

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/138672> holds various files of this Leiden University dissertation.

**Author:** Kraan, J. van der

**Title:** Toepassing en rechtskarakter van de groepsvrijstelling van artikel 2:403 BW

**Issue Date:** 2020-12-08

**DEEL A**

**DE VRIJSTELLINGSREGELING EN HAAR TOEPASSING**



## Hoofdstuk 2

### DE JAARREKENINGENPLICHT

#### 2.1 Verplichting tot het opmaken van een jaarrekening en een bestuursverslag

De regeling van artikel 2:403 BW had geen bestaansrecht wanneer op rechtspersonen niet de verplichting zou rusten om jaarlijks een jaarrekening op te maken en deze te publiceren. Het (jaarlijks) opmaken van de jaarrekening valt onder de wettelijke verantwoordelijkheid van het bestuur van de rechtspersoon.<sup>1,2</sup> Het bestuur van een NV of een BV is in beginsel tevens verplicht om een bestuursverslag op te stellen. Doordat de jaarrekening wordt vastgesteld door een ander orgaan dan het bestuur, vindt intern een controle plaats. Zo wordt vormgegeven aan de interne verantwoordingsplicht van het bestuur.<sup>3</sup>

- 
- 1 Zie voor deze verplichting de verschillende wetsartikelen: artikel 2:48 BW (vereniging); artikel 2:58 BW (coöperatie/onderlinge waarborgmaatschappij); artikel 2:101 BW (NV); artikel 2:210 BW (BV); artikel 2:300 BW (stichting).
  - 2 In dit boek staat de vrijstelling van de jaarrekeningenplicht op basis van artikel 2:403 BW centraal. In uitzonderlijke situaties kan een rechtspersoon (m.u.v. een NV waarvan effecten zijn genoteerd aan een gereguleerde markt, zie artikel 2:101 lid 7 BW) het ministerie van Economische Zaken op basis van gewichtige redenen verzoeken om een ontheffing van de verplichting tot het opmaken (en publiceren) van de jaarrekening. Te denken valt aan situaties waarin de rechtspersoon wordt ontbonden, aan de rechtspersoon surseance van betaling is verleend of waarin een rechtspersoon failliet is verklaard. De minister zal niet zelf op een dergelijk verzoek beslissen. Zij heeft deze besluitvormingsbevoegdheid gemandateerd aan de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland. Wordt de ontheffing verleend, dan dient het bestuur in plaats van een jaarrekening een afschrift van de ontheffing bij het Handelsregister te deponeren (zie artikel 2:394 lid 5 BW). De verplichting tot het opstellen en openbaar maken van het bestuursverslag blijft ook bij het verkrijgen van een vrijstelling onverkort van kracht.
  - 3 Bij de BV en de NV wordt de jaarrekening in beginsel vastgesteld door algemene vergadering. Indien bij een BV alle bestuurders tevens aandeelhouder zijn, vindt de vaststelling van de jaarrekening plaats door ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en commissarissen. Bij een coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of (commerciële) vereniging wordt dit gedaan door de ledenvergadering. Bij een commerciële stichting wordt de jaarrekening vastgesteld door het daartoe statutair bevoegde orgaan of door het eventueel ingestelde toezichthoudende orgaan. Is er sprake van een commerciële stichting waarbij geen toezichthoudend orgaan is ingesteld, dan wordt de jaarrekening vastgesteld door het bestuur van de commerciële stichting.

Niet op elke rechtspersoon rust een even zware jaarrekeningsplicht. Alvorens de vraag te stellen of een rechtspersoon op basis van de groepsvrijstelling kan worden vrijgesteld, dient de vraag te worden beantwoord welke jaarrekeningsplicht er op deze rechtspersoon rust.

Om een aantal 403-vragen niet juridisch-technisch maar dogmatisch te kunnen benaderen, dient de achterliggende gedachte achter de verplichting tot het opstellen en publiceren van een jaarrekening te worden begrepen.

Een vrijstelling van de jaarrekeningsplicht is nodig wanneer een rechtspersoon niet-tijdig wil of kan voldoen aan de jaarrekeningsplicht. Het niet tijdig opstellen, vaststellen en publiceren van de jaarrekening kan tot verschillende sancties leiden.

## 2.2 Doel jaarrekening en bestuursverslag: informeren van belanghebbenden

De jaarrekening<sup>4</sup> is een vorm van externe verslaggeving. Diverse belanghebbenden zullen externe verslaggeving verlangen. Mogelijk laten zij zich bij het nemen van bepaalde beslissingen leiden door de financiële conditie waarin een rechtspersoon verkeert. Gedacht kan worden aan bestaande en toekomstige contractspartijen die overwegen om overeenkomsten aan te gaan of voort te zetten. Uiteraard vallen ook kredietverschaffers (kredietinstellingen maar ook leveranciers) onder de groep contractspartijen. Mogelijk zullen deze partijen de financiële informatie gebruiken om een inschatting te maken of verplichtingen tijdig zullen worden voldaan en of nieuwe kredieten zullen worden verstrekt en tegen welke voorwaarden dat zal gebeuren. Bestaande relaties zullen informatie wensen om een inschatting te kunnen maken van de continuïteit van de rechtspersoon en de door de rechtspersoon gedreven onderneming.

Het feit dat een rechtspersoon kan functioneren als een schild tegen aansprakelijkheid van de natuurlijke personen die namens de rechtspersoon handelen, legitimeert dat een rechtspersoon openheid van zaken moet geven omtrent haar financiële situatie. Er is in beginsel geen juridische basis waarop externe partijen invloed kunnen uitoefenen op de beslissing van een rechtspersoon om de vrijstelling van artikel 2:403 BW toe te passen. Wanneer een rechtspersoon besluit om gebruik te maken van de groepsvrijstelling, worden externe partijen, misschien ongewild, met een gebrek aan inzicht in de financiële verslaggeving geconfronteerd.

Een nadeel van het opstellen en openbaar maken van de financiële gegevens van alle tot een concern behorende rechtspersonen, is dat dit een enorme administratieve last oplevert. Dit kost tijd en geld. De wetgever heeft daarom een vrijstellingsregeling geïntroduceerd. Wanneer deze vrijstellingsregeling wordt toegepast, hoeft de vrijgestelde rechtspersoon geen volledige jaarrekening op te stellen, hoeft ten aanzien van de stukken van de vrijgestelde rechtspersoon geen accountantscontrole

---

4 Onder een jaarrekening wordt verstaan de enkelvoudige jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening indien de rechtspersoon een geconsolideerde jaarrekening opstelt (art. 2:361 lid 1 BW).

te worden uitgevoerd en hoeft de vrijgestelde rechtspersoon geen jaarstukken te publiceren. Om belanghebbenden te compenseren voor het gebrek aan informatie dat ten gevolge van de vrijstelling ontstaat, heeft de wetgever een systeem ontworpen om dit gebrek aan informatie te compenseren.

De jaarrekening en het bestuursverslag voorzien niet alleen *externe* partijen van informatie. Voor *interne* partijen vormen deze stukken eveneens een belangrijke informatiebron. Binnen de vennootschapsrechtelijke rechtsorde van een rechtspersoon kan worden gedacht aan de aandeelhouders. De informatie die aan aandeelhouders wordt verstrekt, kan van invloed zijn op de manier waarop de aandeelhouders hun bevoegdheden uitoefenen. Ook kan deze informatie van invloed zijn op de beslissing om nieuwe aandelen te nemen, te kopen, aan te houden of te verkopen. Omdat de informatievoorziening door een jaarrekening en het bestuursverslag van belang is voor de leden of aandeelhouders, dienen alle leden of aandeelhouders van de vrij te stellen rechtspersoon<sup>5</sup> in te stemmen met een beslissing van het bestuur van de dochtervennootschap om de groepsvrijstelling van artikel 2:403 BW toe te passen. Zie artikel 2:403 lid 1 sub b BW.<sup>6</sup>

Artikel 2:403 BW

1. Een tot een groep behorende rechtspersoon behoeft de jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van deze titel in te richten, mits:

(...)

b. de leden of aandeelhouders na de aanvang van het boekjaar en voor de vaststelling van de jaarrekening schriftelijk hebben verklaard met afwijking van de voorschriften in te stemmen;

Naast de reeds genoemde externe partijen (contractspartijen) en interne partijen (aandeelhouders) zijn er nog een aantal andere partijen aan te wijzen die belang kunnen hebben bij de publicatie van een volledige jaarrekening.<sup>7</sup> Gedacht kan worden aan werknemers en werknemersorganisaties. Zij zullen geïnteresseerd zijn in de continuïteit en winstgevendheid van de onderneming met het oog op de zekerheid van de werkgelegenheid en mogelijk met het oog op een eventuele variabele beloning.<sup>8</sup>

---

5 Een unaniem besluit is vereist. Wanneer een aandeelhouder niet meewerkt, kan de toepassing van de vrijstellingsregeling worden belet.

6 Artikel 2:403 lid 1 sub b.

7 Zie voor een overzicht bijvoorbeeld Ter Hoeven e.a. 2017, par. 2.2 Belanghebbenden bij de jaarrekening.

8 Werknemers van een dochtervennootschap kunnen dan ook zonder meer een beroep doen op de 403-verklaring die ter compensatie voor het gebrek aan inzicht wordt afgegeven. Op basis van de 403-verklaring kan de moedermaatschappij worden aangesproken voor de verplichtingen die uit de arbeidsovereenkomsten voortvloeien. Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 7 april 2009, *JOR* 2009/160; Hof Amsterdam 26 juli 2001, *JOR* 2004/94; Rb. Amsterdam 20 december 2000, *JOR* 2001/53 (Ekelmans c.s./Tevema).

Wordt nog ruimer gekeken, dan zou ook de overheid tot de groep belanghebbenden kunnen worden gerekend. Niet in de laatste plaats in verband met de heffing van belastingen.<sup>9</sup>

Aan het uiterste eind van het spectrum van belanghebbenden zitten partijen die een belang kunnen hebben bij het verkrijgen van informatie betreffende het beleid dat door een rechtspersoon wordt gevoerd.<sup>10</sup> Denk aan belangenorganisaties, of omwonenden van een terrein waar een vrijgestelde rechtspersoon haar activiteiten ontplooit. In het kader van een breed spectrum van belanghebbenden zij verwezen naar de ontwikkelingen op het gebied van *integrated reporting*.<sup>11</sup> Met *integrated reporting* wordt een wijze van verslaggeving nagestreeft waarbij de invloed en impact die de rechtspersoon heeft op de omgeving inzichtelijk wordt gemaakt. Thema's als duurzaamheid, relaties met partijen, risico-analyses en toekomstige uitdagingen zijn daarbij belangrijke thema's.<sup>12</sup>

Of het doel van een jaarrekening en het bestuursverslag op basis van de huidige regelgeving wordt bereikt, valt te betwijfelen. Het doel is dat belanghebbenden adequaat worden geïnformeerd. Maar de jaarstukken geven geen actueel beeld. Doorgaans vindt de publicatie pas een jaar na het aflopen van het boekjaar plaats. Daarmee geeft een jaarrekening een indruk van de financiële consequenties van gebeurtenissen in het verleden en geeft het geen actueel beeld van de financiële conditie van een rechtspersoon. In dat kader kan terecht de vraag worden gesteld in welke mate de jaarrekening een document is op basis waarvan beslissingen worden genomen. Bij het nemen van beslissingen zal juist behoefte bestaan aan prospectieve informatie.

9 In het kader van de vrijstelling op grond van artikel 2:403 BW zij opgemerkt dat de fiscus weinig heeft aan een 403-verklaring wanneer een vrijgestelde dochtermaatschappij de door haar verschuldigde belastingen niet betaalt. Belastingen zijn verplichtingen die voortvloeien uit de wet en worden in het kader van artikel 2:403 niet aangemerkt als schulden voortvloeiend uit door de vrijgestelde dochtermaatschappij verrichte rechtshandelingen. Om die reden vallen deze schulden niet onder de materiële reikwijdte van een 403-verklaring. Dit vloeit voort uit de wet, artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Zie o.a. ook Niels 2010, par. 4.3.

10 Op 22 oktober 2014 is Richtlijn 2014/95/EU tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen aangenomen. Deze richtlijn ziet op de verplichting voor grotere ondernemingen om bepaalde niet-financiële informatie te publiceren. De implementatie in de Nederlandse wetgeving is uitgevoerd bij Wet van 28 september 2016, *Stb.* 2016/352.

11 Zie over het thema Integrated Reporting onder meer Lambooy e.a. 2012 en over de ontwikkelingen inzake rapporteren waarbij duurzaamheid een rol speelt Pabbruwe e.a. 2017.

12 "Integrated reporting is de samenvattende rapportage waarin organisaties aangeven hoe zij duurzaam opereren en hoe strategie, governance, prestaties en vooruitzichten (maatschappelijke) waarde opleveren voor de korte, middellange en lange termijn. De top van de verslaggevingspiramide. De belangstelling hiervoor is de laatste twee jaar sterk toegenomen." Zie: [www.nba.nl/themas/externe-verslaggeving/integrated-reporting/](http://www.nba.nl/themas/externe-verslaggeving/integrated-reporting/).

De jaarrekening dient openbaar te worden gemaakt door deze te deponeren bij het Handelsregister. Het bestuursverslag en de overige gegevens<sup>13</sup> hoeven niet bij het Handelsregister te worden gedeponerd.<sup>14</sup>

## **2.3 Vereisten die aan de jaarrekening en het bestuursverslag worden gesteld**

### 2.3.1 Inleiding

Het doel van een jaarrekening is om diverse partijen van informatie te voorzien. Daarom dient een jaarrekening zodanig te worden opgesteld dat dit doel in voldoende mate wordt gediend.

Externe verslaggeving kan worden ervaren als een last. Wanneer de cijfers rooskleurig zijn, kunnen de financiële cijfers een mooi visitekaartje vormen. Maar wanneer het minder goed gaat, worden de financiële cijfers mogelijk liever onder de pet gehouden. Wanneer de cijfers niet best zijn, zou het bestuur in de verleiding kunnen komen om een ietwat te rooskleurig extern verslag op te stellen en te publiceren. Om dit te voorkomen, dienen jaarstukken aan bepaalde vereisten – waarborgen – te voldoen. Daarbij leiden uniforme regels tot uniforme financiële rapportages. Dat bevordert de leesbaarheid en de mogelijkheid om financiële stukken van verschillende ondernemingen met elkaar te vergelijken.

Om te zorgen dat de jaarrekening en het bestuursverslag een getrouw beeld geven, dienen deze stukken te voldoen aan wettelijke vereisten die voornamelijk zijn terug te vinden in titel 2.9 BW. Binnen deze afdeling kan artikel 2:362 BW als een kernbepaling worden beschouwd. Dit artikel geeft een aantal normen die

---

13 Onder overige gegevens wordt volgens artikel 2:392 BW verstaan: de accountantsverklaring (controleverklaring) of een mededeling waarom deze ontbreekt; de statutaire regeling omtrent de winstbestemming; de statutaire regeling omtrent de bijdrage in het tekort bij een coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij, voor zover deze afwijkt van de wettelijke bepalingen; een lijst van namen van degenen die een bijzonder statutair zeggenschapsrecht hebben in de rechtspersoon, met een omschrijving van de aard van dat recht; een opgave van het aantal stemrechtloze aandelen en het aantal aandelen dat niet of slechts beperkt deelt in de winst of reserves, met vermelding van de bevoegdheden die zij geven en een opgave van het bestaan van nevenvestigingen (filialen) en van de landen waar nevenvestigingen zijn, alsmede van hun handelsnaam indien deze afwijkt van die van de rechtspersoon. Met ingang van verslagjaren die aanvangen op of na 1 januari 2016 (of eerder, indien de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening eerder wordt toegepast), hoeven kleine rechtspersonen geen overige gegevens meer toe te voegen aan de jaarrekening (art. 2:396 lid 7 BW). Ook microrechtspersonen hoeven geen Overige gegevens toe te voegen (art. 2:395a lid 6 BW). Middelgrote rechtspersonen hoeven de gegevens onder 4. en 5. niet openbaar te maken (art. 2:397 lid 7 BW).

14 In dat geval worden deze gegevens ten kantore van de rechtspersoon ter inzage gelegd. Op verzoek dient een volledig of gedeeltelijk afschrift daarvan tegen ten hoogste de kostprijs worden verstrekt. Wanneer de rechtspersoon hiervoor kiest, dient dit wel in het Handelsregister te worden vermeld (art. 2:394 lid 4 BW).

moeten waarborgen dat de financiële stukken een betrouwbaar beeld van de financiële conditie van een rechtspersoon geven:

Artikel 2:362 lid 1 t/m 4 BW:

1. De jaarrekening geeft volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede voor zover de aard van een jaarrekening dat toelaat, omtrent de solvabiliteit en de liquiditeit van de rechtspersoon. Indien de internationale vertakking van zijn groep dit rechtvaardigt kan de rechtspersoon de jaarrekening opstellen naar de normen die in het maatschappelijk verkeer in een van de andere lidstaten van de Europese Gemeenschappen als aanvaardbaar worden beschouwd en het in de eerste volzin bedoelde inzicht geven.
2. De balans met de toelichting geeft getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte van het vermogen en zijn samenstelling in actief- en passiefposten op het einde van het boekjaar weer. De balans mag het vermogen weergeven, zoals het wordt samengesteld met inachtneming van de bestemming van de winst of de verwerking van het verlies, of, zolang deze niet vaststaat, met inachtneming van het voorstel daartoe. Bovenaan de balans wordt aangegeven of daarin de bestemming van het resultaat is verwerkt.
3. De winst- en verliesrekening met de toelichting geeft getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte van het resultaat van het boekjaar en zijn afleiding uit de posten van baten en lasten weer.
4. Indien het verschaffen van het in lid 1 bedoelde inzicht dit vereist, verstrekt de rechtspersoon in de jaarrekening gegevens ter aanvulling van hetgeen in de bijzondere voorschriften van en krachtens deze titel wordt verlangd. Indien dit noodzakelijk is voor het verschaffen van dat inzicht, wijkt de rechtspersoon van die voorschriften af; de reden van deze afwijking wordt in de toelichting uiteengezet, voor zover nodig onder opgaaf van de invloed ervan op vermogen en resultaat.

De wetgever heeft met de bepalingen van titel 2.9 BW bepaald hoe een rechtspersoon invulling dient te geven aan de verplichting om belanghebbenden te informeren. De rechtspersoon moet ieder jaar een jaarrekening en een bestuursverslag<sup>15</sup> opstellen en publiceren<sup>16</sup> dat voldoet aan de standaard van titel 2.9 BW.

---

15 Al langere tijd levert de term jaarverslag soms misverstanden op. Voor de één houdt de term het volledige jaarverslag in, inclusief de jaarrekening, terwijl de ander alleen de inhoudelijke rapportage bedoelt. Om deze spraakverwarring voorgoed de wereld uit te helpen is onlangs besloten tot een aanpassing van het BW, waarbij de term jaarverslag wordt vervangen door bestuursverslag.

16 Voor verschillende categorieën rechtspersonen gelden echter verschillende voorwaarden/vereisten. Rechtspersonen worden naar omvang van de onderneming beoordeeld en in categorieën ingedeeld, lopend van microrechtspersoon naar grote rechtspersoon. Omdat deze indeling consequenties heeft voor de inhoud en de omvang van de publicatieverplichting, wordt daaraan verderop in dit hoofdstuk kort aandacht besteed.

### 2.3.2 Titel 2.9 BW

Titel 2.9 BW vormt de basis van het Nederlandse jaarrekeningenrecht. Het jaarrekeningenrecht is echter ‘verbrokken’.<sup>17</sup> Niet voor elke rechtspersoon gelden dezelfde vereisten. Daarnaast geldt dat niet alle regels in de wet zijn terug te vinden. Naast titel 2.9 BW bestaan er enkele besluiten die nadere regels stellen ten aanzien van de opmaak en de publicatie van de jaarrekening, zoals het Besluit modellen jaarrekening<sup>18</sup> en het Besluit actuele waarde.<sup>19</sup>

Titel 2.9 BW is sterk beïnvloed door een tweetal EG-richtlijnen; de Vierde EG-richtlijn en de Zevende EG-richtlijn.<sup>20</sup> Door het jaarrekeningenrecht op hoofdlijnen op Europees niveau te regelen, werd getracht om het jaarrekeningenrecht van de lidstaten van de Europese Unie te harmoniseren. De bepalingen uit titel 2.9 BW komen daarom in grote mate overeen met de jaarrekeningrechtelijke bepalingen van de andere lidstaten van de Europese Unie. Sinds de invoering van de Vierde EG-Richtlijn en de Zevende EG-Richtlijn is titel 2.9 BW diverse malen herzien. Titel 2.9 BW is in 2005 gewijzigd naar aanleiding van de wijzigingen van de EG-richtlijnen in 2001 en 2003. Deze wijzigingen zijn doorgevoerd om de toepassing van de International Accounting Standards (IAS)/International Financial Reporting Standards (IFRS) binnen de kaders van de EG-richtlijnen mogelijk te maken.<sup>21</sup>

---

17 Hijink 2016.

18 Titel 2.9 BW stelt verschillende regels ten aanzien van de opmaak en de publicatie van de jaarrekening. In aanvulling daarop bevat het Besluit modellen jaarrekening gedetailleerde modellen voor de inrichting van een jaarrekening van BV's en NV's.

19 Het Besluit Actuele Waarde geeft nadere regels met betrekking tot de inhoud, de grenzen en de wijze van toepassing van de waardering van (bepaalde) activa en verplichtingen tegen actuele waarde. Dit is een aanvulling op de mogelijkheid die de wet biedt om bepaalde activa en verplichtingen tegen actuele waarde te waarderen.

20 Na de Vierde EG-Richtlijn en de Zevende EG-Richtlijn zijn nog een aantal andere richtlijnen verschenen met betrekking tot het jaarrekeningenrecht. Deze EG-richtlijnen regelen met name meer specifieke aangelegenheden en geven bijzondere voorschriften ten aanzien van financiële instellingen, zoals banken en verzekeringsmaatschappijen.

21 De IAS-standaard (later aangeduid als IFRS) is een internationale standaard op basis waarvan een jaarrekening kan worden opgesteld die door de EU is goedgekeurd. Deze internationale standaard kan vrijwillig worden toegepast door niet-beursgenoteerde ondernemingen (2:362 lid 8 BW). Europese ondernemingen die wel beursgenoteerd zijn, zijn op grond van Verordening EG 1606/2002 (ook wel IAS-Verordening genoemd) verplicht om hun geconsolideerde jaarrekening sinds boekjaren die zijn aangevangen op of na 1 januari 2005 op te stellen op basis van de IFRS-standaard. Deze verordening heeft rechtstreekse werking. Beursvennootschappen dienen de IFRS-standaard in hun geconsolideerde jaarrekening toe te passen. In de IFRS-standaard is geen standaard over het bestuursverslag opgenomen. Als de IFRS-standaard (al dan niet vrijwillig) wordt toegepast, blijven de eisen omtrent het bestuursverslag als opgenomen in de Nederlandse wet gelden, evenals de (mede) krachtens art. 2:391 lid 5 BW uitgevaardigde AMvB's. Indien de moedervenootschap van een Nederlandse niet-beursgenoteerde dochtervenootschap de IFRS-standaard toepast op haar geconsolideerde jaarrekening, kan de dochtermaatschappij gebruikmaken van de vrijstelling van artikel 2:403 BW. De Raad voor de Jaarverslag-

De voorschriften uit de Vierde EG-Richtlijn en de Zevende EG-Richtlijn zijn op hun beurt in 2013 herzien en vervangen. De Europese wetgever heeft op 26 juni 2013 de nieuwe Europese Jaarrekeningenrichtlijn<sup>22</sup> uitgevaardigd. Deze richtlijn geeft nieuwe voorschriften voor de enkelvoudige en geconsolideerde jaarrekening. De richtlijn maakt deel uit van het beleid van de Europese Commissie om de regelgeving en de toegang tot financiering voor het midden- en kleinbedrijf te vereenvoudigen. De Nederlandse wetgever heeft deze richtlijn recentelijk gecomplementeerd en in dat kader is titel 2.9 BW in 2016 gewijzigd.<sup>23</sup> Met wijziging van titel 2.9 BW naar aanleiding van de nieuwe richtlijn is onder meer de ‘micro-rechtspersoon’ in het Burgerlijk Wetboek geïntroduceerd.<sup>24</sup>

### 2.3.3 Richtlijnen van de Raad voor de jaarverslaggeving

Zoals even hiervoor al viel te lezen, bepaalt artikel 2:362 BW:

“De jaarrekening geeft volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede voor zover de aard van een jaarrekening dat toelaat, omtrent de solvabiliteit en de liquiditeit van de rechtspersoon.”<sup>25</sup>

Dit is vrij abstract. De Raad voor de Jaarverslaggeving<sup>26</sup> heeft richtlijnen opgesteld die het bestuur van een rechtspersoon een handreiking bieden bij de invulling van

---

geving stelt zich in RJ 305.201a op het standpunt dat dit mogelijk is, mits is voldaan aan de (overige) voorwaarden van artikel 2:403 BW. Volgens de Raad voor de Jaarverslaggeving kan de dochtervennootschap haar summiere jaarrekening (die op basis van de 403-vrijstelling opgesteld dient te worden maar welke niet gepubliceerd dient te worden) opstellen met behulp van de cijfers uit de consolidatiestaat welke is gebaseerd op de IFRS-standaard, zie RJ 305.203.

22 Richtlijn 2013/34/EU.

23 Zie wetsvoorstel 34.176, aangeduid als de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening, en de totstandkomingsgeschiedenis daarvan op [www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34176\\_uitvoeringswet\\_richtlijn](http://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34176_uitvoeringswet_richtlijn).

24 Zie artikel 2:395a BW. De invoering van een verlicht jaarrekeningregime voor de kleinste groep rechtspersonen werd reeds enige tijd bepleit.

25 Zie voor een kritische beschouwing van deze norm die afwijkt van wat de EG-Richtlijnen voorschrijven Asser/Maeijer/Kroeze (2-I\*) 2015, nr. 515: “De wetgever vindt deze formulering kennelijk zo mooi dat hij deze nationaalrechtelijke norm wenste te handhaven zonder voldoende oog te hebben voor het gegeven dat de jaarrekeningrichtlijnen van de EU (EEG, EG) tot doel hebben tot geharmoniseerde verslaggeving te komen.”

26 De Raad voor de Jaarverslaggeving heeft als doel de kwaliteit van de externe verslaggeving van organisaties en bedrijven in Nederland te bevorderen. Dit wordt gerealiseerd door het publiceren van ‘Richtlijnen voor de jaarverslaggeving’ en RJ-Uitingen. Daarnaast brengt de RJ gevraagd en ongevraagd advies uit aan de overheid en andere regelgevende instanties, zoals de International Accounting Standard Board en de European Financial Reporting Advisory Group. Het uitvoerend orgaan van de Stichting is de Raad voor de Jaarverslaggeving. ([www.rjnet.nl/](http://www.rjnet.nl/)).

deze enigszins abstracte normen.<sup>27</sup> De vraag is of de RJ-richtlijnen slechts een handreiking zijn. De RJ-richtlijnen zijn niet gebaseerd op titel 2.9 BW. De richtlijnen zijn uitgevaardigd door een particuliere organisatie en zijn in beginsel niet bindend.<sup>28</sup> Maar de Hoge Raad heeft in het arrest KPN/SOBI<sup>29</sup> aangegeven dat de RJ-richtlijnen

“een belangrijk oriëntatiepunt en gezaghebbende kernbron (kunnen) vormen voor wat in het concrete geval als aanvaardbaar heeft te gelden”.<sup>30</sup>

Ook de Ondernemingskamer neemt de RJ-richtlijnen klaarblijkelijk als uitgangspunt om de open en flexibele normen van de wetgever nader in te vullen:

“Voor de uitleg van deze wettelijke bepalingen zijn van belang – als gezaghebbende kenbronnen van de in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar te beschouwen normen – de “Richtlijnen voor de jaarverslaggeving” (...) dient van geval tot geval te worden bezien of en in hoeverre voor de toepassing van de (...) wettelijke bepalingen gewicht dient te worden toegekend aan enige bepaling uit de Richtlijnen.”<sup>31</sup>

Er zijn meerdere uitspraken te vinden waarin naar de RJ-richtlijnen wordt verwezen.<sup>32</sup> Daarmee zijn de RJ-richtlijnen, hoewel afkomstig van een particuliere organisatie, van (juridische) betekenis voor de inrichting van jaarrekeningen van Nederlandse rechtspersonen.<sup>33</sup>

#### 2.3.4 Verschillende regimes voor verschillende categorieën rechtspersonen

Niet op alle rechtspersonen rust een even zware verplichting met betrekking tot het opstellen en openbaar maken van een jaarrekening en een bestuursverslag. De wet maakt een onderscheid op basis van de omvang van de door de rechtspersoon

---

27 Zie de verschillende bundels uitgegeven door de Raad voor de jaarverslaggeving. De bundels Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen (RJ-bundel) en Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor kleine rechtspersonen (RJK-bundel) worden jaarlijks in september gepubliceerd door Kluwer. Zie [www.rjnet.nl/Publicaties/Richtlijnen/](http://www.rjnet.nl/Publicaties/Richtlijnen/).

28 Zie over de betekenis van de RJ-richtlijnen ook de discussie tussen Beckman en Hoogendoorn in: Beckman & Van Geffen 2013, p. 505-506 en Hoogendoorn 2006, p. 225-236.

29 HR 10 februari 2006, *NJ* 2006/241 m.nt. J.M.M. Maeijer.

30 HR 10 februari 2006, *NJ* 2006/241 m.nt. J.M.M. Maeijer, *r.o.* 5.5.

31 Hof Amsterdam (OK) 20 november 2003, *JOR* 2004/10, *r.o.* 3.8 (Reed Elsevier).

32 Zie naast de in de vorige voetnoten vermelde jurisprudentie voorts: Hof Amsterdam (OK) 7 november 2002, ARO 2002/170, *r.o.* 3.32 (KPN), Hof Amsterdam (OK) 24 juni 2004, ARO 2004/93; *JOR* 2004/272, *r.o.* 3.5 (GOM); Hof Amsterdam (OK) 12 oktober 2006, ARO 2006/179; *JOR* 2007/12, *r.o.* 3.8 (Triavium) en Hof Amsterdam (OK) 2 augustus 2007, ARO 2007/151; *JOR* 2007/269, *r.o.* 3.13 (Bingham).

33 Zie voor kritische opmerkingen hierover: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015, nr. 515, onderdeel e.

gedreven onderneming. Er is een onderverdeling gemaakt in vier categorieën: micro, klein, middel en groot. Afhankelijk van de grootte van de door de rechtspersoon gedreven onderneming, gelden (gedeeltelijke) vrijstellingen.<sup>34</sup> Schematisch kunnen de verplichtingen van de verschillende categorieën rechtspersonen als volgt worden weergegeven:<sup>35</sup>

#### **Grote rechtspersoon**

Jaarrekening	Volledig
Bestuursverslag	Volledig
Overige gegevens	Volledig

#### **Middelgrote rechtspersoon**

Jaarrekening	
- Balans met toelichting	Licht beperkt
- Winst-en-verliesrekening + toelichting	Licht beperkt
- Overige toelichtingen en grondslagen	Bijna volledig
Bestuursverslag	Bijna volledig
Overige gegevens	Bijna volledig

#### **Kleine rechtspersoon**

Jaarrekening	
- Balans met toelichting	Sterk beperkt
- Winst-en-verliesrekening + toelichting	Niet
- Grondslagen	Volledig
- Overige toelichtingen:	
> ten aanzien van balans	Bijna volledig
> ten aanzien van Winst-en-verliesrekening	Niet
- Bestuursverslag	Niet
- Overige gegevens	Niet

#### **Microrechtspersoon**

Jaarrekening	
- Balans	Sterk beperkt
- Winst-en-verliesrekening	Niet
- Toelichtingen	Niet
Bestuursverslag	Niet
Overige gegevens	Niet

34 De verschillende vrijstellingen ten aanzien van de publicatieverplichting zijn opgenomen in artikel 2:395a BW, artikel 2:396 BW en artikel 2:397 BW.

35 Zie voor de bron van deze schema's uiteraard de wet en tevens Ter Hoeven e.a. 2017, paragraaf 1.6.2.

## **2.4 De enkelvoudige en de geconsolideerde jaarrekening**

### 2.4.1 De geconsolideerde jaarrekening

Een enkelvoudige jaarrekening is een jaarrekening waarin de financiële gegevens van één rechtspersoon zijn opgenomen. Omdat rechtspersonen niet altijd zelfstandig functioneren maar in groepen, kan het gewenst zijn om een beeld te krijgen van de financiële situatie van de hele groep. De financiële gegevens van meerdere rechtspersonen moeten dan worden ‘samengesmeed’ in één jaarrekening; een geconsolideerde jaarrekening. De geconsolideerde jaarrekening wordt ook wel ‘groepsjaarrekening’ genoemd. De wettelijke omschrijving voor een geconsolideerde jaarrekening is te vinden in artikel 2:405 BW:

Artikel 2:405 BW

1. Een geconsolideerde jaarrekening is de jaarrekening waarin de activa, passiva, baten en lasten van de rechtspersonen en vennootschappen die een groep of groepsdeel vormen en andere in de consolidatie meegenomen rechtspersonen en vennootschappen, als één geheel worden opgenomen.
2. De geconsolideerde jaarrekening moet overeenkomstig artikel 362 lid 1 inzicht geven betreffende het geheel van de in de consolidatie opgenomen rechtspersonen en vennootschappen.

Artikel 2:406 BW geeft een omschrijving van de situaties waarin er een verplichting bestaat om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen, de ‘consolidatieplicht’:

Artikel 2:406 BW

1. De rechtspersoon die, alleen of samen met een andere groepsmaatschappij, aan het hoofd staat van zijn groep, stelt een geconsolideerde jaarrekening op, waarin opgenomen de eigen financiële gegevens met die van zijn dochtermaatschappijen in de groep, andere groepsmaatschappijen en andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft.
2. Een rechtspersoon waarop lid 1 niet van toepassing is, maar die in zijn groep een of meer dochtermaatschappijen heeft of andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft, stelt een geconsolideerde jaarrekening op. Deze omvat de financiële gegevens van het groepsdeel, bestaande uit de rechtspersoon, zijn dochtermaatschappijen in de groep, andere groepsmaatschappijen die onder de rechtspersoon vallen en andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft.
3. De rechtspersoon die geen bank als bedoeld in artikel 415 is, en waarvan de geconsolideerde jaarrekening voor een belangrijk deel de financiële gegevens van één of meer banken bevat, geeft in de toelichting ten minste inzicht in de solvabiliteit van de banken als één geheel.
4. De rechtspersoon die geen verzekeringsmaatschappij als bedoeld in artikel 427 lid 1 is, en waarvan de geconsolideerde jaarrekening voor een belangrijk deel de financiële gegevens van één of meer verzekeringsmaatschappijen bevat, geeft in de toelichting ten minste inzicht in de solvabiliteit van de verzekeringsmaatschappijen als één geheel.

5. In de geconsolideerde jaarrekening van een rechtspersoon, die geen bank als bedoeld in artikel 415 is, mag ten aanzien van in de consolidatie te betrekken maatschappijen die bank zijn, tezamen met de in artikel 426 lid 1, tweede zin, bedoelde maatschappijen, artikel 424 worden toegepast.

Voorheen maakte een geconsolideerde jaarrekening vaak onderdeel uit van de enkelvoudige jaarrekening van de moeder vennootschap. Dit is niet noodzakelijk. Sterker nog, de band die bestond tussen de enkelvoudige en de geconsolideerde jaarrekening is sinds de wijziging van titel 2.9 BW in 2005 verbroken. De geconsolideerde jaarrekening vormt geen onderdeel van de enkelvoudige jaarrekening of de toelichting daarop. De geconsolideerde jaarrekening is een zelfstandig document en in de registers van de Kamer van Koophandel worden de deponering van de enkelvoudige jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening dan ook apart vermeld. Alle regelgeving die van toepassing is op een zelfstandige jaarrekening is ook van toepassing op de geconsolideerde jaarrekening.<sup>36</sup>

Artikel 2:403 lid 1 sub c BW verlangt dat de financiële gegevens van de vrij te stellen rechtspersoon door een andere rechtspersoon of vennootschap, die tot dezelfde groep behoort, zijn geconsolideerd in een geconsolideerde jaarrekening.<sup>37</sup> Zie artikel 2:403 lid 1 sub c t/m sub e BW:

Artikel 403 lid 1 sub c t/m sub e BW:

1. Een tot een groep behorende rechtspersoon behoeft de jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van deze titel in te richten, mits:

(...)

c. de financiële gegevens van de rechtspersoon door een andere rechtspersoon of vennootschap zijn geconsolideerd in een geconsolideerde jaarrekening waarop krachtens het toepasselijke recht de verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen, richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (PbEU 2013, L 182) of een der beide richtlijnen van de Raad van

36 Dit vloeit voort uit artikel 2:410 BW jo. 2:361 lid 1 BW en de wetsgeschiedenis, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29737, nr. 7.

37 De letterlijke volledige tekst luidt: “de financiële gegevens van de rechtspersoon door een andere rechtspersoon of vennootschap zijn geconsolideerd in een geconsolideerde jaarrekening waarop krachtens het toepasselijke recht de verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen, richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (PbEU 2013, L 182) of een der beide richtlijnen van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen dan wel van verzekeringsondernemingen van toepassing is.”

de Europese Gemeenschappen betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen dan wel van verzekeringsondernemingen van toepassing is;

d. de geconsolideerde jaarrekening, voor zover niet gesteld of vertaald in het Nederlands, is gesteld of vertaald in het Frans, Duits of Engels;

e. de accountantsverklaring en het bestuursverslag, zijn gesteld of vertaald in de zelfde taal als de geconsolideerde jaarrekening;

Uit artikel 2:403 lid 1 sub f BW volgt dat de geconsolideerde jaarrekening dient te worden opgesteld door de vennootschap die de 403-verklaring deponereert.

Geheel los van de algemene consolidatieplicht van artikel 2:406 BW, geldt het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening als een van de vereisten van artikel 2:403 BW. Het kan voorkomen dat een vennootschap op grond van artikel 2:406 BW niet verplicht is om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen, maar wel uit hoofde van artikel 2:403 BW. *Vice versa* is ook mogelijk. Het is niet zo dat wanneer reeds binnen de groep een geconsolideerde jaarrekening wordt opgesteld door de topholding op basis van artikel 2:406 BW, deze topholding de vennootschap dient te zijn die in het kader van de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW de geconsolideerde jaarrekening opstelt (en de 403-verklaring deponereert). In het kader van de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW kan evengoed op tussenholding-niveau worden geconsolideerd (en kan de 403-verklaring door een tussenholding worden afgegeven).

Artikel 2:408 BW geeft een vrijstelling voor de algemene consolidatieplicht van artikel 2:406 BW. Artikel 2:408 BW kan niet worden gebruikt om een vrijstelling te verkrijgen voor wanneer de bijzondere bepaling van artikel 2:403 BW wordt toegepast. Voor het toepassen van de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW is het opstellen en publiceren van een geconsolideerde jaarrekening – door de moedervennootschap die tevens een 403-verklaring heeft afgegeven – altijd vereist.

Het is een misvatting dat de geconsolideerde jaarrekening van een moedervennootschap *in de plaats komt van* de zelfstandige jaarrekening van de moedervennootschap. De vrijstelling van de verplichting om een zelfstandige jaarrekening (ook wel *stand alone jaarrekening* genoemd) op te stellen, geldt voor de dochtervennootschap. De moedervennootschap is op basis van artikel 2:403 BW zelf niet vrijgesteld van haar verplichting om een zelfstandige jaarrekening op te stellen en deze verplichting komt door het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening in het kader van de toepassing van artikel 2:403 BW niet te vervallen.

Hoewel dit niet met zoveel woorden is bepaald, ligt het voor de hand dat de enkelvoudige jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van de moedervennootschap op dezelfde jaarvergadering door de aandeelhouders van de moedervennootschap worden vastgesteld. De enkelvoudige en de geconsolideerde jaarrekening kunnen afzonderlijk van elkaar worden vastgesteld en worden gedeponereerd. Voor het deponeren gelden wel dezelfde wettelijke termijnen.

De aandeelhouders van de vrijgestelde dochtervennootschap zijn niet betrokken bij de vaststelling van de geconsolideerde jaarrekening van de moedervennootschap. Wanneer artikel 2:403 BW wordt toegepast, dienen de aandeelhouders van de

vrijgestelde vennootschap wel de ‘summiere jaarrekening’ van de vrijgestelde dochtervennootschap vast te stellen. Dit is een sterk vereenvoudigde enkelvoudige jaarrekening. Zie artikel 2:403 lid 1 sub a:

Artikel 2:403 lid 1 sub a BW

1. Een tot een groep behorende rechtspersoon behoeft de jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van deze titel in te richten, mits:

a. de balans in elk geval vermeldt de som van de vaste activa, de som van de vlottende activa, en het bedrag van het eigen vermogen, van de voorzieningen en van de schulden, en de winst- en verliesrekening in elk geval vermeldt het resultaat uit de gewone bedrijfsuitoefening en het saldo der overige baten en lasten, een en ander na belastingen;

#### 2.4.2 De consolidatiekring

De vraag is welke rechtspersonen en/of vennootschappen in de consolidatie dienen te worden betrokken. Met andere woorden, welke rechtspersonen en/of vennootschappen behoren tot de *consolidatiekring*? Artikel 2:405 lid 1 BW geeft een vrij ruime omschrijving voor de consolidatiekring. Artikel 2:406 BW geeft vervolgens nadere voorschriften voor wat betreft de afbakening van de consolidatiekring. Deze bepalingen zien op de consolidatiekring die geldt wanneer op basis van artikel 2:406 BW sprake is van de wettelijke verplichting om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen.<sup>38</sup> Deze bepaling staat los van artikel 2:403 BW. Op basis van artikel 2:403 BW is slechts vereist dat de gegevens van de vrijgestelde dochter zijn meegenomen in een geconsolideerde jaarrekening van een tot dezelfde groep behorende andere rechtspersoon.

De consoliderende vennootschap dient tevens de vennootschap te zijn die de 403-verklaring deponereert. In paragraaf 3.3 wordt dieper ingegaan op de groepsrelatie die dient te bestaan tussen de consoliderende rechtspersoon en de vrij te stellen rechtspersoon. Daar zal worden toegelicht dat het bestaan van een zogenoemd ‘groepsband’ aan de hand van een aantal criteria worden vastgesteld.

### 2.5 Algemeen

#### 2.5.1 Sancties op niet-naleven jaarrekeningverplichtingen

Er staan verschillende sancties op het niet correct en niet tijdig naleven van de jaarrekeningenplicht. Daarmee heeft de wetgever tot uitdrukking gebracht dat de

---

38 Er zijn twee uitzonderingen op deze verplichting: de vrijstelling voor kleine groepen (art. 2:407 lid 2 BW) en de vrijstelling voor tussenholdings (art. 2:408 BW). Echter, in geval van samenloop met de toepassing van de groepsvrijstelling geldt het volgende: verkiest een rechtspersoon ervoor om de consoliderende vennootschap te zijn zodat andere vennootschappen binnen de groep gebruik kunnen maken van de 403-vrijstelling, dan geldt de vrijstelling wel voor de verplichting die voortvloeit uit artikel 2:406 BW maar niet voor de verplichting om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen zoals vereist op basis van artikel 2:403 BW.

verplichting om tijdig aan de jaarrekeningenplicht te voldoen niet te licht mag worden opgevat. Om hiervoor een vrijstelling te verkrijgen, moet tijdig aan alle voorwaarden van artikel 2:403 BW worden voldaan. Indien dat niet het geval is, wordt het recht om de vrijstelling van artikel 2:403 BW te mogen gebruiken niet verkregen. Wordt de vrijstelling desondanks toch toegepast en publiceert de rechtspersoon – die niet vrijgesteld blijkt te zijn – geen jaarverslag dat voldoet aan titel 2.9 BW, dan wordt ten onrechte niet aan de jaarrekeningenplicht voldaan. Het gevolg is dat er verschillende strafrechtelijke sancties kunnen worden opgelegd en ook civielrechtelijk ontstaan er risico's.

### 2.5.2 Strafrechtelijke sancties

Wanneer blijkt dat de vrijstelling van artikel 2:403 BW niet of niet correct is toegepast en er in strijd met titel 2.9 BW geen volledige jaarrekening is opgemaakt, vastgesteld en gepubliceerd dan zal sprake zijn van een economisch delict.

Artikel 1 sub 4 WED bepaalt dat het niet-voldoen aan de jaarrekeningenplicht een economisch delict op kan leveren. Van een economisch delict is sprake indien niet wordt voldaan aan een aantal nader genoemde artikelen van titel 2.9 BW. Het gaat dan onder meer om de verplichting om de jaarrekening tijdig vast te stellen en te publiceren, een accountant de opdracht te geven om de jaarrekening te controleren, het informeren van aandeelhouders wanneer de jaarrekening niet in orde is (en het publiceren van dit feit) en de verplichting tot de naleving van diverse bevelen die de Ondernemingskamer aan een rechtspersoon kan opleggen.<sup>39</sup> De WED stelt sancties wanneer deze bepalingen worden overtreden. Deze sancties omvatten geldboetes en de mogelijkheid om betrokkenen in hechtenis te nemen. Het opzettelijk openbaar maken van misleidende informatie (als bijzondere variant van het delict valsheid in geschrifte) kan onder omstandigheden te kwalificeren zijn als een strafbaar feit. In dat geval kunnen op basis van het Wetboek van strafrecht strafsancities worden opgelegd.

### 2.5.3 Civielrechtelijke vordering door iedere belanghebbende

Het niet-naleven van de jaarrekeningenplicht kan ook civielrechtelijke consequenties hebben. De naleving van bepaalde onderdelen van de jaarrekeningenplicht kan door iedere belanghebbende bij de civiele rechter<sup>40</sup> worden gevorderd. Een verzoekschriftprocedure had misschien meer voor de hand gelegen maar aangezien het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering spreekt van 'vorderen' zal een

---

39 Zie artikel 2:362 BW, 2:393 lid 1 BW, 2:394 lid 3 BW, 2:395 BW, 2:451 lid 2 BW, 2:452 lid 4 BW en 2:455 lid 2 BW.

40 De vordering dient te worden ingesteld bij de rechtbank van het arrondissement waarin de betreffende rechtspersoon is gevestigd.

dergelijke procedure moeten worden ingeleid met een dagvaarding. De in te stellen vordering kan betrekking hebben op de publicatieplicht (artikel 2:394 lid 7 BW) en de controleplicht (artikel 2:393 lid 8 BW).

Om te bepalen wie tot de kring van belanghebbenden behoort die nakoming van de jaarrekeningenplicht kunnen vorderen, wordt aansluiting gezocht bij de kring van belanghebbenden zoals die geldt bij de jaarrekeningprocedure (artikel 2:448 lid 1 sub a BW).<sup>41</sup>

#### 2.5.4.1 *Bestuurdersaansprakelijkheid bij niet-voldoen aan de jaarrekeningenplicht*

Bestuurders kunnen in eerste instantie hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens derden wanneer de jaarrekening en/of het bestuursverslag misleidend zijn. De grondslag voor aansprakelijkheid wordt gegeven in artikel 6:162 BW.

Op grond van artikel 2:248 BW kunnen bestuurders<sup>42</sup> van een rechtspersoon die in staat van faillissement verkeert hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden voor het boedeltekort.<sup>43</sup> Voorwaarde is dat het bestuur in een periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het niet of niet tijdig voldoen aan een correcte naleving van de jaarrekeningenplicht kan leiden tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders omdat dit kwalificeert als een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Wanneer de vrijstelling van artikel 2:403 BW niet van toepassing is, geldt in principe dat de vennootschap haar jaarrekening wel (tijdig) dient te deponeren. Is de jaarrekening niet tijdig gedeponerd, dan wordt aangenomen dat het bestuur van de betreffende vennootschap haar taak onbehoorlijk heeft vervuld.

#### 2.5.4.2 *Risicotermijn van drie jaar voorafgaand aan het faillissement*

Voor het instellen van een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering<sup>44</sup> wordt gekeken naar het gevoerde bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan de faillissementsdatum. Wanneer de groepsvrijstelling van artikel 2:403 BW niet (correct) is toegepast zodat er geen rechtvaardiging bestond om de publicatie van de jaarreke-

41 Reimers, artikel 2:393 BW, aant. 9. Zie uitgebreid over het criterium ‘belanghebbenden’ in dit verband: Kemp 2015, par. 3.8.5.

42 Commissarissen kunnen hoofdelijk aansprakelijk zijn wanneer vast komt te staan dat de commissarissen op kennelijk onbehoorlijke wijze toezicht op het bestuur hebben gehouden en het bestuur op onbehoorlijke wijze hebben geadviseerd. Zie in dit kader onder meer Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 (Landis); Rb. Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008/10 (Ceteco); Rb. Maastricht 22 augustus 1996, *JOR* 1997/2 en HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233.

43 Hetgeen neerkomt op het bedrag van de schulden voor zover die niet door vereffening van de boedel kunnen worden voldaan.

44 Artikel 2:248 lid 6 BW.

ning achterwege te laten en er desondanks geen jaarrekening is gedeponeed, dan is er sprake van een schending van de verplichtingen die voortvloeien uit titel 2.9 BW. Onbehoorlijk bestuur is dan op basis van artikel 2:248 BW een gegeven.<sup>45</sup> Om te kunnen bepalen of een dergelijke schending binnen de driejaarstermijn van artikel 2:248 BW valt, dient te worden vastgesteld hoe lang een dergelijke schending doorloopt. Het Hof Amsterdam heeft bepaald dat, zo lang de jaarrekening nog niet is gedeponeed, de schending van de jaarrekeningenplicht doorloopt.<sup>46</sup> De schending eindigt pas wanneer alsnog aan de jaarrekeningenplicht wordt voldaan. Het hof heeft aldus vastgesteld dat het verzuim van een te late deponering niet met terugwerkende kracht hersteld kan worden.<sup>47</sup> Wel kan de driejaarstermijn beginnen te lopen wanneer alsnog de vereiste jaarstukken worden gedeponeed. Wanneer een ontdekt verzuim direct wordt hersteld, kan dit onder omstandigheden aanleiding zijn om te oordelen dat in het geheel geen sprake is van onbehoorlijk bestuur.<sup>48</sup>

In de literatuur is betoogd dat wanneer de schending van de administratie- of jaarrekeningenplicht nog voor de intreding van het faillissement is hersteld, het alsnog aan de curator is om te bewijzen dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur in plaats van dat dit als een gegeven dient te worden aangenomen.<sup>49</sup> Deze opvatting vindt echter geen bestendige bevestiging in de rechtspraak. Rechtbanken beslissen in dit kader wisselend.<sup>50</sup>

---

45 Artikel 2:248 lid 1 BW houdt in dat indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het faillissementstekort. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de bewijslast op basis van artikel 150 Rv in beginsel bij de curator rust. De curator heeft ter zake dus een zware bewijslast. Bij die bewijsovername kan de curator echter worden geholpen door artikel 2:248 lid 2 BW, dat een andere bewijslastverdeling met zich brengt. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan de artikel 2:10 BW (administratieplicht) of artikel 2:394 BW (tijdige deponering van de jaarrekening) dan staat (onweerlegbaar) vast dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt (weerlegbaar) vermoed dat zulks een belangrijke oorzaak is van het faillissement – waarbij een onbelangrijk verzuim is uitgezonderd.

46 Hof Amsterdam 22 november 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BL9421, *r.o.* 4.4 en 4.5. *In casu* was de uiterste termijn 1 februari 1998. Deponering vond plaats op 12 mei 1998. Derhalve was het verzuim alsnog hersteld (maar wel liep het verzuim tot 12 mei 1998 en derhalve kan na 12 mei 2001 geen claim meer worden ingesteld op basis van artikel 2:248 lid 2 BW). Zie hierover Van der Kraan 2017, p. 322-326.

47 Zie in dit kader ook Wezeman 2008, p. 102 en Harmsen 2008.

48 Rb. Midden-Nederland 22 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA0803. Zie in dit kader ook Bartman 2009, p. 74.

49 Wezeman 1998, p. 307; Bartman 2009, p. 74.

50 Rb. Utrecht 8 mei 1991, rol nr. 02.20.3662/88 (n.g.) waarin werd geoordeeld dat wanneer een naderhand bijgewerkte administratie ter inzage is, het niet redelijk is dat de bewijslast wordt omgedraaid (en op de bestuurders komt te rusten). Anders echter Rb. Breda 10 juni 1997, *JOR* 1997/95 en Rb. Maastricht 1996 *JOR* 1997/2.

### 2.5.4.3 Ontsnappen aan bestuurdersaansprakelijkheid bij te laat deponeren

Niet zelden wordt in de praktijk aan de vrijstelling van artikel 2:403 BW gedacht wanneer wordt gezocht naar een ontsnappingsroute voor bestuurdersaansprakelijkheid wanneer wordt geconstateerd dat de jaarrekening niet tijdig is gedeponeed.

De literatuur is kritisch ten aanzien van het feit dat het te laat deponeren van de jaarrekening bij een faillissementsituatie per definitie tot bestuurdersaansprakelijkheid leidt.<sup>51</sup> Deze sanctie zou te zwaar zijn. De wetgever heeft echter duidelijk willen stellen dat de jaarrekeningenplicht zeer serieus dient te worden genomen en heeft in artikel 2:248 BW bepaald dat het niet of het te laat deponeren van de jaarrekening bij een faillissement ontegenzeggelijk tot bestuurdersaansprakelijkheid leidt. Om daaraan te ontkomen, dienen aangesproken bestuurders in verweer te komen. Zij kunnen een aantal ontsnappingsroutes bewandelen. De rechtspraak biedt een aantal ontsnappingsroutes<sup>52</sup> zodat mogelijk aan de aansprakelijkheid op basis van artikel 2:248 lid 2 BW kan worden ontkomen.<sup>53</sup>

Wanneer de jaarrekening te laat is gedeponeed, kunnen bestuurders in eerste instantie worden gered wanneer sprake is van een onbelangrijk verzuim.<sup>54</sup> Van een ‘onbelangrijk verzuim’ kan slechts onder bepaalde omstandigheden worden gesproken. De redenen voor het te laat deponeren spelen hier een beperkte rol.<sup>55</sup> Er is bijvoorbeeld sprake van een onbelangrijk verzuim wanneer er slechts een zeer geringe termijnoverschreiding is.<sup>56</sup> Hoe langer de termijn van het verzuim

51 Zie onder meer Van Andel in zijn noot in *JOR* 2013/300 bij HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, *NJ* 2013/401 (Apeldoornse Asbestsanering); Schreurs 2011; Van Andel 2010; Beckman 1998, p. 353-359; Kroeze & Wezeman 2006, p. 325-336. Zie voor deze kritiek en de reactie daarop van de HR ook de conclusie van A-G Wissink voor HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, *NJ* 2013/401 (Apeldoornse Asbestsanering), onder 2.2.2 e.v.

52 Zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189: “In het algemeen kan men stellen, dat indien de overtuiging bestaat dat de ondernemer een bonafide instelling heeft en een redelijke verklaring kan geven voor het verzuim, de bepaling kan worden toegepast om de al te scherpe kantjes van het tweede lid van de artikelen 138 en 248 boek 2 BW, zoals in het wetsontwerp voorgesteld, weg te nemen.”

53 Zie de conclusie van A-G De Bock bij HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2575.

54 Zie artikel 2:248 lid 2 BW.

55 Bij een geringe overschrijding lijken bijkomende omstandigheden soms niet relevant te worden geacht. Zie bijvoorbeeld Hof ‘s-Hertogenbosch, 6 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:473 in *r.o.* 6.12: “Het door [appellant] genoemde feit dat de jaarcijfers van 2013 van Kantoren [kantoren] op 2 februari 2015 – dus te laat – zijn gedeponeed kan daaraan evenmin bijdragen. Wat daar verder ook van zij in dit verband, dat kwalificeert als een onbelangrijk verzuim in relatie tot artikel 2:394 BW.”

56 Zie een duidelijke uiteenzetting in Hof Den Haag, 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:446 in *r.o.* 20: “Op grond van rechtspraak van de Hoge Raad (HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, *NJ* 2013/401; HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, *NJ* 2014/7) geldt op dit punt het navolgende. Van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de slotzin van art. 2:248 lid 2 BW is sprake indien het niet voldoen aan die verplichtingen in de omstandigheden van het desbetreffende geval niet erop wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dit is met name het geval indien voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat. Indien

is, hoe zwaarwichtiger de gronden voor dit verzuim moeten zijn om van een onbelangrijk verzuim te kunnen spreken.<sup>57</sup>

Wanneer de termijnoverschrijding zodanig is dat op grond daarvan niet meer kan worden gesproken van een onbelangrijk verzuim, kan er nog sprake zijn van een onbelangrijk verzuim wanneer er een zeer zwaarwichtige reden is voor het niet tijdig deponeren van de jaarrekening.<sup>58</sup> Van een onbelangrijk verzuim kan dan nog slechts sprake zijn indien het niet-voldoen aan de verplichting tot openbaarmaking – in het licht van de omstandigheden van het geval – geen aanleiding geeft om te concluderen dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.<sup>59</sup> De lijn in de jurisprudentie is casuïstisch en biedt daarom beperkt houvast.<sup>60</sup>

Lukt het de beklaagde bestuurder niet om aan te tonen dat het te laat deponeren van de jaarrekening gezien de feiten en omstandigheden als een onbelangrijk verzuim heeft te gelden, dan kan hij of zij proberen om het bewijsvermoeden – dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak<sup>61</sup> is van het faillissement – te ontzenuwen.<sup>62</sup> Voor het ontzenuwen van dit bewijsvermoeden is het voldoende dat het bestuur aannemelijk maakt dat niet hun onbehoorlijke taakvervulling maar andere feiten of omstandigheden de oorzaak zijn van het faillissement.<sup>63</sup> Beslissend

---

het, zoals hier, gaat om een overschrijding van de termijn van artikel 2:394 lid 3 BW voor openbaarmaking van de jaarrekening, geldt voor het overige hetgeen is beslist in HR 2 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1981, NJ 1996/406 (r.o. 3.2) en HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007/2 (r.o. 4.3.2 laatste zin), namelijk dat het antwoord op de vraag of een overschrijding als een onbelangrijk verzuim kan gelden, afhangt van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid, waarbij opmerking verdient dat hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat stelplicht en bewijslast op de aangesproken bestuurder rusten.”

57 Zie onder meer HR 20 oktober 2006, *JOR* 2006/288; HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, 5712; *NJ* 2001/454, r.o. 3.7; HR 2 februari 1996, ECU:NUN R:1996:ZX1981, *NJ* 1996/406 en Hof Arnhem-Leeuwarden, 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9209, *JOR* 2018/37.

58 Stelplicht en bewijslast van een en ander rust (uiteraard) op de aangesproken bestuurder.

59 HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079.

60 Ter illustratie het volgende voorbeeld: de verklaring dat de te late openbaarmaking van de jaarrekening werd veroorzaakt door het feit dat er nog een grote vordering van een debiteur diende te worden gewaardeerd, is in de rechtspraak gehonoreerd als reden voor een te late publicatie van de jaarrekening omdat de accountant had gemeld dat de waardering van debiteuren en voorraden gevolgen kan hebben voor de continuïteit van de vennootschap; Hof Arnhem-Leeuwarden, 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:203.

61 Het is niet vereist dat het niet-voldoen aan de jaarrekeningenplicht de belangrijkste maar wel een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Zie onder meer Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:214, r.o. 4.6.

62 Hierbij kan worden aangetekend dat de uitleg die de Hoge Raad aan het, in het kader van artikel 2:248 lid 2 BW, te leveren tegenbewijs geeft soepeler, is dan de wetgever voor ogen stond. Zie Van Andel 2010 en Kroeze & Wezeman 2006, p. 325-336.

63 Zie onder andere HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, *NJ* 2007/2, m.nt. Maeijer, *JOR* 2006/288 en *Ondernemingsrecht* 2007/5.

is of de door de bestuurders aangevoerde omstandigheden een aanvaardbare verklaring opleveren voor de te late publicatie.<sup>64</sup>

In de derde plaats kan een bestuurder nog met een zeer algemeen verweer op de proppen komen. Een bestuurder kan aanvoeren dat hem over de gehele linie van het door hem gevoerde bestuur gezien, geen onbehoorlijk bestuur kan worden verweten.<sup>65</sup> In dat geval wordt niet bereikt dat het niet tijdig deponeren van de jaarstukken als niet onbehoorlijk wordt gezien, maar dat dit verzuim tegen de achtergrond van het over de gehele linie gevoerde beleid niet dusdanig zwaar weegt dat van onbehoorlijk bestuur kan worden gesproken.

In de vierde plaats kunnen bestuurders aanvoeren dat er gronden zijn om een collectieve en/of individuele matiging van de aansprakelijkheid toe te passen.<sup>66</sup> Een rechter kan daartoe overgaan, wanneer de aansprakelijkheid van het bestuur of van een individuele bestuurder hem bovenmatig voorkomt.<sup>67</sup> De rechter heeft hierbij een discretionaire bevoegdheid. De rechter zal zich in dit kader ook een beeld vormen van het gedrag van de bestuurder en bezien of die bestuurder voldoende zorg heeft betracht om benadeling van schuldeisers te voorkomen.<sup>68</sup>

#### 2.5.4.4 *De groepsvrijstelling van artikel 2:403 BW als ontsnappingsroute bij bestuurdersaansprakelijkheid bij te laat deponeren*

De vraag of artikel 2:403 BW een ontsnappingsroute voor bestuurdersaansprakelijkheid biedt, wordt met enige regelmaat in de praktijk gesteld.<sup>69</sup> Helaas voor bestuurders die vrezen voor aansprakelijkheid of voor zij die reeds zijn aangesproken,

64 Het is daarbij overigens niet van belang of deze feiten en omstandigheden tot de risicosfeer van de bestuurder behoren, zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189. Zo kan fraude, gepleegd door derden, in dit kader als een oorzaak van het faillissement worden aangenomen. Hof Den Haag, 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:446.

65 Zie onder meer Rb. Utrecht 23 oktober 1996, *JOR* 1996/27, waarover Kroeze & Wezeman 2006, p. 335.

66 Artikel 2:248 lid 4 BW. Zie in dit kader Hof Arnhem-Leeuwarden 27 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7752.

67 Mogelijk kan een bestuurder een beroep doen op zijn D&O-verzekering. Zie onder meer Sinninghe Damste 2015, p. 171-191.

68 Zo kan van een bestuurder in dit kader bijvoorbeeld worden verlangd dat hij voldoende onderzoek heeft gedaan naar de integriteit, financiële achtergrond en kennis van zaken van de opvolgend bestuurder. Doet hij dit niet en doen er zich na de bestuursoverdracht feiten en omstandigheden voor die weliswaar vallen toe te schrijven aan de opvolgend bestuurder, dan kan een oud-bestuurder daarvoor aansprakelijk zijn en kan die aanleiding zijn om een beroep op matiging ex artikel 2:248 lid 4 BW af te wijzen. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:50. Overigens: de notaris die meewerkt aan een overdracht van de aandelen en het bestuur aan een katvanger, loopt ook een risico om met succes aansprakelijk te worden gehouden voor de door de gezamenlijke schuldeisers geleden schade (Rb. Gelderland 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6091).

69 Zie ook Van der Kraan 2017, p. 322-326.

is dat niet het geval. Artikel 2:403 BW biedt geen remedie tegen een te laat gepubliceerde jaarrekening.

Wanneer wordt geconstateerd dat niet (tijdig) aan de jaarrekeningenplicht is voldaan en er mogelijk geen sprake is van een onbelangrijk verzuim kan de gedachte opkomen om met ‘terugwerkende kracht’ de vrijstelling van artikel 2:403 BW toe te passen.

Om te kunnen beoordelen of de vrijstelling op basis van artikel 2:403 BW soelaas biedt bij een reeds verstreken publicatieplicht, dient de werking van de vrijstelling op basis van artikel 2:403 BW – en in het bijzonder de werking van een 403-verklaring – nader te worden beschouwd. Vanaf het moment dat de 403-verklaring door de moeder vennootschap is afgegeven, kunnen alle schuldeisers van de vrijgestelde vennootschap met een vordering op die vrijgestelde vennootschap die voortvloeit uit een door de vrijgestelde vennootschap verrichte rechtshandeling, een beroep op de 403-verklaring doen en zich rechtstreeks<sup>70</sup> tot de moeder vennootschap wenden om hun vordering te innen. Zolang de 403-verklaring nog niet is ingetrokken, bestaat deze mogelijkheid voor toekomstige schuldeisers maar ook voor bestaande schuldeisers, ongeacht hoe lang zij reeds een vordering hebben op de vrijgestelde vennootschap. Zo beschouwd, heeft een 403-verklaring een zeker terugwerkend effect.

Gezien vorenstaande, kan worden betoogd dat schuldeisers materieel gezien geen nadeel lijden wanneer de vrijstelling van artikel 2:403 BW achteraf alsnog wordt toegepast. Het resultaat voor de schuldeisers is uiteindelijk hetzelfde. Zij hebben geen inzicht in de jaarrekening maar zij kunnen evengoed verhaal halen op hetzelfde vermogen als in de situatie waarin de vrijstelling wel op tijd van toepassing was. Aangezien ook bestaande schuldeisers een beroep kunnen doen op een 403-verklaring lijkt het – wanneer de 403-verklaring eenmaal is afgegeven – niet uit te maken dat de 403-verklaring op een later tijdstip is afgegeven.

Het feit dat de aansprakelijkheid van de moeder vennootschap reikt tot en met alle schulden van de vrijgestelde vennootschap voor zover die voortvloeien uit door de vrijgestelde vennootschap verrichte rechtshandelingen, en dat dit niet is beperkt in tijd, betekent niet dat de vrijstelling (met terugwerkende kracht) voor dit tijdvak heeft gegolden. Aan de voorwaarden om van de vrijstelling gebruik te mogen maken was, op het moment dat de jaarrekening gedeponereerd moest worden, niet voldaan. Ook was op dat moment niet zeker dat de vrijstelling op basis van artikel 2:403 BW op een later moment zou worden toegepast en dat alsnog een compenserende 403-verklaring zou volgen.

Er dient nog een kanttekening te worden gemaakt ten aanzien van de overblijvende aansprakelijkheid. De gedachte dat een 403-verklaring afgegeven kan worden

---

<sup>70</sup> Hoewel er gediscussieerd kan worden over de vraag of de mogelijkheid om de moeder vennootschap rechtstreeks aan te spreken past binnen het karakter van de vrijstelling op basis van artikel 2:403 BW, brengt de hoofdelijkheid met zich mee dat er geen sprake is van subsidiariteit. Zie HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, *NJ* 2002/447 m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2002/136 m.nt. S.M. Bartman (Akzo/ING).

en de intrekking snel daarop weer kan volgen, miskent een aanzienlijk risico. Vaak wordt niet stilgestaan bij de overblijvende aansprakelijkheid die de moeder vennootschap zich op de hals haalt. Het is bijzonder lastig om van deze aansprakelijkheid af te komen.<sup>71</sup> De overblijvende aansprakelijkheid blijft – ook na het intrekken van de 403-verklaring – voortbestaan.<sup>72</sup>

Het risico van bestuurdersaansprakelijkheid bij niet of te laat deponeren van de jaarrekening kan door het afgeven van een 403-verklaring niet worden weggenomen. Wanneer het vermogen van de moeder vennootschap daadwerkelijk verhaalsmogelijkheden biedt, wordt het risico dat bestuurders van de vrijgestelde vennootschap die niet tijdig aan de jaarrekeningenplicht heeft voldaan lopen, mogelijk wel verkleind. Biedt de moeder vennootschap verhaal, dan zal een deel van de schuldeisers zich waarschijnlijk nog voor een faillissement van de dochter vennootschap tot de moeder vennootschap wenden in plaats van zich tot de bestuurders te wenden. De kans op een faillissement van de dochter vennootschap met bestuurdersaansprakelijkheid tot gevolg, wordt dan wellicht verkleind.

### 2.5.5 Jaarrekeningprocedure bij de Ondernemingskamer

Indien ten onrechte niet wordt voldaan aan de vereiste van artikel 2.9 BW kan iedere belanghebbende<sup>73</sup> een jaarrekeningprocedure starten door een verzoekschrift in te dienen bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam<sup>74</sup> voor zover wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2:447 BW:

#### Artikel 2:447 BW

1. Op verzoek van degenen die krachtens artikel 448 daartoe bevoegd zijn, kan de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam aan een rechtspersoon of vennootschap als bedoeld in artikel 360 waarop deze titel van toepassing is, een statutair in Nederland gevestigde effectenuitgevende instelling als bedoeld in artikel 1, onderdeel

71 Zie voor de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid artikel 2:404 lid 3 BW. Voor de beëindiging geldt als belangrijkste voorwaarde dat de vrijgestelde vennootschap de groep waartoe de moeder vennootschap behoort, moet hebben verlaten. Voor het groepsbegrip, zie artikel 2:24b BW. Zie ook Van der Kraan 2015-III.

72 Uit duurovereenkomsten, aangegaan voor de intrekking, kunnen nog tot in lengte van dagen nieuwe schulden voortvloeien waarvoor de moeder vennootschap aansprakelijk is (te denken valt bijvoorbeeld aan huurtermijnen die na de intrekking van de 403-verklaring opkomen uit een huurovereenkomst die is gesloten voor de intrekking).

73 Bovendien is ook de A-G van het Hof Amsterdam bevoegd om de Ondernemingskamer om een jaarrekeningenprocedure te verzoeken in het kader van het openbaar belang (artikel 2:448 lid 1 onder b BW). Zie in dit verband onder meer: HR 5 september 1990, *NJ* 1991/62.

74 Deze specifieke jaarrekeningprocedure maakt sinds de inwerkingtreding van de Wet toezicht financiële verslaggeving (hierna: Wtftv) per 1 januari 2007 onderdeel uit van Titel 2.9 BW, namelijk afdeling 16 Rechtspleging (artikel 2:447 BW t/m 2:453 BW). Per 1 januari 2009, met de inwerkingtreding van de Wet tot implementatie van de Transparantierichtlijn, zijn aan deze afdeling twee bepalingen toegevoegd (artikel 2:454 BW en 2:455 BW).

b, van de Wet toezicht financiële verslaggeving of een beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht bevelen de jaarrekening, het bestuursverslag, de daaraan toe te voegen overige gegevens of het verslag, bedoeld in artikel 392a, in te richten overeenkomstig door haar te geven aanwijzingen.

2. Het verzoek kan slechts worden ingediend op de grond dat de verzoeker van oordeel is dat de in het eerste lid bedoelde stukken niet voldoen aan de bij of krachtens artikel 3 van verordening (EG) 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen (PbEG L 243), deze titel, onderscheidenlijk de Wet op het financieel toezicht gestelde voorschriften. Het verzoekschrift vermeldt in welk opzicht de stukken herziening behoeven.

3. Het verzoek heeft geen betrekking op een accountantsverklaring als bedoeld in artikel 393 lid 5.

Via een jaarrekeningenprocedure kan een belanghebbende, die van oordeel is dat een jaarrekening niet aan de wettelijke vereisten voldoet, de Ondernemingskamer verzoeken om de betrokken rechtspersoon of vennootschap te bevelen de jaarrekening in te richten overeenkomstig de door de Ondernemingskamer aan te geven aanwijzingen.

Een belanghebbende kan een verzoekschrift aangaande een jaarrekeningprocedure indienen bij de Ondernemingskamer binnen een termijn van twee maanden na de vaststelling of deponering van de jaarrekening bij de Kamer van Koophandel, dan wel binnen twee maanden na het bekend worden van een tekortkoming die niet uit de jaarstukken bleek. Indien het gaat om een effecten uitgevende instelling, waarvan de financiële verslaggeving ingevolge de Wtfv onder toezicht staat van de Autoriteit Financiële Markten (AFM), is de bovengenoemde termijn tot het instellen van een jaarrekeningprocedure geen twee maanden maar negen maanden.

In het verzoekschrift dient de verzoeker te onderbouwen dat hij als belanghebbende dient te worden aangemerkt. Tevens dient de verzoeker aan te geven wat zijn concrete bezwaren zijn en waarom hij van mening is dat de jaarrekening niet voldoet aan de wettelijke eisen dan wel niet voldoet aan de IFRS-EU-voorschriften.

De jaarrekeningprocedure vindt plaats bij de Ondernemingskamer in een besloten zitting. De uitspraak is wel openbaar. De betrokken controlerend accountant zal in de gelegenheid worden gesteld zich uit te laten over de in het verzoekschrift naar voren gebrachte bezwaren. Tegen een uitspraak van de Ondernemingskamer is geen hoger beroep mogelijk, wel cassatie bij de Hoge Raad.

### 2.5.6 Vrijstelling van artikel 2:403 niet van toepassing op beursfondsen: toezicht AFM

Effecten-uitgevende instellingen zijn uitgesloten van de toepassing van artikel 2:403 BW, zie artikel 2:403 lid 4 BW jo. artikel 2:398 BW.<sup>75</sup> De AFM oefent op grond van de Wtfv toezicht uit op de naleving van de financiële verslaggevingsvoorschriften door effecten-uitgevende instellingen. Past een effecten-uitgevende instelling de vrijstelling van artikel 2:403 BW toe, dan zal de AFM – zeer waarschijnlijk – ingrijpen.<sup>76</sup>

## 2.6 Conclusie

In beginsel rust op rechtspersonen de verplichting om een jaarrekening op te stellen en te publiceren in overeenstemming met titel 2.9 BW. Niet voor iedere rechtspersoon gelden dezelfde vereisten. Wanneer bijvoorbeeld sprake is van een zogenoemde kleine rechtspersoon geldt een lichter regime.

Een belangrijke gedachte achter het opstellen, vaststellen en publiceren van een jaarrekening is dat belanghebbenden middels de jaarrekening informatie kunnen krijgen over de financiële situatie van een rechtspersoon. Naast de verplichting om een enkelvoudige jaarrekening op te stellen, kan er de verplichting bestaan om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen.

Op basis van artikel 2:403 BW kan een vrijstelling worden verkregen van de jaarrekeningsplicht. Een van de vereisten daarvoor is dat de gegevens van de vrij te stellen rechtspersoon worden opgenomen in een geconsolideerde jaarrekening van een andere rechtspersoon die tot dezelfde groep behoort (en welk rechtspersoon een 403-verklaring afgeeft).

De verplichting om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen op basis van artikel 2:403 BW staat los van de consolidatieplicht van artikel 2:406 BW. De vrijstelling van artikel 2:408 BW geldt niet voor de verplichting om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen uit hoofde van artikel 2:403 BW.

Indien niet wordt voldaan aan de jaarrekeningsplicht – bijvoorbeeld omdat de vrijstellingsregeling niet op tijd of op de juiste wijze is toegepast – kan dit leiden tot civielrechtelijke en strafrechtelijke gevolgen. Wanneer de vrijstelling van artikel 2:403 BW wordt gebruikt, dient goed te worden opgelet dat tijdig aan alle vereisten van artikel 2:403 BW wordt voldaan om te voorkomen dat ten onrechte geen jaarrekening wordt gepubliceerd. De vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW biedt geen remedie tegen een te laat gepubliceerde jaarrekening.

---

75 Toepassing van artikel 2:403 BW zou complicaties opleveren in het geval waarin een effecten-uitgevende instelling moet worden vrijgesteld. Er treedt een discrepantie op tussen hoofdstuk 5.1a Wft en artikel 2:403 BW. Zie ook Dayioglu & Havers 2009, p. 127.

76 Op basis van de Wtfv is de Autoriteit Financiële Markten belast met het toezicht op de naleving van de financiële verslaggevingsverplichtingen van effecten-uitgevende instellingen.