

Persoonlijke zekerheden in groepsverband en faillissement: letter of comfort, groepsgarantie en 403-verklaring

MR. A.G.S. NASS EN MR. DRS. E.C.A. NASS¹

1. Inleiding

In de Nederlandse rechtspraktijk zijn verschillende vormen van zekerheidsstelling ontwikkeld. Een aantal daarvan kent een in de wet benoemde vorm, maar veel zijn ontstaan in de praktijk en als zodanig niet gebonden aan specifieke wettelijke vereisten. Dergelijke zekerheidsstellingen komen er – in de kern – op neer dat een derde op een of andere wijze de mogelijkheid tot verhaal biedt voor één of meer verplichtingen van een ander.² Het aanvaarden van aansprakelijkheid is een van de vormen om zekerheid te stellen. In deze bijdrage gaat het om zekerheden gesteld of toegezegd door rechtspersonen en vennootschappen die door onderlinge betrokkenheid organisatorisch zijn verbonden in een economische eenheid, dus in een groep (art. 2:24b BW), in de praktijk veelal concern genoemd. De vennootschap of rechtspersoon die zekerheid heeft gesteld noemen wij ‘moedermaatschappij’³ en de vennootschap of rechtspersoon ten behoeve waarvan zekerheid wordt gesteld of toegezegd ‘groepsrechtspersoon’. De aansprakelijkheid die op zich wordt genomen kan verschillen. Zo kan een derde (i.c. de moedermaatschappij) bereid (of gehouden) zijn subsidiaire aansprakelijkheid op zich te nemen dan wel zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de verplichtingen van een ander (i.c. de groepsrechtspersoon). Ongeacht de vorm van de zekerheidsstelling komt in geval van een faillissement van de groepsrechtspersoon aan de orde, of en in hoeverre daarop een beroep kan worden gedaan, althans of en in hoeverre een benoemde curator de mogelijkheid heeft verhaal te zoeken bij de derde die zekerheid heeft gesteld of toegezegd.

1. Annemiek Nass is advocaat te Amsterdam en werkt aan een proefschrift over decharge. Eva Nass is advocaat te Arnhem en werkt aan een proefschrift over de 403-verklaring.
2. Zekerheidsstelling ten behoeve van zichzelf, zoals bijvoorbeeld een hypotheekrecht op een woonhuis, laten wij buiten beschouwing.
3. Zekerheid hoeft niet te worden verstrekt door de topholding. Vanzelfsprekend kan (ook) een andere vennootschap of rechtspersoon uit de groep zich aansprakelijk stellen, bijvoorbeeld een zustermaatschappij en/of het hoofd van een groepsdeel.

Wij staan hierna stil bij drie vormen van (persoonlijke) zekerheid die in groepsverband (kunnen) worden gesteld: de letter of comfort, de groepsgarantie (ook wel ‘concerngarantie of ‘corporate guarantee’ genoemd) en de verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid als bedoeld in art. 2:403 BW (403-verklaring). Allereerst bespreken wij in paragraaf 2 verschillende vormen van zekerheid, meer in het bijzonder de drie hiervoor genoemde vormen en gaan wij in op diverse kenmerken daarvan. Vervolgens komt aan de orde (paragraaf 3) de wijze waarop met de verschillende vormen van toegezegde of gestelde zekerheden in een faillissementsituatie moeten worden omgegaan, daarbij richten wij ons met name op de 403-verklaring. Ten slotte komen wij in paragraaf 4 tot een aantal afrondende opmerkingen en een conclusie.

2. Zekerheden in groepsverband

Zekerheidsstelling in groepsverband, waarbij een moedermaatschappij op een of andere wijze zekerheid biedt of zekerheid heeft gesteld voor de verplichtingen van een groepsrechtspersoon kan verschillende vormen aannemen.⁴ Klassieke vormen van het verstrekken van zekerheden zijn de goederenrechtelijke zekerheden zoals het vestigen van pand (art. 3:236 e.v. BW) respectievelijk hypotheek (art. 3:260 e.v. BW). De moedermaatschappij kan dergelijke goederenrechtelijke zekerheden stellen ten behoeve van zichzelf maar ook ten behoeve van een derde (derdenpand, derdenhypotheek). Daarnaast kan een moedermaatschappij voor de verplichtingen van een ander persoonlijke zekerheid stellen. Dat kan in de vorm van een overeenkomst, maar ook eenzijdig. Een wettelijk benoemde vorm van een zekerheidsstelling is de overeenkomst van borgtocht. In dit kader gaat het om de moedermaatschappij die zich borg stelt voor de schuld van een groepsrechtspersoon. Hierdoor verbindt zij zich tot voldoening van de schuld van de groepsrechtspersoon indien deze daartoe niet over gaat.⁵ Doordat een borg schuldenaar wordt uit een verbintenis die hem verplicht tot dezelfde prestatie als die waartoe de hoofdschuldenaar verbonden is of wordt, zijn borg en hoofdschuldenaar hoofdelijk verbonden.⁶ De borg is

4. In de praktijk worden wel twee hoofdvormen van concernfinanciering onderscheiden, een geconsolideerd krediet en een parapluukrediet. Voor een beschouwing over (verschillende vormen van) concernfinanciering zie: Bartman/Dorresteyn (S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer, 2016).

5. Zie art. 7:850 e.v. BW.

6. Art. 7:850 lid 3 BW. De overeenkomst van borgtocht leidt tot een bijzondere vorm van hoofdelijkheid.

niet gehouden tot nakoming voordat de hoofdschuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten.⁷

Een voorbeeld van een eenzijdige rechtshandeling is de 403-verklaring die hierna (paragraaf 2.3) aan de orde komt.

Ook zijn er de nodige voorbeelden van overeenkomsten sui generis met daarin gestelde zekerheden en andersoortige eenzijdige verklaringen tot persoonlijke zekerheidsstelling. Uit de inhoud van dergelijke overeenkomsten en verklaringen moet naar voren komen waartoe de moedermaatschappij zich heeft verbonden. Wij beperken ons hierna tot drie veel voorkomende figuren: de letter of comfort, de groepsgarantie en de 403-verklaring.

De zekerheidsstelling is (doorgaans) bedoeld mogelijke wederpartijen ertoe te brengen een (bepaalde) rechtshandeling aan te gaan met de groepsrechtspersoon. In hoeverre de gestelde of toegezegde zekerheid daadwerkelijk een waarborg biedt aan die potentiële wederpartij, is vanzelfsprekend afhankelijk van de financiële gegoedheid van de moedermaatschappij als zekerheid stellende partij.

2.1 *Letters of comfort*

Zekerheidsstelling in de vorm van een patronaatsverklaring, ook wel aangeduid met haar Engelse naam 'letter of comfort', kan aantrekkelijk zijn indien aan de zijde van de moedermaatschappij sprake is van een in financieringsdocumentatie opgenomen 'negative pledge'-clausule, waarin deze ten opzichte van een of meer externe financiers is overeengekomen geen zekerheden te stellen ten gunste van derden, maar die wel de ruimte biedt voor een patronaatsverklaring. Een veelgebruikte comfort letter is de 'going concern support letter' of continuïteitsverklaring. Hiermee verklaart de aandeelhouder bijvoorbeeld dat de vennootschap zolang die deel uitmaakt van de groep, blijft voortbestaan. De achtergrond hiervan is dat bij twijfel over de continuïteit in de jaarrekening van de groepsrechtspersoon toch kan worden uitgegaan van waardering op basis van een continuïteit.

De patronaatsverklaring is een niet in de wet omljnd begrip en kent verschillende verschijningsvormen. Doorgaans wordt beoogd verklaringen te

7. Art. 7:855 BW. Zie A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten, Deel VIII*: Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, verbruikleen, alijdurende rente, spel en weddenschap*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 59, voor een uitgebreide beschrijving van de borgtocht (en nr. 66 voor een korte toelichting van andere vormen van andere overeenkomsten waarbij (persoonlijke) zekerheid wordt verschaft). Zie ook G. Bergervoet, *Borgtocht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer, 2014.

geven die schuldeisers van een natuurlijke persoon of rechtspersoon geruststellen, er wordt ook wel gesproken over geruststellingsverklaringen.⁸ De moedermaatschappij zal bij voorkeur geen toezeggingen doen die juridisch afdwingbaar zijn, maar ‘slechts’ bereid zijn beloften te doen die een morele druk of verplichting met zich brengen. Er zijn ook letters of comfort die een inspanningsverbintenis in het leven roepen dan wel die een resultaatverbintenis inhouden. In de literatuur worden comfort letters op verschillende wijze gecategoriseerd.⁹ Wij laten in het vervolg de geheel vrijblijvende verklaringen die doorgaans van informatieve aard zijn, zoals ‘*de moedermaatschappij heeft het volste vertrouwen in de bedrijfsvoering van de groepsrechtspersoon*’ of ‘*de moedermaatschappij is op de hoogte van de door de bank aan de groepsrechtspersoon verleende financiering*’ geheel buiten beschouwing. Hieronder zijn ook te rekenen verklaringen die alleen een intentie in het leven roepen, bijvoorbeeld over het beleid van de moedermaatschappij, maar waar geen afdwingbare verbintenis uit voortvloeit, zoals: ‘*het bedrijfsbeleid van de moedermaatschappij is er op gericht dat de bank geen schade zal ondervinden van de bedrijfsvoering van de groepsrechtspersoon*’. Wij richten ons op verklaringen die een inspanningsverbintenis dan wel resultaatverbintenis inhouden, omdat deze een afdwingbare verbintenis voor de moedermaatschappij vormen.

Een comfort letter is specifiek (gericht) of generiek (ongericht). In een specifieke verklaring stelt de moedermaatschappij zich in bepaalde mate sterk te maken voor haar groepsrechtspersoon. Deze verklaring kan specifiek gericht zijn tot één of meer rechtstreeks of impliciet aangeduide derde(n) (de begunstigde(n)), zoals een externe financier (de bank) of een handelscrediteur van de

8. Zie Caufmann (C. Caufmann, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen - Oxford: Intersentia 2005) en Kruisinga/Leber (S.A. Kruisinga, L. Leber, ‘A letter of comfort: does it offer any comfort? Een beschouwing over de letter of comfort naar Nederlands recht met een blik over de grens’, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010/1, p. 3-29) voor een meer diepgaande bespreking van de aard en betekenis van patronaatsverklaringen en ook Van der Waals (B.K. van der Waals, ‘Vermogensverklaringen, te verkiezen boven borgtocht?’, *V&O* 2004/4, p. 69-73). Recente rechtspraak over de uitleg, werking en reikwijdte van comfort letters is Rb. Amsterdam 1 augustus 2007, *JOR* 2008/53 en Rb. Rotterdam 21 mei 2008, *JOR* 2008/285, beide met noot van R.I.F.V. Bertrams. Ook Vermeulen (E.M. Vermeulen, *Financiering van overnames, deel 2*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2006, p. 69-72) geeft een beschrijving van de comfort letter en noemt als zekerheidsverklaring onder andere de ‘net worth verklaring’ (kapitaalstandhoudingsverklaring).
9. Zie bijvoorbeeld Cauffman 2005, p. 339 (2 categorieën), Boonacker/Drok (J.V. Boonacker en E.D. Drok, ‘De mogelijke rechtsgevolgen van de letter of comfort volgens Nederlands, Engels, Duits en Frans recht’, *NIBE-bankjuridische reeks 11*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf (NIBE) 1992, p. 8 e.v. (3 categorieën)) en R.I. V.F. Bertrams en F.G.B. Graaf, ‘Letters of comfort en rechtspraak’, *De NV* 1990, p. 75 (5 categorieën).

groepsrechtspersoon, maar kan ook gericht zijn tot deze groepsrechtspersoon. In dat laatste geval kan de moedermaatschappij bepaald hebben dat de groepsrechtspersoon de verklaring niet aan derden mag tonen. Is dat niet bepaald is, dan kan de verklaring (ook) jegens wederpartijen worden gebruikt. De generieke verklaring is tot een ieder gericht, zodat een – in beginsel – onbeperkte groep geadresseerden daarop een beroep kan doen.¹⁰ De letter of comfort kan ook worden beschouwd als een aanbod dat is aanvaard.¹¹

De comfort letter is ontstaan in de rechtspraktijk. De uitonderhandelde of gekozen bewoordingen van de letter of comfort bepalen of er een rechtens afdwingbare verplichting is voor de moedermaatschappij en of dat een zelfstandige of een subsidiaire verplichting is. De tekst van de comfort letter zal daarom uitgelegd moeten worden in overeenstemming met de Haviltex-maatstaf, waarbij – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – niet alleen de tekstuele bewoordingen, maar ook de over en weer door partijen gewekte verwachtingen een rol spelen.¹²

2.2 Groepsgarantie

Het begrip ‘garantie’ is een niet specifiek in de wet omljnd begrip. Doorgaans wordt er mee bedoeld dat een derde de verplichting van een ander garandeert. Wij gebruiken de term ‘groepsgarantie’ om de persoonlijke zekerheid aan te duiden die een moedermaatschappij¹³ biedt voor de nakoming van de verplichting van een groepsrechtspersoon.¹⁴ De garantie kan rechtstreeks worden verstrekt aan de schuldeiser, dan wel aan de groepsrechtspersoon. Anders dan

10. Een letter of comfort die dient ter ondersteuning van de continuïteitsveronderstelling in de jaarrekening van de groepsmaatschappij, is weliswaar voor eenieder kenbaar uit de gedeponeerde jaarrekening, maar geldt daarmee nog niet als generieke verklaring. Afhankelijk van de inhoud van hetgeen hierover gezegd is in de gedeponeerde jaarrekening, kan hieraan betekenis worden toegekend.

11. Zie HR 13 september 1987, *NJ* 1987/98 (*Albada Jelgersma/Van Geloven*), en in de doctrine, zie E. van Emden ‘Letter of support’, in: *Bank- en Effectenbedrijf*, september 2009, p. 12 (die zich in die contractuele benadering kan vinden) en C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolters Kluwer 2016, p. 221 e.v. (die de mogelijkheid aanvaardt dat een dergelijke verklaring in de vorm van een overeenkomst wordt gesteld).

12. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (*Haviltex*). Vgl. HR 26 juni 2009, *JOR* 2009/221 m.nt. Y. Borrius, r.o. 3.2.3 en 4.2. Zie meer uitgebreid over uitleg van een comfort letter Kruisinga/Leber 2010, p. 12-14.

13. Een dergelijke garantie zou uiteraard ook door een andere groepsmaatschappij kunnen worden verstrekt.

14. Een groepsgarantie wordt vaak afgegeven in het kader van een huurovereenkomst van een groepsrechtspersoon.

bij een letter of comfort houdt het bij een groepsgarantie altijd verband met de nakoming van een of meer verplichtingen (resultaatsverbintenis).

Ook groepsgaranties kennen vele verschijningsvormen. Tot welke ((on)voorwaardelijke) verplichting de moedermaatschappij zich verplicht, is afhankelijk van de tekst van de gestelde garantie. Het kan gaan om een zelfstandige of accessoire verplichting en om een eenzijdige of meezijdige (contractuele) rechtshandeling: de tekst van de garantie is bepalend voor de aard en de omvang van de verplichting die de moedermaatschappij op zich neemt. Garanties kunnen gericht of ongericht zijn. Dit onderscheid ziet op de geadresseerden. Bij een ongerichte garantie (*'to whomever it may concern'*) strekt de gestelde garantie zich uit tot een ieder. Bij een gerichte garantie is de garantie specifiek gericht tot een bepaalde partij, zoals een afnemer of leverancier of een financier (de begunstigde). De specifieke garantie is de meest voorkomende garantie, daarmee beperkt de moedermaatschappij haar (potentiële) aansprakelijkheid. De gestelde garantie kan ook qua inhoud beperkt zijn, tot een bepaalde duur en/of gelimiteerd tot een bepaald bedrag. Vaak komt een concerngarantie neer op een betalingsgarantie (in de praktijk ook wel 'payment guarantee' genoemd), maar deze kan ook betrekking hebben op een specifieke prestatie (in de praktijk ook wel 'performance guarantee' genoemd).

In het geval de moedermaatschappij een zelfstandige (directe) verplichting op zich neemt kan de schuldeiser van de groepsrechtspersoon zich voor voldoening wenden – naar keuze – tot de groepsrechtspersoon of rechtstreeks tot de moedermaatschappij. Dat is alleen anders indien in de tekst van de concerngarantie is bepaald dat de moedermaatschappij pas tot nakoming gehouden is indien de groepsrechtspersoon in de nakoming van de op haar rustende verplichting tekort is geschoten. Een garantieovereenkomst (en hetzelfde geldt voor een contractuele letter of comfort) kan in die zin sterk overeenkomen met een overeenkomst van borgtocht, namelijk als de moedermaatschappij afdwingbare verplichtingen op zich neemt met een accessoir (ex art. 3:7 jo. 7:851 BW, bij borgtocht) en subsidiair karakter (art. 7:855 BW bij borgtocht).

2.3 403-verklaring

Een moedermaatschappij kan zich hoofdelijk verbinden voor de verplichtingen uit hoofde van rechtshandelingen van de groepsrechtspersoon. Deze hoofdelijkheid brengt een niet-subsidiaire aansprakelijkheid met zich. Een bijzondere vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid is opgenomen in art. 2:403 BW, waarin is bepaald dat indien aan bepaalde in dat artikel opgenomen voorwaarden is

voldaan, de groepsrechtspersoon¹⁵ onder meer bevoegd¹⁶ is voor zijn jaarrekening af te wijken van de inrichtingsvoorschriften van Titel 9 Boek 2 BW. De groepsrechtspersoon is dan vrijgesteld van de inrichtingsvereisten voor het bestuursverslag en de overige gegevens, van accountantscontrole en van openbaarmaking van zijn jaarstukken bij het handelsregister.¹⁷ Door het groepsregime toe te passen kunnen kostenbesparingen en concurrentievoordelen ontstaan.

Tot de in art. 2:403 lid 1 BW opgenomen voorwaarden behoort onder meer dat de moedermaatschappij die zich aansprakelijk heeft gesteld, de financiële gegevens van de vrij te stellen groepsrechtspersoon moet hebben geconsolideerd in haar geconsolideerde jaarrekening.¹⁸ De aansprakelijkstelling door de moedermaatschappij vindt plaats doordat deze zich hoofdelijk aansprakelijk moet hebben gesteld voor de uit rechtshandelingen¹⁹ van de vrij te stellen groepsrechtspersoon voortvloeiende schulden. De aansprakelijkstelling van de moedermaatschappij uit zich in de zogenoemde ‘403-verklaring’. Voor alle duidelijkheid merken wij op dat derden geen rechten ontleen aan art. 2:403 BW als zodanig, maar aan de inhoud (tekst) van een 403-verklaring zelf.²⁰ De in art. 2:403 BW bedoelde hoofdelijke aansprakelijkstelling is een ongerichte eenzijdige rechtshandeling.²¹ Dit betekent dat door (het enkele) geven van de verklaring aansprakelijkheid ontstaat voor de moedermaatschappij; aanvaarding door degene(n) die een vordering op de groepsrechtspersoon heeft (hebben) of verkrijgt (verkrijgen) (begunstigde(n)) is niet vereist. Gerechtigden tot de

15. Zijnde een in art. 2:360 BW omschreven rechtspersoon, vennootschap of onderneming, niet zijnde een organisatie van openbaar belang als bedoeld in art. 2:398 lid 7 BW (art. 2:403 lid 4 BW).
16. Wanneer wordt voldaan aan de vereisten voor toepassing van het groepsregime ontstaat de bevoegdheid gebruik te maken van de jaarrekeningvrijstelling. De term bevoegdheid impliceert dat er geen sprake is van een verplichting. Het staat een 403-rechtspersoon die de bevoegdheid heeft af te wijken van de inrichtingsvereisten van Titel 9 Boek 2 BW vrij niettemin de jaarrekening wel (en/of deels) conform Titel 9 Boek 2 BW (of bijvoorbeeld volgens de standaarden van de IASB, of Verordening (EG) nr. 1606/2002, of US GAAP) in te richten.
17. Ook behoeft het bestuursverslag niet ter inzage aan aandeelhouders en leden te worden overgelegd.
18. Art. 2:403 lid 1 sub c BW.
19. Het gaat dus niet om verplichtingen uit de wet, zoals onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking, zaakwaarneming, belastingschulden of premies op gronde van sociale zekerheidswetgeving. Met ‘rechtshandelingen’ wordt bedoeld op contractuele verbintenissen, maar ook op verbintenissen uit een eenzijdige rechtshandeling, zie G. van Solinge, ‘Vragen uit de rechtspraak (6) Schulden en de 403-verklaring, *Ondernemingsrecht* 2004/98.
20. HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447 m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2002/136 m.nt. S.M. Bartman (*Akzo Nobel/ING Bank*).
21. Die geen afhankelijk recht in het leven roept en geen overeenkomst van borgtocht inhoudt, zie: HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447 m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2002/136 m.nt. S.M. Bartman (*Akzo Nobel/ING Bank*).

vorderingen uit de rechtshandelingen die met de groepsrechtspersoon zijn aangegaan tijdens de werking van de 403-verklaring²² en waaruit schulden voortvloeien kunnen zich vanaf het moment van opeisbaarheid daarvan voor de voldoening van hun vorderingen ook wenden tot de moedermaatschappij. Die moedermaatschappij is alsdan gehouden in overeenstemming met het gestelde in haar 403-verklaring tot voldoening van de desbetreffende vorderingen over te gaan, voor zover de groepsrechtspersoon al niet tot voldoening is overgegaan. De heersende opvatting is dat van subsidiariteit geen sprake is.²³

Er is discussie over de civielrechtelijke kwalificatie van een vordering uit hoofde van een 403-verklaring, meer in het bijzonder over de relatie tussen die vordering en de ‘oorspronkelijke’ vordering van de schuldeiser op de groepsrechtspersoon. In een recent arrest overweegt de Hoge Raad dat uitgaande van de wettelijke hoofdelijke aansprakelijkheid het gaat om evenveel verbintenissen als schuldenaren.²⁴ Uitgaande van de wettelijke benadering gaat het aldus om zelfstandige vorderingsrechten, hetgeen (praktische) complicaties met zich brengt, omdat de verschillende vorderingsrechten in dat geval ook vatbaar zijn voor afzonderlijke overdracht, bezwaring, beslag, verjaring, kwijting, onderbewindstelling en volmacht verlening. In de literatuur worden andere benaderingen omschreven.²⁵ Wij zijn van mening dat het bijzondere karakter van de hoofdelijke aansprakelijkheid uit hoofde van een 403-verklaring

22. De wettelijke regeling laat op punten veel ruimte voor discussie, onder meer betreffende de vraag welke schulden uit rechtshandelingen – enkel op het moment van het afleggen van de 403-verklaring bestaande of ook toekomstige schulden – onder de reikwijdte van de 403-verklaring vallen.
23. Een aantal auteurs stelt zich evenwel op het standpunt dat er subsidiariteit *zou moeten zijn*. Zie onder meer S.M. Bartman, ‘De 403-verklaring: hoofdelijkheid of borgtocht? Een napleitexercitie’, *AA* 2015/10, p. 809, S.M. Bartman, ‘403-verklaring blijft bron van misverstand’, *Ondernemingsrecht* 2004/16; H.C.F. Schoordijk, ‘Hoofdelijkheid in het algemeen en de 2:403 lid 1 sub f verklaring in het bijzonder’, in: M.J.G.C. Raaijmakers (red.), *Trust en onderneming*, Den Haag: BJu 2003, p. 64; A.G. de Neve, ‘De concernvrijstellingsregeling: de 403-aansprakelijkstelling volgens de Hoge Raad’, *TvI* 2002/235, p. 239 (; N.E.D. Faber, annotatie bij gerechtshof ’s-Gravenhage 6 februari 2007, *JOR* 2007/103; J. W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie*, (diss. Nijmegen) 2011, p. 306; M.H.E. Rongen, *Cessie*, (diss. Nijmegen) 2012, p. 1303/1304).
24. HR 3 maart 2015, *JOR* 2015/191 m.nt. Vermunt en Faber en *Ondernemingsrecht* 2015/66 m.nt. H. Beckman (*mr. Eikendal q.q./Lentink*). Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2012), 3*Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2012 (bijgewerkt tot 1 december 2011), nr. 100 e.v.
25. Zie onder meer E.A. van Dooren, ‘De 403-vordering; mogelijkheden binnen de hoofdelijkheid?’, *Ondernemingsrecht* 2015/72 (die een ‘dynamische’ vordering uit hoofde van de 403-verklaring construeert, die zich te allen tijde in hetzelfde vermogen bevindt als de oorspronkelijke vordering uit hoofde van de rechtshandeling) en R. Wibier, ‘De aard van de aansprakelijkheid uit hoofde van een 403-verklaring’, *AA* 2015/10 (die uitgaat van zelfstandige vorderingsrechten).

(generieke, ongerichte aansprakelijkheid) een rechtvaardiging vormt voor het afwijken van de ‘reguliere’ wettelijke hoofdelijkheid. In onze benadering gaan wij uit van één vordering met twee hoofdelijke schuldenaren: een schuldeiser van de groepsrechtspersoon heeft één vordering, namelijk uit hoofde van een rechtshandeling verricht met de groepsrechtspersoon. Door de 403-verklaring heeft de schuldeiser er een tweede debiteur bij, die gehouden is binnen de grenzen van de 403-verklaring de schuld te voldoen. Er zijn weliswaar twee verbintenissen (één verbintenis ten opzichte van ieder van de hoofdelijk verbonden medeschuldenaren), maar ‘slechts’ één vorderingsrecht.²⁶ Bij toepassing van deze benadering is geen sprake van praktische problemen als hiervoor genoemd. Afzonderlijk overdragen of bezwaren van de ene of de andere vordering is in deze benadering niet mogelijk. In verband met bijvoorbeeld het overdragen of bezwaren van een vordering is duidelijkheid over de civielrechtelijke duiding van de vordering uit hoofde van een 403-verklaring van (praktisch) belang, alsook in geval van faillissement (zoals hierna in paragraaf 3.2 aan de orde komt).²⁷

De moedermaatschappij kan haar hoofdelijke aansprakelijkheid voor de groepsrechtspersoon beëindigen op de wijzen zoals geregeld in art. 2:404 BW. Een 403-verklaring kan worden ingetrokken door nederlegging van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister.²⁸ Daarmee wordt nieuwe aansprakelijkheid op grond van die 403-verklaring voorkomen. Aansprakelijkheid blijft echter nog wel bestaan voor (eventueel na de intrekking opkomende bijvoorbeeld uit een duurovereenkomst voortvloeiende) schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die zijn verricht voordat jegens de schuldeiser een beroep op de intrekking kan worden gedaan, de zogenoemde ‘overblijvende’ aansprakelijkheid.²⁹ De moedermaatschappij kan van deze aansprakelijkheid alleen afkomen op de wijze zoals voorzien in art. 2:404 lid 3 e.v. BW, onder

26. Zie E.C.A. Nass en A.G.S. Nass, ‘De vordering uit hoofde van een 403-verklaring’, *Ondernemingsrecht* 2014/145.

27. Indien aan de vordering op de groepsrechtspersoon een voorrecht is verbonden of wanneer die vordering is achtergesteld is de kwalificatie van de vordering eveneens relevant. Voormelde situaties zijn recent onderwerp van geschil geweest, namelijk in de zaak UWV/Econcern (voorrecht, HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:904, *Ondernemingsrecht* 2014/83 m.nt. H. Beckman, *JOR* 2014/199 m.nt. E.A. van Dooren en *NJ* 2014/309 m.nt. P. van Schilfgaarde) (*UWV/Econcern*) en in het kader van de onteigening van SNS (achterstelling, HR 20 maart 2015, *Ondernemingsrecht* 2015/97 m.nt. H. Beckman, *JOR* 2015/140 m.nt. M.W. Josephus Jitta, *NJ* 2015/361 m.nt. J.W. Winter) (*SNS*). Zie ook paragraaf 3.2.5.

28. Art. 2:404 lid 1 BW.

29. Art. 2:404 lid 2 e.v. BW.

meer het verbreken van de groepsband en het deponeren van de mededeling van het voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid.³⁰

Het voornaamste verschil ten opzichte van de groepsgarantie en de letter of comfort is dat het bij een 403-verklaring gaat om hoofdelijke aansprakelijkheid, die niet subsidiair van karakter is. Dat verschil is het gevolg van het feit dat de 403-verklaring volgens de leer van de Hoge Raad valt onder het wettelijke regime voor hoofdelijke aansprakelijkheid zoals bepaald in Boek 6 BW – althans een bijzondere uitwerking vormt van die hoofdelijkheid – en daarmee in overeenstemming wordt toegepast en uitgelegd.³¹ Voor de andere twee vormen van zekerheid geldt dat er ter zake geen specifieke wettelijke regeling bestaat; dergelijke zekerheidsstellingen moeten worden toegepast en uitgelegd naar de letter. Daar komt bij dat de hoofdelijke aansprakelijkheid uit hoofde van een 403-verklaring steeds een rechtens afdwingbare verplichting van de moedermaatschappij met zich brengt, terwijl een letter of comfort alleen tot aansprakelijkheid leidt wanneer een moedermaatschappij haar verplichting(en) niet nakomt. Een ander onderscheid is dat een 403-verklaring ongerichte hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij jegens een ieder met zich brengt, terwijl een letter of comfort of groepsgarantie mogelijk (afhankelijk van de tekst daarvan) gericht is tot (dan wel overeengekomen met) een zekere partij en/of (enkel) een subsidiaire verplichting van de moedermaatschappij met zich brengt.

3. Groepszekerheden bij faillissement van groepsrechtspersoon

In geval van faillissement van de groepsrechtspersoon komt aan de orde of en zo ja, in hoeverre de moedermaatschappij gehouden is (of kan worden) tot nakoming van de gestelde zekerheid. Daarbij is steeds de vorm waarin de zekerheid is gegoten van belang.

3.1 *Letter of comfort en groepsgarantie*

De begunstigde heeft een eigen vordering op grond van de tot hem gerichte letter of comfort of groepsgarantie, waaraan de (curator van de) groepsrechts-

30. Zie meer uitgebreid over het intrekken van de 403-verklaring en de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid H. Beckman in W.J. Slagter, *Compendium ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer, p. 99 e.v.

31. Dat neemt overigens niet weg dat –zoals hiervoor (zie noot 19) is opgemerkt – de wettelijke regeling niet geheel eenduidig is, als gevolg waarvan niet steeds duidelijk is wat de (uit)werking en/of consequenties van de wettelijke voorwaarden zijn, waaronder de omvang en de reikwijdte van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij.

persoon geen zelfstandige rechten of verplichtingen kan ontleen. Er zal (doorgaans) ook geen sprake zijn van een derdenbeding ten gunste van de begunstigde.³² Of en in welke situatie(s) een begunstigde daadwerkelijk een beroep op een letter of comfort toekomt is afhankelijk van de formulering van de inhoud van deze verklaring. Als daar discussie over is, moet de tekst van een letter of comfort uitgelegd worden. Een bepaalde formulering *kan* uitgelegd worden als een (resultaat)verplichting, waardoor verhaal op de moedermaatschappij kan worden genomen. In principe geldt hetzelfde voor een verplichting uit hoofde van een groepsgarantie; de tekst van die garantie bepaalt of in een bepaald geval al dan niet een verhaalsmogelijkheid bestaat ten opzichte van de moedermaatschappij. Een moedermaatschappij kan er voor kiezen ‘slechts’ aansprakelijkheid op zich te nemen ten opzichte van de begunstigde voor het geval vast komt te staan dat de groepsrechtspersoon opeisbare verplichtingen niet kan (zal) nakomen. Die situatie is bijvoorbeeld aan de orde indien de groepsrechtspersoon failliet is verklaard en een alsdan benoemde curator de vordering van de schuldeiser (tevens begunstigde van de letter of comfort of groepsgarantie) niet voldoet. De begunstigde is in dat geval afhankelijk van een verklaring van de curator. Deze verplichting lijkt op die van borgtocht, waarbij sprake is van subsidiariteit en de moedermaatschappij van rechtswege regres kan nemen op de failliete groepsrechtspersoon.³³ Die mogelijkheid heeft de moedermaatschappij niet ingeval van zekerheidsstellingen in de vorm van een letter of comfort of groepsgarantie, tenzij tussen partijen anders is overeengekomen. Een schuldeiser zal derhalve in beginsel een voorkeur hebben voor een overeenkomst van borgtocht. In dat geval heeft hij immers een rechtstreekse aanspraak tot betaling op de moedermaatschappij, terwijl bij een niet-wettelijke vorm van zekerstelling sprake is van een vordering tot vergoeding van schade.³⁴

3.2 403-verklaring

Het faillissement van een groepsrechtspersoon leidt niet tot automatische beëindiging van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor die groepsrechtspersoon. Een schuldeiser van de groepsrechtspersoon mag ook in dit situatie zelf beslissen wie hij aanspreekt: de groepsrechtspersoon en/of de

32. Vgl. Rb. Utrecht 22 mei 2003, *JOR* 2003/125 m.nt. R.I.V.F. Bertrams, r.o. 3.5 t/m 3.7.

33. . Wanneer de moedermaatschappij zich tot borg heeft verbonden is de wettelijke regresregeling van art. 7:866 jo. art. 6:10 BW van toepassing en vindt er subrogatie plaats (art. 7:850 lid 3 jo. art. 6:12 BW). Een dergelijke regresvordering op een failliete groepsrechtspersoon zal doorgaans feitelijk zonder betekenis zijn

34. Tenzij in de overeengekomen zekerheidstelling een interne regresregeling is vastgelegd.

moedermaatschappij. Wij bespreken in de volgende subparagrafen (beknopt) een aantal kwesties die alsdan aan de orde kunnen komen.

3.2.1 *Aansprakelijkheid moedermaatschappij bij faillissement groepsrechtspersoon*

Wanneer de groepsrechtspersoon failliet is, zal de schuldeiser bij de moedermaatschappij aankloppen. Die is in beginsel gehouden de vordering te voldoen, ongeacht of het gaat om concurrente of achtergestelde uit rechtshandelingen voortvloeiende vorderingen op de groepsrechtspersoon. Vanzelfsprekend moet wel vaststaan dat de ingediende vordering inderdaad onder de reikwijdte van de 403-verklaring valt, in de zin dat de vordering voortvloeit uit een rechtshandeling met de groepsrechtspersoon en dat deze valt binnen de periode waarvoor de 403-verklaring werking had, namelijk zolang wordt voldaan aan de voorwaarden die zijn gesteld aan toepassing van het groepsregime.

Een moedermaatschappij kan overigens ook zelfstandig tot beëindiging van de door haar aanvaarde aansprakelijkheid besluiten.³⁵ Een naderend faillissement van de groepsrechtspersoon kan voor de moedermaatschappij een reden zijn om tot zelfstandige (actieve) beëindiging van aansprakelijkheid (voor nieuwe en bestaande schulden) over te gaan.³⁶ In art. 2:404 BW is bepaald welke procedure(s) alsdan in acht moeten worden genomen. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de wijze waarop beëindiging van aansprakelijkheid voor schulden uit nieuw aan te gane rechtshandelingen respectievelijk voor schulden uit reeds aangegane rechtshandelingen dient te geschieden. In het eerste geval is de moedermaatschappij niet langer aansprakelijk vanaf het moment dat zij – met inachtneming van de geldende openbaarmakingsvereisten – is overgegaan tot intrekking van de 403-verklaring.³⁷ Intrekking van de 403-verklaring heeft niet tot gevolg dat ook aansprakelijkheid voor reeds bestaande en toekomstige schulden uit reeds aangegane rechtshandelingen (de zogenoemde ‘overblijvende aansprakelijkheid’) eindigt.³⁸ Daartoe dient een (aanvullende)

35. Ook andere partijen hebben invloed op het al dan niet continueren van toepassing van het groepsregime, zie Beckman 1995 (diss.), p. 575 – 576.

36. Ook wanneer een moedermaatschappij voornemens is de (onderneming van de) groepsrechtspersoon over te dragen aan een partij die buiten de groep staat zal zij continuering van het groepsregime willen voorkomen.

37. Art. 2:404 lid 1 BW: de moedermaatschappij is gehouden een intrekkingverklaring te geven en deze te deponeren bij het handelsregister.

38. Art. 2:404 lid 2 BW.

procedure te worden gevolgd, waarin onder meer een mogelijkheid van verzet voor schuldeisers van de groepsrechtspersoon is begrepen.³⁹ Eén van de vereisten voor beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid is dat de groepsband tussen moedermaatschappij en groepsrechtspersoon is verbroken.⁴⁰ Intrekking van de 403-verklaring kan op korte termijn worden bewerkstelligd. Voor het beëindigen van de overblijvende aansprakelijkheid geldt een in de wet opgenomen termijn,⁴¹ waardoor een moedermaatschappij die procedure mogelijk niet voorafgaand aan een faillissement zal/kan hebben voltooid en bij verwezenlijking van het faillissement,⁴² de moedermaatschappij te maken kan krijgen met een alsdan benoemde curator.

3.2.2 Regresmogelijkheid moedermaatschappij bij faillissement groepsrechtspersoon

In het geval dat de moedermaatschappij uit hoofde van een 403-verklaring als hoofdelijk schuldenaar is aangesproken door een schuldeiser van een groepsrechtspersoon en tot voldoening is overgegaan heeft zij een regresvordering ten opzichte van die groepsrechtspersoon.⁴³ Wanneer sprake is van het faillissement van de groepsrechtspersoon is van belang op welk moment een dergelijke regresvordering is ontstaan, voorafgaand aan het faillissement of (pas) daarna. In het arrest ASR/Achmea is door de Hoge Raad overwogen dat betaling aan de schuldeiser door de (niet-draagplichtige) moedermaatschappij de wettelijke⁴⁴ regresvordering ten opzichte van de groepsrechtspersoon doet ontstaan. Ook vorderingen die zien op betalingen verricht door de moedermaatschappij na het uitspreken van het faillissement kunnen voor verificatie in aanmerking komen, als de schuldeiser daarvoor zelf niet kan opkomen of niet opkomt, of voor het geval de schuldeiser gedurende het faillissement voor het gehele bedrag waarvoor hij is opgekomen, wordt voldaan.⁴⁵ Indien de moedermaatschappij

39. Art. 2:404 leden 3 t/m 6 BW: de moedermaatschappij (i) legt bij het handelsregister een mededeling van haar voornemen tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ter inzage, (ii) doet een aankondiging in een landelijk dagblad dat en waar de mededeling ter inzage ligt en (iii) er zijn twee maanden verstreken nadat de aankondiging is gedaan en in die periode is geen verzet tegen de voorgenomen beëindiging ingesteld.

40. Zie voor een uitgebreide toelichting op de relevante wettelijke bepalingen bijvoorbeeld het proefschrift van Beckman (H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen. Een analyse van art. 2:403 BW en zijn voorgangers* (diss. Groningen) 1995, hoofdstukken 10.14, 11.14 en 11.17 en p. 575 e.v.).

41. Van (in ieder geval) twee maanden, zie art. 2:404 leden 3 en 5 BW.

42. Of surséance van betaling is verleend, of een ontbindingsbesluit is genomen.

43. Dat is in beginsel niet anders wanneer het gaat om een door een moedermaatschappij verstrekte letter of comfort of groepsgarantie.

44. Het arrest ASR/Achmea ziet niet op de contractuele regresvordering.

45. Art. 136 Fw lid 2 sub a en b.

de vordering van de schuldeiser heeft voldaan voorafgaand aan het faillissement van de groepsrechtspersoon en daarnaast tevens (ook reeds voorafgaand aan het faillissement) schuldenaar is van de groepsrechtspersoon bestaat – in beginsel⁴⁶ – de mogelijkheid van verrekening (ex. art. 53 lid 1 Fw) van beide vorderingen. Dat is ook het geval indien de vordering (regresvordering) en de schuld ‘voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht’ (art. 53 lid 1 Fw).⁴⁷

3.2.3 *Bevoegdheid curator*

De curator treedt op als vertegenwoordiger van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde groepsrechtspersoon. Indien de curator verhaal zoekt bij de moedermaatschappij uit hoofde van de 403-verklaring en hem dezelfde rechten toekomen als de individuele schuldeisers dan vloeien betalingen van de moedermaatschappij op basis van de 403-verklaring in de boedel. Komen die rechten de curator niet toe dan zijn individuele schuldeisers gehouden zelfstandig verhaal te zoeken bij de moedermaatschappij. Een individuele schuldeiser zal niet zelden een voorkeur hebben voor het zelfstandig zoeken van verhaal, omdat bij verhaal door de curator de afwikkeling van de vordering via de boedel verloopt als gevolg waarvan faillissementskosten over het aan de individuele schuldeiser uit te keren bedrag worden omgeslagen.

In overeenstemming met de heersende leer wordt aangenomen dat een curator geen verhaal kan nemen op de moedermaatschappij. Dit is tot op heden enkel aan de orde geweest in het kader van verzet ingesteld tegen beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid.⁴⁸ In een verzetprocedure ligt ter beoordeling voor of een schuldeiser van de groepsrechtspersoon ook na opheffing van de aansprakelijkheid voor oude schulden voldoende waarborg heeft voor de voldoening van zijn vordering.⁴⁹ Dat curatoren juist in dergelijke verzetproce-

46. Behoudens art. 54 Fw.

47. Of daarvan sprake is bij voldoening van een vordering uit hoofde van een 403-verklaring kwam aan de orde in een geschil dat werd voorgelegd aan de Rb. Rotterdam (18 februari 1998, *JOR* 1998/53 m.nt. N.E.D. Faber). Volgens de rechtbank vloeide de regresvordering niet rechtstreeks voort uit voorafgaand aan de faillietverklaring met de gefailleerde verrichte handelingen. Faber (zie zijn noot onder 5) is het met dat oordeel niet eens. Volgens de auteur moet een beroep op verrekening worden toegestaan omdat de rechtsbetrekking tussen de hoofdelijk verbonden schuldenaren een afdoende grondslag vormt voor de latere regresvordering. De auteur gaat aldus uit van ruime interpretatie van de term ‘handelingen’. Hij verwijst ter onderbouwing van zijn standpunt naar diverse arresten van de Hoge Raad waarin niet strikt wordt vastgehouden aan het vereiste dat de te verrekenen vordering of schuld die eerst tijdens het faillissement is ontstaan voortvloeit uit ‘handelingen’ met de gefailleerde verricht.

48. Art. 2:404 lid 4 – 6 BW.

49. De verzetrechter hanteert aldus een beperkte toetsingsmaatstaf.

dures procederen ligt voor de hand. Bij faillietverklaring van een groepsrechtspersoon zal de moedermaatschappij haar aansprakelijkheid willen beëindigen. Een vordering jegens de moedermaatschappij op basis van de 403-verklaring (voor ‘oude’ schulden) kan voor de faillissementsboedel een belangrijk actief zijn en bij succesvolle beëindiging van aansprakelijkheid (voorafgaand aan het faillissement of nadat het faillissement is uitgesproken) zou die vordering verdwijnen.

Ondanks de beperkte toetsingsmaatstaf die in een verzetprocedure wordt gehanteerd blijkt uit de beschikbare rechtspraak in ieder geval een aantal vaste overwegingen, die ook in een ‘reguliere’ civiele procedure⁵⁰ als algemene aanknopingspunten kunnen worden gehanteerd. De vaste lijn is dat een curator slechts bevoegd is om in zijn hoedanigheid voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers op te komen.⁵¹ Daar is sprake van indien de boedel baat zal vinden bij het optreden van de curator. Wanneer er sprake is van aansprakelijkheid ten opzichte van bepaalde individuele schuldeisers uit hoofde van een 403-verklaring is dat niet het geval. In de beschikbare jurisprudentie wordt overwogen dat wanneer het verzet gegrond is verklaard en de moedermaatschappij tot betaling over zou gaan, de betalingen toekomen aan de desbetreffende individuele schuldeisers en niet aan de boedel. Dat dergelijke betalingen de schulden in het faillissement per saldo zullen doen afnemen doet daar niet aan af. In de verzetsprocedure in het geschil Hoeveholding/Severiens q.q. overwoog de OK dat:⁵²

“Het instellen van een vordering jegens een derde ten behoeve van de gezamenlijke handelscrediteuren van Ster Koeriers op grond van de 403-verklaring valt buiten de bevoegdheid van de curator. Weliswaar heeft de Hoge Raad in zijn arresten van 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (Peeters q.q. – Gatzen) en van 16 september 2005 (JOR 2006/52, m. nt. SCJJK; red.), NJ 2006, 311 (De Bont – Bannenbergh q.q.) overwogen dat de curator uit het oogpunt van de belangenbehartiging van de gezamenlijke schuldeisers bevoegd is om onder omstandigheden een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen tegen een derde die bij de benadeling van de gezamenlijke crediteuren betrokken was, ook al komt de vordering niet aan de gefail-

50. Waarin de curator een rechter kan verzoeken een oordeel te geven over de vraag of de moedermaatschappij op basis van de 403-verklaring als hoofdelijk schuldenaar aansprakelijk is voor de schulden uit rechtshandelingen verricht door de failliete groepsrechtspersoon.

51. Rb. Utrecht 31 juli 1996, JOR 1996/96.

52. Gerechtshof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, JOR 2010/94 (Hoeveholding/Severiens q.q.) m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.1. In dit geschil ging het om een vergeten intrekking; Hoeveholding (moedermaatschappij) had Ster Koeriers (groepsrechtspersoon) verkocht, maar was vergeten de 403-verklaring in te trekken. Enige tijd na de verkoop failliede Ster Koeriers. Hoeveholding pogde toen alsnog de (overblijvende) aansprakelijkheid te beëindigen.

leerde toe, maar anders dan de situatie waarop de Hoge Raad doelt is er in de onderhavige zaak geen sprake van een vordering die haar grondslag vindt in een onrechtmatige daad jegens de gezamenlijke schuldeisers waarvan de opbrengst in de boedel valt, maar van een vordering op grond van een aansprakelijkstelling als bedoeld in artikel 2:403 BW, waarvan de opbrengst toekomt aan de individuele handelscrediteuren van Ster Koeriers. De boedel zal evenmin zijn gebaat door het wegvallen van de schulden van Ster Koeriers aan de handelscrediteuren als gevolg van de betalingen aan de handelscrediteuren door Hoeveholding uit hoofde van de 403-verklaring. Hoeveholding kan immers voor het door haar betaalde bedrag verhaal nemen op de boedel en treedt krachtens subrogatie in de rechten van de handelscrediteuren (artikel 6:10 en 6:12 BW), waardoor er per saldo geen sprake zal zijn van een verkleining van het boedeltekort.”

Het komt er op neer dat de rechten uit hoofde van een 403-verklaring toekomen aan de individuele schuldeisers van de gefailleerde groepsrechtspersoon en dat de curator niet bevoegd is een vordering uit hoofde van die 403-verklaring in te stellen. Bovendien leidt inning van voormelde individuele vordering er niet toe dat het tekort in de boedel wordt verkleind; dat brengt met zich dat in het geval de moedermaatschappij als niet-draagplichtig schuldenaar te duiden is, zij voor door haar uit hoofde van de aansprakelijkheid op basis van de 403-verklaring verrichte betalingen van rechtswege regres kan zoeken op de gefailleerde groepsrechtspersoon. De boedel schiet per saldo dan ook niets op (althans, zou niets opschieten) met het verhalen van een vordering uit hoofde van de 403-verklaring op de moedermaatschappij.

Dit betekent dat individuele schuldeisers in geval van een faillissement van hun contractpartij (de groepsrechtspersoon) ten behoeve waarvan een 403-verklaring is gesteld, zelf in actie moeten komen teneinde verhaal te nemen op de moedermaatschappij. De vordering van deze schuldeisers zal in het faillissement van de groepsrechtspersoon overigens enkel voorwaardelijk kunnen worden geverifieerd, voor het geval dat de moedermaatschappij geen verhaal biedt.

3.2.4 *Dading (tegen finale kwijting) met groepsrechtspersoon*

Een curator is bevoegd een schikking aan te gaan.⁵³ In het in 2015 door de Hoge Raad gewezen arrest mr. Eikendal q.q./Lentink was onderwerp van geschil of een dadingshandeling tussen de curator (mr. Eikendal) van de groepsrechtspersoon (Inalfa Mastertools BV) en een schuldeiser (Lentink

53. Na ingewonnen advies van een commissie van schuldeisers (als die er is) en na goedkeuring van de rechter-commissaris (art. 68 jo. 104 Fw).

Metaalwarenfabriek BV) tegen finale kwijting ook doorwerkt in de verhouding tussen die schuldeiser en de moedermaatschappij (Inalfa Industries BV) die uit hoofde van de door haar gestelde 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk is voor de desbetreffende vordering.⁵⁴ De Hoge Raad overweegt dat in de onderhavige casus de door de curator getroffen schikking de schuld van de groepsrechtspersoon aan de schuldeiser vermindert, in dit geval met € 25.000.⁵⁵ Door de verleende kwijting is de groepsrechtspersoon voor het restant van de oorspronkelijke schuld niet meer schuldplchtig. Dat neemt naar het oordeel van de Hoge Raad niet weg dat de moedermaatschappij hoofdelijk verbonden blijft voor dit restant, nu zij geen partij was in de dading. Het argument van de curator van de moedermaatschappij dat door de dading de schuld van de groepsrechtspersoon is gedaald tot het bedrag dat zij uit hoofde van die dading moet voldoen wordt verworpen met als gronden de aard (behoudens regres) en de strekking van de 403-verklaring.⁵⁶ De benadering van de Hoge Raad is in lijn met het wettelijke regime voor hoofdelijke aansprakelijkheid; de Hoge Raad overweegt dat vanwege het bepaalde in art. 6:7 lid 1 BW de schuldeiser ten opzichte van de groepsrechtspersoon en de moedermaatschappij recht heeft op nakoming van het geheel, met dien verstande dat ex art. 6:7 lid 2 BW de vordering van de schuldeiser op de moedermaatschappij wordt vermindert met het bedrag dat door de groepsrechtspersoon reeds is voldaan. Het oordeel van de Hoge Raad is in de literatuur evenwel bekritiseerd. Beckman merkt op dat het niet noodzakelijk is om de (generieke) hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij uit hoofde van de 403-verklaring gelijk te stellen aan de in art. 6:7 BW bedoelde pluraliteit van schuldenaren met hoofdelijke verbondenheid voor een bestaande schuld ten opzichte van een specifieke schuldeiser.⁵⁷ De auteur merkt op dat een benadering waarin een daling van de schuld van de groepsrechtspersoon tot gevolg heeft dat de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij met hetzelfde bedrag daalt ook past in de toepassing van het groepsregime en bovendien in lijn is met de systematiek van de Europese jaarrekeningenrichtlijn waaraan art. 2:403 BW is ontleend. De door Beckman omschreven benadering spreekt ons aan. Door middel van een 403-verklaring aanvaardt een moedermaatschappij immers hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schuld van een groepsrechtspersoon. Als die schuld daalt, daalt ook de schuld van de moedermaatschappij.⁵⁸ Wat de oorzaak is van een vermindering

54. HR 3 maart 2015, *JOR* 2015/191 m.nt. Vermunt en Faber en *Ondernemingsrecht* 2015/66 m.nt. H. Beckman (*mr. Eikendal q.q./Lentink*).

55. R.o. 2.6 t/m 2.11.

56. Zie voor een beschouwing van die gronden D.O. Ohmann, 'Schikking en de 403-verklaring: niet (altijd) geschikt voor moedermaatschappijen', *Bb* 2015/67.

57. Zie de noot van H. Beckman bij HR 3 april 2015 in *Ondernemingsrecht* 2015/66.

58. Behoudens art. 136 lid 1 Fw.

van de schuld is niet relevant, die kan zijn gelegen in een (gedeeltelijke) voldoening, kwijtschelding, verrekening, maar ook in een dading.⁵⁹ Het gaat er om dat de schuld er (gedeeltelijk) niet meer is, hetgeen tot gevolg heeft dat de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij (gedeeltelijk) komt te vervallen.

Vermunt en Faber wijzen er in hun noot bij het arrest nog op dat niet is opgekomen tegen het oordeel van het gerechtshof 's-Hertogenbosch⁶⁰ dat de tussen partijen getroffen dading niet met zich brengt dat de schuldeiser op de voet van art. 6:9 lid 1 BW tevens afstand heeft gedaan van haar vordering op de moedermaatschappij. Van een dergelijke afstand of van de bedoeling van partijen daartoe is niet gebleken. Daarnaast merken de auteurs op dat de schuldeiser finale kwijting heeft verleend aan de groepsrechtspersoon en in zoverre niet meer in het faillissement van laatstgenoemde kan opkomen, zodat de weg vrijstaat voor de (curator van de) moedermaatschappij om haar regresvordering op de groepsrechtspersoon⁶¹ op de voet van art. 136 lid 2 Fw in het faillissement van de groepsrechtspersoon ter verificatie in te dienen.⁶²

3.2.5 *Faillissement moedermaatschappij*

Niet zelden wordt een faillissement van een groepsrechtspersoon gevolgd (of voorafgegaan) door het faillissement van de moedermaatschappij. Als de moedermaatschappij een 403-verklaring heeft afgelegd, doet de curator van de moedermaatschappij er goed aan om te voorkomen dat de boedelaansprakelijkheid groter wordt, onverwijld de 403-verklaring in te trekken met aansluitend opheffing van de overblijvende aansprakelijkheid. Pas daarna kan de moedermaatschappij niet meer worden aangesproken door schuldeisers van de groepsrechtspersoon. Mocht de intrekking van de aansprakelijkheidsverklaring resp. beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid vergeten worden, dan

59. Bij verjaring van de schuld van de schuldeiser op de groepsrechtspersoon is dat anders; in dat geval gaat de schuld niet teniet, maar heeft de schuldeiser niet langer het recht de vordering in rechte af te dwingen. Of verjaring van de vordering op de groepsrechtspersoon tot gevolg heeft dat ook de vordering ten opzichte van de moedermaatschappij uit hoofde van de 403-verklaring is verjaard is afhankelijk van de wijze waarop de laatstgenoemde vordering in civielrechtelijke zin wordt geduid (zie paragraaf 2.3).

60. Dat voorafging aan het beroep in cassatie (gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012, *JOR* 2012/165 m.nt R.I.V.F. Bertrams).

61. Art. 6:10 BW.

62. Die regresvordering ontstaat eerst met de (eventuele) betaling door de moedermaatschappij aan de schuldeiser (zie HR 6 april 2012, *JOR* 2014/172 m.nt. Faber en Vermunt (*ASR/Achmea*)). Een en ander is nogal omslachtig, daar komt bij dat het vanwege de faillissementsituatie niet waarschijnlijk is dat de groepsrechtspersoon tot betaling over zal gaan zodat de moedermaatschappij blijft zitten met een oninbare vordering.

helpt een beroep op de redelijkheid en billijkheid ter afweer van de aansprakelijkheid de moedermaatschappij doorgaans niet.⁶³

De schuldeiser van de groepsrechtspersoon zal zijn vordering op de groepsrechtspersoon indienen bij de curator in het faillissement van de moedermaatschappij.⁶⁴ Een schuldeiser van de groepsrechtspersoon die zich *voorafgaand* aan de faillissementsverklaring heeft gemeld voor verhaal bij de moedermaatschappij heeft (in beginsel) een vordering die door de curator als (concurrente) vordering in het faillissement wordt erkend. In dat geval kan aan de curator de aard en het bedrag daarvan worden opgegeven. Hoewel de vordering door de moedermaatschappij betwist kan worden staat het bestaan als zodanig van die vordering niet ter discussie. Het is de vraag of een curator een vordering zal erkennen waarvoor in beginsel zekerheid is gesteld maar die ontstaat na faillissement en waarvoor de schuldeiser zich eerst *na* de faillissementsdatum bij de curator van de moedermaatschappij meldt. Dat is van belang omdat een vordering die *ontstaat* na de datum van faillissement in ieder geval niet voor verificatie in aanmerking komt. Op basis van art. 136 lid 1 Fw staat vast dat een schuldeiser in het faillissement van de moedermaatschappij op kan komen voor en betaling kan ontvangen over het gehele bedrag dat hem ten tijde van de faillietverklaring nog verschuldigd was (zodat zijn vordering ‘ten volle zal zijn gekweten’). Ook wanneer de waarde van die vordering niet in (Nederlands) geld is uitgedrukt, onbepaald of onzeker is kan deze in overeenstemming met art. 133 Fw worden geverifieerd, namelijk voor de geschatte waarde daarvan in Nederlands geld. Waar het op neer komt is of als gevolg van het (enkele) feit dat de schuldeiser een vorderingsrecht heeft uit hoofde van een 403-verklaring voldoende vaststaat dat de moedermaatschappij gehouden is die vordering te voldoen, dat die vordering ‘bestaat’ en/of daarmee gegeven is dat die vordering in het faillissement van de moedermaatschappij voor verificatie in aanmerking komt.⁶⁵ De relevante wettelijke regeling geeft geen uitsluitel over deze

63. A.G.S. Nass, ‘De vergeten 403-verklaring en de redelijkheid en billijkheid’, *Ondernemingsrecht* 2013/95.

64. Recent kwam in een verzoekschriftprocedure ex art. 74 lid 1 Fw aan de orde of een schuldeiser van een groepsrechtspersoon ook benoemd kan worden in een (voorlopige) commissie van schuldeisers van de moedermaatschappij. Die procedure speelde in het kader van het faillissement van Royal Imtech NV – alsmede verscheidene van haar groepsrechtspersonen. Curatoren van Imtech stelden zich op het standpunt dat de desbetreffende schuldeiser geen rechtstreekse vordering had op de moedermaatschappij (Royal Imtech NV) maar op een groepsrechtspersoon (Imtech Building Services BV) en om die reden geen zitting kon nemen in de commissie. Rb. Rotterdam (17 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2013) wijst dat standpunt af en overweegt (r.o. 3.3) dat de crediteuren van een vennootschap ten aanzien van wie een 403-verklaring is gegeven tevens (concurrente) crediteuren van de moedermaatschappij zijn.

65. Dezelfde kwestie is in beginsel aan de orde wanneer het gaat om een door een moedermaatschappij verstrekte letter of comfort of groepsgarantie.

kwestie. In onze civielrechtelijke zienswijze – die inhoudt dat er steeds één vorderingsrecht bestaat met twee hoofdelijk verbonden medeschuldenaren – past de benadering dat met het ontstaan (bestaan) van een vordering van de schuldeiser ten opzichte van de groepsrechtspersoon ook de vordering uit hoofde van de 403-verklaring ontstaat (bestaat), zodat erkenning daarvan zou moeten plaatsvinden.⁶⁶ Uitgaande van de wettelijke regeling voor hoofdelijkheid ligt een andere uitkomst mogelijk meer voor de hand, in dat geval gaat het immers om twee zelfstandige vorderingen, ieder met hun eigen eigenschappen en kenmerken.

Aan de vordering op de groepsrechtspersoon kan een achterstellingsclausule⁶⁷ dan wel een wettelijk voorrecht zijn verbonden. De vraag die in deze gevallen opkomt is of deze achterstellingen respectievelijk voorrechten doorwerken jegens de moedermaatschappij. In rechtspraak is geoordeeld dat eventuele aan de vordering op de groepsrechtspersoon verbonden wettelijke voorrechten niet gelden in het faillissement van de hoofdelijk aansprakelijke moedermaatschappij.⁶⁸ Ook is in de rechtspraak geoordeeld dat achtergestelde vorderingen op de groepsrechtspersoon concurrente vorderingen in het faillissement van de hoofdelijke aansprakelijke moedermaatschappij zijn⁶⁹ tenzij anders is overeengekomen.

4. Conclusie

In groepsverband worden verschillende vormen van zekerheidstelling toegepast. Een groot aantal daarvan is niet wettelijk bepaald, maar in de rechtspraak ontwikkeld, zoals de letter of comfort en de groepsgarantie. De invulling, toepassing en uitleg van die vormen van zekerheid zijn niet volgens een wettelijk regime bepaald, maar door de tussen partijen ter zake gemaakte afspraken. In het geval van faillissement van een begunstigde van een letter of comfort of een groepsgarantie bepalen de specifieke afspraken tussen partijen

66. Daarbij gaan we er van uit dat de vordering reeds opeisbaar is (bijvoorbeeld doordat een overeengekomen betalingstermijn is verstreken).

67. Met inachtneming van de in de achterstelling opgenomen condities zijn die vorderingen in geval van een faillissement van een groepsrechtspersoon achtergesteld ten opzichte van de concurrente schuldeisers van die groepsrechtspersoon.

68. Zie arrest UWV/Econcern. Zie over de problematiek onder meer N. Krol en A.G. de Neve, 'Jurisprudentie jaarrekeningrecht 2013', *TvJ* 2014, 1/2, p. 36-38; J. van der Kraan, *TvOB* 2013, p. 149-166; Nass/Nass 2014 en voorts inzake voorrecht E.C.A. Nass bij Rb. Midden-Nederland 30 januari 2013, *Ondernemingsrecht* 2013/48, p. 246-248; inzake achterstelling H. Beckman bij OK 11 juli 2013, *Ondernemingsrecht* 2013/110 (SNS) en inzake voorrecht bij HR 11 april 2014, *Ondernemingsrecht* 2014/83.

69. Zie HR 20 maart 2015, *Ondernemingsrecht* 2015/97 m.nt. H. Beckman, *JOR* 2015/140 m.nt. M.W. Josephus Jitta, *NJ* 2015/361 m.nt. J.W. Winter) (SNS).

Persoonlijke zekerheden in groepsverband en faillissement

of in hoeverre op de moedermaatschappij aansprakelijkheid rust. Afhankelijk van de relevante omstandigheden kan het voor (een) partij(en) wenselijk zijn dat op de gestelde zekerheid een wettelijk regime (meer in het bijzonder het regime voor de overeenkomst van borgtocht) te vallen.

Indien een moedermaatschappij 'zekerheid' biedt in de vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid op basis van art. 2:403 BW geldt het in Boek 6 BW bepaalde met betrekking tot hoofdelijkheid. Een schuldeiser van een groepsrechtspersoon kan zowel de groepsrechtspersoon als de moedermaatschappij aanspreken voor voldoening van haar vordering uit rechtshandelingen van de groepsrechtspersoon. Een faillissement van de groepsrechtspersoon maakt dat niet anders.