecht. Evenals bij de directe hoofdelijkheid behandel ik achtereenvolgens cessie, verpanding, uitstel van betaling, opschorting en verjaring.

Bij de duiding als nevenrecht gaat het om een hoofdelijke 403-vordering die ex art. 6:142 BW meegaat bij overgang van de hoofdvordering. Als de crediteur van de 403-maatschappij de hoofdvordering aan een derde cedeert, verkrijgt laatstgenoemde dus ook de 403-vordering.²⁹ Deze 'gezamenlijke overgang' is echter alleen van toepassing op de situatie dat de crediteur de hoofdvordering cedeert. Art. 6:142 BW is 'asymmetrisch' wat betekent dat zij niet ziet op de situatie dat het nevenrecht zelf wordt overgedragen. De hoofdelijke 403-vordering is dus nog steeds onafhankelijk overdraagbaar.³⁰

Het is de vraag of de houder van een pandrecht op het hoofdrecht tevens een pandrecht verkrijgt op het daaraan verbonden nevenrecht. Art. 3:98 BW verklaart titel 4, tweede afdeling van Boek 3 BW ten aanzien van de overdracht van vorderingen, van overeenkomstige toepassing op de vestiging van een beperkt recht. Eerder merkte ik al op dat bij de overgang van een vordering, alle daaraan verbonden nevenrechten op grond van art. 6:142 BW mee overgaan. Hoewel art. 6:142 BW niet in titel 4 van Boek 3 BW staat, wordt bepleit dat zij toch onder de schakelbepaling van art. 3:98 BW valt.³¹ Een ruime interpretatie van art. 3:98 BW houdt dus in dat met de vestiging van een pandrecht op de hoofdvordering jegens de 403-maatschappij tevens een pandrecht rust op de daaraan verbonden nevenrechten, waaronder de 403-vordering. Deze stelling wordt echter in de literatuur niet door iedereen aangenomen.³²

Evenals bij cessie betekent het feit dat art. 6:142 BW 'asymmetrisch' is dat een eventuele gezamenlijke verpanding alleen speelt als de hoofdvordering wordt verpand. Een

403-vordering op de moedermaatschappij is als onafhankelijk nevenrecht dus nog steeds zelfstandig verpandbaar.³³

Ten slotte bespreek ik gezamenlijk de gevolgen ten aanzien van uitstel van betaling, opschorting en verjaring. Met betrekking tot de werking van de 403-vordering als onafhankelijk nevenrecht vermeldde ik in paragraaf 3.3 al dat eerst beoordeeld moet worden of art. 6:142 BW van toepassing is. Wanneer dit niet het geval is gelden de regels van hoofdelijkheid. Art. 6:142 BW schrijft voor dat met de overgang van de hoofdvordering ook het nevenrecht mee over gaat. Zowel bij uitstel van betaling, opschorting en verjaring is er geen sprake van een 'overgang' van de hoofdvordering. Aangezien art. 6:142 BW in dit opzicht dus niet van toepassing is gelden de regels van hoofdelijkheid. Evenals bij de directe hoofdelijkheid betekent dit dat de hoofd- en 403-vordering onafhankelijk van elkaar bestaan. Als er aan de 403-maatschappij uitstel van betaling is verleend geldt dit niet voor de moedermaatschappij en de 403-vordering. Ook als de 403-maatschappij haar nakoming opschort of de hoofdvordering is verjaard zal de moedermaatschappij daar geen beroep op kunnen doen.³⁴

4. De dynamische 403-vordering

4.1 Hoofd- en 403-vordering behoren tot hetzelfde vermogen

Zoals eerder aangehaald oordeelde de Hoge Raad in het *Akzo/ING*-arrest dat een eenzijdige 403-verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid geen afhankelijk recht in het leven roept.³⁵ Zou men de onafhankelijkheid van de hoofd- en 403-vordering strikt toepassen (de directe hoofdelijkheid) dan betekent dit dat beide vorderingen in beginsel onafhankelijk van elkaar bestaan en dus ook los te cederen zijn. Na onafhankelijke cessie van de 403-vordering kan de moedermaatschappij dus worden aangesproken door een derde die geen relatie heeft met de 403-maatschappij en ook nooit heeft gehad. In zijn noot onder dit arrest plaatst Bartman een kanttekening bij de overweging van de Hoge Raad. Volgens hem zijn de hoofd- en 403-vordering zodanig met elkaar verbonden dat laatstgenoemde niet kan bestaan zonder vordering op de 403-maatschappij.

Naar de mening van Bartman 'volgt' een 403-vordering niet de hoofdvordering, zoals bij een afhankelijk recht ex art. 3:82 BW. Hij bepleit dat er sprake is van een hernieuwd 'ontspringen' van de 403-vordering uit de gedeponeerde verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid.³⁶ Ik lees deze redenering van Bartman zo dat slechts degene met een vordering op de 403-maatschappij een beroep kan doen op de

29 Rb. 's-Gravenhage 5 juli 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ8927, r.o. 3.6 (*NCM/Den Heijer Beheer*), Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2012, nr. 274 en *Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-II 2013/257*.

30 Bergervoet, *Groene Serie vermogensrecht* (bijgewerkt tot 01-09-2010), art. 3:83 BW, aant. 10.3.6, Deventer: Kluwer (losbl.), Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2012, nr. 274 en *Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-II 2013/257*.

31 *Asser/Van Mierlo/Van Velten 3-VI** 2010/211, Faber, *Verrekening (diss. Nijmegen)*, Deventer: Kluwer 2005, p. 282 en Rongen 2012, p. 1290-1291.

32 Verdaas 2008, p. 291 en Van der Kraan, *De groepsvrijstelling op basis van artikel 2:403 BW, aansprakelijkheid van de moeder vennootschap en de positie van schuldeisers*, Tilburg: Celsus Juridische Uitgeverij 2012, p. 71.

33 Verdaas 2008, p. 291.

34 Hetzelfde geldt voor de 403-maatschappij als de moedermaatschappij uitstel van betaling is verleend, laatstgenoemde de nakoming opschort of de 403-vordering is verjaard.

35 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, r.o. 3.4.5 (*Akzo/ING*).

36 Bartman in zijn noot onder HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *JOR* 2002/136 (*Akzo/ING*).

403-verklaring.³⁷ Alleen die crediteuren komt een 403-vordering toe jegens de moedermaatschappij. Anders gezegd: de 403-vordering is een hoofdelijke vordering die toekomt aan het vermogen waartoe ook de hoofdvordering behoort. Gaat de hoofdvordering over naar een ander vermogen dan verdwijnt de desbetreffende 403-vordering, en ontstaat zij weer in dit andere vermogen. Omgedraaid is het niet mogelijk om de 403-vordering los van de hoofdvordering, over te dragen aan een derde. Slechts de houder van de vordering op de 403-maatschappij kan een beroep doen op de 403-verklaring.

Het is de vraag of het groepsregime de mogelijkheid biedt voor een dergelijke 403-vordering die automatisch ontstaat in het vermogen waartoe ook de hoofdvordering behoort. De crux komt het beste aan het licht door de cessie van de hoofdvordering in drie stappen te ontleden.³⁸ Voorafgaand aan deze cessie houdt de crediteur (later cedent) zowel de hoofdvordering op de 403-maatschappij, als de 403-vordering op de moedermaatschappij. De eerste stap is dat de cedent de hoofdvordering cedeert aan de cessionaris. Na deze stap heeft de cessionaris een vordering op de 403-maatschappij maar de cedent heeft nog steeds de 403-vordering op de moedermaatschappij. De 403-vordering is geen afhankelijk recht en gaat dus niet mee over door de cessie.

De tweede stap houdt in dat de 403-vordering in het vermogen van de cedent teniet gaat. En de laatste stap is dat deze 403-vordering op de moedermaatschappij weer ontstaat in het vermogen van de cessionaris. Het 'teniet gaan' en 'ontstaan' van een 403-vordering vloeit voort uit de mogelijkheid om, wel of niet, een beroep te kunnen doen op de 403-verklaring. Ik zal dit nader uitleggen.³⁹

4.2 Dynamische en statische 403-verklaring

Door middel van een 403-verklaring stelt de moedermaatschappij zich hoofdelijk aansprakelijk voor alle schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van de 403-maatschappij. Na de zojuist besproken cessie van de hoofdvordering, heeft de 403-maatschappij geen schuld meer tegenover de cedent. Er is dus ook geen schuld meer waarvoor de moedermaatschappij zich door middel van de 403-verklaring aansprakelijk stelt. Bepleitbaar is dat de cedent daarom geen beroep meer kan doen op de 403-verklaring en zijn 403-vordering verdwijnt. De 403-maatschappij heeft daarentegen wel een schuld jegens de cessionaris. Op grond van de 403-verklaring stelt de moedermaatschappij zich hiervoor hoofdelijk aansprakelijk. Daarom ontstaat de 403-vordering weer in het vermogen van de cessionaris. Deze wis-

selende aansprakelijkheid van de moedermaatschappij noem ik de 'dynamische' 403-verklaring.

Tegenover deze dynamische aansprakelijkheid staat een 'statische' 403-verklaring. Te weten: op het moment dat de hoofdvordering jegens de 403-maatschappij ontstaat,⁴⁰ vormt zich ook de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij in de zin van een hoofdelijke 403-vordering. En daarmee is de rol van de 403-verklaring ten aanzien van de desbetreffende vordering op de 403-maatschappij uitgespeeld. De hoofd- en 403-vordering bestaan verder onafhankelijk van elkaar met de opmerking dat nakoming van de ene vordering ook leidt tot nakoming van de andere vordering. Bij een statische 403-verklaring leidt de cessie van de hoofdvordering er niet toe dat de cedent tevens de 403-vordering op de moedermaatschappij verkrijgt.

Naar mijn mening is het verdedigbaar om de hoofdelijke aansprakelijkheid uit een 403-verklaring uit te leggen als een 'dynamische' aansprakelijkheid. Art. 2:403 lid 1 onder f BW vereist dat de moedermaatschappij "*schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de [403-maatschappij] voortvloeiende schulden*". Dit is slechts de helft van het verhaal. Er staat namelijk niet jegens wie de moedermaatschappij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt. Aangezien het een eenzijdige ongerichte rechtshandeling van de moedermaatschappij betreft moet aangenomen worden dat dit de rechthebbende van de hoofdvordering op de 403-maatschappij is.

Naar mijn mening kan lid 1 onder f van art. 2:403 BW zo gelezen worden dat de moedermaatschappij zich slechts 'jegens de crediteuren van de 403-maatschappij' hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de schulden die voortvloeien uit de rechtshandelingen van laatstgenoemde. Hierbij maakt het dan niet uit of dit de 'oorspronkelijke' crediteur is van de schuld van de 403-maatschappij, of iemand die de vordering naderhand heeft verkregen (bijvoorbeeld door middel van cessie). Is in een 403-verklaring opgenomen dat de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij alleen geldt jegens de crediteuren van de 403-maatschappij, dan kunnen slechts deze crediteuren hier een beroep op doen. Hieruit volgt dan het dynamische karakter van de 403-verklaring op grond waarvan een 403-vordering ontstaat en verdwijnt, naargelang de derde een vordering heeft op de 403-maatschappij of niet (meer). Heeft een crediteur een dergelijk vordering dan kan hij dus een beroep doen op de 403-verklaring en komt hem een 403-vordering toe. Als de crediteur deze vordering niet meer heeft dan verdwijnt voor hem dus ook de 403-vordering.

Uit het eerdergenoemde *Inalfa*-arrest volgt dat de Hoge Raad bovenstaande redenering in beginsel niet volgt.⁴¹ In

37 Mits de vordering onder de (materiële en temporele) reikwijdte van de 403-verklaring valt.

38 Deze drie stappen vinden gelijktijdig plaats.

39 Zie Van der Kraan 2012, p. 72 en later in zijn noot onder Rb. Midden-Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0334, *JIN* 2013/73 (*UWV/Econcern*), die het recht om de moedermaatschappij op grond van een 403-verklaring aan te spreken aanduidt als een wilsrecht dat ontstaat in het vermogen van de crediteur van de 403-maatschappij. Dit is naar mijn mening onjuist. Zie mijn opmerkingen in noot 27.

40 Of op het moment van deponering van de 403-verklaring als de hoofdvordering jegens de 403-maatschappij al bestaat. Ik ga uit van een 403-verklaring waarbij ook schulden die voortvloeien uit eerdere rechtshandelingen van de 403-maatschappij onder de reikwijdte vallen.

41 HR 3 april 2014, ECLI:NL:HR:2015:837, r.o. 3.6.2 (*Inalfa*).

deze casus had een crediteur zijn hoofdvordering jegens de 403-maatschappij geschikt tegen finale kwijting. Hierdoor is de hoofdvordering tenietgegaan. Vervolgens verhaalde de crediteur zich voor het overige op de moedermaatschappij. Een dynamische 403-vordering ontstaat zoals gezegd in het vermogen waartoe ook de hoofdvordering behoort. Zonder hoofdvordering bestaat er dus geen 403-vordering. Aangezien de Hoge Raad in het desbetreffende arrest oordeelde dat de crediteur toch een beroep kon doen op de 403-vordering blijkt daaruit impliciet dat de dynamische 403-vordering in casu niet werd aangenomen.

Opgemerkt zij dat in het *Inalfa*-arrest was nagelaten de daadwerkelijk afgelegde 403-verklaring in geding te brengen. De Hoge Raad moest dus oordelen over een verklaring als bedoeld in art. 2:403 lid 1 onder f BW.⁴² Ik vraag mij daarom af hoe de Hoge Raad had geoordeeld als in de 403-verklaring was opgenomen dat de moedermaatschappij zich alleen aansprakelijk stelt jegens de crediteuren van de 403-maatschappij. Deze 'voorwaarde' voor aansprakelijkheid past naar mijn mening binnen het groepsregime. Het is echter de vraag of een 403-verklaring met deze aanvulling nog steeds voldoet aan het vereiste van art. 2:403 lid 1 onder f BW of niet. Hoewel strikt genomen afgeweken wordt van de tekst van het artikel denk ik niet dat er sprake is van een ontoelaatbare beperking van aansprakelijkheid. Al durf ik dit niet met 100% zekerheid te zeggen en begrijp ik dat een moedermaatschappij hier niet snel mee zal willen experimenteren.

4.3 Werking van de dynamische 403-vordering

Evenals het onafhankelijke nevenrecht is de dynamische 403-vordering een variant op de directe hoofdelijkheid. Het verdwijnen en opnieuw ontstaan van de 403-vordering geldt hierbij als bijzonder kenmerk. Zoals ik in paragraaf 4.2 al schreef kan slechts een rechthebbende van een vordering op de 403-maatschappij een beroep doen op de 403-verklaring en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid van de moedermaatschappij. De 403-vordering ontstaat daarom in hetzelfde vermogen waartoe ook de hoofdvordering behoort. Voor de werking van de dynamische 403-vordering moet eerst beoordeeld worden in welk vermogen zij is ontstaan. Voor het overige blijven de regels van hoofdelijkheid van toepassing op de 403-vordering.

4.4 Gevolgen van de dynamische 403-vordering

In deze paragraaf bespreek ik de gevolgen van de duiding van een 403-vordering als een dynamisch recht. Evenals bij de directe hoofdelijkheid en het onafhankelijke nevenrecht onderzoek ik cessie, verpanding, uitstel van betaling, opschorting en verjaring.

Cedeert een crediteur zijn hoofdvordering jegens de 403-maatschappij aan een derde, dan heeft eerstgenoemde geen vordering meer die onder de reikwijdte van de 403-verklaring valt en verdwijnt daardoor zijn 403-vorde-

ring. De derde, aan wie de hoofdvordering is gecedeerd kan daarentegen wel een beroep doen op de aansprakelijkheidsverklaring van de moedermaatschappij. Daarom ontstaat de 403-vordering vervolgens in het vermogen van de cessionaris. Het is dus niet mogelijk om de hoofdvordering onafhankelijk van de 403-vordering te cederen. Omgedraaid verhindert het dynamische karakter van de 403-vordering ook dat deze los van de hoofdvordering wordt overgedragen aan een derde. Slechts degene met een vordering op de 403-maatschappij kan een beroep doen op de 403-verklaring.

Op grond van art. 3:228 BW is voor de verpanding van een vordering vereist dat deze (onafhankelijk) overdraagbaar is. Bovenstaande gebondenheid van de dynamische 403-vordering aan de hoofdvordering betekent dat eerstgenoemde zelf niet los overgedragen kan worden. Daarom is het, gelet op art. 3:228 BW, ook niet mogelijk de 403-vordering te verpanden.

Het dynamische karakter ziet echter alleen op de 403-vordering en niet op de hoofdvordering. Hierboven merkte ik al op dat een crediteur wel zijn hoofdvordering op de 403-maatschappij kan overdragen aan een derde. Vervolgens ontstaat ook de 403-vordering in het vermogen van de derde. Een crediteur kan dus een pandrecht vestigen op zijn hoofdvordering. Het is vervolgens de vraag of daarmee ook een pandrecht komt te rusten op zijn 403-vordering jegens de moedermaatschappij.

De dynamische 403-verklaring is zoals gezegd een variant op de hoofdelijkheid. Als het dynamische karakter niet van toepassing is wordt teruggevallen op de regels van hoofdelijkheid. Bij de verpanding van de hoofdvordering blijft deze in hetzelfde vermogen. De dynamische 403-vordering speelt in dit opzicht dus geen rol. In verband met het onafhankelijke karakter van beide vorderingen is er daarom geen grond om aan te nemen dat een pandrecht op de hoofdvordering tevens een pandrecht op de 403-vordering omvat.

Dezelfde redenering geldt als aan de 403-maatschappij uitstel van betaling is verleend, zij de nakoming van haar schuld opschort of als de hoofdvordering is verjaard. Ook dan blijft de hoofdvordering in hetzelfde vermogen en speelt het dynamische karakter van de 403-vordering geen rol. De onafhankelijkheid van beide vorderingen betekent dat de moedermaatschappij dus geen beroep toekomt op deze omstandigheden.⁴³

5. Conclusie

Binnen de hoofdelijke aansprakelijkheid van een moedermaatschappij op grond van een 403-verklaring zijn er naar mijn mening drie varianten te onderscheiden: directe hoof-

42 HR 3 april 2014, ECLI:NL:PHR:2015:48, nr. 2.4 (concl. Wuisman) (*Inalfa*).

43 Hetzelfde geldt voor de 403-maatschappij als de crediteur uitstel van betaling verleent aan de moedermaatschappij, laatstgenoemde haar nakoming opschort of de 403-vordering is verjaard.

delijkheid, nevenrecht en de dynamische 403-vordering. Ik heb in deze bijdrage de werking van deze drie varianten onderzocht ten aanzien van de cessie en verpanding van de hoofd- en 403-vordering. Evenals de vraag of de moedermaatschappij een beroep kan doen op de omstandigheid dat aan de 403-maatschappij uitstel van betaling is verleend, laatstgenoemde haar nakoming opschort of de hoofdvordering is verjaard.

	Duiding 403-vordering		
	Hoofdelijkheid	Nevenrecht	Dynamisch
Onafhankelijke cessie hoofdvordering	Ja	Nee	Nee
Onafhankelijke cessie 403-vordering	Ja	Ja	Nee
Onafhankelijke verpanding hoofdvordering	Ja	Nee	Ja
Onafhankelijke verpanding 403-vordering	Ja	Ja	Nee
Uitstel van betaling	Nee	Nee	Nee
Opschorting	Nee	Nee	Nee
Verrekening	Nee	Nee	Nee

Binnen de grenzen van art. 2:403 BW past de dynamische 403-verklaring naar mijn mening het beste bij de gedachte van het groepsregime. Door toepassing van het groepsregime is een 403-maatschappij vrijgesteld van de openbaarmakingsplicht ex art. 2:394 BW. Haar crediteuren hebben hierdoor geen inzicht in de financiële situatie en kunnen de waarschijnlijkheid van nakoming van hun vorderingen niet beoordelen. Zij worden voor dit gebrek aan inzicht gecompenseerd met een extra hoofdelijke vordering op de moedermaatschappij. Daarnaast moet de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij bij het handelsregister worden openbaar gemaakt.⁴⁴ Om recht te doen aan deze compensatie bepleit ik dat de hoofd- en 403-vordering altijd tot hetzelfde vermogen moeten behoren. Om ervoor te zorgen dat de compensatie ook toekomt aan degene die daadwerkelijk nadeel ondervindt van de toepassing van het groepsregime mogen de hoofd- en 403-vordering dus niet onafhankelijk overdraagbaar zijn.⁴⁵ Dit komt het beste tot uitdrukking bij de dynamische 403-vordering.

Toch kent ook de dynamische 403-vordering naar mijn mening tekortkomingen. Uit bovenstaand schema blijkt dat een pandhouder van de hoofdvordering niet tevens een pandrecht verkrijgt op de dynamische 403-vordering. De

hoofdvordering kan dus onafhankelijk verpand worden. Daarmee wordt naar mijn mening de pandhouder tekort gedaan. Deze bezit een direct belang bij inzicht in de financiën van de 403-maatschappij om de waarde van de aan hem verpande vordering te beoordelen. Het wegvallen van dit inzicht door de toepassing van het groepsregime dient naar mijn mening ook gecompenseerd te worden. Daarom zou zijn pandrecht zich tevens dienen uit te strekken tot de 403-vordering van de pandgever.

Een ander punt van kritiek (dat bij alle drie de besproken varianten speelt) is dat de moedermaatschappij geen beroep toekomt op omstandigheden op grond waarvan de 403-maatschappij de nakoming van haar schuld kan afweten. Wanneer de crediteur uitstel van betaling verleent aan de 403-maatschappij, laatstgenoemde haar nakoming opschort of de hoofdvordering is verjaard zou dit naar mijn mening ook moeten gelden voor de 403-vordering jegens de moedermaatschappij. Het komt mij ook vreemd voor dat een crediteur deze omstandigheden met betrekking tot de hoofdvordering kan 'omzeilen' door de moedermaatschappij aan te spreken.⁴⁶ Aangezien dit voor alle drie de behandelde varianten geldt zit het belang van de duiding van een hoofdelijk 403-vordering dus vooral in de vraag of deze onafhankelijk van de hoofdvordering gecedeerd en verpand kan worden of niet.

Afsluitend merk ik op dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van een moedermaatschappij op grond van de 403-verklaring op drie verschillende manieren kan worden vormgegeven: directe hoofdelijkheid, nevenrecht en de dynamische 403-vordering. Van deze drie duidingen spreekt de dynamische 403-vordering mij het meeste aan omdat de hoofd- en 403-vorderingen dan altijd tot hetzelfde vermogen behoren. Hoewel deze duiding mij niet in alle situaties overtuigt zijn het wel de beste riemen om mee te roeien binnen de wateren van het huidige art. 2:403 BW. Het is jammer om te zien dat de Hoge Raad geen aandacht besteedt aan deze varianten binnen de hoofdelijkheid en onverkort de directe hoofdelijkheid hanteert.

44 Art. 2:403 lid 1 onder c BW. Zie *Kamerstukken II 1969/1970*, 10689, nr. 3 (MVT), p. 14.

45 De onafhankelijke overdraagbaarheid van de hoofd- en 403-vordering kan ook leiden tot misbruik waarbij de crediteur één van beide vorderingen cedeert aan een derde, om daarna alsnog zelf de andere vordering te gelde te maken.

46 Hetzelfde geldt als de crediteur uitstel van betaling verleent aan de moedermaatschappij, laatstgenoemde haar nakoming opschort of de 403-vordering is verjaard. De 403-maatschappij kan geen beroep doen op deze omstandigheden ten aanzien van de hoofdvordering.