

522. 403-verklaring en achterstelling; een (on)rustig bezit?

MR. W.M. SMELT

In dit artikel zal worden ingegaan op recente perikelen rondom de 403-verklaring en meer in het bijzonder de SNS-beschikking. De Hoge Raad heeft in die beschikking geoordeeld dat achtergestelde schuldeisers op dochterniveau niet automatisch ook zijn achtergesteld op holdingniveau als zij zich op grond van een 403-verklaring op de moeder proberen te verhalen. Dit oordeel is onder meer van belang in het kader van de kapitaaleisen die aan banken worden gesteld en roept de vraag op of een 403-verklaring zodanig kan worden ingericht dat de achtergestelde vorderingen op de dochter evenzeer zijn achtergesteld onder de hoofdelijkheidsverklaring van de moeder.

Inleiding

Het afgelopen jaar is in de rechtspraak het nodige te doen geweest over de aansprakelijkheidsverklaring in de zin van art. 2:403 lid 1 onder f Burgerlijk Wetboek (BW) (de 403-verklaring). Zo oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat het onder bepaalde omstandigheden misbruik van recht kan opleveren als een partij zich beroept op de overschrijding van de tweemaandstermijn voor het doen van verzet tegen de beëindiging van de zogenaamde overblijvende 403-aansprakelijkheid.¹ Daarnaast heeft de Hoge Raad onlangs bevestigd dat een schikking door een dochtervennootschap met een crediteur niet tot gevolg heeft dat de moeder door diezelfde crediteur niet meer op grond van een 403-verklaring kan worden aangesproken.²

Aanleiding voor deze bijdrage is echter de beschikking van de Hoge Raad in de procedure over de vaststelling van de schadeloosstelling in verband met de onteigening van effecten en vermogensbestanddelen in SNS REAAL en SNS Bank (de SNS-beschikking).³ In de SNS-beschikking heeft de Hoge Raad onder meer geoordeeld dat vorderingen die op dochterniveau via zogenaamde eigenlijke achterstelling zijn achtergesteld niet ook zijn achtergesteld op het niveau van de moeder die een 403-verklaring voor de desbetreffende dochter heeft afgegeven.

Dit oordeel is onder meer van belang in het kader van

de kapitaaleisen die aan banken worden gesteld en roept de vraag op of een 403-verklaring zodanig kan worden ingericht dat de achtergestelde vorderingen op de dochter evenzeer achtergesteld zijn onder de hoofdelijkheidsverklaring van de moeder.

De 403-verklaring

Art. 2:403 BW biedt de mogelijkheid om in concernsituaties bepaalde tot een groep behorende rechtspersonen vrij te stellen van de verplichting om een eigen volwaardige jaarrekening op te maken en te publiceren. De desbetreffende rechtspersoon kan onder deze vrijstelling volstaan met het opmaken van een sterk vereenvoudigde jaarrekening en consolidatie van haar cijfers in de jaarrekening van de (groot)moedervernootschap; ze hoeft zelf geen cijfers te publiceren. Deze vrijstelling geldt dan alleen voor de rechtspersonen ten aanzien van welke de consoliderende vennootschap schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de desbetreffende rechtspersonen voortvloeiende schulden. Deze verklaring wordt de '403-verklaring' genoemd en is een veelgebruikt instrument om de administratieve lasten in concernverhoudingen te verlichten. Uit het arrest Akzo Nobel/ING volgt dat de 403-verklaring een ongerichte, eenzijdige rechtshandeling is, op grond waarvan rechtstreekse aansprakelijkheid van de moeder ontstaat. De aansprakelijkheid is uitsluitend gebaseerd op de inhoud van de 403-verklaring zelf en dus niet op de bepaling in art. 2:403 BW. Het betreft een zelfstandige verbintenis en geen afhankelijk recht. Verpanding van de vordering op de dochtermaatschappij betekent dus ook niet dat automatisch de

1 Rb. Rotterdam 30 september 2014, «JOR» 2014/12, m.nt. E. Loesberg.

2 HR 3 april 2015, «JOR» 2015/191, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (Eikendal q.q./Lentink).

3 HR 20 maart 2015, «JOR» 2015/140, m.nt. M.W. Josephus Jitta (SNS REAAL).

vordering op de moedermaatschappij uit hoofde van de 403-verklaring is meeverpand.⁴

De SNS-beschikking: geen doorwerking achterstelling naar 403-moeder

Op 20 maart 2015 heeft de Hoge Raad een beschikking gewezen in de schadeloosstellingsprocedure naar aanleiding van de onteigening van de effecten en schuldinstrumenten van SNS REAAL N.V. (SNS REAAL) en haar dochtermaatschappij SNS Bank N.V. (SNS Bank). In de procedure kwam onder meer de vraag aan de orde of de houders van achtergestelde schuldinstrumenten van SNS Bank ook slechts een achtergestelde vordering hadden op SNS REAAL, de moedervennootschap die een 403-verklaring had afgegeven voor haar dochter SNS Bank.

Ter achtergrond: als uitgangspunt geldt dat, indien een schuldenaar niet in staat is om (volledig) te voldoen aan zijn verplichtingen, schuldeisers onderling een gelijk recht hebben om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van de schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering (de *paritas creditorum*). Van dit beginsel van gelijkheid van crediteuren, verwoord in art. 3:277 lid 1 BW, kan worden afgeweken op grond van door de wet erkende redenen van voorrang. Lid 2 van dat artikel bepaalt dat de schuldeiser en de schuldenaar met elkaar bij overeenkomst ook kunnen afspreken dat de vordering van de schuldeiser achtergesteld is ten opzichte van vorderingen van alle of bepaalde andere schuldeisers. Deze zogenaamde eigenlijke achterstelling bewerkstelligt aldus een terugtrek in rang indien zich een concursus voordoet.

Naast die eigenlijke achterstelling in de zin van art. 3:277 lid 2 BW zijn er verschillende obligatoire arrangementen die ten doel hebben de volgorde waarin schuldeisers worden voldaan te beïnvloeden. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een beding waarin de junior schuldeiser en de debiteur overeenkomen dat de vordering van de junior pas opeisbaar is als de senior schuldeiser is voldaan. Bedingen waarbij aanvullende voorwaarden worden verbonden aan betaling en die dus niet (uitsluitend) een rangorde bij verhaal op het vermogen van de debiteur regelen, worden vaak aangeduid als ‘oneigenlijke achterstellingen’.⁵

In de SNS-beschikking heeft de Hoge Raad geoordeeld dat eigenlijke achterstelling, dus achterstelling in de zin van art. 3:277 lid 2 BW, geen eigenschap van de verbintenis zelf is, maar een van de wettelijke hoofdregel afwijkende volgorde voor verhaal ter zake van die verbintenis op het vermogen van de schuldenaar die het beding is aangegaan. De Hoge Raad maakt daarbij onderscheid met de opeisbaarheid van een vordering ingevolge een daartoe strekkend beding (hetgeen zoals gezegd een voorbeeld is van zogenaamde oneigenlijke achterstelling). Over die specifieke vorm van

oneigenlijke achterstelling zegt de Hoge Raad dat het wel een eigenschap van de verbintenis zelf is en dat die eigenschap door iedere schuldenaar van de verbintenis kan worden ingeroepen.⁶ Indien op dochterniveau sprake is van een dergelijke vorm van achterstelling, dan zou die achterstelling dus ook kunnen worden ingeroepen door de moedervennootschap die via de 403-verklaring hoofdelijk

De achterstelling in de zin van art. 3:277 BW werkt alleen tussen schuldeisers en (hoofdelijk) schuldenaren die partij zijn bij de achterstelling

aansprakelijk is voor de schulden van haar dochter. Elke hoofdelijk schuldenaar kan zich immers op alle verweermiddelen beroepen die de verbintenis zelf betreffen.⁷

De Hoge Raad is in de SNS-beschikking uitgegaan van de aanname dat slechts sprake is van achterstelling in de zin van art. 3:277 lid 2 BW. Wijzend op de in de vorige alinea beschreven aard van die vorm van achterstelling, concludeert hij dat het door SNS-Bank overeengekomen achterstellingsbeding niet tot gevolg heeft dat de vorderingen van schuldeisers ook op het niveau van SNS-REAAL zijn achtergesteld.⁸ De achterstelling in de zin van art. 3:277 BW werkt alleen tussen schuldeisers en (hoofdelijk) schuldenaren die partij zijn bij de achterstelling, en – in het voorbeeld van SNS REAAL – dus niet tussen een schuldeiser en een moedervennootschap die via de 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden van haar dochter.

Rangordepositieverbetering als onbedoeld gevolg van de SNS-beschikking

Deze beschikking van de Hoge Raad is in lijn met zijn eerdere oordeel in het Econcern-arrest⁹. In dat arrest moest de Hoge Raad beslissen over de (spiegelbeeldige) vraag of een *voorrecht* in de zin van art. 3:228 BW aanhef onder e BW, verbonden aan een vordering op een dochtermaatschappij, ook automatisch geldt voor de vordering op de moedermaatschappij die een 403-verklaring heeft afgelegd. De Hoge Raad oordeelde dat dergelijke bevoorrechte vorderingen op de dochter ten opzichte van de 403-moeder in beginsel gewoon concurrent zijn. Voorrechten ontstaan immers, aldus de Hoge Raad, alleen uit de wet (art. 3:278 lid 2 BW) en art. 2:403 BW noch enige andere wettelijke bepaling verbindt aan de vordering op grond van de 403-verklaring een voorrecht.¹⁰ Een 403-vordering zou in beginsel alleen bevoorrecht kunnen zijn als deze gekwalificeerd zou kunnen worden als afhankelijk

4 HR 28 juni 2002, NJ 2002, 447, m.nt. J.M.M. Maeijer (Akzo/ING).

5 Zie hierover onder meer I. Spinath (2005), *Achtergestelde vorderingen*, Deventer: Kluwer en R.J. Abenroth, ‘Rangwisseling pandrecht door eigenlijke achterstelling’, *WPNR* 2014-7029.

6 HR 20 maart 2015, «JOR» 2015/140, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 4.34.4. (SNS REAAL).

7 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2011/119.

8 HR 20 maart 2015, «JOR» 2015/140, m.nt. M.W. Josephus Jitta, r.o. 4.34.3. (SNS REAAL).

9 HR 11 april 2014, NJ 2014/309, m.nt. Van Schilfgaarde (Econcern).

10 R.o. 3.3.2.

recht. Die kwalificatie heeft de Hoge Raad echter reeds in het arrest Akzo Nobel/ING verworpen. Want een 403-verklaring is een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid, en die verklaring roept nu eenmaal niet een afhankelijk, maar een zelfstandig recht in het leven, aldus de Hoge Raad.¹¹

Ook meer recent heeft de Hoge Raad laten zien in het kader van 403-aansprakelijkheid strikt de hand te willen houden aan de zelfstandigheid van de vordering uit hoofde van een 403-verklaring. In het in de inleiding al even aangestipte arrest Eikendal q.q./Lentink¹² oordeelde de Hoge Raad namelijk dat een dading tussen dochter en crediteur niet tot gevolg heeft dat de moeder niet meer door die crediteur op grond van een door die moeder afgegeven 403-verklaring kan worden aangesproken. Daarbij nam de Hoge Raad wederom als uitgangspunt dat een 403-verklaring hoofdelijke aansprakelijkheid en dus een zelfstandige vordering in het leven roept.¹³ De Hoge Raad is dus consequent, maar het valt te betwijfelen of die juridische rechtlijnigheid in de praktijk altijd de gewenste uitkomst heeft.¹⁴

Die twijfel wordt ook opgeroepen door het oordeel van de Hoge Raad in de SNS-beschikking. De Hoge Raad heeft vastgehouden aan het uitgangspunt dat eigenlijke achterstelling alleen geldt tussen de contracterende partijen. Dat een door een schuldeiser met een 403-dochter overeengekomen achterstellingsbeding geen invloed heeft op de verhaalspositie van die schuldeiser ten opzichte van de 403-moeder, is rechtssystematisch weliswaar volstrekt juist, maar het onbedoelde en onwenselijke gevolg daarvan is rechtseconomisch wel dat een rangordepositieverbetere- ring over de band van de 403-verklaring plaatsvindt. Houders van achtergestelde schuldinstrumenten in een vennootschap waarvoor een 403-verklaring is afgegeven, blijken immers toch niet zo achtergesteld als wellicht was beoogd: ten opzichte van de 403-moeder zijn zij gewoon concurrente crediteuren. En dat terwijl zij als compensatie voor die achtergestelde positie een relatief hoge rente zullen ontvangen.

Ongewenste gevolgen voor uitgevers van kapitaalinstrumenten

De SNS-beschikking zal voor consoliderende holdingvennootschappen die 403-verklaringen voor hun groepsvennootschappen hebben afgegeven, of zulks van plan zijn, mijns inziens te meer aanleiding zijn om nog eens goed de consequenties daarvan te onderzoeken. Daarnaast levert de

beschikking mogelijk problemen op in het kader van de kapitaalrechten voor de uitgevers van kapitaalinstrumenten. Vorig jaar zijn namelijk de EU Richtlijn Kapitaalvereisten (CRD IV)¹⁵ en de daarbij behorende EU Verordening Kapitaalvereisten (CRR)¹⁶ in werking getreden. Een van de gevolgen daarvan is dat nieuwe kapitaalinstrumenten van banken niet meer gedekt mogen zijn door zekerheid of zijn onderworpen aan een garantie die de rangordepositie van de vordering verbetert en die is verstrekt door de moederonderneming of de financiële moederonderneming of de dochteronderneming ervan.¹⁷ Als dat namelijk wel het geval zou zijn, zouden de houders van obligaties die op het niveau van de bank zijn achtergesteld, die achterstelling kunnen omzeilen door via de garantie aan te kloppen bij de holding.

Dat een schuldeiser die op dochterniveau is achtergesteld, niet is achtergesteld op het niveau van de holding die een 403-verklaring voor de dochter heeft afgegeven, kan als een evidente verbetering in de rangordepositie worden gezien. Gelet op de eerder beschreven regels uit CRD IV/CRR betekent dit dat uitgifte van kapitaalinstrumenten door een bank waarvoor een 403-verklaring is afgegeven door de holding, praktisch niet langer mogelijk is. Zeer recent heeft ABN AMRO de gevolgen van de SNS-beschikking ondervonden. Begin augustus van dit jaar informeerde de Europese Centrale Bank haar namelijk dat bepaalde door ABN AMRO Bank N.V. uitgegeven schuldtitels die de bank meetelde als bufferkapitaal (de zogeheten 'tier 2' instrumenten), moeten worden uitgesloten van de berekening van haar solvabiliteit vanwege het bestaan van een 403-garantie van ABN AMRO Group N.V. daarvoor.¹⁸

Dit alles zou anders zijn als kan worden bewerkstelligd dat de vordering die op dochterniveau is achtergesteld, zulks ook op het niveau van de holding is. Dat doorgrijpen van achterstelling naar het niveau van de moeder zou kunnen worden geregeld in de leningovereenkomst tussen de crediteur en de dochter. Daarin zou dan een beding kunnen worden opgenomen waarmee de crediteur zijn vorderingen op de moeder uit hoofde van bestaande en eventueel toekomstige 403-verklaringen achterstelt ten opzichte van andere crediteuren van die moeder. De moeder zou de leningovereenkomst dan enkel ter aanvaarding van dat achterstellingsbeding hoeven te ondertekenen.

11 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 447, r.o. 3.4.5, m.nt. J.M.M. Maeijer (Akzo/ING).

12 HR 3 april 2015, *NJ* 2015/255, m.nt. P. van Schilfgaarde (Eikendal q.q./Lentink).

13 R.o. 3.6.2.

14 Vergelijk E.A. van Dooren in zijn noot bij HR 11 april 2014, «JOR» 2014/199 (Econcern), H. Beckman in zijn noot bij HR 3 april 2015, *Ondernemingsrecht* 2015/66 en N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt in hun noot bij HR 3 april 2015, «JOR» 2015/191 (Eikendal q.q./Lentink).

15 Richtlijn 2013/36/EU.

16 Verordening 575/2013/EU.

17 Zie art. 28 lid 1 sub I CRR voor de zogenaamd 'tier 1' kapitaal en art. 63 sub e CRR voor 'tier 2' kapitaal.

18 'ECB schaaft wat van bufferkapitaal ABN Amro af'; <http://fd.nl/ondernemen/1114346/ecb-accepteert-bufferkapitaal-abn-amro-deels-niet-na-uitspraak-hoge-raad-inzake-sns-en-Wijziging-in-Tier-2-kwalificatie-verlaagt-regulatory-total-capital-ratio>; <https://www.abnamro.com/nl/newsroom/nieuws/wijziging-in-tier-2-kwalificatie-verlaagt-regulatory-total-capital-ratio.html>.

403-verklaring met achterstelling?

Een interessante vraag die rijst, is of het niet ook mogelijk is om de 403-verklaring zelf zodanig in te richten dat de achtergestelde vorderingen op de dochter evenzeer zijn achtergesteld onder de hoofdelijkheidsverklaring van de 403-moeder.

Op grond van art. 2:403 lid 1 onder f BW dient de 403-moeder zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandeling van de desbetreffende dochter voortvloeiende schulden. Civielrechtelijk zijn beperkingen in een hoofdelijke aansprakelijkstelling vanzelfsprekend geoorloofd. Het gaat echter om de vraag in hoeverre beperkingen in de verklaring geoorloofd zijn voor een rechtsgeldige toepassing van het groepsregime van art. 2:403 BW.

De Hoge Raad heeft het antwoord op deze vraag in het midden gelaten:

'Indien SNS Reaal de mogelijkheden van laatstbedoelde schuldeisers tot verhaal op haar eigen vermogen had willen beperken – daarge-laten of daarmee aan de eisen van art. 2:403 BW zou zijn voldaan – zou daarvan uit de 403-verklaring, uitgelegd naar objectieve maatstaven, moeten blijken.' (cursivering auteur)

Als een moedervenootschap een verklaring afgeeft waarin zij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor alle uit rechtshandelingen van haar dochter voortvloeiende schulden en die moeder voegt aan die verklaring toe dat voor zover vorderingen op de dochter zijn achtergesteld, die achterstelling ook ten aanzien van haar geldt, dan is die beperking voor een rechtsgeldige toepassing van het groepsregime van art. 2:403 BW mijns inziens geoorloofd. Art. 2:403 lid 1 onder f BW vereist namelijk enkel dat de consoliderende (moeder)venootschap schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de dochter voortvloeiende schulden. Uit niets blijkt dat de wet heeft beoogd om de positie van schuldeisers van dochter waarvoor een 403-verklaring is afgegeven in die zin te verbeteren dat eventuele achterstellingen op dochterniveau ten opzichte van de 403-moeder vervallen.

Ook de ratio van de 403-verklaring verzet zich er niet tegen dat in die verklaring de genoemde beperking wordt opgenomen. Die ratio zou zijn om aan de (potentiële) crediteuren van de dochtermaatschappij waarop de vrijstellingsregeling wordt toegepast, compensatie te bieden voor het verminderde inzicht in de financiële positie van de dochtermaatschappij.¹⁹ Op deze 'compensatiegedachte' is de nodige kritiek geuit. Als compensatie voor het verminderde inzicht als gevolg van de jaarrekeningvrijstelling, krijgen de crediteuren immers geen compenserende

informatie, maar slechts een tweede debiteur, waarbij niet de voorwaarde wordt gesteld dat die tweede debiteur ook daadwerkelijk verhaal biedt voor de vordering van de schuldeiser.²⁰

Wat daarvan ook zij, volgens de compensatiegedachte wordt het voldoende geacht dat er aan de crediteuren van de 403-dochter een (hoofdelijke) vordering wordt toegekend op de 403-moeder, van wie wél een jaarrekening is gedeponereerd. Ook hier blijkt uit niets dat de vorderingen van de schuldeisers op de dochters ten opzichte van de 403-moeder qua rangorde verbeterd zouden moeten zijn. Integendeel, de crediteur krijgt op deze wijze waar hij volgens de compensatiegedachte recht op heeft: een achtergestelde vordering op de moedervenootschap waarvan hij via de gedeponereerde jaarrekening ook over verhaalsinformatie beschikt.

Naar mijn mening is een rechtvaardige conclusie dat noch de tekst van art. 2:403 BW, noch de ratio van de 403-verklaring eraan in de weg staat om in een 403-verklaring op te nemen dat de achtergestelde vorderingen op de dochter evenzeer achtergesteld zijn onder de hoofdelijkheidsverklaring van de moeder.

Conclusie

De Hoge Raad heeft ons in de SNS-beschikking geleerd dat vorderingen die op dochterniveau zijn achtergesteld in beginsel niet eveneens zijn achtergesteld op het niveau van de moeder die een 403-verklaring voor de desbetreffende dochter heeft afgegeven. Dit oordeel heeft als ongewenst gevolg dat een doorgaans onbedoelde verbetering van de rangordepositie van de crediteur ontstaat. Dit levert onder meer als probleem op dat het voor banken niet meer mogelijk is om kapitaalinstrumenten uit te geven waarvoor door de holding een ongekwalificeerde 403-verklaring is afgegeven. Dat probleem kan mijns inziens worden opgelost door in de desbetreffende 403-verklaring op te nemen dat achtergestelde vorderingen op de dochter evenzeer zijn achtergesteld op het niveau van de moeder die de 403-verklaring afgeeft.

Over de auteur

Mr. Willem M. Smelt is advocaat bij Allen & Overy LLP.

19 Zie voor de ratio van de regeling van art. 2:403 onder meer H. Beckman (1995), *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen. Een analyse van art. 2:403 BW en zijn voorgangers* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer, p. 447 en p. 651, de conclusie van A-G Wesseling-van Gent (onder 2.19) voor HR 28 juni 2002, NJ 2002/447 (Akzo Nobel/ING Bank) en Asser-Maeijer 2-III. nr. 439.

20 H. Beckman (1995), *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen. Een analyse van art. 2:403 BW en zijn voorgangers* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer, p. 715, en A-G L. Timmerman in onderdeel 2.8 van zijn conclusie bij HR 11 april 2014, NJ 2014/309 (Econcern). Timmerman stelt in zijn conclusie dat de ratio beter daarin gezocht kan worden dat de 403-verklaring de mogelijkheid ontnemt om te profiteren van de eventuele omstandigheid dat de dochtermaatschappij, zonder dat het voor de crediteuren van die dochtermaatschappij kenbaar is, onvoldoende verhaal biedt.