

*Prof. Mr. Drs. H. Beckman*

## **Aansprakelijkstelling in het vennootschapsrecht**

### **1 Inleiding**

Op een rechtspersoon kunnen vele verplichtingen rusten. Zij kunnen onder andere uit gepleegde onrechtmatige daad voortkomen of uit de belastingwetgeving voortvloeien, maar ook uit rechtshandelingen, waarvan een belangrijke categorie gevormd wordt door obligatoire overeenkomsten (bijv. koopovereenkomst, geldleningsovereenkomst). Aan bepaalde rechtshandelingen verbindt de wet bijzondere gevolgen. Te noemen is het regresrisico bij verdiscontering van wissels of het deelnemen als vennoot aan een vennootschap onder firma, waaraan het wettelijk gevolg van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle verbintenissen van de vennootschap is verbonden.

Degene op wie verplichtingen rusten, is de schuldenaar die dan ook normaliter met zijn vermogen voor de nakoming daarvan instaat, hij is de aansprakelijke debiteur. Veelvuldig komt het echter voor dat een derde bereid is (zakelijke en/of persoonlijke) zekerheid te bieden voor de schulden van een schuldenaar. Zo is het denkbaar dat een rechtspersoon zijn aandelen in een deelneming aan de bank verpandt of op zijn onroerend goed hypotheek ten behoeve van de bank vestigt voor een aan die deelneming verstrekte banklening (derdenpand resp. derdenhypotheek). Hiermee wordt de verhaalsmogelijkheid van de schuldeiser (bank) groter. Ook is te denken aan onder meer het aangaan van een borgtochtovereenkomst, garantieovereenkomst, het zich verbinden als hoofdelijk mede-schuldenaar (hoofdelijkheidsverklaring).<sup>1</sup>

In al deze gevallen wordt het voor verhaal vatbaar vermogen voor de crediteuren vergroot. Bij dit alles moet evenwel bedacht worden dat gewoonlijk uit dergelijke overeenkomsten voor degene die zich op deze wijze aansprakelijk stelt eigen verplichtingen ontstaan, waarvoor op hem de plicht komt te rusten deze na te komen.

Niettemin wordt in deze gevallen gewoonlijk gesproken over de aansprakelijkstelling voor de schulden van een ander, hiermee tot uitdrukking brengend dat de echte schuldenaar die ander is. In dit verband wordt ook onderscheiden tussen draagplichtige en niet-draagplichtige schuldenaren.<sup>2</sup> Met de eerste wordt dan bedoeld op degene die de schuld werkelijk aangaat, met de tweede op degene die ook aangesproken kan worden maar tevens verhaal heeft op de draagplichtige schuldenaar. Heeft hij voldaan dan wordt de niet-draagplichtige schuldenaar veelal gesubrogeerd in de rechten

van de schuldeiser(s).

Men zou daarom de aansprakelijkstelling voor de schulden van een ander ook kunnen typeren als aansprakelijkstelling voor schulden waarvoor degene die zich aansprakelijk heeft gesteld niet-draagplichtig is.

Dit aansprakelijk stellen kan op verschillende wijzen geschieden. Er kan een overeenkomst worden aangegaan waarvan het voorwerp is het instaan voor de schuld van een ander. Een overeenkomst is een meerzijdige rechtshandeling waarbij partijen over en weer rechten en plichten verwerven. Er zijn ten minste twee contractanten. Rechten en plichten kunnen intussen ook ontstaan uit een eenzijdige rechtshandeling, een wilsverklaring van één persoon, zoals een rechtspersoon die zich eenzijdig aansprakelijk stelt voor de schuld van een groepsmaatschappij, al dan niet gericht tot een bepaalde schuldeiser. Veel zogenaamde 'comfort letters' zijn veelal niets anders dan eenzijdige aansprakelijkstellingsverklaringen.<sup>3</sup>

Zo is het ook mogelijk dat een (rechts-)persoon zich aansprakelijk stelt voor alle of een deel van de schulden, al dan niet met limiet in de tijd of qua hoogte van een ander (bijv. dochtermaatschappij, groepsmaatschappij) zonder dat hij zich tot bepaalde schuldeisers richt of hen kent of dat zij daarvan wetenschap hebben. Hij kan dit overeenkomen met die ander, hij kan zich eenzijdig daartoe bereid verklaren in een verklaring tot die ander of een dergelijke aansprakelijkstelling publiekelijk (bijv. openbare registers, Staatscourant) bekendmaken. Door het voor wat betreft schuldeisers ongerichte karakter, zou ik dit soort aansprakelijkstellingen willen aanduiden met ongerichte aansprakelijkstellingsverklaringen.

Dergelijke verklaringen kunnen ook gekoppeld zijn aan een bepaalde regeling, waarbij een dergelijke aansprakelijkstelling voorwaarde of een van de voorwaarden is voor de toepassing van die regeling. Voorbeelden van dergelijke regelingen zijn in verscheidene wetten te vinden.<sup>4</sup> Enige voorbeelden worden ook aangetroffen in Boek 2 van het BW. Het zijn deze voorbeelden die in deze bijdrage aan de orde komen.

## **2 Ongерichte aansprakelijkstellingsverklaringen in Boek 2 BW**

De hierbedoelde aansprakelijkstellingsverklaringen komen in Boek 2 BW voor in samenhang met het weglaten van informatie en controle daarop in ruil waarvoor degene op wiens verlangen zulks achterwege blijft zich aansprakelijk moet stellen voor de schulden van de rechtspersoon van wie de informatie wordt weggelaten. De aansprakelijkstellingen worden aangetroffen in de regeling omtrent:

- inbreng anders dan in geld op aandelen van een NV zonder beschrijving en accountantsverklaring (artt. 94a-94b);
- inbreng anders dan in geld op aandelen van een BV zonder beschrijving en accountantsverklaring (artt. 204a-204b);
- transacties tussen de BV en haar oprichters/aandeelhouders tot twee jaren na inschrijving van de BV in het handelsregister (de zogenaamde Nachgründung, of quasi-inbreng: art. 204c);

- de groepsvrijstelling voor NV's, BV's, Coöperaties, Onderlingen, indien zij groepsmaatschappij zijn (art. 403).

In het eerste geval moet de inbrenger zich qua tijd en qua hoogte gelimiteerd aansprakelijk stellen. Bij meer inbrengers is elk van hen naar evenredigheid van ieders aandeel aansprakelijk. Men zou kunnen spreken over *gelimiteerde evenredige aansprakelijkstelling*.

In de overige gevallen moet de rechtspersoon die zich aansprakelijk stelt zich hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de schulden van de andere rechtspersoon naast deze rechtspersoon. Men kan spreken over *ongelimiteerde hoofdelijke aansprakelijkstelling*.

### 2.1 *Gelimiteerde evenredige aansprakelijkstelling*

Een van de voorwaarden voor het afzien van een beschrijving van de inbreng anders dan in geld op de aandelen van een NV en de accountantsverklaring over de inbreng is dat de inbrengende rechtspersoon schriftelijk verklaart een bedrag ter beschikking te zullen stellen

- ter hoogte van ten minste het nominaal bedrag van de door hem genomen aandelen
- ter voldoening van de schulden van de NV
- aan derden
- ter voldoening van schulden, die zijn ontstaan in een bepaald in de wet genoemd tijdvak en
- die tijdig schriftelijk bij één van de inbrengers zijn aangemeld
- voor zover de NV deze schulden niet kan voldoen.

Deze verklaring moet openbaar worden gemaakt ten kantore van het handelsregister van de NV; de nederlegging zal gepubliceerd worden in de Nederlandse Staatscourant.

De vermelde voorwaarde laat zien dat in strikte zin van een aansprakelijkstelling geen sprake is. Het gaat om een toezegging gelden ter beschikking te zullen stellen en wel ter hoogte van het toegezegde bedrag dat niet lager kan zijn dan het nominaal bedrag van de door hem genomen aandelen. De beschikbaarstelling ziet op schulden van de NV. Dit kan dus ook betrekking hebben op schulden uit hoofde van de wet (belastingenschulden, schulden uit onrechtmatige daad).

De schulden komen alleen in aanmerking indien zij in een bepaald in de wet genoemd tijdvak zijn ontstaan en tot een bepaalde datum zijn aangemeld, voor zover de NV hen niet kan betalen. Hieruit blijkt het subsidiaire karakter. Alleen als de NV niet kan betalen komt de inbrenger aan de beurt. Dit toont overigens aan dat de toezegging van de inbrenger materieel neerkomt op een aansprakelijkstelling. Om die reden zal de inbrenger het bedrag van zijn toezegging in de toelichting van zijn jaarrekening behoren te vermelden (zie art. 376 Boek 2 BW).

Indien het waarschijnlijk wordt dat de inbrenger wordt aangesproken, moet hij daartegen voorzieningen vormen. Staat verhaal op hem vast dan moet hij een schuld passiveren. Als de inbrenger voldoet heeft hij verhaal op de NV; vermoedelijk zal dit weinig opleveren.

Zijn er meer inbrengers dan is elk naar evenredigheid van zijn toezegging



Deze verklaring moet worden openbaar gemaakt ten kantore van het handelsregister waar de BV is ingeschreven; tevens wordt deze openbaarmaking bekend gemaakt in de Nederlandse Staatscourant.

Deze voorwaarde laat zien dat de verklaring niet per se afkomstig hoeft te zijn van de inbrenger. De aansprakelijkstelling maakt de zich aansprakelijk stellende maatschappij tot mede-schuldenaar naast de BV en wel hoofdelijk voor het geheel. De aansprakelijkstelling betreft schulden uit rechtshandelingen en dus niet alle schulden. Een limiet qua hoogte of in de tijd is er niet, behoudens de nog te noemen intrekkingregeling (zie 3.3). Intrekking is binnen twee jaren na de inbreng<sup>8</sup> niet mogelijk.

Indien de rechtspersoon die zich aansprakelijk heeft gesteld, aangesproken wordt moet hij ook betalen. Hij kan niet verlangen dat eerst verhaal op de BV wordt gezocht. Heeft hij voldaan dan heeft hij verhaal op de BV, zij het dat vermoedelijk in die situatie in de meeste gevallen niets valt te verhalen. De regeling kent nog enige andere voorwaarden, zoals niet een al te oude balans van de inbrenger en een duistere bepaling over het eigen vermogen, ongeveer hierop neerkomend dat het nominaal bedrag der genomen aandelen na de balansdatum van de zojuist bedoelde balans het eigen vermogen van die balans niet mag overtreffen.<sup>9</sup>

De hoofdelijke aansprakelijkstelling zoals hiervoor vermeld kan ook worden benut in het kader van artikel 403 (groepsvrijstellingsregeling). Artikel 403 kan echter ook in andere gevallen worden benut. Voor het overige zijn er weinig verschillen met de aansprakelijkstelling op grond van artikel 403. Op aspecten van deze aansprakelijkstelling ga ik in de volgende paragraaf in. Hier volsta ik met de vermelding dat in artikel 403 geen bepaling is opgenomen over de hoogte van het eigen vermogen van de rechtspersoon of vennootschap die zich aansprakelijk stelt.

### 2.3 Korte vergelijking van beide soorten aansprakelijkstellingen

Van de voornaamste verschillen tussen de onder 2.1 en 2.2 besproken aansprakelijkstellingsregelingen kan het volgende overzicht worden opgesteld:

2.1 - NV	2.2 - BV
1 beschikbaarstellingtoezegging	mede-aansprakelijk
2 limiet qua tijd en hoogte	onbeperkt
3 alle schulden	schulden uit rechtshandelingen
4 subsidiair	rechtstreeks-aansprakelijk
5 verhaal naar evenredigheid bij meer inbrengers	hoofdelijk voor het geheel
6 geen intrekkingmogelijkheid	intrekkingmogelijkheid na twee jaren
7 wettelijke reserve bij inbrenger(s)	geen wettelijke reserve
8 vervreemdingsverbod aandelen	geen vervreemdingsverbod

### 3 Hoofdelijke aansprakelijkstelling ex artikel 403 Boek 2 BW

Gelijk bekend voorziet artikel 403 Boek 2 BW in de mogelijkheid onder voorwaarden de financiële informatie over groepsmaatschappijen te minimaliseren en openbaarmaking daarvan<sup>10</sup> te voorkomen.<sup>11</sup> Aan de toepassing van deze regeling zijn vele haken en ogen verbonden, niet het minst die betreffende de reikwijdte van de schriftelijke verklaring van hoofdelijke aansprakelijkstelling, één van de voorwaarden voor de toepassing van deze regeling.

Deze verklaring - in een aantal jaarrekeningen heel ongelukkig en onjuist met algemene garantie aangeduid<sup>12</sup> of minder gelukkig met hoofdelijkheidsverklaring<sup>13</sup> - moet worden afgelegd door de rechtspersoon of vennootschap die de financiële gegevens van de vrij te stellen rechtspersoon (NV, BV, Coöperatie, Onderlinge) in zijn geconsolideerde stukken verwerkt (hierna genoemd: consoliderende maatschappij<sup>14</sup>). De verklaring moet worden gedeponereerd ten kantore van het handelsregister van de vrij te stellen groepsmaatschappij; tevens wordt van de deponering melding gemaakt in de Nederlandse Staatscourant.

De problematiek van de reikwijdte van de aansprakelijkstelling spitst zich toe op vragen als voor welke schulden moet de aansprakelijkstelling ex art. 403 gelden, vanaf welk moment moeten zij onder de verklaring tot aansprakelijkstelling voor de toepassing van art. 403 vallen, tot welk moment vallen de schulden er onder, hoe kan de aansprakelijkstelling worden beëindigd en welke informatie moet de consoliderende maatschappij over de aansprakelijkstelling in haar jaarrekening opnemen.

#### 3.1 Schulden uit rechtshandelingen

Alleen de vraag voor welke schulden de aansprakelijkstelling moet gelden, is eenvoudig te beantwoorden. Voor de toepassing van art. 403 moet de consoliderende maatschappij zich aansprakelijk stellen voor de *schulden uit rechtshandelingen* van de vrij te stellen groepsmaatschappij. Schulden uit onrechtmatige daad, of bijv. belastingschulden<sup>15</sup> vallen hierbuiten. Bij schulden moet men niet alleen denken aan geldschulden maar aan alle verplichtingen uit rechtshandelingen van de betreffende groepsmaatschappij. Hieronder vallen ook de bijzondere verbintenissen die krachtens de wet verbonden zijn aan rechtshandelingen, zoals regresrisico bij verdisconteerde wissels, of het deelnemen in een vennootschap onder firma. Ook als de groepsmaatschappij zich zelf aansprakelijk stelt voor de verplichtingen van een ander (gericht of ongericht) valt dit onder de aansprakelijkstellingsverklaring van de rechtspersoon, zelfs al had de rechtspersoon geen wetenschap van deze door de groepsmaatschappij aangegane rechtshandelingen. Of als een bank zich garant heeft gesteld - bijv. een uitvoeringsgarantie - voor een door de groepsmaatschappij te verrichten prestatie dan kan de bank, indien zij uit dien hoofde moet betalen voor haar regres zich wenden tot de consoliderende rechtspersoon.

#### 3.2 Reikwijdte van de aansprakelijkstelling

Door de vaststelling dat de aansprakelijkstelling ex art. 403 moet gelden voor schulden uit rechtshandelingen zijn de vraagstukken niet opgelost. De

vraag die dan opkomt is: van welk moment en/of tot welk moment deze schulden en/of rechtshandelingen onder de werkingssfeer van de verklaring moeten vallen. Men moet hierbij onderscheiden tussen de reikwijdte van de aansprakelijkstellingsverklaring als zodanig en de vereiste reikwijdte voor de toepassing van art. 403. Het eerste is een aansprakelijkheidsvraagstuk, het tweede een jaarrekeningvraagstuk. Het jaarrekeningvraagstuk komt onder 3.3 aan de orde.

De aansprakelijkheidskant van een afgelegde aansprakelijkstelling heeft de zich aansprakelijk stellende persoon zelf in de hand. Een goede en zorgvuldige redactie van de verklaring is hierbij vereist. Ter illustratie daarvan noem ik enige voorbeelden:

- Wij hebben ons aansprakelijk gesteld voor schulden die zijn ontstaan na 31 oktober 1987;
- Wij hebben ons aansprakelijk gesteld voor uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden die zijn ontstaan na 31 oktober 1987;
- Wij hebben ons aansprakelijk gesteld voor schulden uit rechtshandelingen die zijn aangegaan na 31 oktober 1987.

De verklaring ex art. 403 moet bij het handelsregister worden gedeponneerd. Een ieder die daarvan kennisneemt of kan nemen moet kunnen afgaan op de inhoud van de aansprakelijkstelling. Er blijken in de genoemde voorbeelden duidelijke verschillen. In het eerste geval gaat het om alle schulden (ook die uit de wet!). De oorzaak van de schuld zou ook voor 31 oktober kunnen liggen. Het verschil met het tweede geval is de beperking tot schulden uit rechtshandelingen. Het verschil tussen het tweede en derde geval is dat ook de rechtshandeling na 31 oktober ligt. Ter verduidelijking noem ik een vóór deze datum aangegane huurovereenkomst. Na 31 oktober verschuldigde huurtermijnen vallen in het tweede (en eerste) geval onder de aansprakelijkstelling, in het derde geval niet. Zou in het geheel geen datum van inwerkingtreding zijn genoemd dan moet mijns inziens worden aangenomen dat alle op het moment van deponeren van de verklaring bestaande schulden (uit rechtshandelingen) en toekomstige schulden uit oorzaken van voor en na die datum onder de werkingssfeer vallen.

Zoals de datum van inwerkingtreding in de verklaring kan zijn opgenomen, is het ook mogelijk een einddatum op te nemen. Men kan hierbij denken aan een periode voor enige jaren, of bijvoorbeeld voor een jaar of enig ander tijdvak. Te denken is aan soortgelijke voorbeelden als hiervoor genoemd, zoals: Wij stellen ons aansprakelijk

- voor de schulden die opkomen tot 1 januari 1990;
- voor uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden die opkomen tot 1 januari 1990;
- voor schulden uit tot 1 januari 1990 te verrichten rechtshandelingen.

Het moge duidelijk zijn dat de reikwijdte van de aansprakelijkstelling in deze voorbeelden verschilt, maar in elk geval een einde neemt, zij het dat in het derde geval de aansprakelijkheid na 31 december 1989 blijft doorlopen van de voor 1 januari 1990 aangegane rechtshandelingen (resterende aansprakelijkheid).

Het voordeel van het opnemen van een einddatum is het voorkomen van 'vergeten' aansprakelijkstellingen. Het is meermalen gebleken dat deze aansprakelijkstellingen pas weer in beeld komen omdat de betreffende (groeps)maatschappij (de draagplichtige schuldenaar) failliet gaat en crediteuren dan wel curator(en) van de betreffende (groeps)maatschappij - door recherche ten kantore van het handelsregister - het bestaan van deze verklaring ontdekken. In een aantal gevallen bleek zelfs dat de betreffende maatschappij reeds jaren geleden was verkocht.<sup>16</sup>

### *3.3 Reikwijdte en de toepassing van art. 403*

De vraag die nu onder ogen moet worden gezien is wat de vereiste reikwijdte van de aansprakelijkstelling voor de toepassing van art. 403 is. Ik noemde dit reeds de jaarrekeningzijde van de aansprakelijkstelling ex art. 403.

Voorop moet worden gesteld dat als in de aansprakelijkstelling beperkingen zijn aangebracht hiermee de reikwijdte vast ligt. Men kan er dan alleen over twisten of door de aangebrachte beperkingen een aldus afgelegde verklaring een voldoende verklaring in het kader van art. 403 is. Oordeelt een belanghebbende van niet, dan is hij van oordeel dat de jaarrekening niet beantwoordt aan de eisen van Titel 8 Boek 2 BW. In die situatie is de aangewezen weg een jaarrekeningprocedure voor de Ondernemingskamer. Deze procedure is dan mogelijk tot twee maanden na de vaststelling van de jaarrekening of tot twee maanden na deponering indien het om een NV gaat. Omdat - afgezien van een NV - de jaarrekening niet gepubliceerd is en ook geen opgaaf van de datum van vaststelling van de jaarrekening aan het handelsregister in die situatie is voorgeschreven, is het niet uitgesloten te achten dat de beroepstermijn inmiddels verlopen is. In dat geval moet hij eerst in een civiele procedure bij de gewone rechter openbaarmaking van de jaarrekening vorderen (art. 394 lid 7). Hij moet in die procedure aanneemelijk maken dat ten onrechte geen openbaarmaking heeft plaatsgevonden, hetgeen inhoudt dat in deze procedure een oordeel over de aansprakelijkstelling moet volgen. Zou hieruit volgen dat openbaarmaking vereist is, dan herleeft de beroepstermijn tot twee maanden na de openbaarmaking.

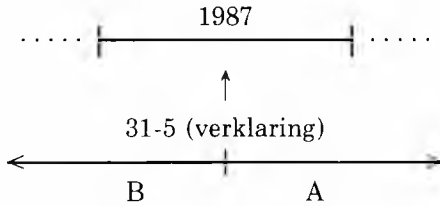
De vraag is thans welke beperkingen zijn aanvaardbaar en welke niet. De meningen hierover zijn nog steeds niet eensluidend, omdat de wettekst daarvoor onvoldoende houvast biedt. Het gaat thans te ver om alle opvattingen hier uitvoerig te analyseren. Ik zou de problematiek willen terugbrengen tot een principiële vraag, namelijk wat beoogt de aansprakelijkstelling in het kader van art. 403:

A aansprakelijkstelling voor schulden uit toekomstige rechtshandelingen omdat door de deponering van de verklaring vaststaat dat aan de schuldeisers uit deze rechtshandelingen openbaarmaking van volledige jaarrekeningen met betrekking tot perioden van deze rechtshandelingen wordt onthouden;<sup>17</sup>

B aansprakelijkstelling voor schulden uit verrichte rechtshandelingen omdat door de deponering van de verklaring vaststaat dat aan de schuldeisers uit deze rechtshandelingen openbaarmaking van volledige jaarrekeningen met betrekking tot de perioden van deze rechtshandelingen wordt onthouden.<sup>17</sup>



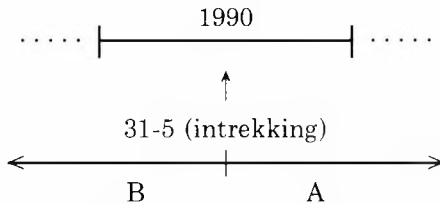
Men zou dit als volgt kunnen aangeven:



Benadering A stoelt op de voorlopers van art. 403. De motivering is dat schuldeisers op het moment van de deponering van de verklaring geen aanspraak hebben op een waarborg door middel van aansprakelijkstelling als hierbedoeld omdat zij de rechtshandelingen met de groepsmaatschappij zijn aangegaan zonder dat er aansprakelijkstelling als hierbedoeld was. De nieuwe schuldeisers weten door de deponering van de verklaring dat zij in de toekomst geen jaarrekeningen tegemoet kunnen zien in ruil waarvoor zij de aansprakelijkstelling van de consoliderende maatschappij verkrijgen.

De benadering B stoelt op de gedachte dat door de wettelijk voorgeschreven openbaarmaking schuldeisers mogen verwachten dat jaarrekeningen met betrekking tot de jaren van hun rechtshandelingen met de groepsmaatschappij zullen worden openbaar gemaakt en dat door de deponering van de verklaring deze verwachting teniet wordt gedaan in ruil waarvoor zij de aansprakelijkstelling door de consoliderende maatschappij ontvangen. Nieuwe schuldeisers hebben pas aanspraak op een waarborg indien voor de jaren van de betreffende rechtshandelingen komt vast te staan dat geen jaarrekening wordt openbaar gemaakt.

Bij beëindiging van de aansprakelijkheid is het plaatje als volgt:



Benadering A gaat er vanuit dat als de aansprakelijkstelling is beëindigd de schulden uit rechtshandelingen na de beëindiging geen waarborg behoeven, omdat deze schuldeisers de rechtshandelingen met de groepsmaatschappij zijn aangegaan zonder de aanwezigheid van een aansprakelijkstelling als hierbedoeld. Alleen voor de schulden uit rechtshandelingen die zijn verricht tussen de deponering van de aansprakelijkstelling en de deponering van de intrekking blijft de waarborg van de aansprakelijkheid van de consoliderende maatschappij bestaan. Benadering A brengt mee dat de

jaarrekening over het jaar waarin de aansprakelijkstelling is beëindigd openbaar wordt gemaakt.

Benadering B gaat er vanuit dat als besloten wordt de aansprakelijkstelling niet voort te zetten de aansprakelijkstelling eindigt zodra de jaarrekening met betrekking tot de verstreken periode openbaar wordt gemaakt. Het motief van de waarborg komt te vervallen omdat in ruil daarvoor openbaarmaking is gewaarborgd.

Vergelijking van de opvattingen laat zien dat in benadering A het accent wordt gelegd op de rechtshandelingen die zijn aangegaan in een periode dat er een aansprakelijkstelling is. In deze benadering vormt het achterwege laten van periodieke financiële informatie slechts een bijproduct en wordt over het hoofd gezien dat ook oude schuldeisers recht op deze informatie hebben.

In benadering B wordt het accent gelegd op het niet openbaar maken van (volledige) jaarrekeningen met als voorwaarde daarvoor aansprakelijkstelling voor alle niet voldane schulden uit rechtshandelingen zolang openbaarmaking achterwege blijft. In deze benadering heeft de aansprakelijkstelling alleen een functie in het kader van het niet openbaar maken van (volledige) jaarrekeningen.

Benadering B lijkt mij gezien de doelstelling van art. 403 de juiste. Hierin past ook dat aandeelhouders elk jaar opnieuw tot de vaststelling van de jaarrekening de mogelijkheid hebben te beslissen dat zij van art. 403 gebruik maken. Dit betekent dat een consoliderende maatschappij op 31 mei 1988 (of eerdere of latere datum) zou kunnen verklaren zich aansprakelijk te stellen voor alle schulden uit rechtshandelingen die met de groepsmaatschappij tot en met 31 december 1987 zijn aangegaan. In dat geval kan de groepsmaatschappij van art. 403 voor de jaarrekening 1987 gebruik maken. Zou de consoliderende maatschappij zich op 31 mei 1988 aansprakelijk stellen voor alle schulden uit tot en met 31 mei 1990 aangegane rechtshandelingen dan kan de groepsmaatschappij voor alle jaarrekeningen tot en met 31 december 1989 van art. 403 gebruik maken (aangenomen dat boekjaren en kalenderjaren samenvallen en de overige voorwaarden in acht worden genomen). Daar deze verklaring wordt gedeponeerd en de deponeering bekend wordt gemaakt in de Nederlandse Staatscourant weten schuldeisers waar zij aan toe zijn. Aan art. 404 lid 1 dat de intrekking van de aansprakelijkstelling regelt is bij voorbaat voldaan. Art. 404 leden 1 en 2 zijn mijns inziens alleen geschreven voor de situatie dat in een verklaring van aansprakelijkstelling geen einddatum is opgenomen.

Art. 404 lid 3 e.v. is een regeling om de bestaande aansprakelijkheid ontstaan tijdens de duur van de aansprakelijkstelling te beëindigen. In benadering B is deze regeling overbodig omdat - in het laatstgenoemde voorbeeld - de aansprakelijkheid eindigt zodra de jaarrekening 1990 openbaar wordt gemaakt. Zij kan slechts verklaard worden vanuit benadering A en dus uit de voorlopers van art. 403. Deze regeling is echter in benadering B ook vereist, nu in de wet niet is bepaald dat de resterende aansprakelijkheid eindigt door de eerstvolgende openbaarmaking van de jaarrekening. Zij vormt mijns inziens een onnodige verzwaring die alleen te rechtvaardigen valt indien de afgelegde aansprakelijkstelling *tevens* een bewuste functie in

het aangaan van de rechtshandelingen heeft gespeeld. In die situatie speelt de aansprakelijkstelling dezelfde rol als specifieke garanties en draagt daardoor tevens jegens die schuldeisers een gericht karakter.

### *3.4 Informatie over de aansprakelijkstelling bij de consoliderende maatschappij*

De consoliderende maatschappij die zich aansprakelijk stelt moet in de lijst van belangen in andere maatschappijen die behoort bij zijn geconsolideerde jaarrekening, vermelden voor welke maatschappijen art. 403 toepassing heeft gevonden. De betekenis van deze vermelding is aan te geven voor welke rechtspersonen niet aan Titel 8 Boek 2 BW is voldaan en heeft niets van doen met informatie over de aansprakelijkstelling.

Indien de consoliderende rechtspersoon informatie over de aansprakelijkstelling opneemt moet dit dus gebeuren in de enkelvoudige jaarrekening. De vraag komt dan op op grond van welke bepaling deze vermelding noodzakelijk is. Veelal wordt sinds enige jaren aan art. 376 Boek 2 BW gedacht dat de vermeldingsnoodzaak aangeeft van de verplichtingen die voortvloeien uit aansprakelijkstellingen voor schulden van anderen (w.o. groepsmaatschappijen).

Door de aflegging van de verklaring maakt de consoliderende rechtspersoon zich tot hoofdelijk mede-schuldenaar en daardoor zichzelf tot aansprakelijk debiteur. Hieruit zou kunnen volgen dat hij alle schulden van de groepsmaatschappij moet vermelden. Daar hij echter geen draagplichtig schuldenaar is - in beginsel heeft hij regres op de groepsmaatschappij - zou mijns inziens een onjuiste conclusie worden getrokken. Hij moet vermelden de verplichtingen die voortvloeien uit de aansprakelijkstelling. Die verplichtingen zijn dat hij moet vermelden dat hij hoofdelijk aansprakelijk is voor alle schulden uit rechtshandelingen groepsmaatschappijen omdat hij voor de toepassing van art. 403 een verklaring van hoofdelijke aansprakelijkstelling heeft gedeponeed. Kwantificering heeft geen enkele zin.

Niettemin ziet men de laatste jaren een aantal rechtspersonen tot gekwantificeerde informatie overgaan met alle gevaren van dien. Men veegt meestal alle schulden op één hoop, men vergeet de niet-gepassiveerde financiële verplichtingen van de groepsmaatschappij, de aansprakelijkstellingen van de groepsmaatschappij, men denkt alleen aan de financiële schulden, als de groepsmaatschappij volledig aansprakelijk vennoot van bijv. een vennootschap onder firma is, worden de volledige schulden van deze vennootschap niet meegenomen. Men zou zelfs de vraag kunnen stellen of door het gekwantificeerd vermelden niet de schijn wordt opgeroepen tot een hogere aansprakelijkstelling dan beoogd werd waardoor bij schuldeisers het vertrouwen tot aansprakelijkheid van de rechtspersoon is opgewekt. Het leerstuk van het opgewekte vertrouwen kan overigens ook een rol spelen indien ten onrechte in de jaarrekening de toepassing van art. 403 is vermeld of omdat beperkende clausules in de aansprakelijkstelling niet in de jaarrekening zijn vermeld.

Met het voorgaande beweer ik overigens niet dat gekwantificeerde informatie nimmer aan de orde kan komen. De algemene bepalingen - het

wettelijk vereiste inzicht - kunnen tot vermelding nopen (bijv. tegen de rechtspersoon ingestelde acties) en/of zullen tot het vormen van voorzieningen aanleiding kunnen geven. Dit laatste kan ook op grond van de bijzondere bepalingen aan de orde komen.

Tenslotte wijs ik er nog op dat als de verklaring van aansprakelijkstelling is ingetrokken, vermelding van de doorlopende aansprakelijkstelling voor de oude schulden niet vergeten moet worden. Pas als deze niet meer aan de orde is omdat de voorgeschreven procedure tot definitieve beëindiging van de resterende aansprakelijkheid tot succes heeft geleid, komt de vereiste vermelding te vervallen.

#### **4 Afsluitende opmerkingen**

Het zich aansprakelijk stellen voor schulden van een ander is op zich zelf beschouwd altijd al een hachelijke zaak, maar overigens niet altijd en onder alle omstandigheden te vermijden.

Bedenkelijker wordt het indien een rechtspersoon vrijbrieven voor zijn aansprakelijkheid voor de schulden van een ander gaat afgeven. Alle gevallen van aansprakelijkstellingsverklaringen uit Boek 2 BW zijn dergelijke vrijbrieven, ook die genoemd onder 2.1 want hoeveel schulden zullen opkomen weet men niet. Niettemin weet men aldaar in elk geval het maximum dat mogelijkerwijze als verlies moet worden genomen.

Het meest schrikaanjagend zijn de andere aansprakelijkstellingen. Enige waarborg of controle op de omvang van de aansprakelijkstelling ontbreekt. Vaak is het enige motief het niet publiceren van de jaarrekening. De vraag kan gesteld worden of de aansprakelijkstelling niet een onverantwoord hoge prijs is. In dit verband merk ik nog op:

– dat het geen enkele zin heeft om voor jaarrekeningen van buitenlandse groepsmaatschappijen dergelijke verklaringen af te leggen omdat een Nederlandse aansprakelijkstellingsverklaring voor jaarrekeningdoeleinden in andere EG-landen (behoudens Luxemburg en Ierland) geen betekenis heeft.<sup>18</sup> Men zal in de andere EG-landen conform de in die landen geldende voorschriften moeten publiceren.

Voor schuldeisers is de aansprakelijkstelling uiteraard welkom, maar als de consoliderende maatschappij in een ander EG-land gevestigd is, kan er soms wel twijfel bestaan over de (juridische) waarde van een aldus afgegeven verklaring.

Overigens staat en valt de solvabiliteitswaarde van een afgegeven verklaring van mede-schuldenaarschap met de solvabiliteitspositie van de maatschappij die zich aansprakelijk heeft gesteld. Wat die positie waard is, laat zich indenken indien de zich aansprakelijk stellende maatschappij alleen houdstermaatschappij is en de groepsmaatschappijen in financiële moeilijkheden verkeren. Het uitwinbaar actief van de houdstermaatschappij wordt gevormd door aandelen die dan gewoonlijk niets waard zijn of in elk geval reeds tot zekerheid voor de concernbankschuld zijn verbonden.

## Noten

- 1 *De discussie over de vraag of in deze gevallen wellicht sprake kan zijn van overschrijding van de statutaire doelstelling laat ik rusten.*
- 2 *Pitlo-Bolweg, deel 3, pag. 12.*
- 3 *Zij hebben de bedoeling intentieverklaringen tot aansprakelijkstelling te zijn, maar bij nadere bestudering zullen zij veelal een verdere strekking hebben dan alleen intentie.*
- 4 *Te denken is aan de bepaalde verhouding tot aansprakelijkstelling in art. 8 WTK en in verband hiermee art. 400 lid 4 Boek 2 BW. Voorts is te denken aan een niet-geregistreerde financiële instelling, die dochtermaatschappij is van een bank en met ontheffing van de minister de naam Bank mag voeren (art. 43 WTK). Een van de voorwaarden is een verklaring van hoofdelijke aansprakelijkstelling.*
- 5 *F. K. Buyn, De oprichting van de NV en de BV, diss EUR 1983, blz. 378, handesed. Deventer, pag. 214.*
- 6 *Hiermee corrigeer ik mede het verkeerd afgedrukte schema in mijn artikel Wettelijke reserves in de jaarrekening, MAB 1984 pag. 98.*
- 7 *Bij Nachgründung derhalve de rechtspersoon als tegenpartij van de BV dan wel de rechtspersoon als moedermaatschappij van de groepsmaatschappij die tegenpartij is.*
- 8 *Bij Nachgründung de betreffende rechtshandeling strekkende tot verkrijging.*
- 9 *Bij Nachgründung: waarde van alle tegenprestatie < eigen vermogen van de rechtspersoon, die zich mede aansprakelijk stelt.*
- 10 *Openbaarmaking is wel voorgeschreven voor de NV.*
- 11 *Zie over de regeling zelf Compendium voor de Jaarrekening, Band 2, deel 6.4, Deventer losbl.*
- 12 *Het is geen garantie, maar mede-schuldenaarschap.*
- 13 *De term hoofdelijkheidsverklaring wordt veelvuldig gebruikt in verband met concernfinanciering, waarbij het om hoofdelijkheid jegens één crediteur (bank) gaat.*
- 14 *Bij nevenschikte concerns met twee maatschappijen aan de top moet ook de andere maatschappij een verklaring van aansprakelijkstelling afleggen (art. 403 lid 2).*
- 15 *Maar niet die uit fiscale eenheid.*
- 16 *Zie J. J. Nagelkerke, Aansprakelijkstellingsverklaring en groepsvrijstellingsregeling, MAB, 1985 nr. 5, pag. 214-215.*
- 17 *Met volledige jaarrekening doel ik op openbaarmaking in de vorm zoals voorgeschreven buiten de toepassing van art. 403.*
- 18 *In Ierland is de regeling alleen mogelijk voor private companies.*