

MR. JACK W. BERK

# Enkele opmerkingen bij artikel 403 boek 2 burgerlijk wetboek

## Inleiding

In titel 9 van boek 2 van het burgerlijk wetboek<sup>1</sup> is de wettelijke regeling omtrent de inhoud van de jaarrekening en het jaarverslag opgenomen. Artikel 403 geeft onder een zevental voorwaarden vrijstelling van de voorschriften van titel 9. Die voorwaarden komen hieronder aan bod. De vrijstelling is buitengewoon nuttig binnen een groepsverband. Zij voorkomt dat binnen een concern voor tal van vennootschappen afzonderlijke jaarrekeningen moeten worden opgesteld, voorzien van accountantsverklaringen, en gedeponeed. Zij vergemakkelijkt de accountantscontrole. Accountantscontrole binnen concernverband kan met een hogere drempel voor materialiteit worden uitgevoerd dan controle op het niveau van individuele groepsmaatschappijen. De regeling past in de economische realiteit dat veel groepen als één onderneming worden geleid, met centrale allocatie van middelen. Veel Nederlandse concerns maken dan ook gebruik van de regeling<sup>2</sup>. In deze bijdrage worden enkele opmerkingen gewijd aan dit jaarrekeningrechtelijke 'groepsregime' en wordt aandacht besteed aan enige relevante jurisprudentie van de afgelopen jaren.

## Wie kan gebruik maken van het groepsregime

Titel 9 is van toepassing op de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, de naamloze vennootschap, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en voorts op commanditaire ven-

nootschappen en vennootschappen onder firma met – kort gezegd – uitsluitend buitenlandse kapitaalvennootschappen als voor het geheel aansprakelijke vennoten. Ook is titel 9 van toepassing op bepaalde 'nijvere' stichtingen en verenigingen. Uitsluitend rechtspersonen kunnen gebruik maken van het groepsregime. Commanditaire vennootschappen en vennootschappen onder firma kunnen er geen gebruik van maken. Onder omstandigheden kan dit tot merkwaardige uitkomsten leiden. De Nederlandse besloten vennootschap die dochtermaatschappij is van een Belgische naamloze vennootschap kan van het groepsregime gebruik maken, maar de Nederlandse CV met een Belgische naamloze vennootschap als enig beherend vennoot kan dit niet.

De rechtspersoon die gebruik wil maken van het groepsregime moet een groepsmaatschappij zijn van de rechtspersoon of vennootschap die de rechtspersoon consolideert in haar geconsolideerde jaarrekening<sup>3</sup>. De wet stelt deze eis niet rechtstreeks. Dit zal in het algemeen voortvloeien uit de regels voor consolidatie die de consoliderende maatschappij moet toepassen<sup>4</sup>. De consoliderende maatschappij kan de uiteindelijke houdster van de groep zijn, maar het kan ook een andere rechtspersoon of vennootschap binnen de groep zijn. Een rechtspersoon die moet worden aangemerkt als een *joint venture* van maatschappijen die niet behoren tot eenzelfde groep kan alleen van het groepsregime gebruik maken als de *joint venture* rechtspersoon desondanks tot de groep van de consoliderende maatschappij behoort.

<sup>1</sup> Verwijzingen naar wetsartikelen zijn in deze bijdrage verwijzingen naar wetsartikelen van boek 2 van het burgerlijk wetboek, tenzij anders vermeld.

<sup>2</sup> Vier willekeurig gekozen Euronext Amsterdam hoofdfondsen ABN AMRO, Heineken, Philips en Unilever blijken alle van de regeling gebruik te maken.

<sup>3</sup> In het vervolg van deze bijdrage zal de rechtspersoon die van het groepsregime gebruik wil maken ook wel worden aangeduid als de 'groepsmaatschappij' en zal de rechtspersoon of vennootschap die de groepsmaatschappij consolideert in haar geconsolideerde jaarrekening ook wel worden aangeduid als de 'consoliderende maatschappij'.

<sup>4</sup> Zie echter de tekst van artikel 405, die de mogelijkheid openlaat dat ook niet tot de groep behorende rechtspersonen en vennootschappen in de consolidatie worden opgenomen.

### Waarvan stelt het groepsregime vrij

De aanhef van lid 1 van artikel 403 stelt dat een tot een groep behorende rechtspersoon onder de hierna te noemen voorwaarden de jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van titel 9 behoeft in te richten. Deze terminologie lijkt erop te wijzen dat het groepsregime vrijstelling geeft van voorschriften over de inrichting van de jaarrekening en niet een verdergaande vrijstelling. Consequentie van een restrictieve uitleg is dat de beperkte balans en resultatenrekening die ingevolge lid 1 onder a moeten worden opgesteld wel moeten voldoen aan de eisen van artikel 362 en dus naar maatschappelijk aanvaardbare normen zodanig inzicht moeten geven dat verantwoorde oordeelsvorming mogelijk is. Ook moeten in dat geval de waarderingsvoorschriften van titel 9 worden gevolgd. In 1994 stelde IJsselmuiden zich in zijn commentaar op titel 9 nog op dit standpunt<sup>5</sup>. Beckman en Van Wijngaarden<sup>6</sup> gaan uit van een ruime interpretatie en betrekken de vrijstelling op alle bepalingen van titel 9, dus ook op waarderingsvoorschriften en bepalingen van algemener strekking.

Hoezeer ik vanuit praktisch oogpunt sympathie heb voor deze ruime opvatting, ik heb ook mijn twijfels. Zie de tekst onder het volgende kopje. Maeijer<sup>7</sup> lijkt de vrijstelling beperkter uit te leggen dan Beckman en Van Wijngaarden, met zijn nadruk op de minimumvereisten waaraan de inrichting van de beperkte balans en resultatenrekening moeten voldoen.

Artikel 403 lid 3 geeft vrijstelling van de artikelen 391 tot en met 394. De groepsmaatschappij ontloopt daarmee de inrichtingseisen voor het jaarverslag. Een algehele vrijstelling van het opstellen van een jaarverslag is dit niet, gelet op de verplichtingen ex artikel 101 (voor de naamloze vennootschap) en 210 (voor de besloten vennootschap) om het jaarverslag tegelijk met de jaarrekening (in dit geval: de beperkte balans en resultatenrekening die lid 1 onder a eist) voor te leggen aan aandeelhouders. Ook is de groepsmaatschappij vrijgesteld van accountantscontrole (die zij overigens als onderdeel van het grotere geheel toch wel zal ondergaan) en van de verplichting tot openbaarmaking van de jaarrekening en het jaarverslag.

### De beperkte balans en resultatenrekening

Lid 1 onder a van artikel 403 schrijft voor dat een beperkte balans en resultatenrekening moeten worden opgesteld. Met Maeijer<sup>8</sup> ga ik er vanuit dat die beperkte balans en resultatenrekening – ondanks de beperkingen – niettemin moeten worden gezien als een jaarrekening in de zin van de artikelen 101 en 210, die dan ook door het bestuur moet worden ondertekend en door de algemene vergadering moet worden vastgesteld. Dit volgt impliciet ook uit de tekst van artikel 403 lid 1 onder b. Deze jaarrekening is niet geheel zonder betekenis:

- De ondernemingsraad heeft ingevolge artikel 31a lid 2 van de Wet op de ondernemingsraden recht op de vastgestelde jaarrekening. Aan die jaarrekening mogen eisen gesteld worden. Zeker als de consoliderende moedermaatschappij een buitenlandse rechtspersoon is, kan de vastgestelde jaarrekening van de Nederlandse rechtspersoon waarbij de ondernemingsraad is ingesteld een belangrijke informatiebron zijn;
- Niet uit te sluiten is dat de beperkte balans en resultatenrekening voor commerciële of andere doeleinden aan derden wordt verstrekt.

Is de – het zij toegegeven, zelden toegepaste – strafbepaling van artikel 336 Wetboek van Strafrecht (openbaar maken van een onware balans of winst- en verliesrekening) wellicht van toepassing als de beperkte balans en resultatenrekening te zeer afwijken van de werkelijkheid? Het bestuur dat gebruik maakt van het groepsregime doet er mijns inziens verstandig aan bij het opstellen van de beperkte balans en resultatenrekening deze aspecten in overweging te nemen.

### Alle leden of aandeelhouders moeten instemmen

Alle leden of aandeelhouders moeten instemmen met het afwijken van titel 9. Dit moeten zij voor ieder boekjaar afzonderlijk doen: de instemmingsverklaring moet jaarlijks worden gedeponereerd bij het handelsregister<sup>9</sup>. De instemming moet worden gegeven ná aanvang van het boekjaar. Een instemmingsverklaring kan voor meer jaren in één verklaring terecht komen. Zo blijkt uit het handelsregister dat Philips Lighting Holding B.V. op 16 februari 2006 de instemmingsverklaring van haar aandeelhouder Koninklijke Philips Electronics N.V. voor zowel de boekjaren 2005 als 2006 deponeerde<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Mr. Th.S. IJsselmuiden, *Rechtspersonen*, Kluwer, Supplement 118 (juni 1994), Art. 403-5.

<sup>6</sup> H. Beckman en T. van Wijngaarden in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, Sdu Uitgevers 2006, blz. 1394.

<sup>7</sup> Asser-Maeijer 2-III, nr 438.

<sup>8</sup> Asser-Maeijer 2-III, nr 438.

<sup>9</sup> Artikel 403 lid 1 onder b.

<sup>10</sup> Als de jaarrekening over 2005 in januari 2007 nog niet is vastgesteld, kan zelfs instemming over de drie jaren 2005, 2006 en 2007 in één verklaring worden gegeven.

Tot welk moment kan de instemming van leden of aandeelhouders nog worden gevraagd en gedeponereerd? De wet zegt: vóór de vaststelling van de jaarrekening. Hoe moet deze aanduiding gelezen worden? De instemming kan niet meer worden gegeven op de aandeelhoudersvergadering waarin vaststelling van de jaarrekening wordt geagendeerd. De instemmingsverklaringen moeten immers al zijn gedeponereerd bij het handelsregister op het moment dat de jaarrekening wordt vastgesteld in afwijking van titel 9. Het deponeren van de instemmingsverklaringen kan echter nog tot vlak voor de betreffende aandeelhoudersvergadering geschieden: zolang maar ter vergadering het bewijs van depot voorhanden is. Logisch is dit echter alleen in 100% verhoudingen, als de groepsmaatschappij een volledige (klein)dochtermaatschappij is van de consoliderende maatschappij. Het besluit tot instemming is geen besluit van de aandeelhoudersvergadering. Iedere aandeelhouder moet individueel instemmen<sup>11</sup>. Wachten tot vlak voor de aandeelhoudersvergadering waarin vaststelling van de jaarrekening wordt geagendeerd brengt het risico met zich dat een aandeelhouder niet instemt of zo vlak voor de vergadering niet aanwezig is om instemming te geven. Tenzij de instemming is verkregen of vaststaat dat zij zal worden verkregen, zal het bestuur de jaarrekening moeten opmaken zonder rekening te houden met het groepsregime. In andere dan 100% verhoudingen zal de instemming feitelijk gevraagd moeten worden voordat de jaarrekening moet zijn opgemaakt. Beckman stelt in zijn proefschrift over artikel 403 dat in de regeling van het groepsregime het uiterste tijdstip van instemming het moment van opmaken van de jaarrekening had moeten zijn<sup>12</sup>. Dat lijkt mij niet vanzelfsprekend. In 100% verhoudingen is instemming een korte tijd voorafgaand aan vaststelling geen bezwaar. Beckman onderkent dat ook. Zijn het de aandeelhouders ten tijde van het opmaken of die ten tijde van het vaststellen van de jaarrekening die moeten instemmen? Bij het opmaken van de jaarrekening staat niet altijd vast wie ten tijde van de vaststelling aandeelhouder zullen zijn. Kan iemand die aandeelhouder wordt voordat de jaarrekening is vastgesteld bezwaar maken tegen de instemming door zijn rechtsvoorganger? De wetgever had hier wel wat meer duidelijkheid mogen scheppen.

De wet stelt geen termijn voor de vaststelling van de jaarrekening. De jaarrekening moet zijn opgemaakt en voor aandeelhouders ter inzage zijn gelegd binnen vijf maanden na het einde van het boekjaar. Wegens bijzondere omstandigheden kan de algemene vergadering deze termijn verlengen met ten hoogste zes maanden<sup>13</sup>. Met de eis van 'bijzondere omstandigheden' wordt in de praktijk nogal gemakkelijk omgesprongen. Het uitstel wordt veelal verleend (of genomen zelfs zonder dat

een aandeelhoudersbesluit wordt genomen) zonder dat zich 'bijzondere omstandigheden' voordoen. Als de jaarrekening niet binnen twee maanden na de voor het opmaken voorgescreven termijn is vastgesteld, moet zij openbaar gemaakt worden<sup>14</sup>. De vaststelling kan nog geruime tijd op zich laten wachten. In de praktijk wordt vaststelling van de jaarrekening van dochtermaatschappijen nog wel eens vergeten. Als de jaarrekening van de consoliderende moeder gereed is, door de accountant gecontroleerd, en vastgesteld door haar algemene vergadering, haalt de financiële afdeling opgelucht adem en wordt niet altijd acht geslagen op formaliteiten (?) die voor dochtermaatschappijen moeten worden vervuld. Het zou wenselijk zijn een wettelijke termijn te stellen voor het vaststellen van de jaarrekening. Dat plaatst de verantwoordelijkheid van de aandeelhouder in een duidelijk kader. Of mogen we artikel 394 lid 3 zó lezen dat het zich ook tot de aandeelhouder richt, en dat de binnen dertien maanden openbaar te maken jaarrekening de vastgestelde jaarrekening moet zijn? Naast artikel 101/210 lid 1 (opmaken binnen uiterlijk elf maanden) en artikel 394 lid 2 (openbaar maken binnen twee maanden na de wettelijke termijn voor opmaken) lijkt artikel 394 lid 3 anders zelfstandige betekenis te ontberen. Ik heb in de literatuur echter niet direct steun gevonden voor een dergelijke lezing. Verdere behandeling gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

Het ontbreken van een termijn voor vaststelling van de jaarrekening impliceert dat onder omstandigheden zelfs ná verloop van dertien maanden na het einde van het boekjaar nog een instemmingsverklaring kan worden afgegeven. Ook aan het deponeren van de instemmingsverklaring (artikel 403 lid 1 onder g) is geen tijdslimiet gesteld. Daarbij moet wel bedacht worden dat het niet tijdig agenderen van de vaststelling van de jaarrekening bezwaarlijk als juist beleid kan worden gekwalificeerd.

### Opname financiële gegevens in een consoliderende entiteit

Lid 1 onder c van artikel 403 stelt als eis dat de financiële gegevens van de rechtspersoon zijn opgenomen in een geconsolideerde jaarrekening waarop krachtens toepasselijk recht de IAS-verordening van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen, de Zevende Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake het vennootschapsrecht, of een van de twee richtlijnen van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende de jaarrekening en de geconso-

<sup>11</sup> Anders Mr. Th.S. IJsselmuiden, *Rechtspersonen*, Kluwer, Supplement 118 (juni 1994), Art. 403-8, die dit als een unaniem besluit van de algemene vergadering voorstelt.

<sup>12</sup> H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen*, Kluwer 1995, blz. 250.

<sup>13</sup> Artikel 101/210 lid 1. Zie artikel 58 lid 1 voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij: daar bedragen de termijnen respectievelijk zes en vijf maanden.

<sup>14</sup> Artikel 394 lid 2.

lideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen of van verzekeringsondernemingen van toepassing is. Een vennootschap of rechtspersoon die vrijwillig – niet krachtens wettelijke verplichting – voldoet aan deze voorschriften kan niet kwalificeren als consoliderende maatschappij voor toepassing van het groepsregime. Niet wordt de eis gesteld dat de consoliderende maatschappij feitelijk binnen de Europese Unie gevestigd is, of is opgericht naar het recht van een lidstaat van de Europese Unie.

### Taal van de geconsolideerde jaarrekening, de accountantsverklaring en het jaarverslag

De consoliderende maatschappij dient haar geconsolideerde jaarrekening, de accountantsverklaring daarbij en haar jaarverslag in het Nederlands, Engels, Duits of Frans te deponeren<sup>15</sup>. Hoewel de wet dat niet met zoveel woorden zegt brengt een zinvolle uitleg mee dat gedeponerd moet worden bij een handelsregister binnen Nederland.

### De aansprakelijkheidsverklaring

Als pièce de résistance van artikel 403 geldt ongetwijfeld lid f, dat bepaalt dat een consoliderende maatschappij schriftelijk dient te verklaren zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de groepsmaatschappij voortvloeiende schulden. Het moet gaan om schulden uit rechtshandelingen, waaronder blijkens jurisprudentie<sup>16</sup> mede worden begrepen schadevergoedingen wegens vernietiging en ontbinding van overeenkomsten. Het gaat niet om verbintenissen uit onrechtmatige daad of om belastingschulden, die immers voortvloeien uit de wet. De aansprakelijkheidsverklaring moet worden gedeponerd<sup>17</sup>. De ratio van deze bepaling is dat de aansprakelijkheidsverklaring gepaard aan de mogelijkheid tot kennisneming van de openbaar gemaakte geconsolideerde jaarrekening van de consoliderende maatschappij compenserende waarborgen bieden aan de (potentiële) crediteuren van de vrijgestelde vennootschap<sup>18</sup>.

Artikel 403 lid f roept vele vragen op. Ik zal met name aandacht besteden aan de volgende onderwerpen. Waar en wanneer moet de aansprakelijkheidsverklaring worden gedeponerd? Voor welke schulden geldt de hoofdelijke aansprakelijkheid? Zijn de rech-

ten van crediteuren uit hoofde van de aansprakelijkheidsverklaring vatbaar voor overgang?

### Depot van de aansprakelijkheidsverklaring

Ingevolge artikel 403 lid 1 onder f moet de aansprakelijkheidsverklaring worden gedeponerd ten kantore van het handelsregister waar de groepsmaatschappij is ingeschreven. Niet voldoende is dat de verklaring is neergelegd bij het handelsregister waar de consoliderende maatschappij is ingeschreven. Het depot van de verklaring bij dat handelsregister doet wel de aansprakelijkheid van de consoliderende maatschappij ontstaan, doch stelt op zichzelf de groepsmaatschappij niet vrij. Voor de vrijstelling is naar mijn mening niet vereist, dat de verklaring wordt neergelegd bij alle handelsregisters waar ondernemingen van de dochtermaatschappij zijn ingeschreven. Depot bij het handelsregister van de statutaire zetel van de groepsmaatschappij moet voldoende zijn. Met de huidige toegankelijkheid via internet van handelsregistergegevens kunnen depotgegevens tegen zeer beperkte kosten *on line* worden geraadpleegd.

De wet stelt niet – zoals voor de instemmingsverklaring van leden of aandeelhouders – de eis dat de aansprakelijkheidsverklaring jaarlijks wordt gedeponerd. Wanneer moet de eerste aansprakelijkheidsverklaring worden gedeponerd? Is dat vóór het begin van het boekjaar dat het groepsregime van toepassing wordt, het moment dat de jaarrekening van de rechtspersoon moet worden gedeponerd, al dan niet na verlenging van de termijn voor het opmaken daarvan, of wellicht een ander moment. De literatuur is niet eenduidig. De tekst van de wet geeft geen aanleiding aan te nemen dat de aansprakelijkheidsverklaring vóór het begin van het boekjaar dat het groepsregime van toepassing wordt moet zijn gedeponerd. Tegen de achtergrond dat de aansprakelijkheidsverklaring dient om crediteuren in staat te stellen de kredietwaardigheid van de onderneming waarmee zij zaken doen vast te stellen ligt het niet voor de hand te eisen dat de aansprakelijkheidsverklaring eerder gedeponerd moet zijn dan de jaarrekening over het boekjaar waarvoor de groepsmaatschappij gebruik wil maken van het groepsregime. Als uitstel voor het opmaken van de jaarrekening wordt verleend, kan ook het deponeren van de aansprakelijkheidsverkla-

15 Artikel 403 lid 1 onder d en e juncto lid g.

16 Zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 2 maart 2005, JOR 2005/116 over schadevergoeding wegens beëindiging van een huurovereenkomst na faillissement en Gof Amsterdam 26 juli 2001, JOR 2004/94 over een ontbindingsvergoeding na beëindiging van een arbeidsovereenkomst.

17 Artikel 403 lid 1 onder f juncto lid g.

18 Asser–Maeijer, 2-III, nr. 439.

ring worden uitgesteld. Bij het opmaken van de jaarrekening moet het bestuur zekerheid hebben dat de aansprakelijkheidsverklaring tijdig zal worden gedeponereerd. Denkbaar is dat het bestuur reeds over de aansprakelijkheidsverklaring beschikt en die zelf kan deponeren. Bestaat die zekerheid niet, dan zal het bestuur de jaarrekening moeten opmaken zonder rekening te houden met het groepsregime. Vast staat dat de aansprakelijkheidsverklaring in ieder geval moet zijn gedeponereerd op het moment dat de algemene vergadering wordt gehouden waarin de vaststelling van de jaarrekening geagendeerd staat. Net als bij de instemmingsverklaringen kan de algemene vergadering de jaarrekening niet vaststellen op basis van het groepsregime als niet het bewijs van depot van de aansprakelijkheidsverklaring ter vergadering voorhanden is.

#### *Voor welke schulden geldt de aansprakelijkheidsverklaring*

De wet zwijgt over deze kwestie. Geldt de aansprakelijkheidsverklaring ook voor schulden uit het verleden, of slechts voor nieuwe verplichtingen, die opkomen na het deponeren van de aansprakelijkheidsverklaring? Behoren nieuwe schulden uit ten tijde van het depot reeds bestaande rechtsverhoudingen tot het door de aansprakelijkheidsverklaring bestreken terrein. Van der Grinten<sup>19</sup> en Maeijer<sup>20</sup> menen dat de verklaring betrekking moet hebben op alle schulden van de rechtspersoon, ongeacht wanneer deze (zijn) ontstaan. Maeijer beroept zich daarbij op de tekst van de Zevende Richtlijn: “de moederonderneming heeft zich garant verklaard voor de door de dochteronderneming aangegane verplichtingen” [cursivering Berk]. Beckman en Van Wijngaarden<sup>21</sup> lijken dezelfde mening toegedaan, maar constateren ook dat in de literatuur discussie bestaat. Mij overtuigt deze redenering niet geheel. De tekst zou ook suggereren dat het uitsluitend gaat om de op het moment van deponeren reeds aangegane verplichtingen – en niet de verplichtingen die nog moeten worden aangegaan. Die lezing zal toch niemand ondersteunen. Crediteuren uit het verleden hoeven niet per definitie in een betere positie te komen als gevolg van de aansprakelijkheidsverklaring. De Rotterdamse rechtbank kiest voor een beperkte uitleg, met een soortgelijke redenering<sup>22</sup>.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel 10 689 tot regeling van de besloten vennootschap werd nog gesproken over aansprakelijkstelling voor de verbintenissen die de vennootschap zal aangaan. Bij memorie van antwoord bevestigd de minister van justitie dat het bij de aansprakelijkstelling gaat om toekomstige verplichtingen van de groepsmaatschappij en dat er geen reden is bestaande crediteuren gevraagd een extra zekerheid toe te kennen<sup>23</sup>. Daaraan voorafgegaan was een advies van de Commissie Vennootschapsrecht<sup>24</sup>, waarin deze Commissie eveneens het standpunt inneemt dat er onvoldoende termen zijn om de aansprakelijkheid ook te doen gelden voor reeds aanwezige schulden. Waarom de tekst van de wet hierin vervolgens geen duidelijkheid schept is mij niet duidelijk geworden.

De Hoge Raad biedt een aanknopingspunt in zijn beslissing inzake Akzo/ING<sup>25</sup>. De Hoge Raad stelt daarin dat de aansprakelijkheidsverklaring een eenzijdige rechtshandeling is op grond waarvan aansprakelijkheid ontstaat. De rechtshandeling is niet tot een bepaalde partij gericht. De partij die zich op de aansprakelijkheidsverklaring beroept kan niet rechtstreeks rechten ontfangen aan artikel 403. Bij de uitleg zal in beginsel moeten worden gelet op de aard van de aansprakelijkheidsverklaring. De strekking van de verklaring kan een rol spelen. Deze uitspraak lijkt steun te bieden voor de stelling dat de tekst van de aansprakelijkheidsverklaring (mede) doorslaggevend is voor de vraag voor welke schulden de consoliderende maatschappij aansprakelijk is. Aanvaardt de Hoge Raad daarmee dat er niet één aansprakelijkheidsverklaring ingevolge artikel 403 is en dat het dus niet een vanzelfsprekendheid is dat de aansprakelijkheidsverklaring geldt voor alle verplichtingen, wanneer ook aangegaan? De verklaring dat de consoliderende maatschappij hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaardt voor alle verplichtingen die voor haar groepsmaatschappij ontstaan vanaf de datum van de aansprakelijkheidsverklaring zou voldoende kunnen zijn om van het groepsregime gebruik te kunnen maken. De Rechtbank Arnhem<sup>26</sup> interpreteert in Resila/Spectro met een verwijzing naar de Akzo/ING uitspraak een aansprakelijkheidsverklaring grammaticaal, waardoor Spectro aansprakelijkheid ontloopt, maar verbindt daaraan de conclusie dat

<sup>19</sup> Van der Heijden-Van der Grinten, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, twaalfde druk, 1992, nr 324.2.

<sup>20</sup> Asser-Maeijer 2-III, nr 439.

<sup>21</sup> H. Beckman en T. van Wijngaarden in: Sdu Commentaar Ondernemingsrecht, Sdu Uitgevers 2006, blz. 1398/1399.

<sup>22</sup> Rechtbank Rotterdam, 14 januari 1987, NJ 1988/1050.

<sup>23</sup> Wetsontwerp 10 689, Memorie van Antwoord, blz. 7 rechter kolom.

<sup>24</sup> Advies van de Commissie Vennootschapsrecht omtrent een voorontwerp van wet betreffende de publicatie van de balans van besloten vennootschappen, Nijmegen, 28 mei 1969, blz. 31.

<sup>25</sup> HR 28 juni 2002, JOR 2002/136.

<sup>26</sup> Rechtbank Arnhem 10 oktober 2002, JOR 2003/31.

de betreffende aansprakelijkheidsverklaring niet '403-bestendig' was en derhalve geen recht geeft om van het groepsregime gebruik te maken. Wij dienen hogere jurisprudentie af te wachten alvorens zekerheid ontstaat. Het risico intussen dat ten onrechte gebruik gemaakt wordt van het groepsregime als de aansprakelijkheidsverklaring enige beperking bevat loopt uiteen van een geringe boete tot persoonlijke aansprakelijkheid van het bestuur bij faillissement van de groepsmaatschappij. De lagere jurisprudentie intussen lijkt er vanuit te gaan dat – als de aansprakelijkheidsverklaring zich daar niet tegen verzet? – schulden die ontstaan na de datum van de aansprakelijkheidsverklaring uit een rechtsverhouding die al voordien bestond mede door de aansprakelijkheidsverklaring worden bestreken<sup>27</sup>.

#### *Overgang van rechten uit hoofde van de aansprakelijkheidsverklaring*

De afgelopen jaren zijn enkele uitspraken gepubliceerd over het rechtskarakter van de aansprakelijkheidsverklaring ex artikel 403. In zijn eerder al aangehaalde arrest inzake Akzo/ING heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat de aansprakelijkheidsverklaring ex artikel 403 niet een afhankelijk recht is in de zin van artikel 7 van boek 3 van het burgerlijk wetboek, maar een nevenrecht. Verpanding van een vordering waarvoor een aansprakelijkheidsverklaring ex artikel 403 geldt betekent niet dat de vordering uit hoofde van de aansprakelijkheidsverklaring automatisch aan de pandhouder toekomt. De rechten uit de aansprakelijkheidsverklaring moeten uitdrukkelijk aan de pandhouder worden verpand. Zo ook de rechtbank 's-Gravenhage<sup>28</sup>: De aansprakelijkheidsverklaring is een nevenrecht dat naast en los van de vordering waarvoor de aansprakelijkheid geldt kan worden uitgeoefend. Bij overdracht van de onderliggende vordering gaan de rechten uit de aansprakelijkheidsverklaring wel als nevenrechten mee over. Een vordering uit de aansprakelijkheidsverklaring heeft haar eigen verjaringstermijnen, die niet dezelfde zijn als die van de onderliggende vordering.

#### **Verhaal door de aansprakelijke moeder**

De consoliderende maatschappij die wordt aangesproken onder een aansprakelijkheidsverklaring ex artikel 403 en daadwerkelijk betaalt krijgt daarmee een vordering op de groepsmaatschappij waarvoor zij heeft betaald. Zij wordt gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser die zij heeft voldaan. Dit vloeit rechtstreeks voort uit artikel 12 van boek 6 van het

Burgerlijk Wetboek. De betaling door de consoliderende maatschappij maakt de groepsmaatschappij niet meer vermogend. De betaling mag niet worden gezien als een kapitaalstorting door de consoliderende maatschappij. Alleen als de consoliderende maatschappij zou afzien van haar verhaal is wellicht sprake van een kapitaalstorting in de groepsmaatschappij.

#### **Intrekking van de aansprakelijkheidsverklaring**

De intrekking van de aansprakelijkheidsverklaring is geregeld in artikel 404. Intrekking geschiedt door het deponeren van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister. Op de intrekking kan tegenover derden pas een beroep worden gedaan vanaf het moment van depot. Voor naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid geldt voorts dat tegenover derden op de intrekking pas een beroep kan worden gedaan als het handelsregister de intrekking bekend heeft gemaakt. Voorheen geschiedde dat door een mededeling in de Staatscourant. Het schijnt dat de meeste handelsregisters nog steeds gebruik maken van de Staatscourant voor dergelijke bekendmakingen. De intrekking heeft onmiddellijk effect voor verplichtingen die voortvloeien uit rechtshandelingen verricht ná het moment dat op de intrekking tegenover derden een beroep kan worden gedaan.

De regeling van intrekking is niet helemaal bevredigend. Bezien wij het volgende voorbeeld. Een moedermaatschappij heeft met ingang van het boekjaar 2003 gebruik gemaakt van het groepsregime. In de loop van 2003 worden de instemmingsverklaring en de aansprakelijkheidsverklaring gedeponereerd. In 2004, 2005 en 2006 worden opnieuw instemmingsverklaringen gedeponereerd, voor de boekjaren 2004, 2005 en 2006. In maart 2007 wordt de geconsolideerde jaarrekening 2006 van de moedermaatschappij vastgesteld. Onmiddellijk daarna wordt de aansprakelijkheidsverklaring ingetrokken. Pas medio 2008 – en met verlenging van de periode voor het opmaken van de jaarrekening – wellicht pas begin 2009 – maakt de rechtspersoon de jaarrekening 2007 openbaar. Een mogelijke wederpartij van de rechtspersoon heeft slechts sterk verouderde informatie over de financiële positie van de rechtspersoon, namelijk informatie over de jaarrekening 2002 die in 2003 of op zijn laatst begin 2004 openbaar is gemaakt. Het staat een derde natuurlijk vrij om onder die omstandigheden geen zaken te doen met de

<sup>27</sup> Zie bijvoorbeeld Rechtbank Roermond 25 oktober 2006, JOR 2006/289 voor na de aansprakelijkstelling opeisbaar geworden schulden uit een duurovereenkomst aangegaan voor de aansprakelijkstelling.

<sup>28</sup> Rechtbank 's-Gravenhage 5 juli 2006, JOR 2007/53.

rechtspersoon, maar economische realiteit is dit niet. De wederpartij van deze rechtspersoon is slechter geïnformeerd dan de wederpartij van een rechtspersoon die niet van het groepsregime gebruik maakt en jaarlijks een jaarrekening openbaar maakt. Een alternatieve regeling zou denkbaar zijn, en wellicht wenselijk in de situatie dat de rechtspersoon tot dezelfde groep blijft behoren. Bepaald zou kunnen worden dat de aansprakelijkheidsverklaring slechts kan worden ingetrokken per het moment dat een recente jaarrekening die geheel voldoet aan titel 9 openbaar wordt gemaakt.

Ten rechte blijft aansprakelijkheid bestaan voor verplichtingen die voortvloeien uit rechtshandelingen die zijn verricht voordat op de intrekking een beroep kan worden gedaan.

De intrekking heft de bestaande, ‘doorlopende’ aansprakelijkheid voor schulden die al bestaan op het moment van de intrekking niet op. Zie artikel 404 lid 2. Die doorlopende aansprakelijkheid kan ten opzichte van een bestaande schuldeiser wel worden beëindigd als aan de in artikel 404 lid 3 genoemde voorwaarden wordt voldaan. Die voorwaarden zijn de volgende:

- de rechtspersoon behoort niet meer tot de groep;
- een mededeling van het voornemen tot beëindiging van de aansprakelijkheid heeft ten minste twee maanden lang ter inzage gelegen bij het handelsregister waar de rechtspersoon is ingeschreven;
- ten minste twee maanden zijn verlopen na de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad dat de mededeling van het voornemen tot beëindiging van de aansprakelijkheid ter inzage ligt, onder vermelding waar die mededeling ter inzage is gelegd; en
- tegen het voornemen heeft de schuldeiser niet tijdig verzet gedaan of zijn verzet is ingetrokken of bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak ongegrond verklaard.

Het spreekt vanzelf dat de aansprakelijkheid moet kunnen worden beëindigd – ook voor verplichtingen uit het verleden – als de groepsmaatschappij de groep verlaat. De procedure is met waarborgen voor crediteuren omkleed. Ik vraag mij echter af of die waarborgen effectief zijn. Welke schuldeiser controleert nu regelmatig wat zijn klanten bij het handelsregister deponeren? Welke ondernemer leest nu werkelijk die “aankondiging in een landelijk verspreid dagblad” (het dagblad Trouw heeft lage advertentietarieven en wordt door maar een zeer beperkt deel van Nederland gelezen)? Waarom niet – nu vrijwel ieder concern beschikt over een geautomatiseerde crediteu-

renadministratie – bestaande crediteuren aanschrijven bij intrekking van een aansprakelijkheidsverklaring?

Gelukkig heeft de Ondernemingskamer een goed oog voor de realiteit in deze. De Ondernemingskamer oordeelde in 1993<sup>29</sup> dat de vereiste publicatie niet onder alle omstandigheden vrijstelt van het persoonlijk inlichten van schuldeisers. Het ging in dat geval om één schuldeiser. Het voornemen tot beëindiging van de aansprakelijkheid was gepubliceerd in het Nederlands Dagblad (een gereformeerde krant met een oplage van slechts circa 25.000). De Ondernemingskamer oordeelde dat in dit geval de redelijkheid en de billijkheid met zich brengen dat de enige schuldeiser erop had moeten worden gewezen dat de verklaring tot intrekking als bedoeld in artikel 404 was gedeponereerd bij het handelsregister, temeer omdat de consoliderende maatschappij zich ervan bewust had moeten zijn dat de krant waarin het voornemen was gepubliceerd een zó beperkte groep bereikte dat deze niet kan hebben te gelden als landelijk verspreid dagblad. Hieraan deed niet af dat de keuze voor publicatie in het Nederlands Dagblad was gemaakt door een zuinige notaris en niet door de consoliderende maatschappij. De Ondernemingskamer oordeelde vervolgens dat de redelijkheid en billijkheid zich er in de bijzondere omstandigheden van het geval tegen verzetten, dat de consoliderende maatschappij zich ten opzichte van de schuldeiser op beëindiging van de aansprakelijkheid zou beroepen.

### Conclusie

Het groepsregime is een nuttig en daarom in Nederland veel toegepast instrument om lasten van administratieve aard te verlichten. Jammer genoeg bestaat er nog de nodige onzekerheid over een aantal aspecten van deze regeling. Ten eerste had de wetgever duidelijker moeten zijn bij het aangeven welke eisen gesteld mogen worden aan de beperkte jaarrekening die moet worden opgemaakt op grond van artikel 403 lid 1 onder a. Ten tweede is het zeer onwenselijk dat onzekerheid bestaat over hoe een aansprakelijkheidsverklaring eruit dient te zien en op welke verplichtingen (in de tijd gezien) die verklaring betrekking moet hebben om ‘403-bestendig’ te zijn. De kans dat een te beperkt geformuleerde aansprakelijkstelling én tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de consoliderende maatschappij leidt, én tot hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement, is niet denkbeeldig.

**Mr. J.W. Berk is advocaat en vennoot bij Loyens & Loeff N.V. te Amsterdam.**

<sup>29</sup> OK 29 juli 1993, NJ 1994, 132.