

Tijdschrift voor

Jaargang 21
Nr. 6
november/december 2015

Insolventie recht

onderneming
financiering
reorganisatie

-
- Forum 49 *Prof. mr. J.B. Huizink*
The times they are a changing
-
- Wetenschap 50 *Mr. dr. J.A. Kinderman*
De (on)zin van art. 22 bis IW 1990
inzake tot de faillissementsboedel
behorende bodemzaken
- 51 *Mr. A. Karapetian*
RCI Financial Services/Kastrop
& mededelingsplichten van de
bestuurder van een vennootschap:
hoe het strafrecht ons een handje
helpt
- 52 *Mr. dr. M.M.G.B. van Drunen*
Invloed van Nederlands, Europees
en buitenlands insolventierecht op
transacties met registergoederen:
een analyse vanuit notarieel
perspectief
-
- Rechtspraak 53 *Mr. M.J. Blommaert en mr. F.W. Linders*
Noot bij Hoge Raad 3 april 2015
(*Eikendal q.q./Lentink*)



10310661

Tvl 2015/53

Hoge Raad (Civiele Kamer) 3 april 2015, nr. 14/00568
m.nt. mr. M.J. Blommaert en mr. F.W. Linders¹

NJB 2015/747

Ondernemingsrecht 2015/66 met annotatie door H. Beckman

NJ 2015/255 met annotatie door P. van Schilfgaarde

JOR 2015/191 met annotatie door N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt

JONDR 2015/540

Ars Aequi 2015/10 met annotatie door S.M. Bartman

De 403-verklaring: enkele opmerkingen bij HR 3 april 2015 (Eikendal q.q./Lentink)

1. Inleiding

Hoofdellijke aansprakelijkheid kan, ook in het kader van de bepaling van art. 2:403 BW, niet op één lijn worden gesteld met borgtocht, waarbij de schuldeiser eerst de dochtervennootschap zou moeten aanspreken conform het subsidiariteitsbeginsel van art. 7:855 BW. De Hoge Raad houdt daarmee vast aan zijn standpunt zoals eerder door hem verwoord in zijn arrest van 28 juni 2002 (*Akzo Nobel/ING*).² In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat een 403-verklaring een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling is op grond waarvan rechtstreekse aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ontstaat. De hoofdellijke aansprakelijkheid ontstaat niet uit de wet zelf (art. 2:403 BW), maar uit de afgelegde verklaring. Een eenzijdige verklaring van hoofdellijke aansprakelijkheid roept volgens de Hoge Raad niet een afhankelijk recht in het leven. Een werking als die van borgtocht is in de literatuur wel door meerdere auteurs bepleit.³ Met *Eikendal q.q./Lentink* houdt de Hoge Raad echter voet bij stuk. Dat dit in de praktijk nog al eens tot onhandige c.q. ongewenste situaties leidt bewijst ook het onderhavige arrest. In deze annotatie gaan wij eerst kort in op de achterliggende regeling, die ook wel bekend staat als 'de groepsvrijstelling'. Vervolgens bespreken wij de casus en de procedures in de verschillende instanties die tot deze beslissing hebben geleid. Wij sluiten af met enkele opmerkingen over het arrest en over het rechtskarakter van de 403-verklaring. Daarbij gaan wij tevens in op de door Faber en Vermunt naar aanleiding van dit arrest opgeworpen vraag of een 403-verklaring, waarbij de moedermaatschappij zich borg stelt voor uit rechtshandelingen van de

dochtermaatschappij voortvloeiende schulden, aan consolidatie van de jaarrekening in de weg staat.⁴

2. De groepsvrijstelling in het kort

Veel grote ondernemingen maken gebruik van een wettelijk regime dat bekend staat als de groepsvrijstelling. Daarbij deponeert het groepshoofd, vaak een holdingmaatschappij, een geconsolideerde jaarrekening, terwijl haar afzonderlijke groepsmaatschappijen hun jaarrekening niet volgens de eisen van de wet⁵ hoeven in te richten, maar slechts summier.⁶ Voor die dochterondernemingen kan openbaarmaking van de (summiere) jaarrekening bovendien achterwege blijven. De geconsolideerde jaarrekening geeft de financiële gegevens van de groep als geheel weer. De gedachte kan dan ontstaan dat aan de financiële positie van de afzonderlijke groepsmaatschappijen geen zelfstandige betekenis meer toekomt.⁷ Er worden diverse voorwaarden aan de vrijstelling gesteld (art. 2:403 BW). Eén van de belangrijkste voorwaarden (naast opname van de financiële gegevens van de rechtspersoon in een geconsolideerde jaarrekening) die de wet stelt voor het mogen toepassen van deze vrijstelling, is het afgeven van een aansprakelijkheidsverklaring door de consoliderende moedermaatschappij voor haar dochters waarvoor de vrijstelling is gewenst (een zogenoemde 403-verklaring⁸). Zij vormt in de praktijk de belangrijkste spil bij de toepassing van het regime. De functie van een dergelijke aansprakelijkheidsverklaring is compensatie bieden voor het gemis van een overeenkomstig de wet ingerichte jaarrekening en daarmee gepaard gaande transparantie. Zoals hiervoor aangegeven kan de contractant van de dochtermaatschappij jegens de moedermaatschappij geen recht ontlenen aan art. 2:403 BW maar alleen aan de door haar gedeponeerde verklaring.⁹ Aldus komt het bij een beroep door een derde op deze verklaring primair aan op de uitleg van de tekst van de verklaring waarbij de hiervoor verwoorde context van art. 2:403 BW wel een rol kan spelen. In het algemeen wordt die uitleg van de tekst gedaan via een objectieve grammaticale uitleg.¹⁰ Deze tekst is in de praktijk (om die reden) meestal identiek aan de wettekst van art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW maar kan dus ook daarvan afwijken en ruimer zijn dan de daarin bedoelde minimumvereisten van een verklaring maar ook enger. De alsdan gepubliceerde verklaring – of deze nu op zichzelf voldoet aan art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW of niet – behoudt dan echter wel haar werking waarop derden een

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: M.J. Blommaert en F.W. Linders, 'De 403-verklaring: enkele opmerkingen bij HR 3 april 2015 (*Eikendal q.q./Lentink*)', *Tvl* 2015/53. Maarten Blommaert en Frank Linders zijn advocaat en curator bij FALCQ Advocaten.

2 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447, m.nt. Maeijer.

3 Zie voor een overzicht A.-G. Wuisman in onderdeel 2.6 van zijn conclusie bij *Eikendal q.q./Lentink* en zijn verwijzing aldaar naar de literatuur.

4 De vraag is, beter gezegd, of een dergelijke borgtochtverklaring het in art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW bedoelde effect sorteert, bij gebreke waarvan de desbetreffende dochtermaatschappij moet publiceren conform de voorschriften van titel 9 Boek 2 BW.

5 Titel 9 van Boek 2 BW.

6 Art. 2:403 lid 1 onder a BW.

7 Vgl. H. Beckman in zijn bijdrage in P. Van Schilfgaarde e.a., *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, Deventer: Kluwer 1995, p. 87.

8 Genoemd naar haar huidige plaats in de wet: art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW.

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

10 Zie ook S.M. Bartman & A.E.M. Dorresteyn, *Van het Concern*, Deventer: Kluwer 2013, p. 243.

beroep kunnen doen middels de hiervoor verwoorde uitleg volgens de criteria van de Hoge Raad.

De regeling is mede onder invloed van Europese regelgeving tot stand gekomen begin jaren zeventig van de vorige eeuw. De Vierde EEG-richtlijn (1978) bevat onder andere inrichtingseisen voor de jaarrekening van vennootschappen. Ook bevat zij in art. 57¹¹ een voorlopige regeling die overeenkomt met (de voorganger van) art. 2:403 BW. In art. 57 van de richtlijn, alsmede in latere regelingen, wordt de voorwaarde gesteld: 'de moederonderneming heeft zich *garant verklaard* voor de door de dochteronderneming aangegane verplichtingen'. De richtlijn spreekt derhalve niet over een hoofdelijke aansprakelijkheidsverklaring, maar over een garantieverklaring. De tekst van de richtlijn zal bij het hierna te bespreken arrest nog een rol spelen.

In financieel betere tijden zijn het vaak de voordelen van deze regeling die de boventoon voeren. Men denke daarbij aan kostenbesparingen of concurrentieoverwegingen (de concurrentie wordt financiële detailinformatie van de groep onthouden). Problemen manifesteren zich vaak pas bij een reorganisatie van (een deel van) de groep of een faillissement van de groepsmaatschappij waarvoor de 403-verklaring is afgegeven.

Het arrest inzake *Eikendal q.q./Lentink* ziet met name op de aard en het rechtskarakter van de 403-verklaring. Meer in het bijzonder komt aan de orde de vraag welke verbintenisrechtelijke werking heeft te gelden tussen de moedermaatschappij die de aansprakelijkheidsverklaring afgeeft en de crediteur die zich op die verklaring beroept.¹² Wij komen daar in het vervolg van deze bijdrage nog op terug. In de literatuur bestaat daarnaast veel discussie over de reikwijdte van de 403-verklaring. Daarbij wordt veelal een onderscheid gemaakt tussen de materiële en de temporele reikwijdte van de 403-verklaring.¹³ De eerste heeft betrekking op de vraag voor welke schulden de moedermaatschappij aansprakelijk is. De tweede op de vraag over welke periode de moeder aansprakelijk is. Deze laatste discussie behelst in haar meest eenvoudige vorm de vraag of behalve de schulden die zijn ontstaan uit rechtshandelingen die zijn verricht na de aansprakelijkstelling, de toekomstige schulden, ook de reeds bestaande schulden onder de aansprakelijkstelling vallen. Met andere woorden of de aansprakelijkheidsverklaring in dat opzicht terugwerkende kracht bezit.¹⁴ Wij

gaan van dat laatste uit.¹⁵ De discussie valt echter buiten het bestek van het hier besproken arrest. Het voert ook in het kader van deze bijdrage te ver daarop in te gaan, zodat wij dit hier verder laten rusten.

Tot slot op deze plaats enkele opmerkingen over de beëindiging van de 403-aansprakelijkheid.¹⁶ Een middels een 403-verklaring afgegeven aansprakelijkstelling kan worden ingetrokken door nederlegging van een daartoe strekkende verklaring ten kantore van het handelsregister (art. 2:404 BW). Vanaf dat moment kan de groepsmaatschappij waarvoor de verklaring was afgegeven, geen gebruik meer maken van de groepsvrijstelling. Ook is de moedermaatschappij vanaf dat moment niet meer aansprakelijk voor schulden uit rechtshandelingen van haar dochter die ontstaan na de intrekkingverklaring. Voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen verricht vóór de intrekking van de 403-verklaring blijft zij evenwel aansprakelijk. Voor het beëindigen van deze 'resterende aansprakelijkheid' is onder meer noodzakelijk dat de groepsband wordt verbroken en het voornemen tot beëindiging van deze aansprakelijkheid wordt aangekondigd in een landelijk verspreid dagblad. Schuldeisers hebben dan twee maanden de tijd daartegen in verzet te komen.¹⁷ Vanuit juridische kringen is terecht vaak kritiek geuit op deze regeling. Met name de voorwaarde dat de betreffende groepsmaatschappij niet meer tot de groep mag behoren wordt vaak als onnodig bezwarend gezien.¹⁸ Het komt daarnaast met enige regelmaat voor dat een moedermaatschappij simpelweg vergeet om de 403-verklaring in te trekken. De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid zou zich in dat geval onder omstandigheden kunnen verzetten tegen een succesvol beroep van een schuldeiser op de aansprakelijkheidsverklaring.¹⁹ De (lagere) rechtspraak op dit punt is echter veelal streng. Niet zelden wordt er meer gewicht toegekend aan de – niet ingetrokken – gepubliceerde 403-verklaring.²⁰

11 De in 1983 tot stand gekomen Zevende EEG-richtlijn inzake de geconsolideerde jaarrekening bevat in art. 43 een definitieve tekst van art. 57 Vierde EEG-richtlijn. Beide richtlijnen zijn inmiddels vervangen door Richtlijn 2013/34/EU van 26 juni 2013. Ook in die richtlijn wordt (in art. 37) gesproken van een garantstelling.

12 Zie ook A-C Wuisman bij de bespreking van het cassatiemiddel, onderdelen 2 tot en met 4.

13 Vgl. S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het Concern*, Deventer: Kluwer 2013, p. 243 e.v.

14 Zie voor een uitgebreide behandeling van verschillende mogelijkheden H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen. Een analyse van artikel 2:403 BW en zijn voorgangers* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995, p. 497 e.v., waar hij spreekt over a-, b- en c-opvattingen.

15 Anders Houwen in L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels & J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen. Een rechtsvergelijkende studie naar de positie van crediteuren van concernafhankelijke vennootschappen in Duitsland, Frankrijk, Engeland en Nederland* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1993, p. 853. Enigszins anders S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het Concern*, Deventer: Kluwer 2013, p. 251 die menen dat met een beperkte terugwerkende kracht voldoende recht wordt gedaan aan de compensatiegedachte die de groepsvrijstelling kenmerkt.

16 Zie ook M.J. Blommaert, 'Beëindiging van de 403-aansprakelijkheid', *Journal IF&Z* 2007/190.

17 In het arrest *Akzo Nobel/ING* (HR 28 juni 2002, NJ 2002/447, m.nt. Maeijer) oordeelde de Hoge Raad dat een pandhouder geen schuldeiser is voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt ex art. 2:404 lid 5 BW.

18 Vgl. Houwen in L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels & J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen. Een rechtsvergelijkende studie naar de positie van crediteuren van concernafhankelijke vennootschappen in Duitsland, Frankrijk, Engeland en Nederland* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1993, p. 856 en H. Beckman in P. Van Schilfgaarde e.a., *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, Deventer: Kluwer 1995, p. 99.

19 Vgl. Rb. Utrecht 31 juli 1996, JOR 1999/96 (*Haverkort*).

20 Vgl. Rb. Rotterdam 15 april 1999, JOR 1999/119 (*Lely/Netagco*) en Hof Amsterdam 12 januari 2010, JOR 2010/94 (*Hoeveholding*).

3. De casus en de procedures in feitelijke instanties

Mastertools en Lentink sluiten een overeenkomst waarbij Mastertools zich verbindt om een zogeheten 'trekstempel' te vervaardigen en te leveren aan Lentink. Bia Beheer is de moeder van Mastertools en heeft ten tijde van het sluiten van de overeenkomst op de voet van art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW een verklaring afgelegd waarbij Bia Beheer zich hoofdelijk aansprakelijk stelde voor schulden uit door Mastertools verrichte rechtshandelingen (403-verklaring). Er wordt geleverd en (deels) betaald, echter uiteindelijk wordt de geleverde trekstempel, althans het daarmee geproduceerde proefproduct, afgekeurd. De overeenkomst wordt dan ook door Lentink buitengerechtelijk ontbonden en er wordt door Lentink aanspraak gemaakt op terugbetaling van de door haar gedane betalingen en schadevergoeding. Bia Beheer wordt in verband met de door haar afgegeven 403-verklaring van het een en ander verwittigd en vervolgens in de daaropvolgende procedures mede betrokken. Hangende de procedure in eerste aanleg failleren echter zowel Mastertools als Bia Beheer. Lentink treft vervolgens een schikking met de curator van Mastertools. Vreemd genoeg is de curator van Bia Beheer in deze dading niet gekend. Zowel het hof als de Hoge Raad hebben vervolgens te beslissen op het door de curator van Bia Beheer gevoerde verweer dat dat als gevolg van de getroffen dading de vordering op Mastertools teniet is gegaan. Gelet op de strekking van de 403-verklaring zou Lentink volgens de curator niet voor het meerdere nog Bia Beheer kunnen aanspreken. In zijn tussenarrest van 24 januari 2012 verwerpt het hof dit verweer. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch overweegt (r.o. 4.16.1):

"Ingevolge de aansprakelijkheidsverklaring van artikel 2:403 lid 1 aanhef en onder f BW wordt de moederverenootschap hoofdelijk verbonden voor de uit rechtshandelingen van de dochterverenootschap voortvloeiende schulden. Hoofdelijke aansprakelijkheid, kan, ook in het kader van de bepaling van artikel 2:403 BW, niet op één lijn worden gesteld met borgtocht (HR 28 juni 2002, *JOR* 2002, 136, *IJN*: AE4663), waarbij de schuldeiser eerst de dochterverenootschap zou moeten aanspreken conform het subsidiariteitsbeginsel van artikel 7:855 BW. De hoofdelijkheid brengt met zich mee dat de schuldeiser (Lentink) naar vrije keuze zowel de dochterverenootschap (Mastertools; mr. Gerrits q.q.) als de moederverenootschap (Bia Beheer; mr. Eikendal q.q.) tot nakoming voor het geheel kan aanspreken, met dien verstande dat nakoming door een van hen ook de andere medeschuldenaar bevrijdt (art. 6:7 BW)."

De door Lentink met de curator van Mastertools getroffen dading tegen finale kwijting betekent volgens het hof niet dat Lentink daarmee mede afstand heeft gedaan van haar vorderingsrecht jegens (de curator van) Bia Beheer als andere hoofdelijk verbonden schuldenaar. De dading heeft slechts tot gevolg dat de schuld met dat bedrag (in casu

€ 25.000,-) is verminderd. In het eindarrest wordt Lentink alsnog grotendeels in het gelijk gesteld en volgt een verwijzing naar de schadestaatprocedure.

4. De procedure in cassatie

De door mr. Eikendal q.q. aangevoerde klachten richten zich met name tegen voornoemde rechtsoverweging 4.16.1 van het tussenarrest. Deze komen er in de kern op neer dat een door een moedermaatschappij afgegeven 403-verklaring waarin hoofdelijke aansprakelijkheid wordt aanvaard, naar haar aard en strekking een werking toekomt als die van borgtocht. Bijgevolg zou de moedermaatschappij niet verder kunnen worden aangesproken dan voor het bedrag dat de vrijgestelde dochtermaatschappij op dat moment nog verschuldigd is. In casu zou dit dan betekenen dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van Bia Beheer niet verder reikt dan het bedrag dat Mastertools ingevolge de met Lentink getroffen dadingsovereenkomst aan Lentink is verschuldigd. Het hof zou een en ander hebben miskend. Blijkens de bespreking van de diverse onderdelen wijst mr. Eikendal met name op de compensatiegedachte van de 403-verklaring (compensatie bieden voor het gemis van een overeenkomstig de wet ingerichte jaarrekening van de vrijgestelde groepsmaatschappij en daarmee gepaard gaande transparantie). Aan deze compensatiegedachte zou volgens de curator met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid de beperking kunnen worden ontleend dat deze slechts inhoudt aansprakelijkheid voor verplichtingen van de vrijgestelde groepsmaatschappij voor zover en voor zolang die verplichtingen nog daadwerkelijk bestaan. Steun daarvoor vindt mr. Eikendal bij de aan art. 2:403 BW ten grondslag liggende Europese richtlijnen die slechts spreken van een garantstelling door de consoliderende groepsmaatschappij. De Hoge Raad, in navolging van A-G Wuismans, verwerpt het cassatieberoep. Hij overweegt daartoe als volgt:

"3.6.2. In het hiervoor in 3.5 overwogene ligt besloten dat de onderhavige 403-verklaring volgens het hof niet meer of anders inhoudt dan dat Bia Beheer zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de uit rechtshandelingen van Mastertools voortvloeiende schulden. Zoals ook het hof overweegt, is in HR 28 juni 2002, *ECLI:NL:HR:2002:AE4663*, *NJ* 2002/447 (*JOR* 2002/136, m.nt. Bartman; *red.*), (Akzo Nobel/ING) beslist dat hoofdelijke aansprakelijkheid, ook die in het kader van art. 2:403 BW, niet op één lijn kan worden gesteld met borgtocht. Het door de klachten verdedigde standpunt stuit hierop af.

In verband met de hoofdelijke aansprakelijkheid van Bia Beheer zijn de art. 6:7 e.v. BW van toepassing, hetgeen meebrengt dat haar aansprakelijkheid berust op een zelfstandige verbintenis jegens Lentink, waarvan zelfstandig nakoming kan worden gevorderd. In dit verband is van belang dat het middel niet opkomt tegen het in rov. 4.16.1 besloten liggende oordeel van het hof dat de door Lentink en mr. Gerrits q.q. getroffen dading niet meebrengt dat Lentink op de voet van art. 6:9 lid 1 BW af-

stand heeft gedaan van haar vorderingsrecht jegens Bia Beheer. Zoals het hof vervolgens heeft overwogen, heeft deze dading ingevolge art. 6:7 lid 2 BW slechts tot gevolg dat de schuld van Bia Beheer is verminderd met het door mr. Gerrits q.q. betaalde bedrag van € 25.000,--. Aan een en ander heeft het hof in de slotzin van rov. 4.16.1 terecht de conclusie verbonden dat het verweer van mr. Eikendal q.q. faalt.

3.6.3. De omstandigheid dat de Europese richtlijnen die aan art. 2:403 BW ten grondslag liggen niet spreken van hoofdelijke aansprakelijkheid, maar van het stellen van een garantie, leidt niet tot een ander oordeel. Daargelaten of juist is dat met de term 'garantie' een borgtocht is bedoeld, die Europese richtlijnen geven slechts minimumvoorschriften en laten aan de nationale wetgever ruimte voor een verder strekkende aansprakelijkheid (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.9). Blijkens art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om de in de Europese richtlijnen bedoelde garantie uit te werken in een vereiste van hoofdelijke aansprakelijkheid."

De Hoge Raad houdt aldus vast aan zijn standpunt dat hoofdelijke aansprakelijkheid, ook die in het kader van art. 2:403 BW, niet op één lijn kan worden gesteld met borgtocht. Op die hoofdelijke aansprakelijkheid zijn de regels van art. 6:7 BW e.v. van toepassing. Dit leidt er (ingevolge art. 6:7 lid 2 BW) toe dat de schuld van Bia Beheer als moedermaatschappij slechts is verminderd met het op grond van de dadingsovereenkomst betaalde bedrag.

5. Enkele opmerkingen bij het arrest van de Hoge Raad

De Hoge Raad heeft niet heel veel woorden nodig om de in het middel bepleite (vorm van) subsidiariteit en afhankelijkheid van de 403-vordering te verwerpen. Ook 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 volgens de Hoge Raad niet tot een ander oordeel. De overweging van de Hoge Raad, in navolging van de A-G²¹, dat de Europese richtlijnen slechts minimumvoorschriften geven doet denken aan het vrij recent gewezen arrest Hertogs/Deterink q.q.²² In dat arrest bepaalde de Hoge Raad dat een tegen de dochtermaatschappij in te roepen voorrecht niet tevens kan worden ingeroepen tegen de moedermaatschappij die voor deze dochter een 403-verklaring heeft afgelegd. Daartoe overweegt de Hoge Raad (onder meer) terecht dat de tekst noch de strekking van de richtlijn meebrengt dat aan de vordering op de moedermaatschappij uit hoofde

21 De A-G verwijst in onderdeel 2.9 van zijn conclusie naar overweging 8 uit de considerans van de richtlijn. Deze luidt: "Bovendien is het noodzakelijk dat gelijkwaardige juridische minimumvoorschriften op het niveau van de Unie worden vastgesteld met betrekking tot de mate waarin concurrerende ondernemingen financiële gegevens aan het publiek ter beschikking dienen te stellen."

22 HR 11 april 2014, NJ 2014/309, m.nt. P. van Schilfgaarde.

van de aansprakelijkheidsverklaring eenzelfde voorrecht verbonden moet zijn. Ook uit de (considerans van de) richtlijn blijkt volgens de Hoge Raad niet van een verdergaand oogmerk dan dat de moedermaatschappij aansprakelijk is voor de desbetreffende verbintenissen van de dochtermaatschappij. Deze overweging in Hertogs/Deterink q.q. geeft reeds blijk van de gedachtegang van de Hoge Raad dat de Europese richtlijnen²³ slechts minimumvoorschriften geven en dat de Europese wetgever het aan de nationale lidstaten heeft overgelaten om een eigen invulling te geven aan de garantieverklaring.²⁴ Het is dan ook niet verrassend dat het beroep op deze richtlijnen faalt.

Over de verbintenisrechtelijke consequenties die de Hoge Raad verbindt aan de 403-verklaring is, ook vóór het wijzen van dit arrest, al het nodige geschreven. Veel auteurs achten het wenselijk dat aan de hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 2:403 BW een werking toekomt als door mr. Eikendal bepleit, derhalve een werking als die van een borgtocht.²⁵ Wij sluiten ons daar graag bij aan. Het belangrijkste argument daarvoor zou naar wij menen moeten zijn dat de ratio van de aansprakelijkheidsverklaring (het ontbreken van een overeenkomstig de wet ingerichte jaarrekening) niet noopt tot een verdergaande (zelfstandige) verbintenis van de moeder jegens de crediteur van de vrijgestelde dochter.²⁶ Wat er ook van die discussie zij, de Hoge Raad is duidelijk een andere mening toegedaan en ziet geen reden voor een werking van de verklaring conform de wettekst als die van een borgtocht.

Interessant in dat verband is de door Faber en Vermunt in hun annotatie bij dit arrest opgeworpen vraag of een 403-verklaring waarbij de moedermaatschappij zich borg stelt (en daarmee dus afwijkt van de letterlijke minimale tekst van art. 2:403 lid 1 onder f BW) voor uit rechtshandelingen van de dochtermaatschappij voortvloeiende schulden, aan consolidatie van de jaarrekening in de weg staat.²⁷ Stel nu dat de te deponeren tekst dan als volgt komt te luiden:

Moedermaatschappij X verklaart zich borg te stellen ex artikel 7:850 Burgerlijk wetboek voor de uit rechtshandelingen van haar dochtermaatschappij Y voortvloeiende schulden.

Hiermee wordt ons inziens voldaan aan de Europese richtlijnen waar de Hoge Raad naar verwijst. Daarin wordt immers slechts gesproken over een garantieverklaring en de

23 Zie voetnoot 11.

24 Zie ook H. Beckman in zijn annotatie in *Ondernemingsrecht* 2014/83 bij HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:898.

25 Vgl. H. Beckman in zijn annotatie onder *Ondernemingsrecht* 2015/66 waar hij opmerkt dat ook sympathie kan bestaan voor het standpunt van Inalfa (dit is de moedermaatschappij) dat door de dading de schuld van Master-tools is gedaald tot het bedrag dat zij ingevolge de dading moet voldoen, met als gronden de aard en strekking van de 403-verklaring in de context van wet en Europese richtlijnen. Zie voorts A-G Wuisman in onderdeel 2.6 van zijn conclusie en zijn verwijzing aldaar naar de literatuur.

26 Evenzo N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt in hun annotatie onder *JOR* 2015/191.

27 N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt in hun annotatie onder *JOR* 2015/191.

Europese wetgever laat de invulling daarvan aan de nationale wetgever over. Ook Beckman merkt in zijn annotatie bij het arrest op dat bij die invulling bijvoorbeeld kan worden gedacht aan borgtocht.²⁸ De Hoge Raad drukt zich hierover terughoudender uit middels de hiervoor geciteerde woorden 'Daargelaten of juist is dat met de term 'garantie' een borgtocht is bedoeld'. De kern van de discussie is dan de vraag of met een dergelijke verklaring naast voldoening aan de richtlijnen ook is voldaan aan de voorwaarden van art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW.

Voordat wij aan de beantwoording van deze vraag toekomen eerst enkele opmerkingen vooraf. De vraag wat een op de voet van art. 2:403 BW afgegeven aansprakelijkheidsverklaring in een concreet geval inhoudt moet, zoals hiervoor gezegd, volgens de Hoge Raad worden vastgesteld door uitleg daarvan.²⁹ Van deze vraag moet scherp worden onderscheiden de – hier aan de orde zijnde – vraag wanneer een door de moedermaatschappij afgegeven verklaring het in art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW bedoelde effect sorteert. Immers, als de verklaring te beperkt is opgesteld, is niet aan de vereisten van art. 2:403 lid 1 BW voldaan.³⁰ In dat geval kan voor wat betreft het boekjaar waarover niet wordt gepubliceerd geen beroep worden gedaan op de vrijstelling van art. 2:403 BW. Het bestuur van de dochtervennootschap staat dan bijgevolg voortaan bloot aan de sancties verbonden aan het niet tijdig publiceren van de jaarrekening (art. 2:138/2:248 lid 2 BW jo. art. 2:138/2:248 lid 1 BW) en de gepubliceerde verklaring kan desondanks door derden worden ingeroepen. Borgtocht is een vorm van hoofdelijkheid, zo merken ook Faber en Vermunt op. Wij delen voorts de visie van deze auteurs dat de aan borgtocht verbonden subsidiariteit niet moet worden overschat. Tot slot sluit ook de tekst van art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW een borgtocht niet expliciet uit.

Terug naar de beantwoording van de vraag waar de kern van de discussie in schuilt. Voldoet een borgtochtverklaring aan de eisen van art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW? Daarvoor roepen wij nogmaals het hiervoor geciteerde slot van het arrest van de Hoge Raad in herinnering:

"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."³¹

28 Annotatie van H. Beckman onder *Ondernemingsrecht* 2015/66.

29 HR 28 juni 2002, NJ 2002/447, m.nt. Maeijer, r.o. 3.4.2.

30 Zie ook C. Spierings, 'Verbintenissenrechtelijke aspecten van de 403-verklaring; over eenzijdigheid, uitleg en vergeten verklaringen', *NTBR* 2012/14, par. 1.2.

31 Onderstreping auteurs.

Onze conclusie luidt dan dat een borgtochtverklaring niet voldoet aan de eisen van art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW. Immers:

- a. de Hoge Raad oordeelt met de hiervoor geciteerde woorden 'verder strekkende aansprakelijkheid' dat de verklaring ex art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW verder gaat dan wat de richtlijnen voorschrijven;³²
- b. het gegeven dat een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid niet een afhankelijk recht in het leven roept levert – zoals het arrest laat zien – een verder strekkende aansprakelijkheid op voor de moedermaatschappij dan een borgtocht welke afhankelijk is van de verbintenis van de hoofdschuldenaar waarvoor zij is aangegaan;³³
- c. de Hoge Raad oordeelt in het arrest *Eikendal q.q./Lentink* dat een verklaring met een tekst overeenkomstig die van 2:403 lid 1 onder f BW geen borgtocht is;
- d. dan ligt het voor de hand te veronderstellen dat een borgtocht niet voldoet aan de eisen van art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW.

Als de Hoge Raad dan toch een bevestigend antwoord op onze vraag voorstaat heeft hij ons allen wel erg op het verkeerde been gezet.³⁴ Ook Van Schilfgaarde meent dat reeds uit *Akzo Nobel/ING* volgt dat een dergelijke borgtochtverklaring niet het in art. 2:403 lid 1 BW bedoelde effect heeft.³⁵ Toegegeven, een expliciet antwoord geeft de Hoge Raad niet. Deze vraag lag ook niet ter beantwoording voor. Er kan dus ook anders over worden geoordeeld. Zo lijkt A-G Wuisman in zijn conclusie bij *Eikendal q.q./Lentink* daarentegen te vinden dat een borgtochtverklaring wel aan de eisen van art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW voldoet. De A-G overweegt (r.o. 2.8.):

"De compensatie voor het verminderde inzicht in de financiële/economische situatie van de vrijgestelde groepsvennootschap kan worden gevonden in een 403-verklaring, waarbij de moedermaatschappij zich voor de schulden van de vrijgestelde groepsvennootschap niet verder hoofdelijk verbindt dan het geval is bij borgtocht. Maar de compensatie kan evenzeer bestaan uit een zich hoofdelijk verbinden door de moedermaatschappij op de voet van de hoofdelijke verbondenheid als voorzien in afdeling 2 van boek 6 BW."

Alles afwegende zijn wij aldus van oordeel dat een 403-verklaring waarbij de moedermaatschappij zich borg stelt voor uit rechtshandelingen van de dochtermaatschappij voort-

32 Zie ook H. Beckman in P. Van Schilfgaarde e.a., *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, Deventer: Kluwer 1995, p. 85-86, waar hij opmerkt dat de Nederlandse wetgever met zijn hoofdelijkheidsverklaring verder gaat dan volgens de Richtlijn noodzakelijk is.

33 Art. 7:851 lid 1 BW is dwingendrechtelijk. Zie ook Asser/Van Schaick 7-VIII*2012, nr. 88.

34 Dan gaan wij ook nog maar voorbij aan de problematiek dat een zuivere borgtocht, die wettelijk kwalificeert als een overeenkomst, in de regel door de desbetreffende crediteur van de vrijgestelde dochtermaatschappij zal moeten worden aanvaard.

35 Annotatie P. van Schilfgaarde onder *NJ* 2015/255.

vloeiende schulden, niet voldoet aan de eisen van art. 2:403 lid 1, aanhef en onder f, BW en derhalve aan consolidatie van de jaarrekening in de weg staat (lees: de desbetreffende dochtermaatschappij moet publiceren). In ieder geval loopt een moedermaatschappij die met een dergelijke verklaring consolideert het risico dat het niet aan de eisen van de wet voldoet, daarmee er geen publicatievrijstelling voor groepsmaatschappijen wordt verkregen, terwijl de gedeponeerde borgtocht wel door de begunstigen kan worden ingeroepen.

Tot slot. Hoewel de uitspraak van de Hoge Raad niet verrast, achten wij deze uitkomst niet wenselijk. Wij menen dat het door mr. Eikendal bepleite standpunt prima past binnen de gedachte van de groepsvrijstelling en van de 403-verklaring in het bijzonder. Een verdergaande (zelfstandige) verbintenis van de moeder jegens de crediteur van de vrijgestelde dochter is als gezegd niet noodzakelijk. Het oordeel van de Hoge Raad dat hoofdelijke aansprakelijkheid, ook in het kader van art. 2:403 BW, niet op één lijn kan worden gesteld met borgtocht moge juist zijn. De daaropvolgende overweging van de Hoge Raad dat in verband daarmee de art. 6:7 e.v. BW (onverkort) van toepassing zijn, is er wel een van grote stappen snel thuis. De praktijk zal het hiermee voorlopig moeten doen.

Mr. M.J. Blommaert en mr. F.W. Linders