

De verjaring van een 403-vordering

J. van der Kraan

1 Inleiding

Binnen veel concerns wordt gebruik gemaakt van de groepsvrijstelling (art. 2:403 van het Burgerlijk Wetboek, BW). Dit houdt in dat een dochtervennootschap¹ grotendeels is vrijgesteld van haar verplichting om een volledig jaarverslag op te stellen. Voorwaarde hiervoor is dat aan de vereisten wordt voldaan zoals neergelegd in art. 2:403 BW.² Een van die vereisten is dat de moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk verklaart voor schulden die voortvloeien uit de door de dochtervennootschap verrichte rechtshandelingen door middel van een zogenoemde *403-verklaring*.

Een schuldeiser die een vordering heeft op de dochtervennootschap waarvoor hij zich tevens tot de moedervennootschap kan wenden, kan een zogenoemde *403-vordering*³ op de moedervennootschap verkrijgen. Naar mijn mening dient de schuldeiser de moedervennootschap eerst aan te spreken alvorens het vorderingsrecht op de moedervennootschap daadwerkelijk ontstaat. Hierop zal in deze bijdrage nader worden ingegaan. Het moment waarop de 403-vordering ontstaat, is van wezenlijk belang om te kunnen vaststellen wanneer de 403-vordering verjaart. Daarom zal de verjaring van een 403-vordering aan de orde komen, nadat op het ontstaan van de 403-vordering is ingegaan.

- 1 Omdat de vrijstelling binnen een groep in de regel wordt toegepast om dochtervennootschappen van de jaarrekeningplicht vrij te stellen, zal in dit artikel gemakshalve steeds het begrip 'dochtervennootschap' worden gebruikt wanneer wordt bedoeld op de rechtspersoon die op basis van art. 2:403 BW grotendeels is vrijgesteld van de jaarrekeningplicht. Daarbij aansluitend zal in dit artikel het begrip 'moedervennootschap' worden gebruikt wanneer wordt bedoeld op de rechtspersoon die vrijstelling van de dochtervennootschap faciliteert; de rechtspersoon die financiële gegevens van de vrijgestelde rechtspersoon opneemt in haar geconsolideerde jaarrekening en een 403-verklaring deponereert.
- 2 Voor deze voorwaarden verwijs ik naar art. 2:403 BW. Bijzondere aandacht verdient onder meer de instemmingsverklaring en de algemene boekhoudplicht van art. 2:10 BW (zie M.R.C. van Zoest, Bestuurdersaansprakelijkheid als gevolg van enkele veelgemaakte vergissingen in het kader van de concernvrijstelling: de instemmingsverklaring en de algemene boekhoudplicht van art. 2:10 BW, TOP 2015/14) en de groepsvoorwaarde opgenomen in de aanhef van lid 1 van art. 2:403 BW (zie J. van der Kraan, Het begrip 'groep' in het kader van de groepsvrijstelling van artikel 2:403 BW, JBN 2015/18). Opgemerkt zij dat ten aanzien van (onder meer) art. 2:403 lid 1 sub c BW een wijzigingsvoorstel aanhangig is (zie Kamerstukken II 2014/15, 34176).
- 3 Met de 403-vordering zal in deze bijdrage worden bedoeld op de vordering die een schuldeiser kan verkrijgen op de moedervennootschap, welke vordering is gebaseerd op de 403-verklaring. Met 'hoofdordering' zal in deze bijdrage worden bedoeld op de oorspronkelijke vordering van een schuldeiser op de dochtervennootschap.

2 De 403-verklaring is de basis voor een 403-vordering

Een 403-vordering wordt gebaseerd op de 403-verklaring.⁴ De inhoud van een 403-verklaring moet worden vastgesteld door de uitleg van de in de 403-verklaring opgenomen tekst.⁵ De uitleg van een 403-verklaring geschiedt naar een objectieve maatstaf,⁶ de maatstaf die voortvloeit uit DSM/Fox.⁷ Van gedragingen tussen partijen is bij het afleggen van een 403-verklaring geen sprake. Deze rechtshandeling wordt namelijk gekwalificeerd als een eenzijdige ongerichte rechtshandeling.⁸ Toch lijkt de bedoeling van de moederverenootschap wel enige rol van betekenis te spelen. Onlangs oordeelde de Hoge Raad dat de betekenis van een 403-verklaring moet worden begrepen tegen de achtergrond dat zij dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van een geconsolideerde jaarrekening,⁹ waarbij ik opmerk dat de Hoge Raad waarschijnlijk bedoelde te zeggen dat het deponeren van een 403-verklaring (evenals het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening) een voorwaarde is om de groepsvrijstelling te mogen toepassen.

In een 403-verklaring dient de moederverenootschap zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen. Om de moederverenootschap te kunnen aanspreken is het niet nodig dat de dochterverenootschap tekortschiet.¹⁰ Van subsidiariteit is geen sprake.¹¹ Gezien de ratio achter art. 2:403 BW zijn er goede argumenten tegen het ontbreken van subsidiariteit te voeren.¹² Hoe dan ook, de hoofdelijkheid zoals opgeno-

4 Het is een misvatting dat een 403-vordering gebaseerd is op art. 2:403 BW.

5 HR 28 juni 2002, NJ 2002/447, JOR 2002/136 m.nt. Bartman.

6 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, r.o. 4.34.2.

7 HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493.

8 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, NJ 2002/447 m.nt. Maeijer, JOR 2002/136 m.nt. Bartman, r.o. 3.5. In Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* (losbl.), nr. 583 wordt gesproken van een niet tot een bepaalde persoon gerichte rechtshandeling, zoals bedoeld in art. 3:37 BW, maar een generieke rechtshandeling. Voor de duiding van een eenzijdige ongerichte rechtshandeling zie o.a. GS Vermogensrecht, art. 3:33 BW, aant. 4.2 en 4.5; Brahn/Reehuis, Zwaartepunten van het vermogensrecht, Deventer: Kluwer 2010, nr. 343.

9 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, r.o. 4.34.1.

10 Sommige auteurs lijken desondanks uit te gaan van een bepaalde vorm van subsidiariteit. Zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* (losbl.), nr. 583 onder sub e: 'Als niet onder de overeengekomen condities wordt voldaan, bijvoorbeeld op het afgesproken tijdstip is de vordering niet voldaan, kan de rechthebbende op deze vordering zich voor voldoening ook wenden tot de maatschappij die zich uit hoofde van art. 2:403 BW generiek hoofdelijk aansprakelijk voor de vorderingen uit de rechtshandelingen van de vrijgestelde rechtspersoon heeft gesteld', en A. Nass & E. Nass, De vordering uit hoofde van een 403-verklaring, *Ondernemingsrecht* 2014/145, par. 2.2, die stellen dat 'de moederverenootschap aansprakelijk kan worden gehouden, indien de 403-rechtspersoon de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden niet conform de afspraken nakomt'.

11 HR 28 juni 2002, NJ 2002/447, JOR 2002/136 (ING/Akzo) en o.a. S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, Van het concern (8ste druk), Deventer: Kluwer 2013, p. 237-238.

12 Zie bijv. B. Niels, Aansprakelijkheid op grond van de 403-verklaring. Een bespreking van enkele aspecten van de 403-verklaring aan de hand van de Jones Lang LaSalle-uitspraak, *O&F* 2010, afl. 1, p. 27-28.

men in het Nederlandse art. 2:403 BW dient nadrukkelijk niet (richtlijnconform) als een garantie te worden uitgelegd.¹³

3 De 403-vordering is een onafhankelijk zelfstandig vorderingsrecht

Een 403-vordering is een vordering waarvoor hoofdelijke gebondenheid geldt. De reguliere regels van hoofdelijkheid zijn op de 403-vordering van toepassing.¹⁴ Aangenomen wordt dat er bij hoofdelijke aansprakelijkheid twee of meer afzonderlijke vorderingsrechten zijn, al naar gelang het aantal hoofdelijk schuldenaren.¹⁵ Van slechts één vorderingsrecht, met twee of meer verschillende schuldenaren, is geen sprake.

Hoofdelijke vorderingen zijn zelfstandige rechten.¹⁶ Er is slechts één opzicht waarin deze hoofdelijke vorderingen van elkaar afhankelijk zijn. Wanneer een van de schuldenaren de vordering (gedeeltelijk of geheel) voldoet, wordt de daarmee corresponderende vordering evenredig verminderd.¹⁷

De vraag of een 403-vordering kwalificeert als een afhankelijk recht (art. 3:82 BW) of een nevenrecht (art. 6:142 BW) is door de Hoge Raad negatief beantwoord.¹⁸ Een vordering voortvloeiend uit hoofdelijkheid, die niet als een afhankelijk recht kan worden beschouwd, kan niet als een nevenrecht worden beschouwd.¹⁹ Bij de overgang van een van de vorderingsrechten gaat een ander vorderingsrecht niet van rechtswege mee over als afhankelijk recht of als nevenrecht.²⁰

Dat het bestaan van een hoofdvordering is vereist voor het kunnen ontstaan van een 403-vordering spreekt voor zich. Er bestaat discussie over de vraag of een 403-vordering gedurende haar voortbestaan op enige wijze is gekoppeld aan de hoofdvordering. In dat kader wordt de zelfstandigheid van de 403-vordering ter discussie gesteld.²¹ De voedingsbodem voor deze discussie is de opvatting dat de

13 De Europese richtlijnen spreken van een garantstelling (subsidiariteit). Dat doet echter geen afbreuk aan het Nederlandse 403-regime, dat door hoofdelijkheid wordt gekenmerkt (geen subsidiariteit); HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837.

14 Het bijzondere karakter van een 403-vordering zou een afwijking van een deel van de regels van hoofdelijkheid rechtvaardigen, aldus R.M. Wibier, 403-perikelen vanuit een goederenrechtelijk perspectief, *Ondernemingsrecht* 2008/52, par. 3.

15 J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen; Serie *Onderneming en Recht*, deel 65), Deventer: Kluwer 2011, nr. 288.

16 Tussen de verschillende vorderingsrechten die voortvloeien uit hoofdelijkheid kunnen verschillen bestaan, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (losbl.), nr. 100.

17 Zie art. 6:7 lid 2 BW. Een hoofdelijk schuldenaar die meer voldoet dan hem aangaat, kan zich vervolgens op de medeschuldenaren verhalen krachtens subrogatie en regres (art. 6:10-13 BW).

18 HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, NJ 2002/447 m.nt. Maaijer, JOR 2002/136 m.nt. Bartman, r.o. 3.4.5.

19 Hof Den Haag 6 februari 2007, JOR 2007/103 m.nt. N.E.D. Faber.

20 Biemans 2011, nr. 289.

21 Zie onlangs o.m. C. Spierings, *Verbintenisrechtelijke aspecten van de 403-verklaring*, NTBR 2012/14 en Nass & Nass 2014.

J. van der Kraan

onafhankelijkheid van de 403-vordering en de hoofdvordering tot ongewenste gevolgen leidt.²² De discussie betreft dan ook slechts of het wenselijk is dat een 403-vordering een zelfstandig vorderingsrecht is. Niet of een 403-vordering een zelfstandig vorderingsrecht is. De constructies die worden bedacht om de hoofdvordering en de 403-vordering aan elkaar te koppelen – sommige in weerwil van de goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke systematiek – hebben er niet toe geleid dat een dergelijke koppeling ook daadwerkelijk is aangenomen.²³

Wanneer wordt betoogd dat een 403-vordering afhankelijk is van de hoofdvordering en het lot van de hoofdvordering dient te volgen, dan betekent dit onder meer dat een 403-vordering niet kan voortbestaan wanneer de hoofdvordering teniet is gegaan. In die opvatting is naar mijn mening een miskennis gelegen van de gedachte achter de hoofdelijkheid die de Nederlandse wetgever aan de 403-vordering heeft toegekend. Faillieert de dochtervennootschap en gaat de vordering op de dochtervennootschap uiteindelijk zonder te zijn voldaan teniet, dan is het de 403-vordering, die dan juist nog wel dient voort te bestaan, die de beoogde en gewenste zekerheid biedt. Naar mijn idee is de zekerheid die de 403-verklaring en de daarop gebaseerde 403-vordering biedt nu juist bedoeld voor deze situaties.

4 Het automatisch ontstaan van een 403-vordering is ongewenst

Veelal, naar mijn mening ten onrechte, wordt aangenomen dat een 403-vordering ontstaat zo gauw een schuldeiser een door een 403-verklaring gedekte vordering op de dochtervennootschap verkrijgt.²⁴ Er ontstaat direct een schuldeiser-schuldenaarverhouding tussen de moedervennootschap en de partij die met de dochtervennootschap contracteerde.²⁵ Deze aanname leidt tot de onwenselijke situatie dat de moedervennootschap in de positie verkeert om vervolgens tot nakoming van de op haar rustende verplichting over te gaan. Dit leidt ertoe dat een schuldeiser ongewenst met nakoming door de moedervennootschap kan worden geconfronteerd, een partij waarmee hij niet heeft gecontracteerd.

22 Zie o.m. Wibier 2008, par. 3; S.M. Bartman, 403-verklaring blijft een bron van misverstand, *Ondernemingsrecht* 2004/16, p. 48-52; A.G. de Neve, De concernvrijstellingsregeling: de 403-aansprakelijkstelling volgens de Hoge Raad, *TvI* 2002, afl. 5, p. 235-242; A.J. Verdaas onder Rb. Den Haag 5 juli 2006, *JOR* 2007/2.

23 De Ondernemingskamer heeft een dergelijke koppeling eens aangenomen, Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2001, *JOR* 2001/170, maar is op dit punt teruggefloten door de Hoge Raad, HR 28 juni 2002, *ECLI:NL:HR:2002:AE4663*, NJ 2002/447 m.nt. Maaijer, *JOR* 2002/136 m.nt. Bartman, r.o. 3.4.5.

24 Biemans 2011, nr. 312.

25 Het grootste deel van de 403-aanspraken zal voortvloeien uit door de dochtervennootschap aangegane overeenkomsten/contracten. Uiteraard heeft 'verrichte rechtshandelingen' een ruimer bereik. Uit praktische overwegingen zal ik uitgaan van een situatie waarbij de dochtervennootschap een contract met een schuldeiser is aangegaan.

Bij het vorenstaande dient nota bene voor ogen te worden gehouden dat het begrip ‘schulden’ van art. 2:403 BW niet louter ziet op geldvorderingen.²⁶ Voor het voldoen van een geldsom zal de hoedanigheid van de (contracts)partij die tot nakoming overgaat – mogelijk – nog van ondergeschikt belang zijn. Maar gaat het om andersoortige prestaties, dan zijn er genoeg situaties te bedenken waarin bewust met een bepaalde partij wordt gecontracteerd. Te denken valt aan specifieke kwaliteiten of een bepaalde reputatie van een contractspartij. Nakoming door een andere partij, in dit geval de moedervennootschap, is mogelijk in het geheel niet door de schuldeiser gewenst.²⁷ De schuldeiser heeft niet voor niets met de dochtervennootschap gecontracteerd.

Wil een schuldeiser voorkomen dat hij ongewenst met nakoming door de moedervennootschap wordt geconfronteerd, dan zal hij actief moeten gaan optreden. De schuldeiser zal afstand moeten doen van zijn vorderingsrecht op de moedervennootschap, waarmee hij zijn rechten direct prijs dient te geven.²⁸ Dat zal ook niet altijd de bedoeling zijn, want dit kan de schuldeiser in een later stadium wellicht duur komen te staan. Bijvoorbeeld als de dochtervennootschap na verloop van tijd onverwachts faillieert. Bovendien geldt het bezwaar dat de moedervennootschap het doen van afstand dient te aanvaarden, zodat de wil van de schuldeiser in dezen niet vrij is.

De mogelijkheid dat een moedervennootschap haar prestatie kan opdringen aan een schuldeiser van de dochtervennootschap, kan nooit de bedoeling zijn geweest die de wetgever voor ogen heeft gestaan bij de compenserende gedachte achter de 403-verklaring.

5 Een 403-vordering dient pas te ontstaan nadat de moedervennootschap is aangesproken (wilsrecht)

De discussie over de vraag of het wenselijk is dat een 403-vordering een zelfstandig recht is, wordt misschien wel een stuk minder relevant wanneer wordt aangenomen dat een 403-vordering pas ontstaat wanneer de moedervennootschap daadwerkelijk door de schuldeiser wordt aangesproken. Over het ontstaansmoment van een 403-vordering valt naar mijn mening de meest interessante discussie te voeren.

26 Zie Rb. Rotterdam 24 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10454, *Ondernemingsrecht* 2014/31, JIN 2014/44; H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen. Een analyse van art. 2:403 BW en zijn voorgangers (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995, p. 293. G. van Solinge, Over belastingschulden en de 403-verklaring, in: G.T.K. Meussen (red.), *Gedreven, eigenzinnig, creatief en honkvast. Liber amicorum voor H.M.N. Schonis*, Deventer: Kluwer 2006, p. 251.

27 Een vervolgvraag daarbij is of de moedervennootschap zich bijv. van haar verplichting kan bevrijden door een van haar andere dochters de verbintenis te laten nakomen, of kan volstaan met de verbintenis af te kopen met een vervangende schadevergoeding.

28 Een schuldeiser kan afzonderlijk afstand doen van een van zijn vorderingen op hoofdelijk verbonden schuldenaren, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (losbl.), nr. 100.

Het uitgangspunt dat het vorderingsrecht op de moedervennootschap pas ontstaat wanneer de moedervennootschap ook daadwerkelijk door de schuldeiser is aangesproken, is al enkele keren ter sprake gebracht. In het aanspreken van de moedervennootschap ligt de aanvaarding van het vorderingsrecht door de schuldeiser besloten, zodat er geen sprake meer van kan zijn dat dit vorderingsrecht hem tegen zijn wil wordt opgedrongen.²⁹ Deze gedachte gaat veelal gepaard met de opvatting dat voor het moment van aanspreken een wilsrecht bestaat.³⁰ Het duiden van de rechtsverhouding die bestaat tussen de schuldeiser en de moedervennootschap met behulp van een wilsrecht is voor de hand liggend. Deze rechtsverhouding wordt gekenmerkt door de mogelijkheid ofwel de keuze van de schuldeiser om de moedervennootschap aan te spreken, hetgeen naar mijn mening het uitgangspunt dient te zijn.

Ook vanuit de moedervennootschap bezien geniet het de voorkeur dat in eerste instantie geen sprake is van een vorderingsrecht. Zolang zij niet is aangesproken, bestaat er nog geen vordering op haar. De moedervennootschap is zo in staat om het overzicht te houden ten aanzien van welke vorderingen er op haar bestaan. Wordt de hoofdvordering overgedragen en is de moedervennootschap niet door de oorspronkelijke schuldeiser aangesproken, dan blijft er ook geen vorderingsrecht hangen bij de oorspronkelijke schuldeiser.

Vervolgens kan de vraag worden gesteld of het wilsrecht kwalificeert als een nevenrecht of een afhankelijk recht.³¹ De relevantie van deze vraag ligt enigszins genuanceerd. Alleen een schuldeiser van de dochtervennootschap komt op basis van een 403-verklaring het recht toe de moeder aan te spreken. Nadat een schuldeiser de hoofdvordering heeft overgedragen, beschikt hij niet meer over een vordering op de dochtervennootschap, en dus niet meer over de mogelijkheid om de moedervennootschap aan te spreken (het wilsrecht). De nieuwe schuldeiser hoeft het wilsrecht niet van de oude schuldeiser te verkrijgen. De nieuwe schuldeiser kan een zelfstandig beroep doen op de 403-verklaring. Hij is nu schuldeiser van een uit een rechtshandeling voortvloeiende vordering op de dochtervennootschap, voortvloeiend uit een rechtshandeling die is aangegaan ten tijde van het

29 Betoogd kan worden dat een schuldeiser van tevoren op de hoogte is van het bestaan van een 403-verklaring. Daarin zou dan de acceptatie door de schuldeiser kunnen worden gevonden. Vaak zal een schuldeiser echter niet op de hoogte zijn van een 403-verklaring, zodat zijn wil/acceptatie achteraf gezien alsnog ontbreekt. Bovendien gaat het argument niet op voor bestaande schuldeisers (schuldeisers die al een uit een rechtshandeling voortvloeiende vordering op de dochter hadden voordat zij werd vrijgesteld, en voordat de 403-verklaring werd gedeponeerd). Nu ruime temporele reikwijdte is aangenomen, vallen bestaande schuldeisers ook onder het bereik van een later gedeponeerde 403-verklaring.

30 Wibier 2008; Niels 2010, p. 27; J. van der Kraan, *Actuele vraagstukken rondom de groepsvrijstelling: over de samenloop van art. 2:403 BW met preferentie en achterstelling*, TvOB 2013, afl. 5, p. 156-159; P.A. van der Schee, *Het UWV en de 403-verklaring*, TvOB 2014, afl. 1, p. 22-24, par. 3.1.

31 Betoogd wordt dat dit wilsrecht als een nevenrecht valt aan te merken, Wibier 2008, par. 3.1, en dat dit wilsrecht niet vatbaar is voor overdracht (onder verwijzing naar HR 29 oktober 2004, NJ 2006/203).

uitstaan van die 403-verklaring.³² Op basis van een 403-verklaring is van aansprakelijkheid die uitsluitend geldt jegens contractanten van de dochtervennootschap geen sprake.³³ Een dergelijke inperking is zonder basis. Gezien de ratio achter art. 2:403 BW valt ook niet in te zien dat een partij, die een vordering op een dochtervennootschap via cessie verkrijgt, niet zou moeten worden gecompenseerd. Een opvolgend schuldeiser wordt evengoed met een gebrek aan inzicht in de financiële gegevens van zijn schuldenaar geconfronteerd.³⁴

De benadering dat een vorderingsrecht op de moedervennootschap pas ontstaat wanneer de moedervennootschap ook daadwerkelijk tot nakoming is aangesproken, sluit naar mijn mening goed aan bij de ratio achter de 403-verklaring. Bovendien biedt deze benadering een oplossing voor een aantal 403-problemen.

6 Het moment waarop de verjaring van een 403-vordering aanvangt

Om te kunnen vaststellen wanneer een vorderingsrecht verjaart, dient noodzakelijkerwijs te worden vastgesteld wanneer de verjaring is aangevangen, en dus wanneer het vorderingsrecht is ontstaan. Zoals reeds is besproken, staat het niet ter discussie dat een 403-vordering en een hoofdvordering twee aparte vorderingsrechten zijn. Dit brengt met zich mee dat de verjaring van deze twee vorderingsrechten niet per definitie gelijk aanvangt.

Zoals beschreven, lijkt te worden aangenomen dat een 403-vordering ontstaat wanneer de hoofdvordering ontstaat. Wordt echter uitgegaan van het in deze bijdrage verdedigde standpunt dat een 403-vordering pas ontstaat wanneer de schuldeiser de moedervennootschap aanspreekt, dan vangen de verjaring van een 403-vordering en die van de hoofdvordering niet tegelijk aan.

In de rechtspraak is de verjaring van een 403-vordering onlangs voor het eerst aan de orde gekomen. Inmiddels heeft het Hof Den Haag³⁵ in deze kwestie een arrest gewezen waartegen momenteel cassatie is ingesteld. Op het eerste oog lijkt het hof ervan uit te gaan dat de 403-vordering tegelijk ontstaat met de hoofdvordering. Het hof overweegt in r.o. 8 dat partijen er beide van uit zijn gegaan dat

32 S.M. Bartman in zijn noot bij HR 28 juni 2002, JOR 2002/136; A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen; Serie Onderneming en Recht, deel 43), Deventer: Kluwer 2008, nr. 418. Anders: Biemans 2011, nr. 309 en 312.

33 Het gaat in art. 2:403 BW (en dus ook in een daarmee overeenstemmende 403-verklaring) over aansprakelijkheid voor schulden voortvloeiende uit rechtshandelingen in algemene zin. Daarin kan mijns inziens geen beperking worden gelezen in die zin dat deze aansprakelijkheid slechts zou gelden ten aanzien van contractanten, hetgeen Biemans (2011, nr. 314) betoogt; Wibier 2008, par. 3.3.

34 De al dan niet door een 403-verklaring beïnvloede wil van een schuldeiser om al dan niet een overeenkomst met de dochtervennootschap aan te gaan is niet de hoofdgedachte achter de 403-verklaring. De compensatiegedachte van een schuldeiser die zich geconfronteerd ziet met een gebrek aan inzicht in de financiële gegevens van zijn schuldenaar is de hoofdgedachte.

35 Hof Den Haag 18 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:892.

J. van der Kraan

wanneer de vorderingen op de dochtervennootschap zijn verjaard, ook de vorderingen op de moedervennootschap zijn verjaard.

Daarmee zegt het hof niets meer en niets minder dan dat beide partijen van een bepaald uitgangspunt zijn uitgegaan. Mogelijk hebben partijen zelf aangenomen dat beide vorderingen zijn verjaard, omdat partijen ervan uit zijn gegaan dat de hoofdvordering en de 403-vordering tegelijkertijd zijn ontstaan en de verjaringstermijn tegelijk is omgekomen. Partijen waren op dit vlak kennelijk niet verdeeld. Het hof heeft dit twijfelachtige standpunt van partijen kennelijk overgenomen en vervolgens ten aanzien van beide hoofdelijk verbonden schuldenaren een eenduidig oordeel gegeven. Opgemerkt zij dat het hof ten aanzien van hoofdelijk verbonden schuldenaren uiteenlopend kan oordelen.³⁶

Het ligt overigens niet voor de hand dat het hof, los van het verjaringsvraagstuk, het standpunt heeft ingenomen dat een 403-vordering in zijn algemeenheid afhankelijk is van de hoofdvordering en dat wanneer de hoofdvordering door verjaring tenietgaat, de 403-vordering ditzelfde lot volgt. Dit zou haaks staan op hetgeen de Hoge Raad heeft bepaald door te miskennen dat de hoofdvordering en de 403-vordering aparte en van elkaar onafhankelijke vorderingsrechten zijn. Slechts de eigenschappen die de hoofdelijkheid met zich meebrengt, verbinden beide vorderingsrechten met elkaar. De verjaring van de afzonderlijke vorderingsrechten ten aanzien van een schuld waarvoor meerdere schuldenaren hoofdelijk gebonden zijn, loopt niet parallel. De verjaring van het ene vorderingsrecht betekent niet per definitie de verjaring van het andere vorderingsrecht.³⁷

Een andere mogelijkheid is dat het hof heeft onderkend dat de schuldeiser de moedervennootschap niet tijdig heeft aangesproken. Wanneer de moedervennootschap nooit tot nakoming is aangesproken voordat de hoofdvordering verjaard raakt, dan is nooit een vorderingsrecht op de moedervennootschap ontstaan. Er is dan geen sprake van het tegelijkertijd verjaren van beide vorderingsrechten. Dit laat onverlet dat de moedervennootschap, ondanks dat de hoofdvordering op de dochter is verjaard, in beginsel nog steeds op basis van de 403-verklaring kan worden aangesproken.

36 HR 28 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2911, NJ 2000/290 m.nt. J.B.M. Vranken, waar de Hoge Raad oordeelde dat wanneer een vordering wordt ingesteld tegen meer dan één (hoofdelijk verbonden) schuldenaar niet tegen alle schuldenaren in gelijke zin behoeft te worden beslist.

37 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/100: 'De wet gaat ervan uit dat de lotgevallen van het vorderingsrecht tegen de één de vorderingsrechten tegen de anderen niet beïnvloeden, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit.' Zie voorts Rb. Den Bosch 26 augustus 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BJ6792). Hoofdelijkheid doet er niet aan af dat er sprake is van twee van elkaar te onderscheiden vorderingsrechten. Uit het vonnis volgt dat de onderscheiden vorderingsrechten afzonderlijk van elkaar kunnen/moeten worden gestuit, en dan ook afzonderlijk van elkaar kunnen verjaren. Zie in het kader van de afzonderlijke verjaring van afzonderlijke vorderingsrechten in geval van hoofdelijke gebondenheid ook HR 8 januari 2010, NJ 2010/155.

7 Aansprakelijkheid op basis van een 403-verklaring voor de resterende natuurlijke verbintenis

De verjaring van zowel art. 3:306 als art. 3:307 BW kent de zogenoemde zwakke werking.³⁸ Dit betekent dat de rechtsvordering om het vorderingsrecht af te dwingen tenietgaat. Het vorderingsrecht zelf blijft echter wel bestaan. Er is sprake van een natuurlijke verbintenis.

Een natuurlijke verbintenis is evengoed een schuld. Wanneer de hoofdvordering is verjaard, kan de nakoming van de hoofdvordering niet meer in rechte worden afgedwongen. Wordt ervan uitgegaan dat de 403-vordering tegelijkertijd met de hoofdvordering is ontstaan en dat op de hoofdvordering en op de 403-vordering hetzelfde verjaringsregime van toepassing is, dan zal de 403-vordering tegelijkertijd zijn verjaard, en is zowel de hoofdvordering als de 403-vordering een natuurlijke verbintenis geworden.

Wordt er echter van uitgegaan dat het vorderingsrecht op de moeder vennootschap pas ontstaat nadat de moeder vennootschap is aangesproken, dan staat de verjaring van de hoofdvordering er niet aan in de weg dat een schuldeiser nog steeds een beroep kan doen op de 403-verklaring, waardoor de 403-vordering pas dan ontstaat en zoveel later verjaart. De moeder vennootschap tot nakoming aanspreken valt niet aan te merken als het afdwingen van nakoming van de hoofdvordering. Een beperking voor rechtens niet-afdwingbare schulden is ten aanzien van de mogelijkheid om een beroep te doen op een 403-verklaring nergens opgenomen.

Een verjaarde hoofdvordering, zijnde een natuurlijke verbintenis, kan worden overgedragen. Vervolgens kan een opvolgend schuldeiser, als schuldeiser van een uit een door de dochter vennootschap verrichte rechtshandeling voortvloeiende schuld, een beroep doen op de 403-verklaring. Er ontstaat een nieuw vorderingsrecht op de moeder vennootschap, welk vorderingsrecht in rechte kan worden afgedwongen. Het probleem van een verjaarde hoofdvordering en een verjaarde 403-vordering kan door een cessie makkelijk worden omzeild. De vraag is of dit onder bepaalde omstandigheden wordt begrensd door de redelijkheid en billijkheid.

8 Het verjaringsregime dat van toepassing is op de verjaring van een 403-vordering

Opmerkelijk is dat in de literatuur niet concreet wordt ingegaan op de vraag welke verjaringsbepaling van toepassing is op een 403-vordering. In algemene zin wordt opgemerkt dat een 403-vordering kan verjaren,³⁹ hetgeen mij zonder meer als juist voorkomt. Voorts wordt in het kader van de behandeling van art. 2:403 BW

38 Zie o.m. A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 192.

39 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* (losbl.), nr. 583 sub g.

J. van der Kraan

vermeld dat de gebruikelijke verjaringstermijn voor opeisbare vorderingen vijf jaar is, onder verwijzing naar art. 3:307 en 3:308 BW.⁴⁰ Ook dit lijkt mij een juist standpunt, maar opmerkelijk genoeg wordt vervolgens in het midden gelaten welke termijn nu concreet van toepassing is op 403-vorderingen. Geconcludeerd moet worden dat de literatuur het liefst in het midden laat welk verjaringsregime van toepassing is op een 403-vordering. In het hiervoor besproken arrest,⁴¹ waartegen cassatie is ingesteld, haakt het hof aan bij een verjaringstermijn van vijf jaar.

De in Boek 3 BW geregelde grondslagen voor de verjaring van opeisbare vorderingen⁴² zijn op te delen in de algemene verjaringsgrondslag gegeven in art. 3:306 BW en een aantal specifieke bepalingen, gegeven in art. 3:307 e.v. BW.⁴³ De belangrijkste consequentie van onderscheid tussen de algemene verjaringsgrondslag en de bijzondere grondslagen houdt verband met de verjaringstermijn.

Art. 3:307 BW⁴⁴ geeft een verjaringstermijn van vijf jaar. Art. 3:307 BW geldt ten aanzien van de verjaring van rechtsvorderingen tot nakoming van verbintenissen uit overeenkomsten. Het is daarmee nog maar de vraag of art. 3:307 BW van toepassing is op de verjaring van een 403-vordering. Er is niet direct een grond om aan te nemen dat tussen een schuldeiser die een beroep doet op de 403-verklaring en een moedervenootschap een rechtsverhouding ontstaat die kwalificeert als een *overeenkomst* in de zin van art. 3:307 BW.⁴⁵ Het begrip *overeenkomst* in de zin van art. 3:307 BW wijkt af van het algemene begrip *overeenkomst*, zoals omschreven in art. 6:213 BW. Het begrip *overeenkomst* in de zin van art. 3:307 BW blijkt een enigszins rekbaar begrip te zijn.⁴⁶ Dit doet er hoe dan ook niet aan af dat een 403-vordering is gebaseerd op de 403-verklaring, en dat dit geen verbintenis is die voortvloeit uit de overeenkomst. Bovendien gaat het bij een 403-vordering om een zelfstandig vorderingsrecht op de moedervenootschap. De 403-vordering is niet gebaseerd op de met de dochtervenootschap gesloten over-

40 H. Beckman & T. van Wijngaarden, in: Sdu Commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 2 art. 403 (losbl.), bijgewerkt op 1 januari 2013, sub C4.4.

41 Hof Den Haag 18 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:892.

42 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat uiteraard ook buiten Boek 3 BW verjaringsgrondslagen zijn opgenomen. Zie bijv. art. 7:28 BW voor de verjaring van een vordering voortvloeiend uit een consumentenkoop.

43 Aangezien de verjaring op grond van art. 3:307 BW vaker voorkomt dan de verjaring op grond van art. 3:306 BW wordt de verjaring op grond van art. 3:307 BW ook wel aangemerkt als de algemene bepaling inzake verjaring, en wordt art. 3:306 BW als een species beschouwd.

44 De verjaring van (nog) niet opeisbare vorderingen volgens art. 3:307 lid 2 BW zal hier buiten beschouwing worden gelaten.

45 Art. 6:213 BW geeft een definitie van het begrip 'overeenkomst', maar dit ziet op de kwalificatie als overeenkomst in de zin van titel 5 van Boek 6 BW.

46 Zie voor uiteenlopende situaties waarin rechtsverhoudingen in het kader van art. 3:307 BW als overeenkomst werden aangemerkt of juist niet: HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC3206, NJ 1999/445; HR 17 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0308, NJ 2004/282; Hof Amsterdam 4 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU7798; Hof Amsterdam 28 juni 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AD8635; HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462, NJ 2012/673.

eenkomst.⁴⁷ Strikt genomen lijkt het mij niet juist om te concluderen dat tussen een moedervennootschap en de schuldeiser een overeenkomst tot stand komt.

Indien niet kan worden geconcludeerd dat de nakoming van een 403-vordering kan worden aangemerkt als de nakoming van een verbintenis uit een overeenkomst zoals bedoeld in art. 3:307 BW, dan is op de 403-vordering niet de verjaringstermijn van vijf jaar uit art. 3:307 BW van toepassing. In dat geval geldt voor de 403-vordering in beginsel de algemene verjaringstermijn van art. 3:306 BW.

9 Stuiting

De verjaring van de hoofdvordering en die van de 403-vordering dienen afzonderlijk te worden gestuit.⁴⁸ Met het stuiten van de vordering op een van de hoofdelijk verbonden schuldenaren wordt niet tevens de vordering op andere hoofdelijk verbonden schuldenaren gestuit.

Wanneer wordt vergeten om de 403-vordering te stuiten, en deze vordering blijkt te zijn verjaard, dan is de vraag of een schuldeiser opnieuw een beroep kan doen op de 403-verklaring. Hij is nog steeds schuldeiser van de dochtervennootschap. Wanneer een schuldeiser opnieuw een beroep op de 403-verklaring zou kunnen doen, dan zou hij een tweede vorderingsrecht op de moedervennootschap verkrijgen. Dat lijkt mij niet de bedoeling.

10 Verjaring, de intrekking van de 403-verklaring en de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid

Wanneer de hoofdvordering is verjaard, dan resteert er nog steeds een schuld op grond van de overgebleven natuurlijke verbintenis.

Indien ervan uit wordt gegaan dat de 403-vordering niet tegelijk met de hoofdvordering ontstaat en dat de 403-vordering niet tegelijk met de hoofdvordering is verjaard, dan kan de schuldeiser ook nadat de hoofdvordering is verjaard nog een beroep doen op de 403-verklaring. Is de 403-verklaring inmiddels ingetrokken,⁴⁹ dan komt de schuldeiser nog steeds de mogelijkheid toe om een beroep te doen op de 403-verklaring voor zover de overblijvende aansprakelijkheid niet is beëindigd.⁵⁰ Dit brengt met zich mee dat een schuldeiser van de dochtervennootschap die een vordering heeft, zijnde een natuurlijke verbintenis, tegen een beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid in verweer moet kunnen komen.

47 Daarbij dient bovendien te worden bedacht dat de hoofdvordering zelf ook niet per definitie uit een overeenkomst dient voort te vloeien. Een hoofdvordering kan ook zien op schulden die voortvloeien uit door de dochtervennootschap verrichte rechtshandelingen niet zijnde een overeenkomst.

48 Rb. Den Bosch 26 augustus 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BJ6792 en HR 8 januari 2010, NJ 2010/155.

49 Art. 2:404 lid 1 BW.

50 Art. 2:404 lid 3 BW.

J. van der Kraan

11 Conclusie

Om te kunnen vaststellen wanneer een vorderingsrecht verjaart, is het noodzakelijk om na te gaan wanneer dat vorderingsrecht is ontstaan. Ten aanzien van een 403-vordering is dit niet anders. Aangenomen lijkt te worden dat de 403-vordering direct ontstaat wanneer de hoofdvordering ontstaat. Bepleit kan worden dat de schuldeiser de verkrijging van het vorderingsrecht op de moederverenootschap eerst moet aanvaarden. De opvatting dat in eerste instantie sprake is van een wilsrecht en dat de schuldeiser er zelf voor kan kiezen of hij van de 403-verklaring gebruik maakt en de moederverenootschap tot nakoming wenst aan te spreken, ligt meer in lijn met de ratio achter het 403-regime.

Wordt gekozen voor de theorie dat in eerste instantie sprake is van een wilsrecht, dan zal de verjaringstermijn van de 403-vordering niet op hetzelfde tijdstip aanvangen en zullen de verjaringstermijnen uiteenlopen.

Een andere reden waarom de verjaringstermijnen van een 403-vordering en de hoofdvordering uiteen kunnen lopen, is niet gelegen in de aanvang van de verjaringstermijn, maar in de duur van de verjaringstermijn. Mogelijk kan de nakoming van een 403-vordering niet worden aangemerkt als de nakoming van een verbintenis uit een overeenkomst zoals bedoeld in art. 3:307 BW. In dat geval is op de 403-vordering niet de verjaringstermijn van vijf jaar uit art. 3:307 BW van toepassing, maar geldt voor de 403-vordering in beginsel de algemene verjaringstermijn van twintig jaar uit art. 3:306 BW. Indien de hoofdvordering wel voortvloeit uit een verbintenis, wat niet altijd het geval hoeft te zijn, dan lopen de verjaringstermijnen van de 403-vordering en de hoofdvordering uiteen.

Dat de verjaringstermijnen van de 403-vordering en de hoofdvordering om verschillende redenen uiteen kunnen lopen, betekent niet dat er een juridische basis is op grond waarvan geconcludeerd kan worden dat de 403-vordering verjaart wanneer de hoofdvordering verjaart. Dat het twee onafhankelijke zelfstandige vorderingsrechten betreft, staat niet ter discussie en het is ook reeds uitgemaakt dat hoofdelijke vorderingsrechten niet zodanig met elkaar in verband staan, dat de verjaring van het ene vorderingsrecht tevens de verjaring van het andere vorderingsrecht met zich brengt.

Wordt aangenomen dat in eerste instantie sprake is van een wilsrecht, dan is zelfs na verjaring van de hoofdvordering een beroep op de 403-verklaring mogelijk vanwege de resterende natuurlijke verbintenis.

Ten slotte het arrest van het Hof Den Haag.⁵¹ Dit arrest laat aan duidelijkheid te wensen over. Aangezien er cassatie is ingesteld, grijpt de Hoge Raad deze gelegenheid wellicht aan om meer duidelijkheid te scheppen rondom de verschillende vraagstukken die spelen ten aanzien van de samenloop van het 403-regime en verjaring.

51 Hof Den Haag 18 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:892.

Een 403-vordering is een zelfstandige vordering, meestal op de moedervennootschap. Deze vordering onderscheidt zich van de hoofdvordering op de dochtervennootschap. Deze te onderscheiden vorderingen verjaren onafhankelijk van elkaar. Naast de vraag of deze vorderingen onafhankelijk van elkaar verjaren, rijst de vraag of deze vorderingen op verschillende tijdstippen kunnen verjaren. Op basis van verschillende gronden kan dit het geval zijn.

Een hoofdvraag die beantwoord dient te worden om vast te stellen wanneer een 403-vordering verjaart, is wanneer een 403-vordering ontstaat. Er zijn gronden om aan te nemen dat een 403-vordering pas ontstaat nadat de schuldeiser de moedervennootschap tot nakoming heeft aangesproken.