

Het schuldbegrip in de zin van artikel 2:403 lid 1 sub f BW

Inleiding

Vrijwel elke jurist is bekend met de zogenoemde 403-verklaring, de verklaring van hoofdelijke aansprakelijkstelling van een moedermaatschappij voor schulden van een dochtermaatschappij in de zin van artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Hoewel de tekst van het artikel redelijk beknopt is en op het eerste gezicht duidelijk lijkt, geeft het artikel nog vaak aanleiding tot discussie en misverstand. De wet laat zich ten aanzien van de aard en de rechtsgevolgen van de aansprakelijkstelling in ieder geval niet verder uit dan dat het gaat om schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen. Deze bijdrage tracht aan de hand van wethistorie en rechtspraak rondom artikel 2:403 lid 1 sub f BW inzicht te geven in de betekenis van 'uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden', oftewel wat de materiële reikwijdte is van de aansprakelijkheid onder dit artikel.

Het groepsregime

Artikel 2:403 BW is opgenomen in afdeling twaalf van titel 9 Boek 2 en maakt daarmee deel uit van de eerste twaalf afdelingen van titel 9 ingevolge de Vierde EEG-Richtlijn.¹ De volgende (latere) afdelingen zijn totstandgekomen als gevolg van de Zevende EEG-Richtlijn.² Titel 9 geeft regels ten aanzien van de jaarrekening en het jaarverslag van (onder meer) naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en bepaalde verenigingen en stichtingen die een onderneming drijven (zie art. 2:360 BW).

Eenzijds is de jaarrekening bedoeld als financiële verantwoording van de rechtspersoon aan zijn aandeelhouders. Dit volgt onder meer uit de verplichting de jaarrekening voor te leggen aan de aandeelhouders (zie art. 2:101 en 210 BW). Uit de verplichting de jaarrekening te publiceren in het handelsregister (art. 2:394 BW, de 'publicatieplicht') volgt dat de jaarrekening er ook toe strekt derden, in het bijzonder diegenen die zaken doen of overwegen zaken te doen met de relevante rechtspersoon, inzicht te geven in de financiële positie van de betreffende rechtspersoon.

De regeling van artikel 2:403 BW wordt ook wel aangeduid als het groepsregime. Toepassing van artikel 2:403 BW leidt ertoe dat een tot een groep behorende rechtspersoon gerechtigd is een beperkte balans en winst- en verliesrekening op te stellen en vrijgesteld is van de plichten een jaarverslag op te maken, gegevens aan de jaarrekening toe te voegen, een accountantsonderzoek te laten uitvoeren en zijn jaarrekening te publiceren. Aldus drukt niet op elke groepsmaatschappij de administratieve last van de jaarrekeningverplichtingen van

titel 9, maar drukt die last slechts op de consoliderende groepsmaatschappij. Daartoe dient aan een aantal voorwaarden te worden voldaan. Een van die voorwaarden is dat een maatschappij in de groep waartoe ook de betreffende rechtspersoon behoort, de financiële gegevens van de betreffende rechtspersoon heeft geconsolideerd in haar geconsolideerde jaarrekening. Een andere voorwaarde is dat de consoliderende groepsmaatschappij schriftelijk verklaard heeft 'zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden'. Deze verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid, de 403-verklaring, dient de verklarende groepsmaatschappij openbaar te maken door nederlegging bij het handelsregister waar deze groepsmaatschappij is ingeschreven.

De volgende tekst is afgeleid van voorbeelden uit de praktijk van een 403-verklaring:

'[Groepsmaatschappij C], statutair gevestigd en kantoorhoudende te [plaats en adres], te dezen rechtsgeldig vertegenwoordigd door [Z] [functie] verklaart, overeenkomstig artikel 403 lid 1 sub f, van het Burgerlijk Wetboek, Boek 2, zich met ingang van [datum] hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van [vrijgestelde groepsmaatschappij A], statutair gevestigd en kantoorhoudende te [plaats en adres], voortvloeiende schulden.'

Een dergelijke verklaring geeft evenveel (on)duidelijkheid over het begrip schulden in de zin van artikel 2:403 lid 1 sub f BW als de tekst van de bepaling zelf. Meer duidelijkheid is echter te vinden in de totstandkoming van het artikel en de rechtspraak.

Geschiedenis van de verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid³

Als voorloper van artikel 2:403 BW wordt wel artikel 13 lid 3 Wet op de jaarrekening van ondernemingen (WJO) beschouwd. Dit artikel voorzag in de mogelijkheid van vrijstelling van groepsmaatschappijen van toen geldende plichten op grond van de WJO ten aanzien van de jaarrekening als de gegevens betreffende de groepsmaatschappij waren opgenomen in een geconsolideerde of samengevoegde jaarrekening van een andere onderneming. Artikel 13 lid 3 WJO bevatte geen verplichting tot verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid. Regels omtrent de publicatieplicht van de jaarrekening waren opgenomen in het Wetboek van Koophandel (WvK). Artikel 13 WJO was alleen van toepassing op ondernemingen die geen wettelijke plicht tot open-

1. Richtlijn nr. 78/660/EEG van 25 juli 1978, PbEG L 222.
2. Richtlijn nr. 83/349/EEG van 14 juni 1983, PbEG L 193.

3. M.P. van Achterberg, *De juridische definitie van het economische verschijnsel concern*, Deventer: Kluwer 1989, p. 215-232; L.G.H.J. Houwen, *Aansprakelijkheid ingevolge het groepsvrijstellingsregime*, in: L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels & J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 1993, p. 815-857; H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijk groepsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 1995.

baarmaking van de jaarrekening hadden. Daarmee was de toepassing zeer beperkt.

Artikel 38a WJO, in combinatie met een wijziging van de publicatieregeling in het WvK, verving artikel 13 lid 3 WJO en bevatte in lid 3 tevens een verplichting tot hoofdelijke aansprakelijkheidstelling. De tekst van artikel 38a WJO lid 3 luidde als volgt.

‘3. Is een onderneming verplicht tot nederlegging van haar jaarrekening ten kantore van het handelsregister, dan vindt het eerste lid [de vrijstelling van de inrichtingseisen ten aanzien van de jaarrekening] slechts toepassing, indien een rechtspersoon overeenkomstig de volgende leden zich hoofdelijk voor de door de onderneming aangegane schulden aansprakelijk heeft gesteld.’

Het groepsregime kreeg als gevolg van de Vierde EEG-Richtlijn als artikel 2:343 een plaats in Boek 2 BW. De bepaling in de Vierde Richtlijn die voorzag in een vrijstelling van de verplichtingen ten aanzien van de jaarrekening, was artikel 57. Daarin was in lid 1 een voorwaarde van garantverklaring van de vennootschap die de groep beheerst, opgenomen:

‘c. de beheersende vennootschap heeft zich garant verklaard voor de door de afhankelijke vennootschap aangegane verplichtingen.’

Artikel 2:343 BW vertoonde nog grote gelijkenis met het eerdere artikel 38a WJO. De voorwaarde van hoofdelijke aansprakelijkheidstelling in lid 3 luidde als volgt:

‘b. een verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheidstelling voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van de rechtspersoon overeenkomstig de volgende leden is afgelegd.’

In de huidige tekst van artikel 2:403 lid 1 sub f BW is de woordvolgorde ten opzichte van het eerdere artikel 2:343 lid 3 sub b BW gewijzigd in ‘de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden’.

Ratio van de 403-verklaring

De ratio van de 403-verklaring houdt verband met de vrijstelling van de publicatieplicht voor afhankelijke groepsmaatschappijen. Bij een vrijstelling van de publicatieplicht ex artikel 2:403 BW kan een (mogelijke) crediteur de financiële positie van de vrijgestelde rechtspersoon niet aan de hand van de jaarrekening beoordelen. De 403-verklaring geeft de derde een verhaalsmogelijkheid op de consoliderende maatschappij als compensatie voor dit gebrek aan inzicht.⁴

4. Asser-Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 439.

Materiële reikwijdte

Met de bepaling dat de schulden dienen voort te vloeien uit rechtshandelingen, zijn schulden die niet uit rechtshandelingen voortvloeien, van de werking van het artikel uitgesloten. Voor schulden uit de wet, zoals onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling, zaakwaarneming, verschuldigde belastingen⁵ en socialeverzekeringspremies,⁶ geldt een 403-verklaring niet.

In een eerdere ontwerpversie van het artikel was, net als in artikel 38a WJO, voorzien in een aansprakelijkheidstelling voor ‘aangegane schulden’. In de uiteindelijke tekst van het artikel is voor de formulering ‘de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden’ gekozen. Met de uiteindelijke formulering heeft de wetgever niet een afwijkende aansprakelijkheidstelling bedoeld, maar bedoeld te preciseren dat de aansprakelijkheid ook geldt ten aanzien van schadevergoedingen wegens vernietiging en ontbinding van overeenkomsten.⁷ Omdat de wetgever de hoofdelijke aansprakelijkheid tevens betreft op afgeleide verplichtingen zoals schadevergoeding wegens vernietiging of ontbinding van overeenkomst, is af te leiden dat de hoofdelijke aansprakelijkheidstelling in ieder geval ziet op de verplichtingen uit rechtshandelingen. Het gaat dan niet alleen om een geldelijke schuld, maar om elke verschuldigde prestatie uit een rechtshandeling, daaronder begrepen eventuele vervangende verplichtingen tot schadevergoeding.⁸ Betoogd kan worden dat een dergelijke uitleg ook conform de Vierde EEG-Richtlijn is, vanwege het woord ‘verplichtingen’ in artikel 57 van die richtlijn.

Het arrest van de Hoge Raad inzake Akzo Nobel N.V./ING Bank N.V.

De materiële reikwijdte van de 403-verklaring is aan de orde geweest in een arrest.⁹ De feiten in deze zaak waren als volgt.

Akzo Nobel N.V. (hierna: Akzo) had voor haar dochtermaatschappij Akzo Fibers B.V. (hierna: Akzo Fibers) een 403-verklaring afgegeven in bewoordingen vergelijkbaar met de tekst van artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Akzo Fibers en N.V. PGEM sloten in 1991 een samenwerkingsovereenkomst ter zake van de gezamenlijke exploitatie van een warmte/krachtcentrale. Zij richtten in dat kader respectievelijk de dochtermaatschappijen Akzo Fibers Energie Arnhem B.V. (hierna: Akzo Energie) en PGEM WK-II B.V. op.

5. G.J. Gülcher, Reikwijdte van de aansprakelijkheidstelling in het kader van de groepsvrijstelling, TVVS 1989, p. 161-166.
6. HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 187.
7. Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoeringswet Boek 2, Rechtspersonen, Deventer: Kluwer 1977, p. 1473.
8. H. Beckman, A.J. Bindenga, F. Krens, W.N. Meijer & H. Smits (red.), Compendium voor de Jaarrekening-wegwijzer voor de praktijk (los-bl.), Deventer: Kluwer, 3.8.4, aant. 5.
9. HR 28 juni 2002, JOR 2002, 136 m.nt. S.M. Bartman en NJ 2002, 447 m.nt. Ma.

Deze beide dochtermaatschappijen gingen vervolgens de vennootschap onder firma Warmte/Kracht Centrale Kleefse Waard (hierna: WKC) aan, die de warmte/krachtcentrale ging exploiteren. WKC sloot diverse overeenkomsten voor de levering van de met de warmte/krachtcentrale geproduceerde stoom en elektriciteit, waaronder een leveringsovereenkomst met Akzo Fibers. Ter financiering van de warmte/krachtcentrale sloot WKC met ING Bank N.V. (hierna: ING) in 1992 twee leningsovereenkomsten. In de leningsovereenkomsten kwamen partijen overeen dat WKC tot zekerheid haar huidige en toekomstige vorderingen onder de leveringsovereenkomsten in pand gaf aan ING.

In 1998 droeg Akzo Fibers alle aandelen in Akzo Energie over aan een nieuw opgerichte groepsmaatschappij, na naamswijziging Industripark Kleefse Waard (hierna: Industripark) geheten. Op de dag van genoemde aandelenoverdracht droeg Akzo Fibers haar rechten en verplichtingen ter zake van WKC over aan Industripark. Akzo legde ook voor Industripark een 403-verklaring af.

In 2000 droeg Akzo alle aandelen in Industripark over aan Acordis B.V. Voorafgaand aan de overdracht trok Akzo haar 403-verklaring ten aanzien van Industripark in. Ter zake van de overblijvende aansprakelijkheid ex artikel 2:404 lid 2 BW deponeerde Akzo het voornemen tot beëindiging van deze overblijvende aansprakelijkheid (als bedoeld in art. 2:404 lid 3 sub b BW) bij de Kamer van Koophandel. De intrekking en het voornemen tot beëindiging publiceerde Akzo conform sub c van artikel 2:404 lid 3 BW. Acordis B.V. legde voor Industripark geen 403-verklaring af.

Op grond van de 403-verklaring voor Akzo Fibers en later Industripark kon WKC Akzo aanspreken voor de verplichtingen uit de leveringsovereenkomsten. ING had bezwaren tegen de voorgenomen beëindiging. ING verlangde intrekking van het voornemen tot beëindiging of het stellen van vervangende zekerheid. De kwestie leidde tot een verzetprocedure ex artikel 2:404 lid 5 BW, die partijen uitproceederden tot aan de Hoge Raad. ING meende dat, vanwege haar pandrecht op de vorderingen onder de leveringsovereenkomsten, haar ook een 403-aanspraak op Akzo toekwam. In eerste aanleg oordeelde de rechtbank dat ING als pandhouder geen schuldeiser (van Industripark) was zoals bedoeld in artikel 2:404 lid 5 BW, en aldus voor haar de mogelijkheid van verzet niet openstond. In hoger beroep stelde de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam (hierna: OK) ING echter in het gelijk en droeg zij Akzo op zekerheid te stellen. De OK oordeelde als volgt.

‘Anders dan Akzo heeft betoogd gaat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedervernootschap niet zover dat de contractant van de dochtervernootschap de moedervernootschap onmiddellijk en rechtstreeks tot nakoming kan aanspreken. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer wordt aan de door de wet beoogde bescherming van de contractant van de dochtervernoot-

schap voldoende recht gedaan indien de moedervernootschap ten gevolge van de ‘artikel 403-verklaring’ jegens de contractant van de dochtervernootschap komt te verkeren in een positie als had zij zich ten behoeve van de dochter, ten aanzien van de in artikel 2:403 BW genoemde schulden, jegens de contractant tot borg gesteld. Aldus beschouwd is het recht dat de contractant jegens de moedervernootschap aan artikel 2:403 BW ontleent, een afhankelijk recht als bedoeld in artikelen 3:7 en 3:82 BW, dat, indien daartoe gronden zijn, ook door de pandhouder van de vordering uitgeoefend kan worden.’¹⁰

Binnen een groep zullen in veel gevallen de verschillende activiteiten zijn ondergebracht in dochtermaatschappijen en verricht de verklarende vennootschap slechts holdingactiviteiten. De verklarende vennootschap zal alsdan niet of zeer moeilijk een prestatie van een dochter kunnen nakomen. Hoewel de OK een dergelijke overweging niet maakt, is het oordeel van de OK dat de verklarende vennootschap niet op grond van de 403-verklaring rechtstreeks tot nakoming kan worden aangesproken, vanuit dat oogpunt niet onredelijk. Is de nakoming door de dochtervernootschap nog mogelijk, dan lijkt het ook ondoelmatig als de crediteur op grond van de 403-verklaring slechts de verklarende vennootschap aansprakelijk zou stellen voor nakoming van een prestatie die deze vennootschap niet, maar de dochtervernootschap wel kan nakomen. Met de verwijzing naar borgstelling heeft de OK mogelijk het subsidiaire karakter van de 403-verklaring tot uitdrukking willen brengen.

De Hoge Raad kon zich niet verenigen met het oordeel van de OK. De Hoge Raad bepaalde dat de door Akzo afgelegde 403-verklaring een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling is op grond waarvan wel degelijk rechtstreeks aansprakelijkheid van de verklarende vennootschap ontstaat.¹¹ Verder overwoog de Hoge Raad dat een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid niet een afhankelijk recht in het leven roept, zodat ING op grond van haar pandrecht geen schuldeiser is in de zin van artikel 2:404 lid 5 BW en derhalve geen verzet toekomt tegen beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid.¹²

Ook vond de Hoge Raad het van belang te overwegen dat een schuldeiser een beroep toekomt op de afgelegde 403-verklaring en niet op artikel 2:403 BW. De Hoge Raad achtte de aard van de afgelegde verklaring eerder bepalend voor de mate van aansprakelijkheid dan de strekking van de verklaring in de context van artikel 2:403 BW.

10. Hof Amsterdam 31 juli 2001, JOR 2001, 170, r.o. 4.10.

11. R.o. 3.4.3.

12. R.o. 3.4.5.

Geen afhankelijk recht?

Ondanks dat de Hoge Raad in genoemd arrest oordeelde dat een eenzijdige verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid geen afhankelijk recht is, is de discussie daarover nog niet ten einde. In zijn noot bij het arrest stelt Bartman de juistheid van de overweging van de Hoge Raad op dit punt ter discussie.¹³ Zonder vorderingsrecht op de dochter is er immers geen 403-aanspraak op de moeder, zo betoogt Bartman. De 403-aanspraak is volgens Bartman zodanig met het vorderingsrecht op de dochter verbonden, dat het zonder dat recht niet kan bestaan en zou moeten kwalificeren als een afhankelijk recht ex artikel 3:7 BW. Ter ondersteuning van deze stelling overweegt hij nog dat als de vordering op de dochter door cessie, contractsovername of onder algemene titel overgaat, de nieuwe crediteur ook een 403-aanspraak op de moeder verkrijgt. Bartman oppert dat het de visie van de Hoge Raad zou kunnen zijn dat de 403-aanspraak een vordering op de dochter niet volgt in de zin van artikel 3:82 BW (zoals bij afhankelijke rechten), maar telkens opnieuw ontspringt uit de eenmaal afgelegde 403-verklaring.

Ook De Neve¹⁴ plaatst kanttekeningen bij het oordeel van de Hoge Raad dat de 403-verklaring geen afhankelijk recht is. De Neve stelt dat de Hoge Raad voor dit oordeel ook geen onderbouwing geeft. De Neve sluit zich aan bij de hiervoor genoemde redenering van Bartman. Daarnaast merkt hij op dat Van Hees in het kader van de overdraagbaarheid van bankgaranties eerder betoogde dat ook een zelfstandige verbintenis kan kwalificeren als een afhankelijk recht.¹⁵

De onderbouwing van het oordeel van de Hoge Raad dat de 403-verklaring geen afhankelijk recht is, is wellicht te vinden in de volgorde van zijn rechtsoverwegingen. Eerst overweegt de Hoge Raad dat de 403-verklaring een niet tot een bepaalde partij gerichte rechtshandeling is, op grond waarvan rechtstreeks aansprakelijkheid van de verklarende vennootschap ontstaat. De 403-verklaring richt zich dus niet op specifieke derden en is ook niet aan specifieke rechten verbonden. Betoogd kan worden dat de 403-verklaring daarmee niet voldoet aan het vereiste van verbondenheid aan een recht zoals dat geldt voor afhankelijke rechten. Wel bezit de 403-aanspraak, net als een afhankelijk recht, het kenmerk dat het niet zelfstandig overdraagbaar is.

De verklarende vennootschap legt de 403-verklaring af voor de betreffende dochtervennootschap. Ik zou menen dat ook daaruit volgt dat de 403-aanspraak niet een hoofdvordering volgt, omdat deze aanspraak verbonden is aan de dochtervennootschap. Ook lijkt die conclusie goed beargumenteerbaar uit de tekst van artikel 2:403 lid 1 sub f BW.

Het gaat immers om rechtshandelingen van de rechtspersoon. Zowel Bartman als De Neve noemt het voorbeeld van een contractsovername (art. 6:159 BW) en zij menen dat de 403-aanspraak de hoofdvordering volgt. Ik zet daar mijn vraagtekens bij met behulp van de volgende voorbeelden.

Dochtervennootschap A heeft een overeenkomst met B. Moedervernootschap C heeft een 403-verklaring afgelegd ten aanzien van A, zodat B 403-aanspraak heeft op C. Er volgt een contractsovername waarbij B zijn rechtsverhouding overdraagt aan D. D krijgt hiermee een vordering op A en daarmee tevens een 403-aanspraak op C. Stel echter dat niet B, maar dochtervennootschap A haar rechtsverhouding onder de overeenkomst overdraagt aan D. In dat geval ontstaat een contractuele relatie tussen B en D. Groepsmaatschappijen C en A staan daarbuiten. A is geen prestaties aan B verschuldigd op grond van de overeenkomst. In dat geval kan B geen 403-aanspraak doen gelden op verklarende vennootschap C. De overeenkomst is na contractsovername niet meer te beschouwen als een rechtshandeling van A.

De 403-verklaring is verbonden aan rechtshandelingen van de dochter. Dat blijkt ook uit het feit dat de 403-verklaring onverminderd blijft gelden als de verklarende vennootschap na verkoop van de dochter haar 403-verklaring niet intrekt. Dat de 403-aanspraak telkens 'ontspringt' uit de 403-verklaring, lijkt mij dan ook een juiste gedachte. Met andere woorden: is de rechtshandeling waaruit de schuld voortvloeit (nog) te beschouwen als een rechtshandeling van de dochter, dan is er een 403-aanspraak op grond van een 403-verklaring. Is de rechtshandeling waaruit de schuld voortvloeit niet meer toe te rekenen aan de dochter, bijvoorbeeld omdat de dochter de rechtsverhouding heeft overgedragen aan een ander, dan eindigt met de overdracht de mogelijkheid van een 403-aanspraak.

Conclusie

Met 'uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden' in de zin van artikel 2:403 lid 1 sub f BW zijn de verschuldigde prestaties bedoeld die voortvloeien uit een rechtshandeling van de vennootschap. Daaronder dient ook vervangende schadevergoeding te worden begrepen. De 403-verklaring is een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling op grond waarvan rechtstreeks aansprakelijkheid van de verklarende vennootschap ontstaat. De 403-verklaring is geen afhankelijk recht, maar is verbonden aan de rechtshandelingen van de dochtervennootschap voor wie de verklaring is afgegeven.

*Mr. W.M. Blom
Loyens & Loeff*

13. Zie noot 9.

14. A.G. de Neve, De concernvrijstelling: de 403-aansprakelijkheid volgens de Hoge Raad, *TvI* 2002, p. 235-242.

15. J.J. van Hees, noot onder Rb. Utrecht 10 september 1997, *JOR* 1998, 34.