

NAM, haar aandeelhouders en de 403-verklaring

Een artikel in de serie ‘Aardbevingen in Groningen en het vermogensrecht’

*Mr. dr. E. C. A. Nass**

1 Inleiding

Brede publieke verontwaardiging viel Shell Nederland B.V. (hierna: Shell) ten deel toen bekend werd dat zij had besloten tot intrekking van de aansprakelijkstellingsverklaring als bedoeld in art. 2:403 lid 1 BW, die door haar ten behoeve van Nederlandse Aardolie Maatschappij B.V. (hierna: NAM) was gegeven.¹ Shell was (en is) 50%-aandeelhouder van NAM. ExxonMobil Holding Company Holland LLC (hierna: ExxonMobil) hield (en houdt) de resterende 50% van de aandelen in NAM.

Het beeld van Shell dat na de ontdekking van de intrekking in de media werd geschetst was weinig positief en komt neer op het verwijt dat Shell door de intrekking van de zogenoemde 403-verklaring probeerde om verantwoordelijkheid te ontlopen en zich te onttrekken aan een (morele) verplichting tot vergoeding van schade als gevolg van aardbevingen. In sociale media verschenen oproepen om niet langer bij Shell-tankstations te tanken.² Marjan van Loon, destijds president-directeur van Shell, werd stevig bevraagd over de intenties van Shell. Door de vaste commissie van Economische Zaken en Klimaat

van de Tweede Kamer,³ maar ook in een populair praatprogramma.⁴

De beroering die het handelen van Shell teweegbracht, was wel te verklaren; NAM en haar financiële positie stonden vanwege de aardbevingen in Groningen volop in de belangstelling. En hoewel er weinig aandacht werd besteed aan de precieze – juridische – betekenis van de 403-verklaring, kwam in de berichtgeving naar voren dat de intrekking van de verklaring een negatieve invloed zou hebben op NAM's betaalcapaciteit. Dat die relatie werd gelegd, was niet verbazingwekkend. In de desbetreffende 403-verklaring was een hoofdelijke aansprakelijkstelling van Shell opgenomen voor de schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van NAM. En die werd ingetrokken.

In de periode die volgde nam de aandacht voor de intrekking van de 403-verklaring snel af. Dat heeft alles te maken met het besluit van de Minister van Economische Zaken en Klimaat om de afhandeling van de aardbevingsschade naar zich toe te trekken en alle vormen van schade exclusief onder publieke regie te laten plaatsvinden.⁵ Vanaf februari 2018 zijn ter uitvoering van dat besluit de nodige acties genomen, hetgeen heeft geresulteerd in de Tijdelijke wet Groningen (TwG).⁶ In de wet is voorgeschreven dat het op te richten Instituut mijnbouwschade Groningen (IM) de taken van de Tijdelijke Commissie Mijnbouwschade Groningen (TCMG) over zal nemen en de

* Mr. dr. E.C.A. Nass is advocaat bij Elexer advocaten te Nijmegen.

1. Het eerste bericht over de intrekking verscheen in dagblad Trouw (J. Kleinnijenhuis, Shell zet de NAM op afstand, wie draait er straks op voor de schade in Groningen?, 27 januari 2018). In Dagblad van het Noorden en Het Financieel Dagblad verschenen vervolgens diverse berichten (Dagblad van het Noorden: zie o.m. Shell niet langer aansprakelijk voor schulden NAM, 27 januari 2018; Het Financieel Dagblad: zie o.m. C. Grol, Een garantstelling wordt niet ingetrokken omdat het zo goed gaat, 29 januari 2018, en Even € 6 mrd aftikken, 1 februari 2018).

2. Dagblad van het Noorden: Oproep tot boycot Shell op sociale media, 27 januari 2018.

3. Rondetafelgesprek van de vaste commissie op 1 februari 2018 over de betaalcapaciteit van NAM, waarbij o.m. ook aanwezig waren Gerard Schotman, destijds directeur van NAM, en Rolf de Jong, directeur van ExxonMobil.

4. Marjan van Loon was op 30 januari 2018 te gast bij de talkshow Jinek (destijds NPO1).

5. In overeenstemming met het Besluit Mijnbouwschade Groningen (schadeprotocol voor de afhandeling van aardbevingsschade), Kamerstukken II 2017/18, 33529, nr. 423.

6. Tijdelijke maatregelen inzake een publiekrechtelijke aanpak van de gevolgen van bodembeweging door gaswinning uit het Groningenveld en de gasopslag bij Norg (Tijdelijke wet Groningen), Kamerstukken I 2020/21, 35250, A. Voor een duiding van het wetsvoorstel voor de TwG zie J.E. van de Bunt, Het concept-Wetsvoorstel Instituut mijnbouwschade Groningen nader bekeken, MvV 2019, afl. 2, p. 42-53.

aardbevingsschade op publiekrechtelijke wijze zal afwikkelen. Dit betekent dat gedupeerden enkel nog de Staat der Nederlanden (hierna: de Staat) kunnen aanspreken en niet langer de mogelijkheid hebben zich tot NAM te wenden.⁷

Bezien vanuit de positie van de gedupeerde Groningers is het begrijpelijk dat Shell een behoorlijke knauw kreeg in de media, maar of de verwijten gerechtvaardigd zijn, is een andere kwestie.⁸ Als uitgangspunt binnen het rechtspersonenrecht geldt dat een aandeelhouder in zijn hoedanigheid als aandeelhouder niet aansprakelijk kan worden gehouden.⁹ NAM is als zelfstandig rechtssubject in beginsel enkel zelf aansprakelijk voor schulden in verband met aardbevingsschade. Shell heeft dit uitgangspunt doorbroken door een 403-verklaring te geven voor NAM en vrijwillig aansprakelijkheid op zich te nemen. De consequenties van die vrijwillige doorbraak worden bepaald door de tekst van die verklaring. Door ExxonMobil is geen 403-aansprakelijkheid gesteld.

In deze bijdrage ga ik in op de positie van Shell en ExxonMobil als aandeelhouders van NAM, met name in relatie tot de aardbevingsschade en meer in het bijzonder de positie van Shell in verband met de 403-verklaring. Eerst sta ik stil bij de juridische structuur van NAM, zoals die in de (lang geheimgehouden) 'overeenkomst van samenwerking' uit 1963 is vastgelegd, waarna de aansprakelijkheidspositie van de twee aandeelhouders aan de orde komt (par. 2). Voorts bespreek ik in paragraaf 3 de vrijstellingsregeling als opgenomen in art. 2:403 BW. In die wettelijke regeling is door de Nederlandse wetgever de unitaire vrijstellingsregeling verwerkt, als opgenomen in art. 37 van de EU-richtlijn jaarrekening.¹⁰ De aansprakelijkstellingsverklaring (403-verklaring) is een van de voorwaarden voor bevoegde toepassing van de vrijstellingsregeling. In paragraaf 4 ga ik in op de toepassing van de vrijstellingsregeling door Shell alsmede de intrekking van de 403-verklaring. In paragraaf 5 maak ik een aantal afrondende opmerkingen.

2 NAM – de (juridische) structuur

2.1 Historie

In 1943 wordt door (een rechtsvoorganger van) Shell een olie-veld bij Schoonebeek gevonden, het op een na grootste olie-veld van het vasteland van West-Europa. Deze vondst is de aanleiding voor Shell en (een rechtsvoorganger van) Exxon-Mobil om gezamenlijk te investeren in een nieuw bedrijf voor de opsporing en winning van aardolie en aardgas, en daartoe richten ze in 1947 gezamenlijk NAM¹¹ op. Shell en Exxon-Mobil zijn partijen die over uitgebreide kennis en ervaring beschikken op het gebied van aardgaswinning, pijpleidings-transport en verkoop. Beide aandeelhouders houden 50% van de aandelen in NAM. Shell is vanaf 1 januari 1960 de (enig) zelfstandig bevoegd bestuurder van NAM.

Voor de ontginning van aardolie en aardgas dient NAM kort na de oprichting een aanvraag in voor een concessie bij de Staat. Aan de verlening van een concessie wordt door de Staat een nadere eis gesteld: in het belang van de Nederlandse economie legt de Staat als voorwaarde op dat NAM en haar aandeelhouders zich bij een door de Minister van (destijds) Economische Zaken goed te keuren overeenkomst jegens elkaar en jegens de Nederlandse Staatsmijnen in Limburg (handelende voor en namens de Staat)¹² verbinden om ten nauwste te zullen samenwerken. Die samenwerking moet zich (onder meer) uitstrekken tot de winning van aardolie en aardgas, het vervoer en de afzet van uit de Groningse aardgasreservoirs gewonnen aardgas. Aan de gestelde voorwaarde wordt voldaan door middel van de 'overeenkomst van samenwerking' (de OvS) die tussen de vier genoemde partijen op 27 maart 1963 is ondertekend.¹³ In de OvS zijn verstrekkende afspraken gemaakt over de wijze waarop de Staat en NAM gezamenlijk en als niet naar buiten tredende maatschap het beleid zullen voeren inzake de gaswinning en exploitatie van de gasvelden in Groningen en bovendien over de verdeling van de daarmee samenhangende economische belangen. Overeengekomen werd dat de uitgaven en opbrengsten van de maatschap tussen de Staat en NAM werden gedeeld in de verhouding 40:60.¹⁴

7. Met dien verstande dat de civiele rechter de 'restrechter' is voor vorderingen die door het IM zijn afgewezen, zie Van de Bunt 2019, p. 43.

8. Zie over dat vraagstuk ook E.A. van Dooren, De ingetrokken 403-verklaring van Shell: een tactische zet?, MvO 2018, afl. 3-4, p. 61-62 en E.C.A. Nass, Shell staat achter, maar niet (meer) naast NAM, Ondernemingsrecht 2018/28, p. 161-162.

9. Art. 2:64/175 lid 1 BW: '[de] aandeelhouder is niet persoonlijk aansprakelijk voor hetgeen in naam van de [NV/BV] wordt verricht en is niet gehouden boven het bedrag dat op zijn aandeel behoort te worden gestort in de verliezen van de vennootschap bij te dragen'.

10. Richtlijn 2013/34/EU, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2014/95/EU. Daarvoor was de vrijstellingsregeling opgenomen in de vierde en de zevende EEG-richtlijn (Richtlijn 78/660/EEG respectievelijk Richtlijn 83/349/EEG). Deze zijn ingetrokken en opgegaan in Richtlijn 2013/34/EU. Ik wijs erop dat de Nederlandse wetgever de optionele vrijstellingsregeling op een eigen wijze heeft verwerkt, die niet (volledig) in overeenstemming is met de unitaire regeling (voor een uiteenzetting en analyse van de verschillen zie E.C.A. Nass, Groepsregime, jaarrekening en 403-aansprakelijkheid (diss. Groningen; IVO nr. 116), Deventer: Wolters Kluwer 2019).

11. NAM werd opgericht als N.V. Nederlandse Aardolie Maatschappij.

12. In 1967 is de Rijksdienst Staatsmijnen zelfstandig tot de naamloze vennootschap DSM (aanvankelijk genaamd N.V. Nederlandse Staatsmijnen), waarvan alle aandelen werden gehouden door de Staat. DSM heeft in 1973 haar aardgasbelangen ondergebracht in DSM Aardgas B.V. Toen DSM in 1989 haar beursgang maakte, heeft de Staat alle aandelen in DSM Aardgas B.V. verworven en de naam van die besloten vennootschap gewijzigd in Energie Beheer Nederland B.V. (en uiteindelijk in EBN B.V.).

13. Naar deze 'geheime' overeenkomst werd door journalisten jaren gezocht. Leden van de Tweede Kamer hebben de Minister van Economische Zaken verzocht om openbaarmaking (zie o.m. Aanhangel Handelingen II 2017/18, nr. 902, p. 2), maar deze verzoeken werden niet gehonoreerd, onder verwijzing naar de vertrouwelijke aard van deze 'privaatrechtelijke' overeenkomst. In de OvS is geen geheimhoudingsverplichting opgenomen. De OvS is driemaal gewijzigd (in 1964, 1975 en 2005). De gewijzigde OvS is tot op heden niet openbaar beschikbaar.

14. Art. 7 lid 1 OvS.

Voor een samenwerking in de bedoelde maatschapsvorm gold destijds geen verplichte inschrijving in het handelsregister, zodat de feitelijke rol en betrokkenheid van de Staat voor derden niet zichtbaar waren.¹⁵ Voor de duiding van de rechtsverhouding tussen de samenwerkende partijen is daarnaast van belang een eveneens lang geheim gebleven ‘side letter’ ondertekend door Shell, ExxonMobil en NAM aan de Minister van Economische Zaken, gedateerd op 27 maart 1963, waarin de ondertekenaars de minister bedanken dat hij akkoord is gegaan met de door hen bepleite ‘maatschapsconstructie’. Vervolgens verklaren de ondertekenende partijen ‘uitdrukkelijk’ dat bij het sluiten van de OvS:

‘wat betreft de interne verhouding tussen de contractanten – de bedoeling heeft voorgezet, dat de overeenkomst zo zal worden opgevat en ook zal worden uitgevoerd als ware hier sprake van een concessionaris-naamloze vennootschap, waarin [NAM] tezamen met de Staatsmijnen als aandeelhouders participeren, in dier voege, dat de Staatsmijnen en [NAM] geacht moeten worden t.a.v. de concessie en het aardgaswinningsbedrijf in feite in dezelfde positie te verkeren als waren de concessie (...) en het aardgaswinningsbedrijf eigendom van een zodanige naamloze vennootschap’.

En:

‘De ondergetekenden zullen bij de gehele samenwerking en de uitvoering van de overeenkomst van dit beginsel als leidende gedachte uitgaan.’

In de gemaakte afspraken ligt aldus de bedoeling besloten dat NAM en de Staat in feite aandeelhouders zijn van een NV met als doelstelling de gaswinning en exploitatie van de aardgasvoorkomens van ‘Groningen’. Over de consequenties van die afspraken – met name voor de aansprakelijkheidspositie van de Staat – zijn juridische procedures gevoerd.¹⁶ In het kader van een van die procedures zijn prejudiciële vragen voorgelegd aan de Hoge Raad, die in antwoord daarop (onder meer) heeft beslist dat de Staat naast NAM aansprakelijk is uit hoofde van art. 6:177 BW (risicoaansprakelijkheid van de exploitant van een mijnbouwwerk).¹⁷ Door inwerkingtreding van de TwG staat vast dat aanspraken in verband met vergoeding van schade alleen door de Staat (op bestuursrechtelijke wijze) kunnen worden afgehandeld, maar deze wet biedt geen uit-

sluitel voor welke schadessoorten een aanspraak bestaat.¹⁸ Die kwestie laat ik buiten beschouwing. Ik richt me hierna in paragraaf 2.2 op de aansprakelijkheid van Shell en/of ExxonMobil jegens derden, meer in het bijzonder jegens degenen die in verband met de uitvoering van de OvS – de gaswinning in de regio Groningen – schade¹⁹ lijden (en hebben geleden).

2.2 Aansprakelijkheid van de aandeelhouders van NAM

Als uitgangspunt geldt dat de aandeelhouders van NAM als zodanig niet aansprakelijk zijn voor de verplichtingen van NAM, zodat Shell en ExxonMobil niets van doen hebben met vorderingen ingesteld tegen NAM in verband met de hiervoor nader geduide schade. Datzelfde geldt voor vorderingen voor schade aan het adres van de stille maatschap (dan wel de NV) waarin NAM samen met de Staat deelneemt. De rechtssubjectiviteit van NAM beschermt de aandeelhouders tegen aanspraken van derden. Er zijn uitzonderingen op dat basisbeginsel. Aansprakelijkheid van een aandeelhouder voor schulden van de entiteit waarin hij aandelen houdt, kan ontstaan op basis van vrijwilligheid dan wel onvrijwillig op grond van wettelijke bepalingen.²⁰

Onvrijwillige aansprakelijkheid

Wettelijke bepalingen die (kunnen) leiden tot onvrijwillige aansprakelijkstelling van een aandeelhouder voor schulden van een entiteit waarin hij aandelen houdt (ook wel doorbraak van aansprakelijkheid genoemd), zijn art. 6:162 en 2:138/248 BW. Aansprakelijkheid van de aandeelhouder voor de schulden van een vennootschap uit hoofde van art. 6:162 BW kan ontstaan in geval van onrechtmatig handelen van de aandeelhouder. Van onrechtmatig handelen is sprake indien een aandeelhouder de uit jurisprudentie af te leiden gedragsregels die aandeelhouders jegens schuldeisers van rechtspersonen in acht moeten nemen, heeft geschonden.²¹ Art. 2:138/248 BW bevat een regeling voor de aansprakelijkheid van formele bestuurders van een vennootschap in het geval dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de desbetreffende vennootschap.²² Het Nederlandse vennoot-

15. Thans is een stille maatschap die een onderneming drijft, verplicht tot inschrijving (Beleidsregel van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 23 juni 2011, Stcrt. 2011, 8401). In een door een groep gedupeerden van aardbevingschade tegen deze stille maatschap ingediende claim overweegt de rechtbank Noord-Nederland (met verwijzing naar uitspraken van de Hoge Raad) dat deze vordering niet-ontvankelijk is, omdat (een van) de gedaagde(n) een stille maatschap is (ECLI:NL:RBNNE:2016:4402, r.o. 4.2).

16. Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715 en Rb. Noord-Nederland 10 oktober 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:4009.

17. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278. Zie ook de conclusie van de A-G: ECLI:NL:PHR:2019:497.

18. Voor een nadere duiding van die kwestie gelden de uitgangspunten uit de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad (HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278). Zie ook T. Hartlief, Vooraf. Aansprakelijkheidsrecht in de polder, NJB 2020/569.

19. In de zin van art. 1 TwG: schade die is ontstaan door beweging van de bodem als gevolg van de aanleg of exploitatie van een mijnbouwwerk ten behoeve van het winnen van gas uit het Groningenveld of als gevolg van de gasopslag Norg.

20. Het onderscheid vrijwillig-onvrijwillig ziet op de grondslag van de aansprakelijkheid, niet op eventuele aanvaarding van de aansprakelijkstelling door de groepsmaatschappij die daar het onderwerp van is.

21. Voor aandeelhoudersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW in concernverband zie o.m. HR 19 februari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AG5761, NJ 1988/487 m.nt. Van der Grinten (Albada Jelgersma); HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, NJ 1998/727 m.nt. Van Schilfgaarde (Coral/Stalt); HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4033, NJ 2009/565 m.nt. Snijders/Van Schilfgaarde (Comsys).

22. De aansprakelijkheid geldt jegens de boedel en ziet op het bedrag van de schulden voor zover die niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan.

schapsrecht laat toe dat een rechtspersoon formeel bestuurder is en een aandeelhouder kan als bestuurder-rechtspersoon daarom aansprakelijk zijn. Op basis van lid 7 van art. 2:138/248 BW kan een aandeelhouder aansprakelijk zijn zonder dat hij formeel bestuurder was, maar wel als medebestuurder of feitelijk bestuurder het beleid van de vennootschap heeft bestuurd, als ware hij bestuurder. Een aandeelhouder die (rechtspersoon-)bestuurder is, kan daarnaast jegens de rechtspersoon aansprakelijk zijn vanwege onbehoorlijk bestuur ex art. 2:9 BW.²³

Naast aansprakelijkheid voortvloeiende uit voormelde wettelijke bepalingen kan voor een aandeelhouder ook (onvrijwillige) aansprakelijkheid voor schulden van een groepsmaatschappij ontstaan op basis van vereenzelviging. In dat geval wordt aan het identiteitsverschil tussen de aandeelhouder en de rechtspersoon voorbijgegaan. Voor vereenzelviging geldt een strikte maatstaf: een beroep op vereenzelviging wordt alleen gehonoreerd indien duidelijk is dat degene met (volledige) zeggenschap over een rechtspersoon misbruik beoogd heeft en gebruik maakt van het identiteitsverschil tussen de zeggenschaphoudende, handelende (rechts)persoon en de (rechts)persoon namens wie wordt gehandeld.²⁴

Voor zover mij bekend zijn er geen juridische procedures gestart tegen Shell of ExxonMobil op grond van wettelijke gronden van onvrijwillige aansprakelijkheid en een beoordeling op (verre) afstand van de gedragingen van de aandeelhouders lijkt daartoe ook geen aanleiding te geven. Aan onvrijwillige aansprakelijkheid zal ik verder geen aandacht besteden.²⁵

Vrijwillige aansprakelijkheid

Het staat iedere aandeelhouder vrij om zich aansprakelijk te stellen voor de verplichtingen van de entiteit waarin hij aandelen houdt. Het ligt voor de hand dat vrijwillige aansprakelijkstelling plaatsvindt binnen een groep.²⁶ In dat geval is sprake van een economische eenheid die in juridische/organisatorische zin is verbonden, waarbij de entiteiten die onder de aan-

sprakelijkstelling vallen (in dit verband groepsmaatschappij genoemd) onder centrale leiding staan van de zich aansprakelijk stellende maatschappij (in dit verband moedermaatschappij genoemd).

Vrijwillige aanvaarding van aansprakelijkheid geschiedt doorgaans in het kader van concernfinanciering en kan op verschillende wijzen, bijvoorbeeld door ten behoeve van de groepsmaatschappij goederenrechtelijke zekerheden te vestigen als een (derden)pand (art. 3:236 e.v. BW) of (derden)hypotheek (art. 3:260 e.v. BW). De schuldeiser van de groepsmaatschappij vindt alsdan zijn zekerheid in de mogelijkheid zijn vordering bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen op de aan het recht van pand en hypotheek onderworpen goederen die eigendom zijn van de moedermaatschappij. Een moedermaatschappij kan daarnaast een overeenkomst aangaan inhoudende vrijwillige zekerheidsstelling, zoals een overeenkomst van borgtocht (art. 7:850 BW), een (bank)garantie verstrekken of zich (bij overeenkomst of anderszins) ten aanzien van die schuld hoofdelijk verbinden dan wel daarvoor anderszins instaan. Indien het instaan voor een schuld van een ander of de hoofdelijke verbondenheid bij overeenkomst wordt geregeld, is sprake van een meerzijdige rechtshandeling. Overeenkomstige rechten en plichten kunnen ook ontstaan als gevolg van een eenzijdige rechtshandeling, zo kan een moedermaatschappij zich eenzijdig bereid verklaren zich aansprakelijk te stellen voor een schuld van een groepsmaatschappij. Die verklaring kan een specifiek of een generiek karakter hebben. Specifieke aansprakelijkstellingsverklaringen zijn verklaringen van aansprakelijkstelling waarvan de werking afhankelijk is van bepaalde voorwaarden. Daarbij moet worden gedacht aan verklaringen die gericht zijn tot een specifieke groep schuldeisers dan wel verklaringen die een aansprakelijkstelling inhouden die leiden tot vergroting van het voor schuldeisers voor verhaal vatbare vermogen met een specifiek onderdeel van het vermogen van de moedermaatschappij. Op basis van een generieke verklaring van aansprakelijkstelling wordt het voor verhaal vatbare vermogen voor alle schuldeisers van de groepsmaatschappij vergroot met het totale vermogen van de zich aansprakelijk stellende moedermaatschappij; een schuldeiser kan zowel de schuldenaar als degene die zich aansprakelijk heeft gesteld aanspreken.

Een bijzondere vorm van een vrijwillige generieke aansprakelijkstelling is besloten in de jaarrekeningvrijstellingsregeling, die is opgenomen in art. 2:403 BW, ook wel aangeduid als het groepsregime. Hierna bespreek ik op beknopte wijze de hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring als bedoeld in art. 2:403 BW en in paragraaf 3 komt het groepsregime aan de orde.

De 403-verklaring

Een van de voorwaarden voor de toepassing van het groepsregime is dat de moedermaatschappij schriftelijk moet hebben verklaard zich eenzijdig hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit de rechtshandelingen van de groepsmaatschappij voort-

23. Zoals ik in par. 2.1 opmerkte, is Shell rechtspersoon-bestuurder van NAM, zodat in geval van schending van art. 2:9 BW uit dien hoofde aansprakelijkheid van Shell jegens NAM aan de orde zou kunnen zijn. Voor aansprakelijkheid van een bestuurder ex art. 2:9 BW zie o.m. HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360 m.nt. Maeijer (Staleman/Van de Ven); HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (Ontvanger/Roelofsen); HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0468, JOR 2009/121 m.nt. Borrius (Eurocommerce).

24. Zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698 m.nt. Maeijer (Rainbow) en HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, Ondernemingsrecht 2017/7 m.nt. S.M. Bartman.

25. Voor een toelichting op wettelijke gronden voor aansprakelijkheid van aandeelhouders zie B. Kemp, Aandeelhoudersverantwoordelijkheid. De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering (Uitgave vanwege het Van der Heijden Instituut, nr. 129), Deventer: Wolters Kluwer 2015, m.n. hoofdstuk 7.

26. In de zin van art. 2:24b BW en in de praktijk ook vaak aangeduid als concern. Voor een uiteenzetting over concern(s) (structuren) en de daarmee samenhangende (juridische) kwesties zie S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn & M. Olaerts, Van het concern, Deventer: Wolters Kluwer 2016 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/261 e.v.

vloeiende schulden (403-verklaring of 403-aansprakelijkstelling). Daardoor ontstaat voor de moedermaatschappij een eigen verplichting om deze schulden te voldoen als degenen die rechthebbende zijn op de vorderingen uit de rechtshandelingen met de groepsmaatschappij waarvoor de aansprakelijkstelling is afgelegd, zich voor voldoening tot deze maatschappij wenden. Het gaat aldus om een generieke aansprakelijkstellingsverklaring; de aansprakelijkstelling richt zich tot de rechthebbende op een vorderingsrecht jegens de groepsmaatschappij, wie dat dan ook is.²⁷ Als de moedermaatschappij een dergelijke vordering heeft voldaan zonder dat zij daartoe draagplichtig is, heeft zij verhaal op de groepsmaatschappij waarvan zij de schuld heeft voldaan.²⁸

Shell heeft op 31 mei 1985 een verklaring gegeven, met als titel 'Verklaring van Aansprakelijkstelling overeenkomstig het bepaalde in artikel 2:403, eerste lid, sub f van Boek 2 Burgerlijk Wetboek'. De verklaring luidt als volgt:

'SHELL Nederland B.V., gevestigd te 's-Gravenhage, verklaart:

dat zij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de uit rechtshandelingen van de NEDERLANDSE AARDOLIE MAATSCHAPPIJ B.V. gevestigd te 's-Gravenhage voortvloeiende schulden

en dat deze verklaring overeenkomstig het bepaalde in Artikel 403, 1e lid sub g van Boek 2 Burgerlijk Wetboek, ten kantore van het Handelsregister waar de NEDERLANDSE AARDOLIE MAATSCHAPPIJ B.V. is ingeschreven ter inzage van een ieder zal worden gelegd

een en ander onverminderd de mogelijkheid deze aansprakelijkstelling op te heffen overeenkomstig het bepaalde in Artikel 403 2e lid voornoemd.'

Deze 403-verklaring is openbaar gemaakt – in overeenstemming met het bepaalde in art. 2:403 BW – door deponering ten kantore van het handelsregister. En daarnaast is in de geconsolideerde jaarrekeningen van Shell over de boekjaren waarin de jaarrekeningvrijstellingsregeling is toegepast (tot en met 2016) herhaald melding gedaan van deze toepassing.²⁹

Door de verstrekking van deze 403-verklaring heeft Shell op vrijwillige basis haar aansprakelijkheidspositie uitgebreid. In paragraaf 3 ga ik nader in op de jaarrekeningvrijstellingsregeling, de 403-verklaring en de intrekking daarvan. Voorts komen in paragraaf 4 de consequenties van Shells 403-verklaring aan de orde.

27. Voor een analyse van de civielrechtelijke duiding van de vordering op de moedermaatschappij die een 403-verklaring heeft verstrekt (en de daarmee samenhangende complicaties), zie Nass 2019, par. 9.5.

28. Over regresanspraken bij toepassing van het groepsregime zie Nass 2019, par. 9.7.

29. In overeenstemming met art. 2:414 lid 5 BW.

Zoals ik hiervoor al opmerkte, heeft ExxonMobil geen 403-verklaring verstrekt. Tot nu toe is niet gebleken dat zij op andere wijze vrijwillig aansprakelijkheid heeft aanvaard voor schulden van NAM, zodat als uitgangspunt geldt dat ExxonMobil niet aansprakelijk is. Dat neemt overigens niet weg dat er tussen de aandeelhouders mogelijk (en waarschijnlijk) afspraken zijn over de (interne) verdeling van eventuele daadwerkelijke vorderingen waarvoor Shell vrijwillig aansprakelijkheid heeft aanvaard.³⁰

2.3 Afspraken over aansprakelijkheid: AoH en Interim Akkoord

Op 25 juni 2018 hebben de Staat, Shell en ExxonMobil een akkoord op hoofdlijnen (AoH)³¹ gesloten over de gaswinning in Groningen. In het AoH zijn bijzondere afspraken vastgelegd, die strekken tot aanpassing van de OvS. Vanwege de bodemdaling en aardbevingen in Groningen hebben de partijen besloten de doelstelling van hun samenwerking te herzien en op verantwoorde wijze de gaswinning in Groningen af te bouwen. Het AoH moet worden bezien in samenhang met het besluit van de Staat om ten aanzien van de gaswinning in Groningen 'alle regie' naar zich toe te trekken en hetgeen daartoe is opgenomen in de TwG. Van de in het AoH opgenomen mogelijkheid om bij veranderde omstandigheden het AoH te herzien, is gebruik gemaakt: op 9 september 2019 is vanwege de versnelde afbouw van het winningsniveau tussen de genoemde partijen het 'Interim akkoord afbouw gaswinning Groningenveld' gesloten (Interim Akkoord), waarin is bepaald dat er uiterlijk op 31 maart 2020 een addendum komt op het AoH.³² Met Shell en ExxonMobil is in het AoH en het Interim Akkoord (onder meer) overeengekomen dat:³³

1. Shell en ExxonMobil zorg dragen voor de financiële robuustheid van NAM (waartoe behoort het zorg dragen voor voldoende financiële middelen voor de productie van gas uit het Groningenveld) door erop toe te zien dat:
 - a. NAM haar verantwoordelijkheid blijft nemen voor de betaling van de schadeafhandeling en de versterkingsopgave alsmede daartoe voorzieningen treft en steeds de beschikking zal hebben tot liquide middelen ter dekking van de getroffen voorzieningen;
 - b. NAM in ieder geval over de boekjaren 2018 en 2019 geen dividend uit zal keren aan haar aandeelhouders (en slechts als aan zekere voorwaarden is voldaan vanaf 2020 opnieuw dividend kan uitkeren);
 - c. NAM voor € 500 miljoen bijdraagt aan een kabinetsbijdrage voor versterking van de economie en leefbaarheid in de regio Groningen;
2. Shell en ExxonMobil een zekere overeenkomst van geldlening waarbij gelden ter lening aan NAM zijn verstrekt,

30. Te denken is bijv. aan de afspraak dat ExxonMobil gehouden is een (evenredig) deel van de door Shell eventueel betaalde schulden van NAM te dragen.

31. Bijlage 1 bij Kamerbrief Minister van Economische Zaken en Klimaat: Akkoord op Hoofdlijnen met Shell en ExxonMobil (25 juni 2018).

32. Bijlage 8 bij Kamerbrief Minister van Economische Zaken en Klimaat: gaswinningsniveau Groningen in 2019-2020 (10 september 2019).

33. Zie hoofdstuk 6 onder B AoH.

- verlengen ('Loan and Deposit Agreement'), onder handhaving van een maximaal leningsbedrag van € 1,36 miljard;
3. Shell en ExxonMobil garanties zullen geven waardoor NAM haar verplichting tot vergoeding van schade en versterken te allen tijde kan nakomen, met dien verstande dat zij ook na beëindiging van de gaswinning zekerheden zullen stellen voor eventuele kosten met betrekking tot schade en versterken (hetgeen zal worden uitgewerkt in een nadere overeenkomst);
 4. NAM, Shell en ExxonMobil afstand doen van eventuele vorderingen op de Staat in verband met gasreserves die achterblijven in het Groningenveld (gasreserves die als gevolg van beëindiging van de gaswinning niet gewonnen zullen worden).

In het AoH zijn bepaalde details van de hiervoor opgesomde overeenkomsten onleesbaar gemaakt, omdat het 'bedrijfsvertrouwelijke informatie' betreft, dan wel omdat het zichtbaar laten van bepaalde bedragen en/of data de economische belangen van de Staat zou raken. Ook zonder de weggelakte informatie is duidelijk dat Shell en ExxonMobil door het aangaan van het AoH verplichtingen aangaan die naar alle waarschijnlijkheid niet hadden bestaan als het AoH niet was gesloten.

Met name de afspraak als weergegeven onder 3 is in feite een toezegging dat Shell en ExxonMobil aansprakelijkheid aanvaarden voor eventuele verplichtingen van NAM tot vergoeding van schade in verband met gaswinning (alsmede de in dat verband gemaakte kosten van versterking).³⁴ De details van de garanties zijn weggelakt. Wel zichtbaar is dat zowel Shell als ExxonMobil een garantie verstrekt van 50% van NAM's 60%-aandeel in de verplichtingen ten aanzien van de schadeafhandeling (conform de verhouding waarin kosten en opbrengsten uit hoofde van de OvS tussen NAM en de Staat worden verdeeld). Aan wie en wanneer de garanties worden verstrekt, blijkt niet uit de tekst die zichtbaar is.

Het gaat in eerste instantie om garanties met een looptijd die eindigt op het moment dat de gaswinning in het Groningenveld stopt (of uiterlijk tot 1 januari 2035). Shell en ExxonMobil hebben zich verplicht voorafgaand aan het vervallen van de garanties 'passende zekerheden' te zullen stellen voor de periode daarna. Ook zijn partijen overeengekomen dat uiterlijk op 31 december 2019 en op het moment dat de gaswinning uit het Groningenveld lager wordt dan 12 miljard m³ per jaar de garanties worden geactualiseerd, op basis van de dan te verwachten kosten voor het vergoeden van de schade en de versterkingsopgave. Zo'n actualisatie behoeft de instemming van alle partijen.

Inmiddels staat vast dat de Staat voornemens is de gaswinning uit het Groningenveld medio 2020 onder de 12 miljard m³ per

jaar te brengen teneinde deze medio 2022 volledig te beëindigen. Partijen zullen overeenstemming moeten bereiken over een actualisatie van de verstrekte garanties, die naar verwachting medio 2022 zullen vervallen, waaraan voorafgaand andere 'passende zekerheden' moeten worden gesteld door Shell en ExxonMobil.

Door de gemaakte afspraken is er enige onzekerheid over de wijze waarop de aansprakelijkheid van Shell en ExxonMobil wordt ingevuld voor (met name) de verplichtingen van NAM die (nog) bestaan (dan wel niet zijn afgewikkeld) op het moment dat de gaswinning stopt. Het is denkbaar dat er geen overeenstemming wordt bereikt over wat 'passende zekerheden' zouden zijn.

3 Jaarrekeningvrijstellingsregeling

De aansprakelijkstellingsverklaring waarover ik hiervoor schreef, vormt onderdeel van het groepsregime als bedoeld in art. 2:403 BW. Dat groepsregime is in het leven geroepen om een groepsmaatschappij³⁵ onder bepaalde voorwaarden de bevoegdheid te geven om voor de inrichting van de jaarrekening af te wijken van de inrichtingsvereisten als voorgeschreven in titel 9 Boek 2 BW, mits een aantal voorwaarden is vervuld. Als die voorwaarden zijn vervuld, is er tevens vrijstelling van de in titel 9 Boek 2 BW opgenomen inrichtingsvereisten voor het bestuursverslag en voor de overige gegevens, van accountantscontrole en van de verplichting tot openbaarmaking van de jaarrekening door de deponering bij het handelsregister. Door het groepsregime toe te passen kunnen kostenbesparingen en concurrentievoordelen ontstaan. Hierna zet ik kort de kenmerken van de vrijstellingsregeling uiteen.³⁶

3.1 Een omschrijving naar (een aantal) voorwaarden en kenmerken

Ter waarborg van de positie van de aandeelhouders³⁷ van de vrijgestelde groepsmaatschappij is in art. 2:403 lid 1 onder b BW bepaald dat ná de aanvang van het boekjaar, maar vóór de vaststelling van de jaarrekening alle aandeelhouders schriftelijk moeten instemmen met afwijking van de inrichtingsvoorschriften van titel 9 Boek 2 BW.³⁸ Tot de in art. 2:403 lid 1 BW opgenomen voorwaarden behoort daarnaast onder meer dat de moedermaatschappij die zich aansprakelijk heeft gesteld, de financiële gegevens van de vrij te stellen groepsmaatschappij moet hebben geconsolideerd in haar geconsoli-

34. Deze toezegging is een resultaatverplichting. De onder 1 sub a, b en c weergegeven verplichtingen strekken tot het verrichten van een zekere inspanning.

35. Het gaat om de rechtspersonen als omschreven in art. 2:360 BW, niet zijnde een organisatie van openbaar belang als bedoeld in art. 2:398 lid 7 BW (art. 2:403 lid 4 BW).

36. Voor een uitgebreide omschrijving van de vrijstellingsregeling zie Nass 2019.

37. Dan wel leden, dan wel vennoten.

38. Art. 2:403 lid 1 onder b BW.

deerde jaarrekening,³⁹ die openbaar moet worden gemaakt door deponering bij het handelsregister.⁴⁰ De aansprakelijkstelling door de moedermaatschappij vindt plaats doordat deze zich hoofdelijk aansprakelijk moet hebben gesteld voor de uit rechtshandelingen van de vrij te stellen groepsmaatschappij voortvloeiende schulden. Het gaat dus om contractuele aansprakelijkheid. Er is geen aansprakelijkheid voor schulden met een andere grondslag, zoals schulden uit hoofde van de wet of in verband met onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking, zaakwaarneming, belastingschulden of op grond van socialezekerheidswetgeving.

Voor alle duidelijkheid merk ik op dat derden geen rechten ontnemen aan art. 2:403 BW als zodanig, maar aan de inhoud (tekst) van een 403-verklaring zelf.⁴¹ De in art. 2:403 BW bedoelde hoofdelijke aansprakelijkstelling is een ongerichte eenzijdige rechtshandeling. Dit betekent dat door het (enkele) geven van de verklaring aansprakelijkheid ontstaat voor de moedermaatschappij; aanvaarding door degene(n) die een vordering op de groepsmaatschappij heeft (hebben) of verkrijgt (verkrijgen) (begunstigde(n)), is niet vereist. Gerechtigden tot de vorderingen uit de rechtshandelingen die met de groepsmaatschappij zijn aangegaan tijdens de werking van de 403-verklaring⁴² en waaruit schulden voortvloeien, kunnen zich vanaf het moment van opeisbaarheid daarvan voor de voldoening van hun vorderingen ook wenden tot de moedermaatschappij. Die moedermaatschappij is alsdan gehouden in overeenstemming met het gestelde in haar 403-verklaring tot voldoening van de desbetreffende vorderingen over te gaan, voor zover de groepsmaatschappij al niet tot voldoening is overgegaan. De aansprakelijkheid is in beginsel onbeperkt en

de heersende opvatting is dat van subsidiariteit geen sprake is.⁴³

In de doctrine is discussie over de civielrechtelijke kwalificatie van een vordering uit hoofde van een 403-verklaring, meer in het bijzonder over de relatie tussen die vordering en de vordering van de schuldeiser op de groepsmaatschappij. Uitgaande van de wettelijke benadering gaat het om zelfstandige vorderingsrechten, hetgeen (praktische) complicaties met zich brengt, omdat de verschillende vorderingsrechten in dat geval ook vatbaar zijn voor afzonderlijke overdracht, bezwaring, beslag, verjaring, kwijting, onderbewindstelling en volmachtverlening. In de literatuur worden andere benaderingen omschreven.⁴⁴

3.2 Intrekking 403-aansprakelijkstelling

De moedermaatschappij kan haar aansprakelijkstelling beëindigen op de wijzen zoals geregeld in art. 2:404 BW. Een 403-aansprakelijkstelling kan worden ingetrokken door nederlegging van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister⁴⁵ met bekendmaking ervan in de Staatscourant. Als de 403-aansprakelijkstelling is ingetrokken, betekent dit dat de aansprakelijkheid voor schulden uit rechtshandelingen die zijn verricht nadat de intrekking werkt, buiten het dekkingsbereik van de eerder afgegeven 403-verklaring vallen. De aansprakelijkheid voor schulden uit de tot dat moment aangegane rechtshandelingen (met inachtneming van het bepaalde in de 403-verklaring) blijft ten opzichte van een schuldeiser voor diens vordering uit een rechtshandeling met de groepsmaatschappij bestaan. Als de groepsband tussen de moedermaatschappij en de groepsmaatschappij is verbroken, kan die zogenoemde overblijvende aansprakelijkheid onder bepaalde voorwaarden worden beëindigd.⁴⁶

4 Toepassing vrijstellingsregeling door Shell

Shell heeft vrijwillig aansprakelijkheid aanvaard door de 403-verklaring te verstrekken zoals weergegeven in paragraaf 2.2. In de jaarrekening van Shell is ook melding gemaakt van de 403-verklaring; in de laatste jaarrekening voordat de aansprakelijkstelling is ingetrokken, staat hierover:

‘The Company (Shell) has filed a statement with the Trade Register, in accordance with Article 2:403 sub 1 of the Netherlands Civil Code that it accepts liability for debts resulting from legal acts (“rechtshandelingen”) of the following companies:

39. Het is een misverstand te veronderstellen dat het verstrekken van een 403-verklaring een voorwaarde is voor consolidatie (hetgeen alsdan als grondslag wordt genoemd voor het niet aan de orde zijn van een openbaarverplichting). Van die onjuiste veronderstelling gaat ook de Minister van Economische Zaken en Klimaat (Kamerstukken II 2017/18, 33529, nr. 422, p. 2) uit: ‘Het is bij concerns met dochterondernemingen gebruikelijk om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen. De financiële gegevens van de dochterondernemingen worden dan opgenomen in de jaarrekening van een andere rechtspersoon binnen dat concern, meestal de moedervennootschap. De dochterondernemingen zelf hoeven dan geen eigen jaarrekening meer te publiceren. Een van de eisen daarvoor is het afgeven van een zogenaamde 403-verklaring waarin de rechtspersoon die de cijfers consolideert, verklaart zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de schulden voortvloeiend uit rechtshandelingen van de dochterondernemingen.’

40. Art. 2:403 lid 1 onder c jo. onder g BW.

41. HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, NJ 2002/447 m.nt. Maeijer, JOR 2002/136 m.nt. Bartman (Akzo Nobel/ING Bank).

42. De wettelijke regeling laat op punten veel ruimte voor discussie, o.m. betreffende de vraag welke schulden uit rechtshandelingen – enkel op het moment van het afleggen van de 403-verklaring bestaande of ook toekomstige schulden? – onder de reikwijdte van de 403-verklaring vallen. Ik merk op dat deze kwesties relevant zijn in verband met het jaarrekeningrechtelijke aspect van de vrijstellingsregeling: welke ‘ten minste’-inhoud dient de aansprakelijkstellingsverklaring te hebben, wil de groepsmaatschappij bevoegd gebruik kunnen maken van de vrijstellingsregeling.

43. Een aantal auteurs stelt zich evenwel op het standpunt dat er subsidiariteit zou moeten zijn. Zie o.m. S.M. Bartman, De 403-verklaring: hoofdelijkheid of borgtocht? Een napleitexercitie, AA 2015, afl. 10, p. 809. De wetgeschiedenis biedt een aanknopingspunt voor aanvaarding van een subsidiaire hoofdelijkheid.

44. Zie o.m. E.A. van Dooren, De 403-vordering: mogelijkheden binnen de hoofdelijkheid?, Ondernemingsrecht 2015/72 en R. Wibier, De aard van de aansprakelijkheid uit hoofde van een 403-verklaring, AA 2015, afl. 10, p. 778-783.

45. Art. 2:404 lid 1 en 2 BW.

46. Art. 2:404 lid 3 e.v. BW.

- (...);
- Nederlandse Aardolie Maatschappij B.V.’

Van de intrekking is eveneens melding gemaakt in het handelsregister en in de Staatscourant. Omtrent de intrekking is in de jaarrekening 2017 opgenomen:

‘The Company has withdrawn the statement as per 2 June 2017. The Company remains liable for debts resulting from acts before this date.’

4.1 Aansprakelijkheid Shell uit hoofde van 403-verklaring

Uit de tekst van de 403-verklaring blijkt dat Shell hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden uit rechtshandelingen van NAM. De heersende opvatting is dat het gaat om schulden uit op 31 mei 1985 aangegane rechtshandelingen van NAM en alle schulden uit in de periode daarna aan te gane rechtshandelingen van NAM.⁴⁷ Door de intrekking en bekendmaking daarvan kan Shell zich daar per 8 juni 2017 op beroepen, zodat er geen aansprakelijkheid is voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die na dat moment zijn verricht. Voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen voor het moment dat Shell zich op de intrekking kan beroepen, blijft zij aansprakelijk.⁴⁸

Bij NAM gaat het (in hoofdzaak) om aardbevingsschade veroorzaakt door gaswinning, zoals bepaald in art. 6:177 BW, een verplichting tot vergoeding van schade op grond van onrechtmatig handelen. Die schulden vallen niet onder het dekkingsbereik van Shells 403-verklaring. De intrekking van de 403-verklaring heeft op dit punt geen verandering gebracht in Shells aansprakelijkheidspositie.⁴⁹ Wel heeft de intrekking consequenties voor de aansprakelijkheidspositie van Shell voor (bijvoorbeeld) schikkingsovereenkomsten waar NAM partij bij is. Het gaat in die gevallen weliswaar om een betalingsverplichting in verband met de (vergoeding van) schade uit hoofde van onrechtmatig handelen, maar het aangaan van die verplichting heeft een contractuele grondslag. Door de intrekking is Shell niet langer hoofdelijk aansprakelijk voor dergelijke schulden in het geval dat de schikkingsovereenkomst is aangegaan na het moment waarop zij zich kan beroepen op de intrekking.

47. In de literatuur wordt wel verdedigd dat het zogenoemde dekkingsbereik van de 403-verklaring beperkt(er) is of zou moeten zijn (zie Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 206).

48. Een vereiste voor het beëindigen van deze overblijvende aansprakelijkheid is het verbreken van de groepsband; dat is thans niet aan de orde (en zal naar verwachting ook in de toekomst niet aan de orde zijn).

49. Hetgeen ook door de Minister van Economische Zaken en Klimaat is onderstrept (Kamerstukken II 2017/18, 33529, nr. 422): ‘De verplichting tot het vergoeden van aardbevingsschade (...) is een wettelijke verplichting van NAM. Die verplichting van NAM zelf wordt niet geraakt door de intrekking van de 403-verklaring. Op grond van de 403-verklaring van Shell, was Shell alleen aansprakelijk voor schulden van NAM uit rechtshandelingen en niet voor wettelijke verplichtingen van NAM. De mogelijkheid (...) om (...) schade vergoed te krijgen, verandert dus niet door de intrekking van de 403-verklaring.’

Het gebruik maken van de jaarrekeningvrijstellingsregeling is geen verplichting en het verstrekken van een 403-verklaring evenmin. Shell kon daarom zonder meer besluiten de 403-verklaring in te trekken. Bij de timing van die intrekking zijn wel vraagtekens geplaatst.⁵⁰ Shell heeft verklaard dat de intrekking en het gekozen moment zijn ingegeven door een verplichting voor NAM om met ingang van het boekjaar 2016 betalingen aan overheden bekend te maken door middel van een openbaar te maken verslag.⁵¹ De inwerkingtreding van deze verplichting was voor NAM aanleiding om te besluiten met ingang van het boekjaar 2017 (ook) de jaarrekening openbaar te maken door depot bij het handelsregister. Deze verklaring neemt – mijns inziens – niet alle argwaan weg; deze argumentatie volgende zou Shell de 403-verklaring al eerder hebben moeten (kunnen) intrekken, want reeds over het boekjaar 2016 was er voor NAM de verplichting het verslag inzake betalingen aan overheden openbaar te maken. Daar komt bij dat Shell ((on)bewust?) een onvolledig beeld schetst van het verband tussen de openbaarmaking van de jaarrekening van NAM en (de intrekking van) de 403-verklaring; de 403-verklaring is een van de voorwaarden voor de bevoegde toepassing van de jaarrekeningvrijstelling, maar NAM is niet verplicht om van die vrijstelling gebruik te maken. Met andere woorden: er was niets op tegen geweest om de 403-verklaring te continueren.

Wat er ook zij van de redenen voor het intrekken van de 403-verklaring, vaststaat dat Shell niet hoofdelijk aansprakelijk is voor schulden uit rechtshandelingen die zijn aangegaan na 8 juni 2017. Dat wil niet zeggen dat Shells aansprakelijkheidspositie (zonder meer) is verbeterd. In het AoH heeft Shell verplichtingen op zich genomen die aansprakelijkheid met zich brengen (zie par. 2.3).⁵² De toezeggingen die Shell heeft gedaan, hebben een ander karakter: het gaat om een garantie in plaats van hoofdelijke aansprakelijkheid. Een garantie is geen wettelijk bepaalde vorm, maar de inhoud daarvan wordt bepaald door de tekst van hetgeen is gegarandeerd, terwijl de hoofdelijke aansprakelijkheid uit hoofde van een 403-verklaring (mede) wordt bepaald door hetgeen omtrent hoofdelijkheid is voorgeschreven in Boek 6 BW.⁵³

Shell heeft zich in het AoH (onder meer) verplicht een garantie te verstrekken voor de verplichtingen uit hoofde van onrechtmatig handelen (ex art. 6:177 BW) ten aanzien van betalingen voor schadeafhandeling en versterkingsopgave. In publieke uitingen zijn eveneens toezeggingen gedaan met een

50. Van Dooren 2018, p. 62 en Nass 2018, p. 162.

51. Zoals bepaald in art. 42 lid 1 Richtlijn 2013/34/EU (art. 2:392a BW).

52. Uit het openbaar gemaakte AoH lijkt te volgen dat NAM daarbij geen partij is, zodat in het geval de 403-verklaring niet zou zijn ingetrokken, er in dat verband geen 403-aansprakelijkheid zou zijn voor Shell. Shell is wel verantwoordelijk en aansprakelijk voor de verplichtingen die zij (als partij bij het AoH) op zich heeft genomen.

53. Shell heeft in de 403-verklaring aansluiting gezocht bij de tekst van art. 2:403 BW, zodat (uitgaande van de heersende leer) het gaat om hoofdelijkheid in de zin van art. 6:6 e.v. BW.

vergelijkbare strekking.⁵⁴ Ook in de toelichting op de jaarrekeningen 2017 en 2018 doet Shell duidelijk beloftes:

‘(...) The Company (Shell) has confirmed to support, if and when needed, the financial robustness of NAM in relation to earthquake related costs.’ (2017)

‘(...) The Company (Shell) has confirmed to support, if and when needed, the financial robustness of NAM in relation to earthquake related damages through a guarantee to the Dutch State for the Company’s share in the costs.’⁵⁵ (2018)

Het gaat om vrijwillige toezeggingen die (veel) verder strekken dan het dekkingsbereik van de ingetrokken 403-verklaring. Het lijkt erop dat Shell (en ExxonMobil) bereid is (zijn) geweest méér te doen dan waartoe zij naar de stand van nu als aandeelhouder strikt genomen gehouden is (zijn). Vanuit aandeelhoudersbelang is dat begrijpelijk, er is thans (enige) (rechts)zekerheid omtrent de wel en niet op Shell (en ExxonMobil) rustende verplichtingen.

4.2 Bevoegde toepassing?

Ik wijs nog op een tweede kwestie die verband houdt met de jaarrekeningvrijstellingsregeling. Voor een rechtsgeldige toepassing van de vrijstelling geldt als constitutieve voorwaarde dat de vrij te stellen rechtspersoon een groepsmaatschappij is, in de zin van art. 2:24b BW, hetgeen er (kort samengevat) op neerkomt dat deze onder overheersende/beslissende invloed staat van een andere groepsmaatschappij (het groepshoofd). Als de vrijstellingsregeling wordt toegepast door een entiteit die niet aan de groepsvoorwaarde voldoet, dan is onbevoegd gebruik gemaakt van de regeling. In dat geval is (onder meer) van belang dat er sprake is van schending van de verplichting als bedoeld in art. 2:394 BW, omdat de jaarrekening ten onrechte niet openbaar is gemaakt door deponering bij het handelsregister. Mocht de desbetreffende entiteit failliet gaan, dan is art. 2:138/248 lid 2 BW van toepassing.⁵⁶

Of een joint venture⁵⁷ gebruik kan maken van het groepsregime is omstreden. Een joint venture wordt in de doctrine omschreven als een regeling tot samenwerking van verschillende partijen op de voet van gelijkwaardigheid door middel van een rechtens zelfstandige onderneming. Naar haar aard is er geen sprake van een overheersende/beslissende invloed van een van de samenwerkende partijen. Naar mijn mening kan

daardoor niet worden gesteld dat een joint venture deel uitmaakt van een groep van een van de samenwerkende partijen (tenzij zij tot dezelfde groep behoren).⁵⁸

In de jaarrekeningen 2017 en 2018 van Shell wordt NAM geduid als ‘the Company’s joint venture’.⁵⁹ Dat is merkwaardig in relatie tot het feit dat NAM als groepsmaatschappij is geduid en ook zo is behandeld. Zou NAM niet te duiden zijn als groepsmaatschappij en binnen drie jaar na de (laatste) schending van art. 2:394 BW failleren, dan zou er voor Shell in haar hoedanigheid van bestuurder-rechtspersoon doorwerking van aansprakelijkheid kunnen zijn ex art. 2:248 lid 2 BW.

5 Concluderende opmerkingen

De intrekking door Shell van de 403-aansprakelijkstelling voor NAM heeft de nodige ophef veroorzaakt. Dat er commotie is ontstaan in de publieke opinie is begrijpelijk. Dat heeft te maken met het moment waarop de intrekking bekend werd. De berichtgeving in Trouw (zie par. 1) kwam op een – voor Shell en NAM – ongelukkig moment, zodat er ruimte was voor de gedachte dat de reden voor de intrekking was dat Shell beoogde haar aansprakelijkheidspositie te verbeteren.

Wat de werkelijke reden ook is, door de totstandkoming van het AoH hebben beide aandeelhouders van NAM vrijwillig toezeggingen gedaan die een duidelijke uitbreiding inhouden van hun aansprakelijkheid voor verplichtingen van NAM, ook ten opzichte van de aansprakelijkheid uit hoofde van de 403-verklaring van Shell (als die niet zou zijn ingetrokken). Deze toezeggingen zijn weliswaar niet (rechtstreeks) gericht tot gedupeerden van aardbevingsschade, maar strekken (via de TwG) wel tot vergoeding van door hen geleden schade en kosten. De aard van de toezeggingen is ‘ruim’, maar had (nog) ruimer gekund, bijvoorbeeld door die toezeggingen te laten doen door een entiteit op een ander (hoger) niveau in de concernstructuur van Shell respectievelijk ExxonMobil, ervan uitgaande dat die entiteit (nog) grotere zakken heeft. Door de genoemde toezeggingen is de vermindering van de aansprakelijkheid van Shell die het gevolg is van de intrekking van de 403-verklaring gecompenseerd.

Alles overwegende bieden de gemaakte afspraken tussen de Staat, Shell en ExxonMobil naar mijn mening een acceptabel uitgangspunt om bij aansprakelijkheid van NAM ook de aandeelhouders aan te spreken op hun (maatschappelijke) verantwoordelijkheid.

54. Op www.shell.nl (30 januari 2018): ‘Shell Nederland staat achter NAM en Groningen’, Het Financieel Dagblad, Shell bezweert Kamer: wij staan garant voor NAM, 2 februari 2018 en president-directeur van Shell Marjan van Loon bij de vaste commissie van de Tweede Kamer op 1 februari 2018.

55. Het is – gegeven de relevante bijzondere omstandigheden – niet ondenkbaar dat partijen (NAM, de Staat, gedupeerden) een beroep toekomt op deze beloftes.

56. Zie ook de annotatie van E.A. van Dooren (onder 8 en 9) bij Hof Den Haag 25 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3312, JOR 2020/56.

57. Die rechtspersoon is als omschreven in art. 2:360 BW.

58. Zie ook Nass 2019, par. 2.3.2.

59. Met verantwoording volgens de *equity method*.