

## **Algemeen advies 403-verklaring**

### **1. 403-VERKLARING**

- 1.1. Een tot een groep behorende rechtspersoon hoeft zijn jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van Titel 9 van Boek 2 BW in te richten indien aan de voorwaarden van artikel 2:403 lid 1 BW wordt voldaan. Dat betekent eveneens dat deze rechtspersoon zijn jaarrekening niet hoeft te publiceren. Dat leidt over het algemeen tot minder administratieve lasten.
- 1.2. Eén van de voorwaarden van artikel 2:403 BW is dat een andere tot de groep behorende rechtspersoon een verklaring aflegt waarin deze verklaart zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor schulden die voortvloeien uit door die andere tot de groep behorende rechtspersonen verrichte rechtshandelingen (zie artikel 2:403 lid 1 sub f BW). De achterliggende gedachte van artikel 2:403 BW is dat het gebrek aan inzage voor schuldeisers in de financiële positie van de vrijgestelde rechtspersoon vanwege het ontbreken van een gepubliceerde jaarrekening wordt gecompenseerd door de aansprakelijkstelling van een andere tot de groep behorende rechtspersoon. Dit wordt wel aangeduid als de compensatiegedachte.
- 1.3. Veelal zal het de holdingmaatschappij binnen de groep zijn (de “moeder”) die bereid is een 403-verklaring af te leggen ten behoeve van één of meerdere dochtermaatschappijen (de “dochter(s)”). Daarmee wordt bereikt dat enkel de moeder een geconsolideerde jaarrekening hoeft te publiceren en de overige groepsmaatschappijen kunnen volstaan met het opstellen van een eenvoudige jaarrekening, die zij niet hoeven te publiceren. Veelal zal de moeder reeds op andere gronden aansprakelijk zijn voor bepaalde schulden van haar dochter, bijvoorbeeld doordat zij hoofd is van een fiscale eenheid tussen haarzelf en haar dochters of hoofdelijk verbonden is voor verplichtingen uit een financieringsovereenkomst.
- 1.4. Artikel 2:403 lid 1 BW stelt ook nog andere voorwaarden aan de vrijstelling van de dochter om haar jaarrekening te publiceren, zoals het (tijdig) afleggen van een verklaring door de aandeelhouders van de dochter waaruit blijkt dat zij instemmen met het conform artikel 2:403 BW afwijken van de publicatievoorschriften (zie artikel 2:403 sub b BW).
- 1.5. De aansprakelijkheid van de moeder vloeit rechtstreeks voort uit de door haar afgelegde 403-verklaring en niet uit artikel 2:403 lid 1 sub f BW zelf. De schuldeiser kan jegens de moeder dus geen rechten ontlenen aan artikel 2:403 lid 1 sub f BW, doch uitsluitend aan de door deze gedeponeerde verklaring.
- 1.6. De omvang van de aansprakelijkheid dient te worden bepaald door uitleg van de verklaring. Bij de uitleg van de 403-verklaring zal vooral moeten worden gelet op de aard van deze verklaring. Het betreft een niet tot een bepaalde persoon gerichte, eenzijdige rechtshandeling en schuldeisers mogen daarom in beginsel afgaan op de letterlijke tekst van de 403-verklaring. De gedachte daarachter is dat de schuldeisers geen partij zijn geweest bij de totstandkoming van de 403-verklaring en op de redactie daarvan geen invloed hebben kunnen uitoefenen. Daarbij komt een belangrijke betekenis toe aan de

bewoordingen van de 403-verklaring en hoe deze in redelijkheid door een derde kunnen of dienen te worden begrepen.

- 1.7. Wil een 403-verklaring vrijstellende werking hebben dan dient deze te voldoen aan de voorwaarden van artikel 2:403 lid 1 sub f BW:
  - (a) schriftelijke verklaring;
  - (b) waarin de moeder verklaart zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor schulden van haar dochter;
  - (c) die voortvloeien uit door de dochter verrichte rechtshandelingen.
- 1.8. Hieruit volgt dat de moeder zich niet hoofdelijk aansprakelijk hoeft te stellen voor alle schulden van haar dochter, bijvoorbeeld schulden van de dochter die voortvloeien uit voor de dochter verrichte onrechtmatige daden of belastingaanslagen. Dat zijn namelijk niet schulden die voortvloeien uit door de dochter verrichte rechtshandelingen. Stelt de moeder zich in haar 403-verklaring onverplicht aansprakelijk voor schulden van haar dochter die niet voortvloeien uit rechtshandelingen, dan is de moeder daar onverkort aan gebonden aangezien de letterlijke tekst van de 403-verklaring doorslaggevend is voor het bepalen van de omvang van de aansprakelijkheid. De moeder is er in het algemeen dus bij gebaat haar aansprakelijkheid uit hoofde van de 403-verklaring tot een minimum te beperken, zodanig dat de 403-verklaring nog wel vrijstellende werking heeft maar de moeder zich niet aansprakelijk stelt voor schulden van haar dochter waartoe zij op grond van artikel 2:403 lid 1 sub f BW niet is gehouden. Het zoveel mogelijk beperken van de aansprakelijkheid heeft als risico dat indien achteraf mocht blijken dat de moeder haar aansprakelijkheid gelet op de vereisten van artikel 2:403 lid 1 sub f BW teveel heeft beperkt, dat tot gevolg heeft dat de dochter altijd publicatieplichtig is gebleven en ook aan de overige voorwaarden voor inrichting van haar jaarrekening diende te worden voldaan.
- 1.9. In de praktijk worden diverse soorten 403-verklaringen afgelegd, onder meer verklaringen waarin de moeder verklaart zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor schulden van haar dochter die vanaf een bepaald tijdstip zijn ontstaan. De moeder beperkt daardoor haar aansprakelijkheid in tijd.
- 1.10. De vraag is of een dergelijke beperking van de temporele reikwijdte van de aansprakelijkheidsverklaring op grond van artikel 2:403 lid 1 sub f BW is toegestaan en of deze dan nog wel kwalificeert als een 403-verklaring met vrijstellende werking.
- 1.11. Artikel 2:403 lid 1 sub f BW schrijft enkel voor dat de moeder zich aansprakelijk stelt voor schulden uit de door de dochter verrichte rechtshandelingen. In dit artikel wordt de periode waarover de verklaring zich dient uit te strekken niet nader omschreven.
- 1.12. In de literatuur wordt wel verdedigd dat wil een 403-verklaring vrijstellende werking hebben de aansprakelijkheid uit hoofde daarvan niet in tijd kan worden beperkt. Er is ook rechtspraak die dit standpunt bevestigt. De gedachte dat de 403-verklaring (onbeperkte) terugwerkende kracht moet hebben wil zij vrijstellende werking hebben, is terug te voeren op de tekst van artikel 57 van de vierde EG-richtlijn. Dit artikel bepaalt dat de moeder zich aansprakelijk dient te hebben gesteld voor de door de dochteronderneming aangegane

verplichtingen. De aansprakelijkstelling zou om vrijstellende werking te verkrijgen aldus moeten gelden voor alle door de dochter aangegane verplichtingen en niet pas vanaf een bepaald moment.

- 1.13. Het woord “aangegane” duidt erop dat de 403-verklaring betrekking heeft op rechtshandelingen, waaronder overeenkomsten, die vóór bedoelde verklaring tot stand gekomen zijn. De ratio hiervan is gelegen in het feit dat rekening gehouden dient te worden met de belangen van een partij die, voor afgifte van een 403-verklaring een duurovereenkomst is aangegaan. Zo zou het niet redelijk zijn indien in het kader van bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst, een werknemer die met het oog op de betaling van zijn/haar salaris belang heeft bij inzicht in de jaarcijfers van de onderneming waarbij hij/zij werkzaam is, voor een gebrek aan inzicht niet gecompenseerd zou worden.
- 1.14. In de literatuur wordt wel het standpunt verdedigd dat ook 403-verklaringen met beperkte terugwerkende kracht vrijstellende werking kunnen hebben, voor zover de 403-verklaring maar terugwerkt tot aan het begin van het boekjaar waarvoor de vrijstelling dient te gelden. Schulden uit rechtshandelingen van voor dit moment, zouden dan niet onder de 403-verklaring vallen. Daarmee zou in voldoende mate tegemoet worden gekomen aan de aan artikel 2:403 BW ten grondslag liggende compensatiegedachte. Het valt te betwijfelen of de 403-verklaring hiermee inderdaad voldoende tegemoet komt aan de compensatiegedachte. Schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van voor het begin van het boekjaar waarvoor de vrijstelling dient te gelden, maar die na dit moment zijn ontstaan, vallen namelijk niet onder een dergelijke 403-verklaring. Een derde partij die handelt met de dochter wordt voor die schulden dus niet gecompenseerd voor een gebrek aan inzicht in de financiële situatie van de dochter.
- 1.15. Ter verduidelijking het volgende voorbeeld. Een dochter sluit een duurovereenkomst met een derde waaruit voor de dochter van tijd tot tijd verplichtingen ontstaan. De rechtshandeling van de dochter waaruit de verplichtingen ontstaan is het aangaan van de duurovereenkomst. De moeder legt een 403-verklaring af die betrekking heeft op het tijdvak na het sluiten van de duurovereenkomst. De derde wordt in dat geval dus niet door de 403-verklaring gecompenseerd voor het gebrek aan inzage in de financiële positie van de dochter vanwege het ontbreken van een gepubliceerde jaarrekening. Immers, de schulden die uit deze duurovereenkomst voor de dochter ontstaan na het van kracht worden van de 403-verklaring vallen niet onder de werking van de 403-verklaring. De schuldeiser heeft voor zijn beoordeling of hij de duurovereenkomst wil voortzetten, geen inzage in de financiële verslaglegging van de vennootschap en evenmin de waarborg van de 403-verklaring.
- 1.16. Gelet op het voorgaande ben ik vooralsnog van mening dat een 403-verklaring door de moeder niet in tijd mag worden beperkt. Indien dat wel het geval is, wordt niet, althans niet in alle gevallen, voldaan aan de compensatiegedachte en kan de aansprakelijkheidsverklaring niet als een 403-verklaring met vrijstellende werking worden aangemerkt. Ik besef mij dat hierover ook anders wordt gedacht, maar tot nu toe heeft de Hoge Raad (ons hoogste rechtscollege) zich niet uitgelaten over de vraag wanneer schuldeisers door de 403-verklaring wel of niet voldoende worden gecompenseerd voor het ontbreken van financieel inzicht in de dochter waar zij mee hebben gehandeld. Aangezien het niet voldoen van een aansprakelijkheidsverklaring aan de voorwaarden

van artikel 2:403 lid 1 sub f BW behoorlijk grote gevolgen kan hebben (zie hierna onder 2), raad ik zekerheidshalve aan om aan te sluiten bij de letterlijke tekst van artikel 2:403 lid 1 sub f BW en om deze niet in tijd te beperken.

## **2. GEVOLGEN**

- 2.1. Indien een aansprakelijkheidsverklaring niet aan de voorwaarden van artikel 2:403 lid 1 sub f BW voldoet heeft deze niet de beoogde vrijstellende werking voor de dochters. Dat betekent dat de dochter ten behoeve van wie de aansprakelijkheidsverklaring is afgelegd haar jaarrekening(en) had moeten publiceren. Als de betreffende dochter dat niet heeft gedaan, schendt zij haar publicatieplicht als bedoeld in artikel 2:394 BW. Bovendien geldt dat de moeder wel aansprakelijk is voor schulden van haar dochter op de wijze als bepaald in de aansprakelijkheidsverklaring ondanks dat de afgelegde aansprakelijkheidsverklaring geen vrijstellende werking heeft.
- 2.2. Het schenden van de publicatieplicht betekent in geval van een faillissement van de dochter dat daarmee (onweerlegbaar) komt vast te staan dat het bestuur van de dochter zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld (artikel 2:248 lid 2 BW). Bovendien wordt (weerlegbaar) vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de dochter. Tegenbewijs tegen dit zogenaamde causale vermoeden is mogelijk. Dit zou er toe kunnen leiden dat de bestuurders aansprakelijk worden voor het volledige tekort in het faillissement van de dochter (zie artikel 2: 248 lid 1 BW).
- 2.3. Daarnaast is het schenden van de publicatieplicht een economisch delict (artikel 1 sub 4 WED).
- 2.4. Het komt in concernverhoudingen veelvuldig voor dat de moeder bestuurder is van haar dochters. Het is in die gevallen de moeder die in geval van een faillissement van haar dochter kennelijk onbehoorlijk bestuur kan worden verweten indien de dochter niet vrijgesteld was om haar jaarrekening te publiceren. De moeder loopt daarmee het risico aansprakelijk te zijn voor het gehele tekort in het faillissement van haar dochter, welke aansprakelijkheid verder strekt dan de aansprakelijkheid uit de door de moeder afgelegde 403-verklaring. De eventueel beoogde risicospreiding binnen het concern wordt daarmee teniet gedaan.

## **3. BEËINDIGING AANSPRAKELIJKHEID**

- 3.1. Een moeder kan een verklaring op elk gewenst moment intrekken door middel van een daartoe strekkende verklaring, welke gedeponereerd dient te worden bij het handelsregister (zie artikel 2:404 lid 1 BW). Daardoor zijn de dochters ten behoeve van wie de 403-verklaring was afgelegd niet meer vrijgesteld van hun verplichting om hun jaarrekeningen te publiceren. Vanaf het moment van intrekken van de 403-verklaring wordt de moeder niet meer aansprakelijk voor schulden voortvloeiend uit rechtshandelingen die worden verricht na het moment van intrekken van de 403-verklaring.

- 3.2. De aansprakelijkheid voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die voor het moment van intrekken van de 403-verklaring zijn verricht blijft echter onverkort bestaan. Dat betekent dus ook dat de moeder aansprakelijk blijft voor verplichtingen die na het moment van intrekking van de 403-verklaring ontstaan maar die voortvloeien uit overeenkomsten die zijn aangegaan gedurende de periode dat de 403-verklaring van kracht was, zoals verplichtingen uit huurovereenkomsten en arbeidsovereenkomsten.
- 3.3. Deze resterende aansprakelijkheid kan niet zomaar beëindigd worden. Die kan slechts worden beëindigd indien aan de voorwaarden van artikel 2:404 lid 3 BW is voldaan, te weten:
- (a) de dochter behoort niet meer tot de groep;
  - (b) een mededeling van het voornemen tot beëindiging heeft ten minste twee maanden lang ter inzage gelegen ten kantore van het handelsregister;
  - (c) ten minste twee maanden zijn verlopen na de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad dat en waar de mededeling ter inzage ligt;
  - (d) tegen het voornemen hebben schuldeisers niet tijdig verzet gedaan of een gedaan verzet is ingetrokken dan wel bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak ongegrond verklaard.