

De automatisch vervallende 403-verklaring

M.R.C. van Zoest

1 Inleiding en probleemstelling

De concernvrijstelling in de zin van artikel 2:403 Burgerlijk Wetboek (BW) kan in veel gevallen een nuttig instrument zijn om de administratieve lasten van een concern omlaag te brengen of om concurrenten het zicht op de financiële toestand van een vennootschap in het concern te belemmeren.¹ Die vennootschap hoeft dan immers geen jaarrekening conform titel 9 van Boek 2 BW te publiceren.²

In deze bijdrage zal de rechtspersoon die gebruik maakt van de concernvrijstelling gemakshalve steeds als *dochter* worden aangeduid en zal de rechtspersoon die de 403-verklaring ten behoeve van de dochter afgeeft steeds als *moeder* worden aangeduid, ook al hoeft van een moeder-dochterrelatie niet per se sprake te zijn om gebruik te kunnen maken van de concernvrijstelling.

In de praktijk zorgen 403-verklaringen voor de nodige problemen en procedures. Tamelijk recent heeft de Rechtbank Utrecht uitspraak gedaan in een geschil waarbij een moeder werd aangesproken tot betaling van een schuld die haar voormalige dochter pas jaren na het verlaten van de groep was aangegaan.³ In de kwestie die leidde tot die procedure was de voormalige moeder simpelweg vergeten de door haar gedeponeerde 403-verklaring in te trekken. 403-verklaringen kunnen dus een groot risico voor de (gewezen) moeder vormen. De behoefte lijkt daarom te bestaan aan een 403-verklaring die bijvoorbeeld na een verkoop van de dochter 'automatisch' komt te vervallen. Dan kan er immers in ieder geval geen aansprakelijkheid meer ontstaan uit nieuwe rechtshandelingen van de dochter nadat die dochter het concern van de moeder heeft verlaten.

Het voorstel wordt in dit verband wel gedaan om in de 403-verklaring op te nemen dat geen aansprakelijkheid wordt aanvaard voor rechtshandelingen die de dochter verricht nadat de groepsband tussen de moeder en de dochter is verbroken en ook in de praktijk blijkt dit te worden toegepast.⁴ Omdat de groepsband ook een voorwaarde is voor gebruikmaking van de concernvrijstelling, komt het in eerste instantie logisch voor om daarbij aan te sluiten. Men lijkt een dergelijke voorwaarde ook wel op te nemen met de gedachte 'baat het niet, dan schaadt het

1 S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2009, p. 221.

2 H. Beckman, Hoofdpijnen van het jaarrekeningenrecht, Deventer: Kluwer 2008, p. 224.

3 Rb. Utrecht 10 november 2010, JOR 2011/6 m.nt. S.M. Bartman (De With Holding B.V./Houdstermaatschappij G.T. Lekkerkerker B.V.).

4 H. Beckman & F. Krens, 3.8.4 Hoofdelijke medeaansprakelijkheidsverklaring, in: H. Beckman e.a. (red.), Compendium voor de jaarrekening, Deventer: Kluwer (losbl.); Hof Amsterdam (OK) 1 februari 2007, JOR 2007/144, r.o. 3.3-3.4 (C.A. Fey Holding B.V./Castellum Novum Hilversum B.V.).

M.R.C. van Zoest

niet'. Of een dergelijke voorwaarde inderdaad niet kan schaden, is echter maar zeer de vraag.

Deze vraag, die uiteenvalt in twee subvragen, zal in deze bijdrage worden behandeld en beantwoord. De subvragen die dienen te worden beantwoord, zijn de volgende: (1) komt de aansprakelijkheid van de moeder automatisch te vervallen na verbreking van de groepsband, en (2) kan de dochter gebruik maken van de concernvrijstelling als ten behoeve van haar een 403-verklaring is gedeponeed die afhankelijk is gesteld van de groepsband tussen de moeder en de dochter?

Na beantwoording van deze vragen zal een alternatief worden besproken voor het groepsbegrip als voorwaarde voor aansprakelijkheid. Afgesloten zal worden met een korte samenvatting en conclusie.

2 De eerste vraag: eindigt de aansprakelijkheid bij het verlaten van de groep als het behoren tot de groep als voorwaarde is opgenomen?

Een voorbeeld: een moeder houdt alle aandelen in het kapitaal van een dochter die gebruik maakt van de concernvrijstelling. Vanaf de oprichting behoorde de dochter tot de groep van de moeder en direct is een 403-verklaring gedeponeed door de moeder. Op grond daarvan is de dochter gebruik gaan maken van de concernvrijstelling. In de 403-verklaring is opgenomen dat de moeder zich alleen aansprakelijk stelt voor schulden uit rechtshandelingen die de dochter verricht zolang zij tot de groep van de moeder behoort. De dochter is inmiddels geheel haar eigen koers gaan varen en heeft dus de groep van de moeder verlaten. Ze heeft echter nog geen nieuwe jaarrekening vastgesteld en gedeponeed, omdat het eerste boekjaar waarin zij zelfstandig is geworden nog niet verstreken is.

Een derde die vervolgens een overeenkomst wil sluiten met de dochter constateert dat de dochter geen inzicht geeft in haar financiële positie, maar gaat ervan uit dat hij ook een aanspraak heeft op de moeder op grond van de gedeponeede 403-verklaring. Hij baseert zich daarbij op het feit dat de dochter laatstelijk gebruik heeft gemaakt van de concernvrijstelling en het feit dat de moeder als enig aandeelhouder staat geregistreerd in het handelsregister.

Als op een bepaald moment de dochter haar verplichtingen jegens deze crediteur niet nakomt, klopt de crediteur aan bij de moeder en spreekt haar op grond van de door haar gedeponeede 403-verklaring aan tot betaling van een door de dochter verschuldigde geldsom. De moeder stelt zich echter op het standpunt dat op het moment dat de overeenkomst tussen de crediteur en de dochter werd aangegaan, de groepsband al was verbroken. De crediteur zou haar niet succesvol tot betaling kunnen aanspreken, omdat de voorwaarde voor aansprakelijkheid niet werd vervuld op het moment dat de overeenkomst werd aangegaan. Wat is in deze situatie nu rechtens?

2.1 Hoofregel: beperking in verklaring geldt jegens de crediteur

De hoofregel is dat slechts de 403-verklaring zelf aansprakelijkheid vestigt en dat de crediteur een voorwaarde daarin tegen zich zal moeten laten gelden.⁵ Op zichzelf is deze 403-verklaring zeer duidelijk en niet voor meerdere uitleg vatbaar: als er een groepsband is, is de moeder aansprakelijk, anders niet. Ook de crediteur heeft dat in de 403-verklaring van de moeder kunnen lezen. Een verrassing kan dit dus voor hem niet zijn. Als de tekst van de verklaring duidelijk inhoudt dat de aansprakelijkheid eindigt met het verlaten van de groep, kan niet door '403-conforme uitleg' alsnog aansprakelijkheid worden geconstrueerd, terwijl aan de voorwaarde voor aansprakelijkheid niet is voldaan.⁶ Indien vast komt te staan dat de groepsband was verbroken op het moment dat de dochter de desbetreffende rechtshandeling verrichtte, zou deze crediteur volgens de hoofregel dus met lege handen moeten blijven staan.

Dit is een tamelijk rechtlijnige en harde opstelling die wellicht niet iedereen als wenselijk zal ervaren. Echter, de regels omtrent 403-verklaringen zijn – om met de woorden van Bartman te spreken – *hard and fast*.⁷ De rechtszekerheid dient bij 403-vraagstukken voorop te staan, hetgeen ook tot uiting komt in de strikte publicatievereisten omtrent 403-verklaringen en het intrekken daarvan. Voor redelijkheid en billijkheid is slechts in uitzonderlijke gevallen plaats.

Bovendien werken de harde regels twee kanten op en is een crediteur niet de enige partij die soms nadeel ondervindt van deze harde regels. Een crediteur kan immers in beginsel ook gewoon een beroep doen op een 403-verklaring terwijl deze wist of behoorde te weten dat er voor de moeder geen enkele reden meer was om de 403-verklaring te handhaven.⁸ De harde regels zijn wederkerig en kunnen ook ten nadele van de moeder werken. Er is geen goede reden om voor de belangen van de crediteur een andere, minder strenge maatstaf aan te leggen.

Van de harde regels kan in het hiervoor geschetste voorbeeld wel worden afgeweken, bijvoorbeeld als de moeder jegens de crediteur uitdrukkelijk heeft verklaard dat de groepsrelatie intact was of heeft geparticipeerd in de onderhandelingen tussen de dochter en de crediteur, daarmee implicierend dat zij nog steeds centrale leiding uitoefende. Ook zal dit het geval kunnen zijn als de moeder zeer recent een geconsolideerde jaarrekening heeft vastgesteld waarin de dochter nog als *403-maatschappij* staat aangemerkt. De moeder zal mijns inziens echter actief aan de onjuiste veronderstelling van de crediteur hebben moeten bijdragen om af te kunnen wijken van de harde hoofdregels.

Een enkel stilzitten van de moeder zal in beginsel niet tot dezelfde conclusie kunnen leiden, maar kan slechts onder bijzondere omstandigheden leiden tot een

- 5 HR 28 juni 2002, NJ 2002, 447 m.nt. J.M.M. Maeijer (Akzo Nobel N.V./ING Bank N.V.); Hof Amsterdam (OK), 1 februari 2007 JOR 2007/144 (C.A. Fey Holding B.V./Castellum Novum Hilversum B.V.)
- 6 Zie ook Rb. Arnhem 10 oktober 2002, JOR 2003/31 (Resila Beleggingen B.V./Spectro Holding B.V.); zie anders Bartman & Dorresteyn 2009, p. 238.
- 7 Noot sub 7 onder Rb. Utrecht 10 november 2010, JOR 2011/6 m.nt. S.M. Bartman (De With Holding B.V./Houdstermaatschappij G.T. Lekkerkerker B.V.).
- 8 Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, JOR 2010/94 m.nt. S.M. Bartman (Hoeveholding B.V./Severiens q.q.).

gerechtvaardigd vertrouwen van de crediteur.⁹ Dergelijke omstandigheden zie ik bijvoorbeeld in een situatie waarin de moeder verzuimt een potentiële crediteur te wijzen op de verbreking van de groepsband, terwijl de moeder wist dat de crediteur zonder de 403-aansprakelijkheid de overeenkomst niet, of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn aangegaan.

Als de dochter nog gebruik maakt van de concernvrijstelling, terwijl dat eigenlijk niet meer is toegestaan op grond van art. 2:403 BW of de dochter anderszins bij de derde het vertrouwen heeft gewekt dat de moeder medeaansprakelijk is, kan dat niet tot de conclusie leiden dat de moeder inderdaad medeaansprakelijk is, terwijl de voorwaarde voor aansprakelijkheid niet langer wordt vervuld. Immers, het bij de derde gewekte vertrouwen wordt dan niet door de moeder gewekt, maar door de dochter, zodat geen sprake kan zijn van gerechtvaardigd vertrouwen.¹⁰

In bepaalde specifieke gevallen zal dus een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen of de redelijkheid en billijkheid tot de conclusie kunnen leiden dat een moeder aansprakelijk is jegens een crediteur van de dochter, terwijl de 403-verklaring strikt genomen geen werking meer heeft. Dit doet echter niet af aan de hoofdregel dat de crediteur zich in beginsel niet kan verhalen op de moeder als de voorwaarde voor aansprakelijkheid niet wordt vervuld.

2.2 *Bewijslast van verbreking groepsband*

De crediteur wordt wel door de bewijsregels van art. 150 e.v. Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv) enigszins tegemoetgekomen. Mijns inziens hoeft de crediteur namelijk slechts te bewijzen dat hij een vordering heeft op de dochter ten behoeve waarvan de 403-verklaring is afgelegd en dat de 403-verklaring op de desbetreffende vordering van toepassing is.

Stelt de moeder vervolgens dat zij niet uit hoofde van de door haar afgelegde 403-verklaring tot nakoming kan worden aangesproken, omdat de voorwaarde op het moment van de rechtshandeling door de dochter niet is vervuld, dan zal zij daarvan in beginsel de bewijslast moeten dragen.¹¹ Daarmee zou de derde die de moeder aanspreekt, geholpen kunnen zijn, maar het is geenszins uitgesloten dat een moeder in dat bewijs slaagt, waarna de derde alsnog met lege handen staat.

2.3 *Derdenwerking*

De crediteur uit het voorbeeld wordt ook vanuit de literatuur te hulp geschoten. Betoogd wordt wel dat eerst vanaf het moment waarop het voor derden duidelijk is dat de dochter de groep heeft verlaten, door de moeder een beroep kan worden gedaan op het verbroken zijn van de groepsband.¹² Dit lijkt mij een onjuiste opvatting, primair omdat er in de wet geen grondslag voor bestaat. De hiervoor genoemde opvatting vloeit dus kennelijk voort uit het beginsel van redelijkheid en billijkheid. Hiervoor is echter reeds geconstateerd dat voor de redelijkheid en

9 HR 27 februari 2004, NJ 2004, 571, r.o. 3.4 (Meplax B.V./De Rooij).

10 J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2009, art. 3:33 en 3:35 BW.

11 HR 9 september 2005, NJ 2005, 468 (Kroymans/Verploegen).

12 Noot sub 5 onder Hof Amsterdam 28 februari 2007, JOR 2007/145 m.nt. P.M. van der Zanden (Van den Wildenberg/Van Wijnen Holding N.V.).

billijkheid in een stelsel dat wordt gedomineerd door de rechtszekerheid weinig plaats is en dat ook voor een moeder van belang is om te weten tot hoever haar aansprakelijkheid reikt. Deze opvatting leunt dan ook te zeer op de gedachte van bescherming van de crediteur, terwijl geen rekening wordt gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de moeder.

Bovendien bepaalt art. 25 van de Handelsregisterwet 2007 dat jegens derden geen beroep op een feit kan worden gedaan indien dat feit had moeten worden ingeschreven in het handelsregister. Het hebben van een groepsband is niet een dergelijk feit, zodat voornoemd artikel niet in de weg staat aan het jegens derden 'gewoon' een beroep doen op het verbreken van de groepsband, behoudens eerdergenoemde mogelijkheden van gerechtvaardigd vertrouwen en de redelijkheid en billijkheid. Deze mogelijkheden moeten mijns inziens de uitzonderingen blijven op de hoofdregel dat de 403-verklaring zelf leidend is. Geen aansprakelijkheid is geen aansprakelijkheid.

Dit brengt mij tot een praktische opmerking voor wanneer men een overeenkomst wil aangaan met een partij die gebruik maakt van de concernvrijstelling. Bevat de ten behoeve van die partij gedeponeerde 403-verklaring een groepsrelatie als voorwaarde, dan is het aan te raden bij de moeder een separate hoofdelijke aansprakelijkstelling op te vragen of de moeder te laten verklaren dat de groepsband op het moment van het aangaan van de overeenkomst nog intact is. De onzekerheid van de groepsrelatie kan hiermee worden tegengegaan.

3 De tweede vraag: concernvrijstelling als groepsband voorwaarde is?

De tweede vraag die dient te worden beantwoord, is of gebruik gemaakt kan worden van de concernvrijstelling onder een 403-verklaring die een groepsrelatie als voorwaarde voor aansprakelijkheid stelt. Omdat het zijn van een groep een van de voorwaarden voor toepassing is van de concernvrijstelling, komt het opnemen van een voorwaarde die daarbij aansluit op het eerste gezicht voor als een aantrekkelijke oplossing voor het probleem van de vergeten 403-verklaring. Op het moment dat de dochter de groep heeft verlaten, komt het belang van de 403-verklaring voor de dochter en de overblijvende groep ook te vervallen. Vanaf dat moment kan immers ook geen gebruik meer worden gemaakt van de concernvrijstelling.

3.1 Compensatiegedachte

De achterliggende gedachte bij 403-verklaringen is echter dat een crediteur van de dochter zijn inzicht in de financiële situatie van de dochter inruilt voor een hoofdelijke aanspraak op de moeder. De potentiële crediteur van de dochter zal ondanks dat hij geen inzicht heeft, toch een overeenkomst met de dochter durven aangaan, omdat hij weet dat hij tegelijkertijd ook een aanspraak verkrijgt op de

moeder waarvan wel de jaarrekening is gedeponereerd, althans zo is de gedachte van de wetgever.¹³

Is de aansprakelijkheid van de moeder echter voorwaardelijk aan het bestaan van de groepsband, dan kan die potentiële crediteur daar niet altijd zeker van zijn. Het bestaan van een groepsband is immers een economisch feitelijke vaststelling. Of van een groepsband sprake is, kan zelfs voor 'insiders' in de betrokken vennootschappen onduidelijk zijn, laat staan dat voor een derde altijd kenbaar is of (nog) sprake is van een groepsband.¹⁴ In het geval van een 100%-dochter zal in de praktijk wel vaak sprake zijn van een groepsband, maar zeker is dat niet. Denkbaar is bijvoorbeeld dat – net als het voorbeeld in de vorige paragraaf – de dochter in het kader van een mogelijke overname al is verzelfstandigd en dat daarmee tevens (als dan niet onbedoeld) de groepsband is verbroken.

3.2 *Noch inzicht, noch vervangende aansprakelijkheid*

In dat voorbeeld ging de (potentiële) crediteur van de dochter er onterecht van uit dat (nog steeds) sprake was van een groepsband terwijl daar al enige tijd geen sprake meer van was. Als gevolg hiervan bleef hij met lege handen staan. De crediteur had derhalve noch inzicht, noch aansprakelijkheid van de moeder, zodat de *compensatiegedachte* van de concernvrijstelling werd ondermijnd door het opnemen van de groepsband als voorwaarde voor aansprakelijkheid. Reparatiemogelijkheden in de vorm van gerechtvaardigd vertrouwen en de redelijkheid en billijkheid kunnen hieraan slechts in beperkte mate afdoen, omdat niet op voorhand duidelijk is of een beroep daarop in een concreet geval zal worden gehonoreerd door een rechter.

Bovendien zijn de eerdergenoemde publicatievereisten in het kader van intrekking van 403-verklaringen en beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid bedoeld om aan eenieder kenbaar te maken of en wanneer sprake is van aansprakelijkheid van de moeder. Ook dit systeem, waarbij duidelijkheid en zekerheid vooropstaan, wordt ernstig verstoord door de aansprakelijkheid van de moeder afhankelijk te maken van een begrip dat nu juist voor derden volstrekt onzeker kan zijn.

3.3 *Geen concernvrijstelling bij groepsband als voorwaarde*

Voor gebruikmaking van de concernvrijstelling is daarom onvoldoende dat een verklaring wordt gedeponereerd die afhankelijk is gesteld van de groepsrelatie tussen moeder en dochter.¹⁵ Acceptatie van een dergelijke voorwaarde zou betekenen dat het verloren inzicht als gevolg van de concernvrijstelling niet voldoende wordt gecompenseerd. Op het moment van de rechtshandeling van de dochter is

13 HR 28 juni 2002, NJ 2002, 447 m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.2 (c) (Akzo Nobel N.V./ING Bank N.V.); H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen. Een analyse van artikel 2:403 BW en zijn voorgangers (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995, p. 711-712.

14 Beckman 1995, p. 316.

15 Zie ook A. Ramanna, Kwalificatie van de 403-verklaring, TvJ 2008/1-2, p. 17-21; H. ten Voorde, De vergeten verklaring, intercompany-vorderingen en andere praktische aandachtspunten rond de 403-verklaring, TOP 2011/5, p. 195-199; Anders echter: Beckman 1995, p. 545.

immers simpelweg niet duidelijk of de moeder voor de daaruit voortvloeiende schulden medeaansprakelijk is.

Dat de crediteur misschien soms een beroep op de redelijkheid en billijkheid of gerechtvaardigd vertrouwen toekomt, stelt daar mijns inziens te weinig tegenover, omdat de werking ervan te onzeker is. Ook de omstandigheid dat de moeder in beginsel de bewijslast zal dragen van verbreking van de groepsband kan daaraan niet (voldoende) afdoen, temeer nu de rechtszekerheid voorop dient te staan bij vraagstukken omtrent 403-verklaringen en daarom een terughoudende toepassing van voornoemd gerechtvaardigd vertrouwen en de redelijkheid en billijkheid geboden is.

4 Een alternatief voor het groepsbegrip als voorwaarde

Op zichzelf hoeft het opnemen van een voorwaarde voor aansprakelijkheid niet te betekenen dat geen gebruik kan worden gemaakt van de concernvrijstelling, zolang die voorwaarde aan twee eisen voldoet: (1) het moment van intreden of eindigen van de voorwaarde moet volstrekt helder zijn, en (2) het al dan niet vervuld zijn van de voorwaarde moet voor eenieder kenbaar zijn. Het groepsbegrip als voorwaarde voldoet aan geen van beide voorwaarden.

In plaats van aan te sluiten bij het groepsbegrip, zou daarom aansluiting gezocht kunnen worden bij een 100%-(klein)dochterrelatie. Een dergelijke verklaring biedt wel het voordeel van een automatisch vervallende aansprakelijkheid en is mijns inziens tegelijkertijd voldoende zeker en met voldoende waarborgen omkleed om op basis ervan gebruik te kunnen maken van de concernvrijstelling. Een dergelijke verklaring zou er als volgt uit kunnen zien:

‘Moeder B.V. verklaart dat zij zich in het kader van de toepassing van artikel 2:403 BW hoofdelijk medeaansprakelijk stelt voor (i) schulden die voortvloeien uit door Dochter B.V. reeds aangegane rechtshandelingen en (ii) schulden die voortvloeien uit door Dochter B.V. te verrichten rechtshandelingen, voor zover Moeder B.V. op het moment van die rechtshandeling nog, al dan niet middellijk, alle aandelen in het kapitaal van Dochter B.V. houdt, behoudens eerdere intrekking van deze verklaring in de zin van artikel 2:404 eerste lid BW.’

Het moment waarop aan de hierboven opgenomen voorwaarde niet langer wordt voldaan, is volstrekt helder. Immers, aandelen in het kapitaal van een besloten vennootschap en aandelen op naam in het kapitaal van een naamloze vennootschap moeten worden overgedragen bij notariële akte (art. 2:86/2:196 BW). Uit de akte zelf blijkt wanneer de akte is verleden en dus ook wanneer de moeder is opgehouden met het zijn van 100% (middellijk) aandeelhouder.

Nog belangrijker is dat het voor eenieder kenbaar is of de moeder nog alle aandelen in het kapitaal van de dochter houdt. Immers, op grond van artikel 22 lid 1 onder e van het Handelsregisterbesluit 2008 is de vennootschap verplicht opgave te doen van een enig aandeelhouder. Voor een (potentiële) crediteur van de doch-

ter is derhalve volstrekt duidelijk of de moeder (nog) alle aandelen in het kapitaal van de dochter houdt en derhalve of de aansprakelijkstelling nog geldt.

Daarnaast geldt dat het kenbaar maken van een enig aandeelhouder een feit is dat door inschrijving moet worden bekendgemaakt op grond van art. 25 lid 1 Handelsregisterwet. De moeder kan dus eerst een beroep doen op het vervallen van de voorwaarde nadat opgave is gedaan van het niet langer hebben van een 100%-aandeelhouder door het bestuur van de dochter.

De wet geeft in het door mij voorgestelde systeem precies aan wanneer de aansprakelijkheid ophoudt te bestaan, namelijk zodra de moeder als enig (middellijk) aandeelhouder is uitgeschreven bij het handelsregister. Dit is in lijn met de bestaande waarborgen voor derden in het kader van intrekking van 403-verklaringen. Het voordeel van de automatisch vervallende aansprakelijkheid blijft echter bestaan, omdat niet een handeling van de verkopende moeder vereist is, maar slechts dat het bestuur van de dochter zorg draagt voor een juiste opgave in het handelsregister, waartoe het toch al verplicht is.

Ook bij kleindochters werkt dit systeem op dezelfde wijze, zij het dat een derde niet kan volstaan met het opvragen van één uittreksel uit het handelsregister, maar dat deze er twee of misschien meer zal moeten opvragen. Ik zie dit niet als een onoverkomelijk probleem. Nog steeds is zeer snel en eenvoudig vast te stellen of sprake is van een 100%-aandelenrelatie. In het uittreksel van de kleindochter ziet men immers dat de dochter 100%-aandeelhouder is en bij de dochter is direct uit het uittreksel op te maken dat de moeder op haar beurt 100% van de aandelen in het kapitaal van de dochter houdt. Deze exercitie vergt mijns inziens niet een onredelijke onderzoekslast van de (potentiële) schuldeiser van de kleindochter. Dit zou anders kunnen zijn als een kleindochter via zeer veel 'tussendochters' wordt gehouden. Van een onredelijke onderzoekslast zou mijns inziens echter eerst sprake zijn bij ten minste tien van dergelijke 'tussendochters'. Nu zelfs van het Heineken-concern slechts vijftien Nederlandse 'significante' dochters deel uitmaken, houd ik een dergelijk hoog aantal 'tussendochters' voor een wat theoretische discussie.¹⁶

Aansluiten bij de 100%-moeder-(klein)dochterrelatie kan uiteraard alleen indien er ook daadwerkelijk sprake is van 100%-aandelenbezit en werkt dus niet voor alle groepsrelaties. In de praktijk zal deze beperking echter weinig betekenis hebben. Kijkt men weer naar het jaarverslag van het Heineken-concern, dan ziet men dat ten behoeve van veertien van de vijftien Nederlandse 'significante' dochtermaatschappijen een 403-verklaring is gedeponereerd en dat al deze dochtermaatschappijen 100%-dochters zijn.¹⁷ Het Heineken-concern zou dus geen enkele beperking ondervinden ten opzichte van een verklaring waarbij aangesloten zou worden bij het groepsbegrip. Wel zouden verklaringen voor buitenlandse dochters apart moeten worden ingetrokken, omdat die geen gebruik maken van de Nederlandse concernvrijstelling, maar van hun nationale regeling. Ten behoeve van die

16 Heineken Holding N.V., jaarverslag 2010 (Engelse versie), p. 126-127, <www.heinekeninternational.com/downloads.aspx>.

17 Heineken Holding N.V., jaarverslag 2010 (Engelse versie), p. 126-127, <www.heinekeninternational.com/downloads.aspx>.

vennootschappen wordt dan ook geen 403-verklaring gedeponeerd, maar een daarmee vergelijkbare aansprakelijkstelling of garantie. In hoeverre die aansprakelijkstelling of garantie automatisch kan komen te vervallen, is een kwestie van het desbetreffende nationale recht en gaat deze bijdrage dan ook te buiten.

Het door mij voorgestelde systeem is niet waterdicht en een zich verder opstapelende aansprakelijkheid kan dan ook niet geheel worden uitgesloten. Het is echter ook bedoeld als een vangnet voor wanneer wordt vergeten een 403-verklaring in te trekken, en niet als volwaardige vervanging voor het intrekken van een 403-verklaring. In de praktijk zal een moeder altijd ook willen intrekken in de zin van art. 2:404 BW en zal zij ook de overblijvende aansprakelijkheid willen beëindigen. Ik zie de voorgestelde verklaring als een goed vangnet waarbij – in tegenstelling tot aansluiten bij het groepsbegrip – wel zeker gebruik kan worden gemaakt van de concernvrijstelling.

Een mogelijk nadeel speelt wanneer slechts enkele aandelen in het kapitaal van de dochter worden overgedragen, maar de dochter nog steeds gebruik wil maken van de concernvrijstelling. De gedeponeerde verklaring geldt dan niet meer, omdat de moeder geen 100%-aandeelhouder meer is. In dat geval zal dus ofwel een nieuwe 403-verklaring moeten worden gedeponeerd zonder de voorwaarde van een 100%-aandelenrelatie, ofwel de dochter – behoudens andere vrijstellingen – conform titel 9 van Boek 2 BW haar jaarrekening moeten gaan publiceren. Of de dochter dit direct moet doen of eerst na afloop van het lopende boekjaar is onderwerp van discussie. Op deze discussie zal hier echter niet nader worden ingegaan.

Vaststaat wel dat indien de dochter vervolgens niet tijdig een jaarrekening conform titel 9 van Boek 2 BW publiceert, bijvoorbeeld omdat het bestuur zich niet heeft gerealiseerd dat de gedeponeerde 403-verklaring niet meer geldt, het risico op bestuurdersaansprakelijkheid bestaat in het geval van een deconfiture van de dochter. De dochter had bij gebreke van een geldige 403-verklaring immers een volledige jaarrekening moeten deponeren. Hoezeer dit risico zich in de praktijk laat voelen, valt te bezien omdat het vaak 100%-dochters zijn waarvoor een 403-verklaring wordt gedeponeerd. Een moeder die tezamen met andere aandeelhouders de aandelen in het kapitaal van een dochter houdt, zal immers niet snel geneigd zijn een 403-verklaring af te geven, nu zij in een dergelijk geval wel alle lasten (hoofdelijke aansprakelijkheid) op zich zou nemen, maar slechts een deel van de lusten van de concernvrijstelling zou genieten. Geheel uit te sluiten valt dit risico echter niet.

5 Samenvatting en conclusie

De regels omtrent 403-verklaringen zijn *hard and fast* en laten weinig ruimte voor de redelijkheid en billijkheid.¹⁸ Gelet op het arrest van de Hoge Raad inzake Akzo Nobel/ING Bank zal een crediteur in beginsel dan ook een groepsrelatie als voorwaarde voor aansprakelijkheid tegen zich moeten laten gelden, ook al was voor

18 Noot sub 7 onder Rb. Utrecht 10 november 2010, JOR 2011/6 m.nt. S.M. Bartman (De With Holding B.V./Houdstermaatschappij G.T. Lekkerkerker B.V.).

M.R.C. van Zoest

die crediteur op het moment van aangaan van de overeenkomst met de dochter niet duidelijk dat de groepsband tussen de moeder en de dochter al verbroken was.¹⁹

Weliswaar kunnen op deze regel uitzonderingen worden gemaakt op grond van gerechtvaardigd vertrouwen en de redelijkheid en billijkheid, maar dat laat onverlet dat een crediteur niet zeker kan zijn of hij naast een vordering op zijn contractuele wederpartij, de dochter, ook een vordering krijgt op de moeder. Een crediteur heeft immers niet altijd zicht op het al dan niet bestaan van een groepsrelatie.²⁰

Deze onzekerheid maakt dat een dochter geen gebruik zou mogen maken van de concernvrijstelling als de moeder een 403-verklaring heeft gedeponereerd waarin de groepsrelatie tussen de moeder en de dochter als voorwaarde voor aansprakelijkheid is opgenomen. De gedachte dat inzicht in de financiële gegevens van de dochter worden ingeruild tegen aansprakelijkheid van de moeder wordt daardoor immers ondermijnd.²¹

Het opnemen van een 100%-aandelenrelatie kent deze onzekerheid niet, omdat het moment van overdracht van aandelen volstrekt duidelijk is en ook uit het handelsregister voor eenieder kenbaar is of op een zeker moment sprake is van een 100%-aandelenrelatie. Een 403-verklaring met een dergelijke voorwaarde geldt mijns inziens wel als voldoende zeker is om gebruik te kunnen maken van de concernvrijstelling en biedt tegelijkertijd het voordeel dat de aansprakelijkheid voor schulden uit nieuwe rechtshandelingen van de dochter automatisch komt te vervallen na een verkoop van de aandelen in het kapitaal van die dochter. Wel bestaat een risico indien slechts enkele aandelen worden overdragen aan een derde.

Dit systeem is niet volledig waterdicht en kan ook nadelig werken bij een verkoop van slechts enkele aandelen, maar het biedt wel een vangnet voor het geval wordt vergeten een 403-verklaring in te trekken. In tegenstelling tot wanneer wordt aangesloten bij het groepsbegrip kan in ieder geval ook gebruik worden gemaakt van de concernvrijstelling. Het komt mij voor als een beter alternatief dan aansluiten bij de groepsband, maar 'baat het niet, dan schaadt het niet'? Dat ook weer niet helemaal.

19 Hof Amsterdam 28 februari 2007, JOR 2007/145 m.nt. P.M. van der Zanden, r.o. 3.2 (Van den Wildenberg/Van Wijnen Holding N.V.).

20 Beckman 1995, p. 316.

21 S.M. Bartman, 403-verklaring blijft een bron van misverstand, Ondernemingsrecht 2004/16.