

Corporate Alert: de 403-verklaring

Kort na elkaar heeft de Hoge Raad twee uitspraken gedaan over vragen waartoe de 403-verklaring aanleiding geeft. De meest in het oog springende [beslissing](#) (HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661) is die in de onteigeningszaak met betrekking tot de door SNS Reaal en SNS uitgegeven effecten. In die zaak vormt de 403-verklaring overigens maar een van de onderwerpen van de beslissing. Het ging daarbij om de vraag of schulden van SNS Bank die tegenover de bank achtergesteld waren en die onder de door SNS Reaal gedeponeerde 403-verklaring vielen ook ten opzichte van de concurrente crediteuren van SNS Reaal achtergesteld waren. De tweede [uitspraak](#) (HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:837) heeft minder aandacht gekregen, maar is inhoudelijk belangrijk en gaat over het karakter van de vorderingen die schuldeisers op grond van de 403-verklaring hebben op de rechtspersoon die deze heeft gedeponeed. In deze Alert behandelen we enkele vraagstukken rond de 403-verklaring.

De 403-verklaring

Met de "403-verklaring" wordt bedoeld de in artikel 2:403, eerste lid onder f BW bedoelde schriftelijke verklaring die vóór een groepsmaatschappij (de "dochter") wordt gegeven door een andere groepsmaatschappij die de financiële gegevens van de dochter in haar geconsolideerde jaarrekening verwerkt (de "consoliderende rechtspersoon") en waarbij de consoliderende rechtspersoon zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de schulden uit rechtshandelingen die de dochter is aangegaan. De verklaring hoeft dus geen betrekking te hebben op andere verplichtingen zoals fiscale verplichtingen en verplichtingen voortvloeiende uit onrechtmatig handelen van de dochter. Onder de schulden van een dochter uit rechtshandelingen valt ook de verplichting tot schadevergoeding in het geval van wanprestatie van de dochter.

Doel van de 403-verklaring

Het doel van de verklaring is meestal te bewerkstelligen dat de dochter, indien ook aan de overige voorwaarden daarvoor is voldaan, haar jaarrekening niet hoeft in te richten met in achtname van de anderszins voor haar geldende wettelijke bepalingen.¹ Deze dochter is dan tevens vrijgesteld van de inrichtingsvereisten voor haar jaarverslag en overige gegevens, van accountantscontrole en van het deponeren van de jaarstukken bij het handelsregister.

De voorwaarden voor vrijstelling

Om de dochter vrijgesteld te laten zijn van de inrichtingseisen voor de jaarrekening moet naast de deponering van de 403-verklaring door de consoliderende rechtspersoon aan een aantal andere verplichtingen zijn voldaan, waaronder: i) de aandeelhouders moeten, nadat een boekjaar is begonnen maar voordat de jaarrekening wordt vastgesteld, schriftelijk hebben verklaard in te stemmen met het afwijken door de dochter van de voorschriften die betrekking

¹ In het kader van het toezicht op grond van de Wet op het financieel toezicht kan de 403-verklaring, terwijl de dochter geen gebruik maakt van de groepsvrijstelling, een andere rol vervullen en er toe leiden dat niet zelfstandig voor de dochter behoefte te worden beoordeeld of aan de kapitaalvereisten wordt voldaan.

Stibbe

hebben op het inrichten van de jaarrekening; ii) de geconsolideerde jaarrekening waarin de financiële gegevens van de dochter zijn geconsolideerd, moet zijn ingericht met toepassing van de EU-regelgeving en voorzien zijn van een accountantsverklaring; en iii) de geconsolideerde jaarrekening met jaarverslag en de accountantsverklaring van de consoliderende rechtspersoon moeten tijdig bij het handelsregister zijn gedeponeerd.

Gevolgen niet voldoen aan de voorwaarden

Indien een 403-verklaring is gedeponeerd maar niet aan de overige voorwaarden voor vrijstelling is voldaan, bindt de 403-verklaring de consoliderende rechtspersoon, maar is er geen vrijstelling voor de dochter. Dat betekent niet alleen onder meer dat de dochter haar financiële verslaggeving alsnog overeenkomstig de wettelijke bepalingen moet inrichten en deponeren, maar ook dat, indien de dochter dat niet tijdig doet, bestuurders en commissarissen van de dochter in het geval van een faillissement van de dochter geconfronteerd kunnen worden met het bewijsvermoeden van artikel 2:138(248) lid 2 BW. De jaarlijkse instemmingsverklaring van aandeelhouders en het jaarlijks tijdig deponeren van de jaarrekening van de consoliderende rechtspersoon zijn ook vanuit dit perspectief belangrijk.

De uitleg van de 403-verklaring

Een 403-verklaring vertegenwoordigt een eenzijdige rechtshandeling van de consoliderende rechtspersoon en moet op objectieve wijze uitgelegd worden. De tekst van de verklaring in het licht van de wettelijke bepaling is daarbij doorslaggevend en niet datgene wat de consoliderende rechtspersoon bij het stellen van de verklaring mogelijk voor ogen heeft gestaan. Zo besliste de Hoge Raad in de SNS-zaak dat schulden van SNS Bank die ten opzichte van andere schuldeisers van SNS Bank achtergesteld waren dat op het niveau van SNS Reaal niet zijn, omdat dat niet uit de door SNS Reaal ten behoeve van SNS Bank gestelde 403-verklaring bleek (en dat ook niet ten behoeve van SNS Reaal door SNS Bank met haar schuldeisers was overeengekomen). Dat vorderingen op een dochter die op grond van de wet preferent zijn, ten opzichte van de consoliderende rechtspersoon concurrent zijn, had de Hoge Raad al eerder [beslist](#) (HR 11 april 2014, ECLI: NL:HR:2014:898).

Wij nemen aan dat SNS Reaal in haar 403-verklaring had kunnen opnemen dat schulden van SNS Bank die ten opzichte van de schuldeisers van SNS Bank achtergesteld waren, dit ook ten opzichte van de andere schuldeisers van SNS Reaal zouden zijn. Dit zou er dan niet toe geleid hebben dat niet aan de voorwaarden voor vrijstelling op het niveau van SNS Bank zou zijn voldaan. Een vrijstelling overigens waarvan SNS Bank op grond van andere op haar van toepassing zijnde voorschriften toch al geen gebruik kon maken.

Anders ligt dit waarschijnlijk indien de 403-verklaring inhoudelijk wordt beperkt bijvoorbeeld door bepaalde schulden van de dochter, zoals de schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die voor het stellen van de 403-verklaring zijn verricht, van de hoofdelijke aansprakelijkheid uit te sluiten. Aannemelijk is dat in die gevallen de beperking ten opzichte van de consoliderende rechtspersoon zal werken, maar dat de dochter in dat geval geen

Stibbe

gebruik kan maken van de vrijstelling omdat niet aan alle voorwaarden voor vrijstelling is voldaan.

De aard van de vordering jegens de consoliderende rechtspersoon

In zijn uitspraak van 3 april 2015 heeft de Hoge Raad bevestigd dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de consoliderende rechtspersoon op grond van een 403-verklaring leidt tot zelfstandige vorderingen van de crediteuren van de dochter op de consoliderende rechtspersoon. De consoliderende rechtspersoon heeft niet de bescherming van een borg en kan niet van een crediteur van de dochter eisen dat die crediteur zijn vordering eerst probeert te verhalen op de dochter. De consoliderende rechtspersoon kan rechtstreeks door de crediteur worden aangesproken. Het hangt af van de tussen de consoliderende rechtspersoon en de dochter overeengekomen regelingen of de consoliderende rechtspersoon door haar betaalde bedragen op de dochter kan verhalen. In het door de Hoge Raad besliste geval was de faillissementsboedel van de dochter tegen betaling door de curator voor een deel van de vordering volledig jegens de crediteur gekweten. De vordering op de dochter die onder de 403-verklaring viel bestond daarmee niet meer. Ondanks het feit dat de crediteur de dochter kwijting had verleend en de vordering op de dochter niet bestond, oordeelde de Hoge Raad dat de crediteur de consoliderende rechtspersoon nog voor het niet betaalde deel van de vordering kon aanspreken. Aangenomen moet ook worden dat voor de aanspraken onder een 403-verklaring, omdat van een zelfstandige verbintenis sprake is, een ten opzichte van de vordering op de dochter zelfstandig verjaringsregime geldt.

Complicaties kunnen mogelijk ontstaan op het moment dat de vordering op de dochter en de vordering op grond van de 403-verklaring op de consoliderende rechtspersoon niet langer door dezelfde rechthebbende gehouden worden.

De intrekking van de 403-verklaring en de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid

Tot het moment dat een 403-verklaring wordt ingetrokken blijft deze van kracht, ook als de dochter en de consoliderende rechtspersoon als gevolg van de verkoop van de dochter niet langer deel uitmaken van dezelfde groep.

De consoliderende rechtspersoon kan een door haar gestelde verklaring altijd intrekken door deponering van een daartoe strekkende mededeling bij het handelsregister. De intrekking heeft onmiddellijk effect vanaf het moment dat die intrekking is bekend gemaakt: schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die de dochter na de deponering van de mededeling van de intrekking bij het handelsregister heeft verricht, vallen niet meer onder de 403-verklaring. Schulden die voor de bekendmaking van de intrekking zijn aangegaan, blijven er wel onder vallen.

Schulden die na de intrekking opkomen maar die voortvloeien uit rechtshandelingen die voor de intrekking van de 403-verklaring door de dochter zijn verricht, blijven eveneens onder de verklaring vallen. Voorbeelden daarvan zijn de verplichtingen die voortvloeien uit

Stibbe

arbeidsovereenkomsten en huurovereenkomsten. Voor deze schulden blijft de consoliderende rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk.

De wet opent de mogelijkheid om ook deze overblijvende aansprakelijkheid van de consoliderende rechtspersoon te beëindigen. Dat kan echter alleen indien de dochter niet langer tot dezelfde groep als de consoliderende rechtspersoon behoort. In dat geval kan de consoliderende rechtspersoon de overblijvende aansprakelijkheid ten opzichte van wederpartijen van de dochter beëindigen. De procedure komt in belangrijke mate overeen met de stappen die genomen moeten worden indien een naamloze vennootschap haar geplaatste kapitaal anders dan ter delging van geleden verliezen, vermindert: de mededeling dat de consoliderende rechtspersoon haar overblijvende aansprakelijkheid wil beëindigen moet bij het handelsregister gedeponereerd worden, de mededeling moet in een landelijk dagblad aangekondigd worden en twee maanden moeten zijn verstreken na die aankondiging zonder dat door schuldeisers verzet tegen de intrekking is gedaan. Alleen ten opzichte van schuldeisers die verzet hebben gedaan, blijft de overblijvende aansprakelijkheid in dat geval bestaan. Ten opzichte van die schuldeisers eindigt de verplichting indien het verzet door de rechter ongegrond wordt verklaard of de schuldeiser zijn verzet intrekt. Dat kan ook omdat tussen de schuldeiser en de consoliderende rechtspersoon overeenstemming is bereikt over de afwikkeling.

Niet vaststaat of in de gevallen dat de rechtshandeling is verricht vóórdat de 403-verklaring werd gedeponereerd (terwijl de schulden die uit die rechtshandeling voortvloeiden zo lang die verklaring van kracht was, onder de werking van die verklaring vielen), maar waaruit na de intrekking van de verklaring nog nieuwe schulden voortvloeien, ook die nieuwe schulden onder de overblijvende aansprakelijkheid blijven vallen of dat, waar het om die overeenkomsten gaat, de schulden die voortvloeien uit de 403-verklaring eindigen met de bekendmaking van de intrekking van die verklaring.

SNS Reaal en SNS Bank en andere bijzondere gebeurtenissen

Hiervoor schreven we al dat zo lang een 403-verklaring niet is ingetrokken de consoliderende rechtspersoon gebonden blijft en dat de overblijvende aansprakelijkheid alleen beëindigd kan worden indien de consoliderende rechtspersoon en de dochter niet langer deel uitmaken van dezelfde groep. Het geval van SNS Reaal en SNS Bank vormt op dat laatste een uitzondering: de Hoge Raad oordeelde in de procedure tot vaststelling van de door de Staat aan de onteigende partijen te vergoeden schade, ondanks het feit dat SNS Reaal en SNS Bank deel bleven uitmaken van dezelfde groep, dat als gevolg van de onteigening van door SNS Bank uitgegeven obligaties en van door SNS Bank aangegane verplichtingen die er toe leidde dat SNS Bank niet langer de schuldenaar onder die verplichtingen was, aanspraken in verband met die verplichtingen jegens SNS Reaal niet meer geldend konden worden gemaakt. Datzelfde doet zich voor in gevallen dat met medewerking van de schuldeiser de dochter als debiteur van een schuld wordt vervangen, maar in die gevallen kan de schuldeiser zijn medewerking vanzelfsprekend afhankelijk stellen van het verkrijgen van zekerheid omtrent de nakoming van de verplichtingen door de dochter.

Stibbe

Een faillissement van een dochter waarvoor een 403-verklaring is gedeponerd, maakt geen einde aan de verplichtingen van de consoliderende rechtspersoon op grond van de 403-verklaring. Dat volgt al uit het feit dat de verplichting van de consoliderende rechtspersoon een zelfstandige is. Indien de curator een huurovereenkomst of arbeidsovereenkomst beëindigt, ontstaan ook voor de consoliderende rechtspersoon geen verdere schulden op grond van de beëindiging van die overeenkomst. Anders ligt dit bij andere duurovereenkomsten ter zake waarvan de wederpartij van een gefailleerde dochter in het faillissement als concurrente schuldeiser zijn vordering tot schadevergoeding kan indienen. Ook die vordering zal onder de 403-verklaring tegen de consoliderende rechtspersoon geldend kunnen worden gemaakt.

Indien de dochter in het kader van een juridische fusie of splitsing ophoudt te bestaan of haar vermogen na ontbinding wordt vereffend, doet ook dat de aansprakelijkheid van de consoliderende rechtspersoon voor de verplichtingen van de dochter niet eindigen. Indien de consoliderende rechtspersoon zelf in het kader van een juridische fusie of splitsing ophoudt te bestaan gaan de verplichtingen van de consoliderende rechtspersoon over op de verkrijgende rechtsperso(o)n(en). Wij nemen aan dat in dat geval, ondanks het feit dat de 403-verklaring niet is ingetrokken, de verkrijgende rechtspersonen die zelf geen 403-verklaring hebben gedeponerd voor de verplichtingen van de dochter, niet aansprakelijk zijn voor verplichtingen van de dochter die voortvloeien uit nieuwe, door de dochter verrichte, rechtshandelingen.

Conclusie

Een 403-verklaring leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon die de verklaring bij het handelsregister deponert voor verplichtingen van de dochter. De verklaring hoeft alleen betrekking te hebben op verplichtingen van de dochter die voortvloeien uit door haar verrichte rechtshandelingen. Het deponeren van een 403-verklaring voor een dochter kan voordelen hebben. Met alleen het deponeren van een dergelijke verklaring is de dochter nog niet vrijgesteld van de verplichting haar financiële verslaggeving overeenkomstig Titel 9 Boek 2 BW in te richten. Indien aan de andere door de wet voorgeschreven voorwaarden, die gedeeltelijk jaarlijks vervuld moeten worden, niet is voldaan, lopen bestuurders en commissarissen van de dochter in het geval van een faillissement van de dochter een verhoogd risico. Een 403-verklaring kan altijd worden ingetrokken, maar met die intrekking eindigt de hoofdelijke aansprakelijkheid niet voor verplichtingen die voortvloeien uit voor de intrekking door de dochter verrichte rechtshandelingen. Die aansprakelijkheid kan alleen worden beëindigd indien de dochter ophoudt deel uit te maken van dezelfde groep als de consoliderende rechtspersoon. Om de aansprakelijkheid te beëindigen moeten in de wet geregelde formaliteiten in acht genomen worden. Individuele crediteuren van de dochter kunnen zich tegen die intrekking verzetten. Er zijn gevallen waarin de vordering tegen de dochter niet langer geldend kan worden gemaakt maar wel de vordering op de consoliderende rechtspersoon.