

PROF.MR. H.J. DE KLUIVER

# Het effect van zogenoemde 403-verklaringen

HR 28 juni 2002, *RvdW* 2002, 112, *JOR* 2002/136  
(Akzo Nobel/ING Bank)<sup>(\*)</sup>

In de vennootschapspraktijk roept een verwijzing naar 403-verklaringen vaak enigszins zorgelijke blikken op. Verwonderlijk is dat niet. De materie bergt vele voetangels en klemmen in zich. Die worden enerzijds veroorzaakt door juridische onduidelijkheden en anderzijds door administratieve valkuilen waarmee uitvoering van de regeling omgeven is. In het navolgende komt een en ander in vogelvlucht ter sprake. Alvorens daarop in te gaan geef ik echter eerst een korte schets van de achterliggende regeling. De term '403-verklaringen' verwijst naar artikel 2:403 BW. Deze bepaling maakt deel uit van titel 9 van boek 2 BW dat het jaarrekeningenrecht bevat. Tot voor kort gold dat als het veruit minst interessante deel van het vennootschapsrecht. Daarin is het afgelopen jaar nogal abrupt verandering gekomen. De verhouding tussen vennootschapsrecht en jaarrekeningenrecht is 'hot' geworden. Spectaculaire affaires in de VS (Enron, Worldcom enzovoorts) hebben niet alleen beleggers, maar ook vennootschapsjuristen wakker geschud. Het is niet voor niets dat in een recent *NJB*-themanummer over 'de verbouwing van het Nederlandse ondernemings- en effectenrecht' een omvangrijk artikel is gewijd aan het jaarrekeningenrecht.<sup>1</sup> Deze plaats is niet de meest aangewezen voor verdere brede bespiegelingen terzake. Maar wel is het nuttig om het navolgende ook in dat kader te bezien. Er moet immers rekening mee worden gehouden dat de komende jaren alles wat met jaarrekeningenrecht te maken heeft scherper tegen het licht zal worden gehouden.

## Artikel 2:403 BW: het wettelijk kader

Op het snijvlak van vennootschapsrecht en jaarrekeningenrecht bevindt zich artikel 2:403 BW. De structuur van deze bepaling is op zichzelf eenvoudig. Oogmerk van de bepaling is, kort gezegd, dochtervennootschappen binnen concerns de mogelijkheid te bieden om af te zien van een aantal gedetailleerde jaarrekeningvoorschriften op voorwaarde dat, onder andere, de moedervennootschap zich aansprakelijk stelt voor de nakoming van verplichtingen van de dochter die voortvloeien uit rechtshandelingen (de aansprakelijkheid strekt zich dus in beginsel niet uit tot onrechtmatige daden). Daarbij passen al direct enige kanttekeningen. De eerste is dat in de praktijk nog wel eens de gedachte opkomt dat bij toepassing van artikel 2:403 helemaal geen jaarrekening hoeft te worden opgemaakt en dat deze dus evenmin goedkeuring behoeft van de (veelal) 100%-aandeelhouder. Dat is een misverstand. Er moet wel degelijk een jaarrekening worden opgemaakt. Deze kan echter bestaan uit een vereenvoudigde balans en winst- en verliesrekening en hoeft, als aan alle eisen van artikel 2:403 lid 1 is voldaan, niet te worden gepubliceerd. De vereenvoudigde jaarrekening moet echter *wel* (!) tijdig worden opgemaakt en ter goedkeuring worden voorgelegd aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Blijft dit achterwege dan zou dat bijvoorbeeld een reden kunnen zijn om in geval van faillissement van de dochtervennootschap, haar bestuur aansprakelijk te stellen op grond van de artikelen 2:138/248 BW. Voorts moeten de aandeelhouders met het achterwege laten van een gedetailleerde

(\*) Voor tekst volledige uitspraak zie [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) onder 'zoeken' en LjN-nummer AE4663.

1 Zie J.M. van Dijk, 'Ontwikkelingen in het jaarrekeningenrecht', in: *NJB* 2002 p. 2041-2049.

## Het effect van zogenoemde 403-verklaringen

weergave uitdrukkelijk instemmen. En deze instemmingverklaring moet bij het handelsregister worden gedeponeerd! In de praktijk worden deze administratieve acties nog wel eens achterwege gelaten. Verstandig is dat, gelet op het voorgaande, niet. Een tweede belangrijke eis is dat de financiële gegevens van de dochter worden verwerkt in de geconsolideerde jaarrekening van een (moeder)vennootschap waarop de Europese jaarrekeningregels (zoals neergelegd in de Vierde en Zevende EG-Richtlijn) van toepassing zijn. Dat betekent bijvoorbeeld dat Nederlandse dochters van een Amerikaanse moedervernootschap niet kunnen profiteren van de faciliteiten die artikel 2:403 BW biedt. Merkwaardigerwijs treft men in de praktijk echter toch met enige regelmaat in het handelsregister verklaringen aan van Amerikaanse moeders ten behoeve van Nederlandse dochters waarvan de bestuurders vertrouwen op de vrijstelling van artikel 2:403 BW. Wederom zij opgemerkt dat de bestuurders van een Nederlandse dochtervennootschap daarmee een groot risico lopen als hun vennootschap failliet gaat.

### De 403-verklaring

Na de voorgaande inleiding kom ik nu aan het pièce de resistance van de in artikel 2:403 gestelde eisen waaraan voldaan moet zijn voordat een (dochter)vennootschap kan volstaan met een vereenvoudigde en niet gepubliceerde jaarrekening. Dat is de al eerder vermelde aansprakelijkheidsverklaring door een (moeder)vennootschap die ook de financiële gegevens van de dochter heeft opgenomen in haar geconsolideerde jaarrekening. Daaromtrent bepaalt artikel 2:403 lid 1 sub f dat deze moet inhouden dat de (moeder)vennootschap:

*'schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon [de dochter, H]dK] voortvloeiende schulden'.*

Deze schriftelijke verklaring moet in het handelsregister worden neergelegd om zijn werking te hebben. Die werking is tweeledig. Op de eerste plaats wordt daarmee aan een voorwaarde voldaan op grond waarvan de (dochter)vennootschap kan volstaan met het opstellen van een vereenvoudigde jaarrekening. Op de tweede plaats biedt de verklaring schuldeisers van de (dochter)vennootschap een grondslag om eventueel onbetaalde vorderingen op de dochter te verhalen op de moedervernootschap. Men moet deze twee aspecten en de rechtsgevolgen daarvan goed uit elkaar houden. Met name is van belang dat het primaire doel van de regeling dus niet is om crediteuren te beschermen, maar om concernvennootschappen

een mogelijkheid te bieden niet te hoeven voldoen aan het jaarrekeningenrecht. Dat schuldeisers worden beschermd is daarvan (slechts) een afgeleide.

In de praktijk wordt dat onderscheid niet altijd gemaakt. Dat wordt in de hand gewerkt doordat kortweg wordt gesproken over '403-verklaringen'. Daarmee wordt de indruk gewekt dat artikel 2:403 ook de precieze reikwijdte en betekenis van de aansprakelijkheidsverklaring bepaalt. Dat is echter niet het geval. Dat is recentelijk nog eens in het licht gesteld in het arrest van de Hoge Raad van 28 juni 2002 dat in de kop van dit artikel reeds is vermeld en hierna aan de orde komt. Alvorens daaraan toe te komen is het echter passend eerst nader te bezien hoe een zogenaamde 403-verklaring weer kan worden ingetrokken.

### ... En intrekking daarvan

Waar artikel 2:403 schetst hoe een aansprakelijkheidsverklaring binnen het kader van artikel 2:403 BW werking verkrijgen kan, geeft artikel 2:404 BW weer aan hoe deze verklaring kan worden ingetrokken. Uitgangspunt daarbij is dat de verklaring steeds kan worden ingetrokken. Gevolg daarvan is natuurlijk wel dat de dochtervennootschap die profiteerde van die verklaring weer geheel zal moeten voldoen aan alle voorschriften die het jaarrekeningenrecht stelt. Evident is dat zo'n intrekking in beginsel geen terugwerkende kracht mag hebben. Immers, gedurende de periode dat de aansprakelijkheidsverklaring in het handelsregister gedeponeerd is geweest, hebben crediteuren daarop vertrouwd bij het aangaan van rechtshandelingen met de (dochter)vennootschap. Artikel 2:404 lid 2 bepaalt dan ook dat in geval van intrekking van een aansprakelijkheidsverklaring als bedoeld in artikel 2:403, uitgangspunt is dat aansprakelijkheid blijft bestaan

*'voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen welke zijn verricht voordat jegens de schuldeiser een beroep op de intrekking kan worden gedaan'.*

Deze zogenoemde overblijvende aansprakelijkheid kan slechts worden beëindigd als een (dochter)vennootschap waarvoor aansprakelijkheid is aanvaard, (i) niet meer tot de groep behoort; en (ii) minimaal twee maanden zijn verstreken sinds de aankondiging van het voornemen in een landelijk verspreid dagblad en in het handelsregister.

In die periode kan een schuldeiser die door het algehele verval van aansprakelijkheid dreigt te worden benadeeld, tegen dat voornemen verzet aantekenen door een verzoekschrift in te dienen bij de rechtbank van de vestigingsplaats van de betreffende

### Het effect van zogenoemde 403-verklaringen

(dochter)vennootschap waarvan hij schuldeiser is.

#### Een illustratie

Na het voorgaande kan de blik worden gericht op de rechtspraak. Daarbij past het allereerst aandacht te besteden aan een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 20 december 2000 (*JOR* 2001, 53 m.nt. Bartman). Het betreft hier een interessant geval van werknemers die na tientallen jaren in dienst te zijn geweest hun arbeidsovereenkomst beëindigd zien worden op een wijze die de betreffende (dochter)vennootschap schadeplichtig maakt (voor een zeer aanzienlijk bedrag). Voor de betreffende vennootschap heeft de moedermaatschappij zich aansprakelijk gesteld ex artikel 2:403. Die aansprakelijkstelling heeft echter pas in februari 1995 plaats gevonden. Vervolgens is de aansprakelijkstelling in oktober 1997 al weer ingetrokken. In het licht van deze feiten ontkent de moedermaatschappij aansprakelijkheid voor de te betalen vergoedingen. Zij stelt dat de arbeidsovereenkomsten reeds zijn aangegaan lang voordat zij zich aansprakelijk stelde en de vorderingen bovendien pas zijn ontstaan na intrekking daarvan.

De rechtbank verwerpt deze visie en houdt de moedermaatschappij wel aansprakelijk. Kort gezegd overweegt de rechtbank dat de vorderingen voortvloeien uit slecht werkgeverschap van de (dochter)vennootschap nadat de moedermaatschappij zich aansprakelijk heeft gesteld. Een onterecht ontslag op staande voet ziet de rechtbank als een gedraging binnen een contractuele verhouding waaruit een verbintenis ontstaat. Dat de arbeidsovereenkomsten reeds voordien waren aangegaan acht de rechtbank niet van belang. De rechtbank beroept zich voor deze opvatting mede op de tekst van artikel 57 lid 1 van de Vierde EG-Richtlijn en leidt daaruit af dat aansprakelijkheid ook geldt voor schulden in verband met eerder aangegane duurovereenkomsten. Onverdedigbaar is die opvatting niet.<sup>2</sup>

#### HR 28 juni 2002 (Akzo Nobel v. ING Bank)

Na de juridische context in het voorgaande in kaart te hebben gebracht, kunnen wij nu de blik richten naar de meest recente uitspraak van onze hoogste rechter in deze materie. Dat betreft het vermelde arrest van 28 juni 2002. Daarin staan de volgende twee vragen centraal. Hoe moet de aansprakelijkstelling op basis van artikel 2:403 BW juridisch worden

gekwaliceerd en geïnterpreteerd? En wat is de reikwijdte van zo'n verklaring? Anders gezegd: wie kunnen eigenlijk op basis van zo'n verklaring bij niet betaling door de dochter, verhaal halen op de moeder? Laat ons eerst de feiten van deze zaak bezien. In essentie lagen die als volgt.

Akzo Nobel NV stelt zich ter verkrijging van de faciliteit van artikel 2:403 ten behoeve van enige dochtervennootschappen aansprakelijk voor de schulden van deze dochtervennootschappen. Een van die dochtervennootschappen, IndustriePark BV, is (uiteindelijk) mede inspirator van een vennootschap onder firma (v.o.f.) die een warmtekrachtcentrale bouwt en exploiteert. De financiering voor deze centrale, ten belope van f 102 miljoen, wordt verstrekt door ING Bank. Tot zekerheid van voldoening daarvan heeft de v.o.f. alle vorderingen uit leveringsovereenkomsten (stil) verpand aan ING Bank. Zo'n leveringsovereenkomst is ook aangegaan tussen de v.o.f. en IndustriePark BV. Uit deze hoofde heeft IndustriePark dus contractuele betalingsverplichtingen jegens de v.o.f. In januari 2000 zijn alle aandelen in IndustriePark overgedragen aan vennootschappen die onderdeel vormen van de Acordis groep waaraan Akzo Nobel haar vezelactiviteiten heeft verkocht. Acordis stelt zich echter niet aansprakelijk voor IndustriePark. Ondertussen trekt Akzo Nobel wel haar aansprakelijkheidsverklaring voor IndustriePark in. Dat beëindigt haar aansprakelijkheid voor toekomstige schulden van IndustriePark. Akzo Nobel wenst echter ook haar aansprakelijkheid voor reeds ontstane schulden te beëindigen. Hiervoor kwam al ter sprake dat artikel 2:404 die mogelijkheid biedt als de betreffende dochtervennootschap niet meer tot de groep behoort. De schuldeiser van IndustriePark B.V., de v.o.f. die de warmtekrachtcentrale exploiteert, heeft geen bezwaar tegen die beëindiging en verzet zich daartegen niet. Wel bezwaar tegen die beëindiging heeft de ING Bank. Van de geleende f 102 miljoen moet namelijk nog ruim f 20 miljoen worden afgelost, welk geld blijkbaar voor een substantieel deel uit het leveringscontract met IndustriePark moet komen. ING Bank verzet zich dan ook tegen de beëindiging van de aansprakelijkheid van Akzo Nobel voor reeds aangegane verplichtingen. Zij komt in verzet door een verzoekschrift aan de rechtbank te richten en eist van Akzo Nobel dat bij beëindiging van de aansprakelijkheid zekerheid wordt

2 Vergelijk H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen*, Kluwer, Deventer, 1995 p. 294-297. Zie ook *Asser-Maeijer* 2-III, nr. 439, die voor een ruime werking kiest en wiens motivering duidelijk doorklinkt in de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam. Vergelijk overigens Bartman/Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer, 2000 p. 190 e.v. Zie ten slotte M. van Olffen, 'Een 403-verklaring is nog geen 403-verklaring omdat dat er op staat', in: *WPNR* [2001] 6460, die een meer beperkte werking verdedigt.

## Het effect van zogenoemde 403-verklaringen

gesteld ter hoogte van het nog niet afgeloste leningbedrag van bijna f 20 miljoen.

Bij de Rechtbank Arnhem strandt deze vordering van ING. De rechtbank overweegt dat een pandhouder, zoals ING, niet wordt beschermd door de aansprakelijkheidsverklaring van Akzo Nobel. Immers, zo redeneert de rechtbank, schuldeiser van IndustriePark is de v.o.f. en niet ING Bank. De vordering van de v.o.f. op IndustriePark is weliswaar verpand aan ING Bank, maar dat op zichzelf maakt ING nog niet tot schuldeiser. De aansprakelijkheidsverklaring kan dus ook slechts ten gunste strekken van de v.o.f. en niet van IndustriePark. Bovendien overweegt de rechtbank dat beëindiging van de aansprakelijkheid door Akzo Nobel de vordering van de v.o.f. op IndustriePark onaangetast laat. Het aantekenen van verzet kan (dus) ook niet worden gezien als het instellen van een rechtsvordering ter bescherming van verpande vorderingen waartoe artikel 3:245 BW een pandhouder in beginsel machtigt.

ING laat het er niet bij zitten en komt in beroep bij de Ondernemingskamer (OK) van het Hof Amsterdam. Daar boekt ING wel succes. De OK beveelt namelijk Akzo Nobel inderdaad tot het stellen van de verzochte zekerheid ten belope van het vermelde bedrag van bijna f 20 miljoen. De OK baseert zich daarbij op de strekking van de aansprakelijkheidsverklaring die, in het kader van artikel 2:403 BW, zou zijn bescherming te bieden aan potentiële schuldeisers en een 'redelijke uitleg' van de daarmee verbonden wettelijke bepalingen. Vervolgens stelt de Ondernemingskamer dat de aansprakelijkheidsverklaring in de zin van artikel 2:403 moet worden geduid als een borgtocht. Deze borgtocht is in de visie van de OK een afhankelijk recht dat is verbonden met de vordering van de v.o.f. op IndustriePark. Om die reden zou dat afhankelijk recht ook ter bescherming strekken van degene die de vordering verpand krijgt (zoals in casu ING).

### Het (voorlopig) laatste woord: de Hoge Raad

De benadering van de OK vindt echter geen genade in de ogen van de Hoge Raad. Integendeel, de Hoge Raad maakt korte metten met de redenering van de OK en bekrachtigt de oorspronkelijke uitspraak van de Rechtbank Arnhem. Voorop stelt de Hoge Raad dat de aansprakelijkheidsverklaring die de moedermaatschappij aflegt een niet tot een specifieke wederpartij gerichte eenzijdige rechtshandeling is. Op grond daarvan ontstaat 'rechtstreeks aansprakelijkheid van de moedermaatschappij' voor hetgeen in de verklaring wordt bepaald. Wat deze verklaring 'in

een concreet geval inhoudt moet worden vastgesteld door uitleg daarvan', zo overweegt de Hoge Raad uitdrukkelijk. Daarbij zal, aldus weer de Hoge Raad, 'in beginsel vooral moeten worden gelet op de aard van deze verklaring'. En die is in de visie van de Hoge Raad dat 'rechtstreeks aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ontstaat'. De bedoeling van degene die verklaart (en het begrip van de ander daaromtrent) moet dus voorop staan. De strekking van de verklaring, gericht op een vrijstelling van dochtervennootschappen van jaarrekeningverplichtingen, kan daarbij wel een rol spelen (met name als de verklaring niet geheel duidelijk is), maar mag niet voorop worden gesteld. In casu is de aansprakelijkheidsverklaring echter duidelijk. Deze houdt slechts in dat Akzo Nobel zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de uit rechtshandelingen van IndustriePark voortvloeiende schulden.

Zo'n eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid roept geen afhankelijk recht in het leven welke verbonden is met specifieke vorderingen. De kwalificatie als borgtocht, die de OK daaraan had gegeven, acht de Hoge Raad 'onbegrijpelijk', althans getuigend van een 'onjuiste rechtsopvatting'. Nu ING niet kan worden aangemerkt als schuldeiser van IndustriePark BV is zij geen schuldeiser in de zin van de door Akzo Nobel afgegeven aansprakelijkheidsverklaring. Ten slotte stelt de Hoge Raad vast dat het pandrecht van ING op vorderingen van de v.o.f. jegens IndustriePark door beëindiging van de aansprakelijkheidsverklaring niet wordt geraakt en dat ING nu eenmaal geen pandrecht heeft op vorderingen van de v.o.f. op Akzo Nobel. Derhalve concludeert de Hoge Raad dat ING niet-ontvankelijk moet worden verklaard en in de kosten van het geding moet worden veroordeeld.

### Evaluatie

Tegen de conclusie van de Hoge Raad kan op basis van het geldende recht niet zoveel worden ingebracht. De regeling van artikel 2:403 BW heeft in zijn huidige opzet een beperkte betekenis. Deze is niet primair bescherming van crediteuren in ruime zin, maar het bieden van een mogelijkheid aan dochtervennootschappen om af te kunnen zien van de uitgebreide regels van het jaarrekeningenrecht. Daarbij is de kring van te beschermen (rechts)personen voornamelijk getrokken bij hen die direct schuldeiser zijn of worden van de 'vrijgestelde' dochtervennootschappen. Degene die een pandrecht verkrijgt op een vordering van zo'n schuldeiser jegens de dochtervennootschap behoort daartoe niet.<sup>3</sup> Overigens kan wel worden aangetekend dat het waarschijnlijk anders

### Het effect van zogenoemde 403-verklaringen

had gelegen als de v.o.f. een eventuele vordering op Akzo Nobel vanwege eventuele niet-betaling door IndustriePark aan ING Bank had verpand. In dit geval had waarschijnlijk artikel 3:245 wel uitkomst geboden en ook ING Bank het recht gegeven om verzet aan te tekenen. Met de uitspraak van de Hoge Raad zijn in ieder geval een paar vragen rond de artikelen 2:403/404 beantwoord. Met betrekking tot een aantal andere vragen – in het voorgaande kwamen enige belangrijke daarvan al ter sprake – is het laatste woord helaas nog niet gesproken. Het is voor de

rechtspraak te hopen dat de Hoge Raad op betrekkelijk korte termijn de gelegenheid daartoe wel wordt geboden. Voorlopig zal dit onderwerp echter nog niet uit de kolommen van dit tijdschrift zijn verdwenen.

**Prof. mr. H.J. de Kluiver is hoogleraar ondernemingsrecht aan de Universiteit Utrecht en advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam.**

---

3 Zie zo ook S.M. Bartman in zijn annotatie bij het arrest van de Hoge Raad in *JOR* 2002/136 alsmede eerder zijn noten bij de uitspraken van de rechtbank en de Ondernemingskamer in respectievelijk *JOR* 2001/88 en *JOR* 2001/170.