

Shell staat achter, maar niet (meer) naast NAM

Ondernemingsrecht 2018/28

Column

Reacties op de intrekking van de aansprakelijkstellingsverklaring als bedoeld in art. 2:403 lid 1 BW (403-verklaring) die Shell Nederland BV (Shell) op 31 mei 1985 heeft verstrekt ten behoeve van Nederlandse Aardolie Maatschappij BV (NAM) had Shell wel verwacht. Maar de brede publieke verontwaardiging die volgde op het bericht van de intrekking in dagblad Trouw (27 januari 2018) was volgens president-directeur Marjan van Loon niet voorzien (zo vertelde zij in de hoorzitting van de vaste commissie van Economische Zaken en Klimaat van 1 februari 2018). Dat er kritiek is op de intrekking, is niet zo verbazingwekkend. NAM en diens financiële positie staan vanwege de aardbevingen in Groningen volop in de belangstelling en al hetgeen (mogelijk) invloed heeft op NAM's betaalcapaciteit ligt onder een vergrootglas, zo ook handelingen van Shell, als 50%-aandeelhouder van NAM (de andere 50%-aandeelhouder is ExxonMobil). In de verschillende commentaren wordt echter ten onrechte (of bij vergissing) voorbijgegaan aan de karakteristieken van de 403-verklaring, althans, van de in art. 2:403 BW geregelde jaarrekeningvrijstelling (en de voorwaarden voor gebruikmaking van de jaarrekeningvrijstelling, die verder strekken dan de vereiste 403-verklaring).

Mijns inziens krijgen twee basiskennmerken van deze vrijstellingsregeling onvoldoende aandacht. Ten eerste, het gebruikmaken van de aan de jaarrekeningvrijstelling verbonden inrichtingsvrijstelling is geen verplichting, maar een bevoegdheid van de vrij te stellen groepsrechtspersoon (hierna: 403-rechtspersoon), ook in het geval dat aan alle voorwaarden is voldaan. Evenzeer is er geen verplichting voor de zich aansprakelijk stellende maatschappij om een 403-verklaring voor de 403-rechtspersoon af te geven. Een aandeelhouder is in beginsel niet aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap waarvan hij aandeelhouder is of van een groepsrechtspersoon. Door het geven van een 403-verklaring heeft Shell dit uitgangspunt doorbroken en vrijwillig aansprakelijkheid voor schulden uit rechtshandelingen van NAM op zich genomen.² Deze aansprakelijkheid is in beginsel onbeperkt en niet-subsidiar, zodat er twee schuldenaren zijn. De reden dat Shell zich als hoofdelijk medeschuldenaar heeft willen verbinden voor de schulden uit rechtshandelingen van NAM zal alles te maken hebben (gehad) met het niet deponeren van de jaarrekening door NAM. Die jaarrekening was tot en met het boekjaar 2015 niet openbaar en belanghebbenden moesten het doen met de geconsolideerde jaarrekening van Shell, waarin de financiële gegevens van NAM waren geconsolideerd.

Het staat de aandeelhouder die zich uit hoofde van art. 2:403 BW aansprakelijk heeft gesteld, eveneens vrij om een 403-verklaring in te trekken. Deze intrekking geschiedt door middel van deponering van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister, met bekendmaking ervan in de Staatscourant en is aldus kenbaar. Vanaf dat moment kan Shell zich beroepen op de intrekking. Aansprakelijkheid blijft (wel) bestaan voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van NAM welke zijn verricht vóór dat moment.

ExxonMobil, als de andere 50%-aandeelhouder van NAM, heeft geen 403-verklaring verstrekt en tot nu toe is niet gebleken dat zij anderszins vrijwillig aansprakelijkheid heeft aanvaard voor schulden van NAM. Dat neemt niet weg dat er tussen de aandeelhouders mogelijk (en waarschijnlijk) afspraken zijn over de (interne) verdeling van eventuele daadwerkelijke aanspraken op grond van de 403-verklaring.

¹ Eva Nass is advocaat te Arnhem en werkt aan een proefschrift over de 403-verklaring

² Ik laat buiten beschouwing of er al dan niet een groepsrelatie is tussen Shell en NAM. In ieder geval staat vast dat Shell sinds 1 januari 1960 enig (zelfstandig bevoegd) bestuurder is van NAM. In de jaarrekening 2016 meldt Shell NAM als een joint venture vennootschap, met verantwoording volgens de equity method.

Zo zou bijvoorbeeld een vrijwaringsafpraak gemaakt kunnen zijn, op grond waarvan ExxonMobil gehouden is een deel van de door Shell betaalde schulden van NAM voor haar rekening te nemen.

Ten tweede, de hoofdelijke aansprakelijkheid voor schulden van een 403-rechtspersoon is beperkt tot schulden uit rechtshandelingen van deze rechtspersoon. Er is geen aansprakelijkheid voor schulden met een andere grondslag, zoals schulden uit hoofde van de wet of in verband met onrechtmatig handelen. Het gaat bij NAM (met name) om schade die het gevolg is van 'beweging van de bodem', veroorzaakt door de gaswinning, zoals bepaald in art. 6:177 BW. Shell's aansprakelijkheidspositie met betrekking tot die schulden is door de intrekking aldus niet veranderd. Voor die schulden was en is Shell niet aansprakelijk. Dat ligt anders voor schikkingsovereenkomsten waar NAM partij bij is en op grond waarvan zij betalingsverplichtingen heeft in verband met de (vergoeding van) schade uit hoofde van onrechtmatig handelen. Schulden in verband met een schikkingsovereenkomst vloeien voort uit een rechtshandeling. Dit betekent dat Shell niet aansprakelijk is voor dergelijke schulden indien de schikkingsovereenkomst is aangegaan na het moment dat een beroep op de intrekkingverklaring kan worden gedaan.

In de discussie over het belang van de intrekking van Shell's 403-verklaring en de gevolgen daarvan voor (de betaalcapaciteit van) NAM hebben de twee hiervoor omschreven basiskenmerken betekenis. Het vrijwillige karakter van de jaarrekeningvrijstelling brengt met zich dat het Shell vrijstond om een intrekkingverklaring te deponeren. Dat neemt niet weg dat de timing van de intrekking enige argwaan wekt; Shell had de verklaring al (veel) eerder kunnen intrekken en vanzelfsprekend ook kunnen laten voortduren. Het verband dat Shell legt tussen openbaarmaking van de jaarrekening en de 403-verklaring is weliswaar juist, maar niet volledig: de 403-verklaring is één van de voorwaarden voor toepassing van de jaarrekeningvrijstelling, maar de 403-rechtspersoon is geenszins verplicht om de jaarrekeningvrijstelling toe te passen.

Omdat er naar verwachting schikkingsovereenkomsten tot stand zullen komen op grond waarvan NAM betalingsverplichtingen op zich neemt, is Shell door de intrekking in een betere aansprakelijkheidspositie gekomen. Vaststaat dat zij daarvoor niet als hoofdelijk medeschuldenaar is verbonden. Weliswaar heeft Shell (ongetwijfeld vanwege de ontstane commotie) toezeggingen gedaan, het ligt niet in de lijn der verwachting dat via die weg alsnog de 'oude' aansprakelijkheidspositie wordt hersteld. Vóór intrekking van de 403-verklaring was Shell naast NAM aansprakelijk, na intrekking lijkt zij 'slechts' bereid te zijn als aandeelhouder alles te doen wat in haar vermogen ligt om NAM te steunen bij het nakomen van haar verplichtingen en daarvoor garanties af te geven. De tekst en vorm van die garanties zijn thans nog onderwerp van onderhandeling in het overleg tussen NAM, de aandeelhouders van NAM en het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat over het pakket van maatregelen voor Groningen. Ook in dat overleg heeft Shell zich door de intrekkingverklaring in een betere positie gemanoeuvreed. Dat neemt niet weg dat Shell de verplichting van NAM tot vergoeding van bevingsschade in verband met gaswinning als een op haar rustende verplichting duidt, gelet op de toelichting op de geconsolideerde balans van Shell in de jaarrekening 2015 en 2016 (als onderdeel van 'commitments and contingent liabilities').³

3 Zie pagina 33 jaarrekening 2015 (toen geschat op € 824 miljoen) en pagina 31 jaarrekening 2016.