

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

Hoofdstuk 3

DE VOORWAARDEN DIE WORDEN GESTELD AAN DE TOEPASSING VAN ARTIKEL 2:403 BW

3.1 Inleiding

De 403-verklaring is een eenzijdige verklaring van de moederverenootschap waarin de moederverenootschap zich hoofdelijk aansprakelijk dient te verklaren voor de schulden van de dochterverenootschap.¹ Niet zelden wordt de vraag gesteld of het een goed idee is om een 403-verklaring te deponeren. Bedoeld wordt dan of het een goed idee is om van de groepsvrijstelling gebruik te maken. Er is zodanig veel aandacht voor de aansprakelijkheidsverklaring van artikel 2:403 lid 1 sub f BW, dat de overige voorwaarden van artikel 2:403 BW bijna zouden worden vergeten.²

De 403-verklaring, de intrekking daarvan en de uit de 403-verklaring voortvloeiende (overblijvende) aansprakelijkheid zijn onderwerpen van de vrijstellingsregeling die de meeste hoofdbrekens opleveren. De 403-verklaring mag zich dan ook verheugen op veel belangstelling in de literatuur en de rechtspraak. Een twijfelachtige eer.

Het gevaar bestaat dat de overige voorwaarden van artikel 2:403 BW uit het oog worden verloren. Toch is het voldoen aan deze voorwaarden even relevant. Pas wanneer aan alle voorwaarden van artikel 2:403 BW wordt voldaan, ontstaat het recht om de vrijstelling te mogen toepassen.³ De voorwaarden worden ook wel aangeduid als ‘constitutioneel’ voor het doen ontstaan van het recht om de vrijstelling te mogen toepassen.⁴ Wordt niet voldaan aan de vereisten van titel 2.9 BW en deponeert de dochterverenootschap bijvoorbeeld geen jaarrekening omdat zij meent te zijn vrijgesteld terwijl niet aan alle voorwaarden van artikel 2:403

1 Artikel 2:403 lid 1 sub f vermeldt dat de moederverenootschap dient te verklaren dat zij zich hoofdelijk aansprakelijk dient te stellen. Dat lijkt mij een *slip of the pen* van de wetgever. De moederverenootschap dient zich aansprakelijk te verklaren. Het *aansprakelijk stellen* van de moederverenootschap zal geschieden door schuldeisers die bij de moederverenootschap aankloppen voor het halen van verhaal.

2 Zie in dit kader ook Van Zoest 2015 en Ten Voorde 2011, p. 195-199.

3 Enige nuances zijn daarop te maken. Toepassing van artikel 2:403 BW levert bijvoorbeeld complicaties op 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. Ik ga hier verder niet op in, maar verwijs graag naar Dayioglu & Havers 2009, p. 127.

4 Het recht op vrijstelling kan niet met terugwerkende kracht worden verkregen.

BW wordt voldaan, dan wordt niet voldaan aan de jaarrekeningenplicht met alle gevolgen van dien.⁵

De toepassing van de vrijstelling van artikel 2:403 BW is facultatief. Er bestaat voor geen enkele rechtspersoon, groep of concern een verplichting om de faciliteit van artikel 2:403 BW toe te passen.⁶ Toch wordt aan de regeling een semi-vrijwillig karakter toegedicht. Betoogd wordt dat het publiceren van een volledig jaarverslag voor iedere afzonderlijke vennootschap die onderdeel uitmaakt van een concern dusdanig bezwaarlijk kan zijn, dat van een vrijwillige keuze om de groeps-vrijstelling toe te passen geen sprake is.⁷

De huidige groepsvrijstelling is opgenomen in artikel 2:403 BW. Het huidige artikel 2:403 BW luidt als volgt:

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:
 - 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;
 - 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;
 - 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 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;
 - f. de onder c bedoelde rechtspersoon of vennootschap schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden; en
 - g. de verklaringen, bedoeld in de onderdelen b en f zijn neergelegd ten kantore van het handelsregister alsmede, telkens binnen zes maanden na de balansdatum of binnen

⁵ Zie hoofdstuk 2, par. 2.5.1 t/m par. 2.5.5.

⁶ Zie ook Houwen e.a. 1993, p. 815 en Beckman 1990-II, p. 308.

⁷ Van Schilfgaarde 1970, p. 17 en Houwen 1993, p. 815.

een maand na een geoorloofde latere openbaarmaking, de stukken of vertalingen, genoemd in de onderdelen d en e.

2. Zijn in de groep of het groepsdeel waarvan de gegevens in de geconsolideerde jaarrekening zijn opgenomen, de in lid 1 onder f bedoelde rechtspersoon of vennootschap en een andere nevengeschikt, dan is lid 1 slechts van toepassing, indien ook deze andere rechtspersoon of vennootschap een verklaring van aansprakelijkstelling heeft afgelegd; in dat geval zijn lid 1 onder g en artikel 404 van overeenkomstige toepassing.

3. Voor een rechtspersoon waarop lid 1 van toepassing is, gelden de artikelen 391 tot en met 394 niet.

4. Dit artikel is niet van toepassing op rechtspersonen als bedoeld in artikel 398 lid 7.

3.2 Rechtsvorm betrokken rechtssubjecten

Artikel 2:403 BW is opgenomen in titel 2.9 BW. Titel 2.9 BW is van toepassing op alle rechtsvormen die zijn genoemd in artikel 2:360 BW. Dit zijn niet alleen de rechtspersonen NV,⁸ BV, coöperatie en de onderlinge waarborg maatschappij. Ook de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, zoals de commanditaire vennootschap en vennootschap onder firma, worden in artikel 2:360 BW genoemd en zijn onderworpen aan titel 2.9 BW.⁹ Een opmerking daarbij is bovendien dat banken altijd onder artikel 2:360 BW vallen, ongeacht de rechtsvorm.

Met dit ruime toepassingsbereik kent de Nederlandse vrijstellingsregeling een ruimer toepassingsbereik dan bijvoorbeeld de Ierse regeling die alleen van toepassing is op *limited companies*. De Europese regeling schrijft voor dat de regeling geldt voor ‘ondernemingen’ en hanteert term *undertaking*.¹⁰ Daarnaast moet er volgens de Europese regeling sprake zijn van een *subsidiary*.

Er is ook een groep rechtspersonen die de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW niet mag toepassen. In artikel 2:403 lid 4 BW wordt een groep van rechtspersonen uitgesloten van de toepassing van artikel 2:403 BW:

Artikel 2:403 lid 4 BW

Dit artikel is niet van toepassing op rechtspersonen als bedoeld in artikel 398 lid 7.

8 De uitzondering dat beursvennootschappen niet konden worden vrijgesteld is in 1988 opgeheven. Artikel 2.1.20 Fondsreglement kan een vrijgestelde beursgenoteerde vennootschap niet alsnog (indirect) de plicht opleggen om een jaarrekening die voldoet aan titel 2.9 BW op te stellen, zie HR 24 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0046, *JOR* 2006/95.

9 Deze contractuele vennootschappen hebben thans nog geen rechtspersoonlijkheid, hetgeen in de toekomst zal gaan veranderen.

10 De Vierde Richtlijn hanteerde het begrip *company*. De Zevende Richtlijn en de Europese Jaarrekeningenrichtlijn noemen het begrip *undertaking*.

Artikel 2:398 lid 7 BW luidt als volgt:

Artikel 2:398 lid 7 BW:

De artikelen 395a tot en met 397 zijn niet van toepassing op rechtspersonen die als organisatie van openbaar belang:

- a. effecten hebben die zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt van een lidstaat in de zin van artikel 4, lid 1, punt 14, van richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten (PbEU 2004, L 145);
- b. kredietinstellingen zijn in de zin van artikel 3, punt 1, van richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (PbEU 2013, L 176), en die geen instellingen als bedoeld in artikel 2, lid 5, van genoemde richtlijn 2013/36/EU zijn;
- c. verzekeringsondernemingen zijn in de zin van artikel 2, lid 1, van richtlijn 91/674/EEG van de Raad van 19 december 1991 betreffende de jaarrekening van verzekeringsondernemingen (PbEG 1991, L 374); of
- d. bij algemene maatregel van bestuur worden aangewezen wegens hun omvang of functie in het maatschappelijk verkeer.

3.3 Groepsvoorwaarde

3.3.1 Het begrip groep als element van de groepsvrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW

Het begrip groep speelt een centrale rol binnen de vrijstellingsregling. Artikel 2:403 BW vereist voor de toepassing van de vrijstellingsregling dat de moeder vennootschap en de dochter vennootschap tot dezelfde groep behoren. Daarnaast speelt het begrip groep een cruciale rol bij de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid.¹¹ De beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid is mogelijk wanneer een 403-verklaring is ingetrokken maar uitsluitend wanneer de groepsband tussen de dochter vennootschap en de groep waartoe de moeder vennootschap behoort, is verbroken.¹²

Bij een groep is in de regel sprake van een (top)holding die leiding geeft aan de groep. Deze holding wordt in de praktijk vaak als ‘moeder’ aangeduid en de groepsmaatschappijen die daaronder zijn gepositioneerd worden vaak ‘dochters’ en ‘kleindochters’ genoemd.¹³ Het gebruik van een groepsstructuur kan verschillende motieven hebben.¹⁴ Dit kunnen organisatorische motieven zijn, commerciële

¹¹ Zie artikel 2:404 lid 3 sub a BW.

¹² Zie par. 5.8 en in het bijzonder par. 5.8.3.

¹³ Krol 2015.

¹⁴ Aan concernvorming kunnen ook nadelen kleven. Hierbij dient te worden gedacht aan fiscale nadelen, benadeling van (minderheids)aandeelhouders en crediteuren, tegenstrijdige belangen,

motieven,¹⁵ de behoefte om risico's te spreiden,¹⁶ het behalen van schaalvoordelen, het genieten van fiscale voordelen¹⁷ of het vormgeven van beschermingsconstructies.¹⁸

Het begrip groep is in de Nederlandse wet nader gedefinieerd in artikel 2:24b BW. In dat artikel wordt de volgende omschrijving van het begrip groep gegeven:¹⁹

Artikel 2:24b BW

Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.

Vennootschappen die met elkaar verbonden zijn in een groep, worden aangeduid als groepsmaatschappijen. Op basis van artikel 2:24b BW kan worden gesproken van een groep wanneer wordt voldaan aan twee elementen. Er moet sprake zijn van een economische eenheid en van organisatorische verbondenheid. Uit de parlementaire geschiedenis valt nog een derde element af te leiden dat wezenlijk wordt geacht om te kunnen spreken van een groep.²⁰ Naast een economische eenheid en organisatorische verbondenheid, dient sprake te zijn van een centrale leiding.²¹

Een wijdverbreid misverstand is dat sprake moet zijn van een aandeelhoudersrelatie om van een groep te kunnen spreken. In artikel 2:24b BW wordt een aandeelhoudersrelatie niet als voorwaarde gesteld. Hoewel een groepsrelatie in veel gevallen gepaard zal gaan met een deelneming in het kapitaal,²² bijvoorbeeld

problemen op het vlak van bestuursautonomie. Zie o.a. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 815 en de daar opgenomen verwijzingen.

15 Gedacht kan worden aan een divisie die gereed is gemaakt om overgenomen te worden door middel van een aandelenoverdracht.

16 Zie Sanders & Westbroek 2005, p. 662.

17 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 815.

18 Zie uitgebreid hierover: Bartman, Dorrestijn & Olaerts 2016, hoofdstuk I.4.

19 De term groep is in de Nederlandse wetgeving geïntroduceerd ter gelegenheid van de invoering van de structuurregeling voor grote vennootschappen bij de Wet van 6 mei 1971 (*Stb.* 1971/289; *Kamerstukken II* 1970/71, 10751); zie onder meer artikel 52c WvK (oud) en artikel 52e WvK (oud), en de invoering van de WOR 1971 (*Stb.* 1971/54; *Kamerstukken II* 1970/71, 10335); zie artikel 1 lid 5 WOR 1971 (oud).

20 Bij de Wet van 10 november 1988 is de tekst van het huidige artikel 2:24b BW aangenomen. In de toelichting wordt vermeld dat het antwoord op de vraag of sprake is van centrale leiding een wezenlijk onderdeel vormt van het groeps criterium. Zie *Stb.* 1988/517; *Kamerstukken II* 1986/87, 19813; aanpassing aan zevende EEG-richtlijn; geconsolideerde jaarrekening.

21 Zie *Kamerstukken II* 1979/80, 16326, nr. 3, p. 42 en *Kamerstukken II* 1986/87, 19813, nr. 3, p. 1 en nr. 5, p. 4.

22 Zie Maeijer Bundel NV en BV, p. IXq-art. 24b-1 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 261.

middels aandelen, is een deelneming in het kapitaal niet vereist om uiteindelijk van een groepsmaatschappij te kunnen spreken.²³

De Europese vrijstellingsregeling²⁴ noemt het begrip groep of groepsrelatie niet. De Europese vrijstellingsregeling knoopt aan bij de begrippen *subsidiary* en *parent undertaking*.²⁵ Dat betekent dat de groepsvrijstelling naar Europees model (slechts) mag worden toegepast op dochterondernemingen. Hoewel de Nederlandse wet een definitie kent van het begrip dochtermaatschappij²⁶ – welke redelijk overeenstemt met de omschrijving die de Zevende richtlijn geeft voor het begrip dochteronderneming – heeft de Nederlandse wetgever er niet voor gekozen om in artikel 2:403 BW aansluiting te zoeken bij het begrip dochtermaatschappij of dochteronderneming. De Europese regelgeving kent het Nederlandse groepsbegrip niet. Maar de Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om bij de vrijstellingsregeling het groepscriterium te hanteren en de Nederlandse vrijstellingsregeling kan aldus worden toegepast op rechtspersonen die tot een groep behoren.²⁷

Het groepscriterium onderscheidt zich van de moeder/dochterrelatie. Onder het Nederlandse groepsbegrip kunnen wel dochterondernemingen worden geschaard, maar een dochteronderneming hoeft niet tot een groep te behoren. Te denken valt aan een situatie waarin slechts een aandelenbelang wordt gehouden als investering maar geen sprake is van enige verdere bemoeienis, laat staan van een centrale leiding.

Aangezien het groepsbegrip een ruimer toepassingsbereik heeft dan het begrip dochteronderneming, is de Nederlandse vrijstellingsregeling ruimer toepasbaar dan het Europese model. Er kan om die reden getwijfeld worden of de Nederlandse groepsvrijstellingsregeling op dit punt in lijn is met het Europese recht.²⁸

3.3.2 Economische eenheid

Het begrip economische eenheid is afkomstig uit het jaarrekeningenrecht. In het jaarrekeningenrecht wordt gesproken van een economische eenheid wanneer er een samenhangend verslag over de verschillende rechtspersonen en vennootschappen wordt uitgebracht.

²³ Beckman 1995, voetnoot 222.

²⁴ Zie uitgebreider over de Europese vrijstellingsregeling: hoofdstuk 8 en meer in het bijzonder par. 8.2.

²⁵ De Vierde Richtlijn sprak in artikel 57 nog van *dominant company*. Sinds de invoering van de Zevende Richtlijn wordt gesproken van *parent company*, zie artikel 43 van de Zevende Richtlijn en artikel 37 van de Europese Jaarrekeningenrichtlijn.

²⁶ Zie artikel 2:24a BW.

²⁷ Het behoeft geen betoog dat de keus van de Nederlandse wetgever voor een ander begrip dan het begrip dat de Zevende richtlijn voorschrijft, complicaties kan opleveren.

²⁸ Zie over de implementatie van Europese regelgeving par. 8.2.2.5.

Het bestaan van een economische eenheid in de zin van artikel 2:24b BW tussen twee of meerdere rechtspersonen kan blijken uit gezamenlijke verslaggeving en uit een geconsolideerde jaarrekening.²⁹ Andere aanwijzingen voor het bestaan van een economische eenheid die ook wel worden genoemd zijn complementaire economische activiteiten, een gemeenschappelijk financieel en economisch beleid en beheer, fiscale verbondenheid en de aanwezigheid van een aansprakelijkheidsverklaring van een vennootschap voor de schulden van een andere vennootschap. Dat kan door middel van een 403-verklaring of een andere *(parent)guarantee*.³⁰ Vornoemde kenmerken zijn aanknopingspunten. Het niet aanwezig zijn van deze kenmerken betekent niet per definitie dat er geen sprake is van een economische eenheid.

Het kan voor externe partijen lastig zijn om vast te stellen of sprake is van een economische eenheid. Dat een of meerdere rechtspersonen samen een economische eenheid vormen, hoeft niet naar buiten toe kenbaar te zijn, bijvoorbeeld door als eenheid naar buiten te treden.

In het kader van de uitleg van artikel 2:24b BW wordt betoogd dat aan het begrip economische eenheid als zodanig maar weinig betekenis kan worden toegekend en dat het weinig functioneel is.³¹

3.3.3 Organisatorische verbondenheid

Het tweede element dat nodig is om van een groepsband te kunnen spreken, is de organisatorische verbondenheid. Veelal zal sprake zijn van organisatorische verbondenheid tussen vennootschappen vanwege een deelname in het kapitaal.³² Maar er zijn ook andere factoren op basis waarvan organisatorische verbondenheid kan worden vastgesteld. Zo kunnen contractuele afspraken of statutaire regelingen leiden tot de conclusie dat sprake is van organisatorische verbondenheid.³³ Er dient sprake te zijn van beslissende zeggenschap.³⁴ Vereist is dat de centrale leiding (daadwerkelijk) kan worden uitgeoefend en dat beleidsbeslissingen kunnen worden afgedwongen. Het element organisatorische verbondenheid is sterk verweven met het hierna te bespreken criterium ‘centrale leiding’.

29 Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 423 e.v.; Maeijer Bundel NV en BV, p. Ixq-40 en Bartman & Dorresteyn 2006, p. 29 e.v.

30 Krol 2015.

31 Beckman e.a. losbl., par. 2.2.1.

32 Minderheidsdeelnemingen en 50%-deelnemingen kunnen tot een groepsverband leiden indien de deelneming met bijzondere rechten is versterkt; zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 26; Maeijer Bundel NV en BV, p. IXq-art. 24b-1. Wanneer er sprake is van minderheidsdeelnemingen, of 50%-deelnemingen, kan een groepsverband pas worden aangenomen indien de deelneming is versterkt met bijzondere rechten, zie Maeijer Bundel NV en BV, p. IXq-artikel 24b-1.

33 Gedacht dient te worden aan overeenkomsten tot samenwerking eventueel gecombineerd met statutaire voorzieningen.

34 Krol 2015.

Voor de organisatorische verbondenheid is het niet noodzakelijk dat de organisatie dusdanig is vormgegeven dat de leiding vanuit één (moeder)maatschappij geschiedt. Het is mogelijk dat de groep wordt geleid vanuit een aantal ondernemingen. Er is dan sprake van een meervoudige top. Wanneer naar het groepsbegrip wordt gekeken, kan de conclusie worden getrokken dat een *joint venture*-vennootschap organisatorisch gezien onderdeel kan uitmaken van meerdere groepen. Temeer in situaties waarin beide *joint venture*-partners zeggenschap hebben (gelijk, of beide doorslaggevend maar op verschillende terreinen) en beide *joint venture*-partners de gegevens van de *joint venture*-vennootschap meenemen in hun financiële verslaglegging, valt niet in te zien waarom een *joint venture*-vennootschap niet tot twee groepen zou kunnen behoren.³⁵ Artikel 2:24b BW vormt in dit kader geen beletsel.³⁶

3.3.4 Centrale leiding

Hoewel centrale leiding niet is opgenomen in artikel 2:24b BW, blijkt uit de wetsgeschiedenis³⁷ dat de aanwezigheid van centrale leiding van essentieel belang is voor de kwalificatie als groep.³⁸ Het element centrale leiding kan als zelfstandig element worden gezien maar kan ook worden geacht te zijn gevangen in de elementen organisatorische verbondenheid en economische eenheid. Het element centrale leiding kan niet los worden gezien van deze twee elementen. Betoogd wordt dat er zonder een centrale leiding geen sprake kan zijn van organisatorische verbondenheid welke tot een economische eenheid kan leiden.³⁹

Van centrale leiding kan worden gesproken indien sprake is van een hiërarchie en een gemeenschappelijke strategie wordt gevoerd waarop het beleid van de onderliggende groepsmaatschappijen is gebaseerd.⁴⁰ Aangenomen wordt dat de centrale leiding binnen een groep mag zijn verdeeld over meerdere vennootschappen en dat het centrale beleid ook gezamenlijk mag worden gevoerd.

Het is niet duidelijk of het moet gaan om het daadwerkelijk uitoefenen van zeggenschap of het kunnen uitoefenen van zeggenschap.⁴¹ Zo zou ook sprake zijn van centrale leiding als er *power to control* is, in die zin dat toezicht over

35 Zie ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 816.

36 Over de opvatting dat een rechtspersoon tot meerdere groepen kan behoren, bestaat geen eenstemmigheid, zie Krol 2015.

37 *Kamerstukken II* 1979/80, 16326, nr. 3, p. 42 en *Kamerstukken II* 1986/87, 18813, punt 14.

38 Zie o.a. Dorresteyn, aantekening 3 bij art. 24b, Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 261 en Van Achterberg 1989, p. 77-82.

39 Krol 2015.

40 Voor een uitgebreidere beschouwing over het begrip ‘centrale leiding’ verwijs ik naar de literatuur. Zie bijvoorbeeld Maeijer Bundel NV en BV, p. IXq-40; Timmerman 1988-II, p. 54 e.v. en Van Achterberg 1989, p. 34, 51 en 82.

41 Gedacht kan worden aan situaties waarin geen sturing wordt gegeven maar wel de mogelijkheid bestaat om in bepaalde situaties de macht over te nemen.

de vennootschap wordt uitgeoefend en dat het beleid zo nodig van hogerhand wordt bijgestuurd. Artikel 1 van de Zevende EEG-richtlijn spreekt van de mogelijkheid om overheersende invloed uit te kunnen oefenen. Niet duidelijk is of er overheersende invloed moet kunnen worden uitgeoefend op alle vlakken.

3.3.5 Enkele bijzondere gevallen; internationale concerns en *joint ventures*

Niet zelden zullen grote bedrijven vestigingen in meerdere landen hebben. Dit vormt geen beletsel voor de groepsband. De groep kan bestaan uit zowel Nederlandse als buitenlandse rechtspersonen en personenvennootschappen.⁴² Ook wanneer de vennootschap die de leiding geeft in het buitenland is gevestigd, kan sprake zijn van een groep en kan de leidinggevende vennootschap tot de groep worden gerekend.⁴³ In het kader van de toepassing van artikel 2:403 BW dient te worden opgemerkt dat een buitenlandse rechtspersoon op basis van artikel 2:403 BW niet kan worden vrijgesteld. Een buitenlandse rechtspersoon kan wel als moedervernootschap fungeren en een 403-verklaring deponeren teneinde een Nederlandse rechtspersoon binnen dezelfde groep vrij te stellen.

Hoewel niet wordt vereist dat de consoliderende rechtspersoon een Nederlandse rechtspersoon is, geldt wel het vereiste van artikel 2:403 lid 1 sub c BW:

Artikel 2:403 lid 1 sub c BW:

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

De gedachte achter artikel 2:403 lid 1 sub c BW is dat de geconsolideerde jaarrekening aan bepaalde minimale maatstaven voldoet. De vraag of een buitenlandse rechtspersoon die niet is onderworpen aan de Europese richtlijnen maar deze vrijwillig toepast ook als consoliderende moedervernootschap mag optreden, is nog niet in de rechtspraak aan de orde geweest. Wordt artikel 2:403 lid 1 sub c BW tekstueel uitgelegd, dan leidt dat tot de conclusie dat dit niet mogelijk is. Wordt een meer materiële benadering gekozen, dan valt niet direct in te zien waarom

⁴² Maeijer Bundel NV en BV, p. IXq-41 en artikel 24b-1.

⁴³ Asser/Maeijer/van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 817.

een buitenlandse moedervernootschap, die een geconsolideerde jaarrekening opstelt die voldoet aan de vereisten van artikel 2:403 lid 1 sub c BW, niet als consoliderende moedervernootschap zou mogen optreden in het kader van de vrijstellingsregeling van artikel 2:403 BW.

De Europese regelgeving is soepeler dan artikel 2:403 BW lid 1 sub c BW. De Europese richtlijn vereist dat de geconsolideerde jaarrekening is opgesteld volgens de Europese richtlijn. Daarmee kan bijvoorbeeld een Amerikaanse of Aziatische moedervernootschap ook optreden als consoliderende vennootschap. Zie de leden 5 tot en met 7 van artikel 37 van de Europese Jaarrekeningenrichtlijn.⁴⁴

- (5) de dochteronderneming is opgenomen in de geconsolideerde financiële overzichten die door de moederonderneming overeenkomstig deze richtlijn worden opgesteld;
- (6) van de vrijstelling wordt melding gemaakt in de toelichting bij de door de moederonderneming opgestelde geconsolideerde financiële overzichten; en
- (7) de in punt 5) van dit artikel bedoelde geconsolideerde financiële overzichten, het geconsolideerde bestuursverslag en de controleverklaring worden door de dochteronderneming openbaar gemaakt op de wijze die in de wetgeving van de lidstaat overeenkomstig hoofdstuk 2 van Richtlijn 2009/101/EG is vastgesteld.

Een aparte opmerking dient te worden gemaakt ten aanzien van de consoliderende vennootschap wanneer de vrijgestelde vennootschap een *joint venture* betreft. Bij een *joint venture* is de *power to control* in de regel een aangelegenheid van de *joint venture*-partners gezamenlijk. De vraag of een *joint venture*-vennootschap tot een groep kan worden gerekend, heeft de Raad voor de Jaarverslaggeving bevestigend beantwoord.⁴⁵ Sommige auteurs betogen dat alleen een groepsverhouding bestaat tussen de *joint venture*-rechtspersoon en één van de partners die de overwegende zeggenschap over de *joint venture* heeft. Bepalend is dat de *joint venture*-partner als centrale leider kan worden gekwalificeerd.⁴⁶ Andere auteurs betogen dat een *joint venture* tot meer dan één groep kan behoren wanneer er meerdere partners zijn met beslissende zeggenschap.⁴⁷

Het groepsbegrip van 2:24b BW sluit niet uit dat een rechtspersoon tot meerdere groepen kan behoren.⁴⁸ Ook artikel 2:403 BW biedt geen duidelijkheid op dit gebied. Vereist is dat de vrijgestelde vennootschap tot een groep behoort en dat een vennootschap uit die groep als moedervernootschap optreedt. Niet uitgesloten

44 Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en van 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.

45 RJ Advies 1986, onderdeel 6.02, p. 176-177.

46 Asser/Maeijer/van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 817.

47 Van der Tas 1986, p. 36 en Beckman 1995, p. 384.

48 Zie ook paragraaf 3.3.3.

is dat meerdere vennootschappen uit verschillende groepen optreden als moedervernootschap. Dit laatste zou, gezien de beschermende gedachte achter de aansprakelijkheidsverklaring die op basis van artikel 2:403 lid 1 sub f moet worden gedeponeerd, niet bezwaarlijk zijn, aangezien meerdere 403-verklaringen schuldeisers juist meer verhaalsmogelijkheden opleveren.

3.3.6 Faillissement verbreekt groepsband

Een faillissement van de moedervernootschap of de dochtervernootschap leidt tot de verbreking van de groepsband.⁴⁹ Aangezien een groepsband is vereist voor het mogen toepassen van de groepsvrijstelling, vervalt het recht om van de groepsvrijstelling gebruik te mogen maken. Een verbroken groepsband opent de mogelijkheid voor de moedervernootschap om de procedure tot beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid in gang te zetten.⁵⁰

3.4 Summiere jaarrekening

Een vrijgestelde rechtspersoon behoeft haar jaarrekening niet overeenkomstig titel 2.9 BW in te richten en te publiceren. Dat betekent niet dat de vrijgestelde rechtspersoon volledig van haar jaarrekeningsplicht is vrijgesteld. Artikel 2:403 lid 1 sub a BW stelt dat nog steeds een jaarrekening wordt opgesteld. Van een vrijstelling van de boekhoudplicht, geregeld in artikel 2:10 BW, is overigens ook geen sprake. Artikel 2:10 BW maakt geen onderdeel uit van de bepalingen die zijn opgenomen in titel 2.9 BW waarvoor een vrijstelling kan worden verkregen. Artikel 2:10 BW dient onverkort door de vrijgestelde rechtspersoon te worden nageleefd.

De jaarrekening die de vrijgestelde vennootschap dient op te stellen, heeft niet veel om het lijf. De vrijgestelde rechtspersoon hoeft slechts een sterk versimpelde jaarrekening op te stellen,⁵¹ een zogenoemde summiere jaarrekening. De summiere jaarrekening bestaat uit een vereenvoudigde balans⁵² en een vereenvoudigde winst en verliesrekening⁵³ zonder toelichting. Zie artikel 2:403 lid 1 sub a BW:

49 Beckman 1995, p. 623.

50 Zie artikel 2:404 lid 3 sub a BW.

51 De verplichting van artikel 2:101/2:210 BW vereist een jaarverslag dat aan de aandeelhouders kan worden voorgelegd.

52 De balans van een summiere jaarrekening dient slechts de som van de vaste activa, de vlottende activa, het eigen vermogen, aangehouden voorzieningen en de schulden te vermelden.

53 De winst- en verliesrekening van een summiere jaarrekening dient slechts het resultaat van de gewone bedrijfsvoering na belastingen en het saldo van overige baten en lasten na belastingen te vermelden.

Artikel 2:403 lid 1 sub a BW

- 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;

Het opstellen van een summier jaarrekening is een interne aangelegenheid.⁵⁴ Het bestuur van de vrijgestelde rechtspersoon stelt de summier jaarrekening binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar op.⁵⁵ De summier jaarrekening dient door de bestuurders (en eventueel de commissarissen) van de vrijgestelde rechtspersoon te worden ondertekend.⁵⁶ De leden of aandeelhouders stellen de summier jaarrekening vervolgens binnen de wettelijke of statutaire termijn vast.⁵⁷ De summier jaarrekening hoeft niet openbaar te worden gemaakt en hoeft niet door een accountant te worden gecontroleerd. Een accountantsverklaring wordt niet verlangd.⁵⁸ Indien er een ondernemingsraad is ingesteld, dient de summier jaarrekening aan de ondernemingsraad te worden verstrekt.⁵⁹ Wanneer de vrijstelling van artikel 2:403 BW wordt toegepast, dient de ondernemingsraad tevens de geconsolideerde jaarrekening te ontvangen.⁶⁰

In de praktijk wordt het opstellen en vaststellen van de summier jaarrekening nogal eens vergeten.⁶¹ Dit kan voor schuldeisers de mogelijkheid openen om de bestuurders van de dochtervennootschap aansprakelijk te stellen wegens het niet-voldoen aan de jaarrekeningsplicht.⁶²

Opgemerkt dient te worden dat de vrijstelling van artikel 2:403 BW een rechtspersoon vrijstelt van haar verplichting om haar eigen enkelvoudige jaarrekening volgens titel 2.9 op te stellen en te publiceren. Is de vrijgestelde rechtspersoon tevens gehouden om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen, dan kan de vraag worden gesteld of de vrijgestelde vennootschap eveneens van die verplichting is vrijgesteld. De vraag is wat wordt bedoeld met ‘de jaarrekening’ zoals genoemd in artikel 2:403 lid 1 BW:

54 In beginsel zullen schuldeisers niet veel hebben aan een summier jaarrekening; de informatie is beperkt en bovendien niet openbaar.

55 Behoudens verlenging door de algemene vergadering van aandeelhouders op grond van bijzondere omstandigheden, zie artikel 2:210 BW.

56 Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 438.

57 De Kluiver 2002, p. 97.

58 Beckman 2008-II, p. 221.

59 Zie artikel 31a lid 2 WOR.

60 Zie artikel 31a lid 3 WOR. Zie ook Slagter 2005, p. 457; Dorresteyn & Roest 1992, p. 91-93; SER advies 92/07: advies van 15 mei 1992 inzake Knelpunten Wet op de ondernemingsraden, p. 20-21 en A.m.v.b. ‘Besluit verstrekking financiële informatie aan ondernemingsraden 1985’.

61 Van Olfen 2001, p. 833-834.

62 Zie artikel 2:394 BW in samenhang met artikel 2:138/2:248 BW. Zie eveneens hoofdstuk 2, paragraaf 2.5.3.

Artikel 2:403 lid 1 BW:

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

Een ander onduidelijk punt betreft de reserves die een vrijgestelde rechtspersoon aan dient te houden. Een vrijgestelde rechtspersoon is mogelijk niet verplicht de reserves aan te houden die titel 2.9 BW voorschrijft.⁶³ Het niet hoeven aanhouden van bepaalde reserves vanwege het gebruik van de groepsvrijstelling zou naar mijn idee een onbedoeld neveneffect van de groepsvrijstelling zijn.⁶⁴ Het feit dat de reserves niet in de (summiere) jaarrekening hoeven te worden vermeld, betekent mogelijk niet dat deze reserves niet aangehouden hoeven te worden. Er is geen ratio die het wegvallen van de reguliere verplichting om reserves aan te houden rechtvaardigt. Het niet hoeven aanhouden van reserves – wat normaliter wel zou moeten – heeft invloed op de bepaling van de winst die krachtens artikel 2:105 BW respectievelijk artikel 2:216 BW mag worden uitgekeerd. Dochtervennootschappen wordt aanbevolen om de reserves uit titel 2.9 BW toch aan te houden.⁶⁵ Bovendien moeten de reserves wel (weer) worden aangehouden als de toepassing van de groepsvrijstelling wordt beëindigd.⁶⁶

3.5 Instemmingsvoorwaarde

In lid 1 sub b van artikel 2:403 BW is bepaald dat leden of aandeelhouders ieder jaar opnieuw dienen in te stemmen met de toepassing van de groepsvrijstelling. In beginsel hebben de aandeelhouders van de dochtervennootschap recht op een jaarrekening die is ingericht volgens titel 2.9 BW. Het instemmingsvereiste is terug te vinden in de Europese regeling.

Voor de instemming is unanimiteit vereist. Dat kan op praktische problemen stuiten. Er is geen speciale regeling getroffen om dergelijke praktische problemen te ondervangen. In de meeste concerns zal de instemming geen probleem zijn. De aandelen zullen mogelijk allemaal worden gehouden door de holding. Maar worden er bijvoorbeeld aandelen aan werknemers toegekend, dan moet met dit punt rekening worden gehouden. In een vangnetregeling voor gevallen waarin kleine minderheden de wensen van de grote meerderheid dwarsbomen of voor gevallen waarin sprake is van een zogenoemd ‘zoekgeraakt aandeel’, is niet voorzien. Wellicht heeft

63 Van de wettelijke reserves zijn alleen de deelnemingsreserve en de herwaarderingsreserve gebaseerd op titel 2.9 BW. De overige wettelijke reserves zijn gebaseerd op titel 2.4 en titel 2.5 BW, waarvoor artikel 2:403 geen vrijstelling verleent. Zie Bier 2003, noot 130 en Smits 2007, alinea 2.6.2.

64 Ook Beckman heeft bezwaren tegen de constatering dat artikel 2:373 lid 1 BW niet van toepassing is op vrijgestelde vennootschappen; zie: Beckman 1997, p. 36-42 en Beckman 1995, paragraaf 10.10.3.

65 Raad voor de jaarverslaggeving, Richtlijnen voor de jaarverslaggeving, 2006, nr. 203

66 Beckman 1995, p. 609.

dit te maken met het feit dat de groepsvrijstelling van origine niet was bedoeld voor openbare vennootschappen.⁶⁷

Een 403-verklaring heeft maar eenmaal te worden opgesteld en te worden gedeponereerd om daarna tot in lengte van dagen van kracht te blijven. Instemming van de leden of de aandeelhouders is ieder jaar opnieuw vereist en de instemmingsverklaring van de leden of de aandeelhouders moet ieder boekjaar worden opgesteld en ieder jaar worden gedeponereerd.⁶⁸ Instemming voor meerdere jaren kan slechts in uitzonderlijke gevallen in één verklaring terechtkomen, bijvoorbeeld wanneer op een vergadering voor twee boekjaren instemming wordt gegeven.⁶⁹ Daarbij geldt uiteraard onverminderd dat de instemming tijdig moet worden gegeven.

De instemmingsverklaring dient te worden gedeponereerd in de periode die is gelegen tussen het begin van het boekjaar en het moment van de vergadering waarop de summier jaarrekening van de vrij te stellen rechtspersoon wordt vastgesteld.⁷⁰ Van belang is dat de instemming van de leden of de aandeelhouders is verkregen voordat de summier jaarrekening door de leden of aandeelhouders wordt vastgesteld. De agendapunten moeten dus in de juiste volgorde ter vergadering worden behandeld. De instemmingsverklaring dient binnen de wettelijke termijn⁷¹ te worden gedeponereerd bij het Handelsregister⁷² zodat controle door derden mogelijk is.

Hoewel daarover (een beperkte) discussie heeft bestaan in de literatuur,⁷³ geldt dat de instemming van de leden of de aandeelhouders slechts de bevoegdheid creëert om de vrijstelling te mogen toepassen. De instemming vormt geen (dwingende) instructie van de leden of de aandeelhouders aan het bestuur en creëert dan ook niet een verplichting om de vrijstelling toe te passen.

Hoewel de moeder vennootschap door het deponeren van een 403-verklaring een mogelijk zeer grote en op voorhand onbekende schuldenlast aangaat, is instemming van de aandeelhouders van de moeder vennootschap niet vereist. In beginsel neemt het bestuur van de moeder vennootschap zelfstandig het besluit om een 403-

67 Aandeelhouders die de instemming dreigen te blokkeren, kunnen uiteraard wel worden gedwongen tot de verkoop van hun aandelen, via de regeling tot uitkoop van artikel 2:92a BW of 2:201a BW.

68 Zie Beckman 1995, paragraaf 10.11.4 en KPMG Jaarboek externe verslaggeving 2007, aantekening 37021.

69 Zo blijkt bijvoorbeeld uit het Handelsregister dat Philips Lighting Holding BV op 16 februari 2006 een instemmingsverklaring van haar aandeelhouder Koninklijke Philips Electronics heeft gedeponereerd waarin de instemming met de groepsvrijstelling voor de boekjaren 2005 en 2006 is vervat.

70 Kiersch 2007, artikel 2:403, aantekening 4.

71 De ratio van de regeling brengt met zich dat dit dient te geschieden binnen acht dagen na de vaststelling of goedkeuring van de jaarrekening van de dochter vennootschap, doch uiterlijk binnen dertien maanden na het einde van het boekjaar van de dochter vennootschap. Zie Meijers 2005, nr. 317.

72 Artikel 2:403 BW lid 1 sub g.

73 Zie respectievelijk Beckman 1990-II, p. 307-310 en Bartman 1994, p. 181.

verklaring af te leggen. Er kunnen uiteraard omstandigheden zijn op basis waarvan goedkeuring van de aandeelhouders⁷⁴ of de raad van commissarissen⁷⁵ is vereist. Mogelijk kan worden betoogd dat een besluit om aansprakelijkheid te aanvaarden voor schulden van een dochtervennootschap advies behoeft van de ondernemingsraad.⁷⁶

3.6 Consolidatievoorwaarde

De summiere jaarrekening die hiervoor in paragraaf 3.4 werd besproken, geeft weinig informatie over de financiële gezondheid van de vrijgestelde vennootschap en kan zelfs misleidend zijn.⁷⁷ De zelfstandige jaarrekening van de moedervennootschap geeft eveneens weinig bruikbare informatie wanneer daar niet de gegevens van de dochtermaatschappijen in zijn meegenomen. Schuldeisers zijn meer gebaat bij geconsolideerde stukken.

Voor het mogen toepassen van de vrijstelling van artikel 2:403 BW is onder meer vereist dat de moedervennootschap een geconsolideerde jaarrekening opstelt waarin de gegevens van de dochtervennootschap zijn geconsolideerd.

De parlementaire geschiedenis van artikel 13 lid 3 WJO (een van de voorlopers van het huidige artikel 2:403 BW) vermeldt dat een schuldeiser moeilijk een adequaat beeld van de financiële positie van groepsvennootschappen kan krijgen wanneer geconsolideerde stukken ontbreken. In de parlementaire geschiedenis is overwogen:

“De gegevens omtrent het vermogen van dochtermaatschappijen zijn op zichzelf dikwijls weinig interessant en worden daarom verwerkt in een geconsolideerde of samengevoegde balans die een beter inzicht in de grootte en samenstelling van het totale concernvermogen biedt. Juridisch zijn echter de dochtermaatschappijen zelfstandig; behoudens een eventuele uitdrukkelijke garantie is de moedermaatschappij niet voor hun schulden aansprakelijk. Moet men daarom uit bedrijfseconomische overwegingen aan een concernjaarrekening de voorkeur geven, voor de beoordeling van de vermogenspositie van de dochtermaatschappij heeft de schuldeiser daaraan geen houvast. Het wetsontwerp beoogt deze tegenstelling tussen het bedrijfseconomisch en het juridisch aspect te verzoenen door de mogelijkheid te scheppen met de publikatie van de concernjaarrekening te volstaan, mits een regeling van medeaansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor de schulden van de dochtermaatschappij wordt getroffen.”⁷⁸

⁷⁴ Zie onder meer artikel 2:107a BW en artikel 2:239 BW.

⁷⁵ Zie onder meer artikel 2:164 BW en artikel 2:274 BW.

⁷⁶ Zie artikel 25 Wet op de Ondernemingsraden, in het bijzonder lid 1 sub j.

⁷⁷ Zie over het standpunt dat een beperkte informatievoorziening misleidend kan zijn: de wetgever in de Memorie van Antwoord bij een wijziging van artikel 2:403 BW, *Kamerstukken II* 1980/81, 16326, nr. 8, p. 20-21 en de literatuur: Bartman & Dorresteyn 2006, p. 198; Houwen e.a. 1993, p. 820 en Van Achterberg 1989, p. 218-219.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 1969/70, 10689, Regeling van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, Memorie van Toelichting, nr. 3, p. 7-8.

Wanneer een rechtspersoon onderdeel uitmaakt van een groter geheel, zegt een zelfstandige jaarrekening vrij weinig.⁷⁹ De rechtspersoon wordt dan uit het grotere geheel gelicht, wat niet strookt met de werkelijke economische situatie.⁸⁰

In het kader van de vrijstellingsregeling dienen de financiële gegevens van de dochtervennootschap te worden geconsolideerd met de gegevens van een andere vennootschap die tot dezelfde groep behoort.⁸¹ Het kan de voorkeur genieten om een tussenholding te kiezen als consoliderende vennootschap wanneer het ongewenst is om de aansprakelijkheid, die voortvloeit uit de hierna te bespreken 403-verklaring, bij de topholding neer te leggen.

Het is mogelijk dat in de geconsolideerde jaarrekening die door de moedervennootschap wordt opgesteld eveneens de financiële gegevens van andere groepsentiteiten of entiteiten uit een andere groep⁸² worden meegeconsolideerd.⁸³ De financiële gegevens van de groepsvennootschappen⁸⁴ worden ondergebracht in een groepsjaarrekening die de vorm moet hebben van een geconsolideerde jaarrekening.⁸⁵

De kring rechtspersonen die in aanmerking komt om als consoliderende vennootschap op te treden, is vrij ruim. Op basis van artikel 2:403 BW is slechts vereist dat een andere rechtspersoon of vennootschap⁸⁶ tot dezelfde groep moet behoren, verder heeft de Nederlandse wetgever geen nadere eisen gesteld. Door verder geen eisen te stellen, is de toepassing van de regeling zo praktisch mogelijk gehouden en kan worden aangesloten bij een economische benadering.⁸⁷

Artikel 2:406 lid 1 en 2 BW⁸⁸ geeft een consolidatiekring die geldt wanneer sprake is van de wettelijke consolidatieplicht van artikel 2:406 BW. De vereisten van artikel 2:406 BW spelen in beginsel geen rol bij de vereisten die voor de toepassing van artikel 2:403 BW gelden.

79 Zie in dit kader ook HR 28 juni 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE4663, *JOR* 2002/136, *r.o.* 2.19.

80 Van Achterberg 1989, p. 215, 217, 218.

81 Uitgebreider over de geconsolideerde jaarrekening in het kader van de 403-verklaring: Dorresteyn & Van het Kaar 2008, paragraaf 12.5, p. 195.

82 De betrokken groepen kunnen activiteiten ontplooiën die totaal verschillen, zie ook Slagter 1984, p. 364.

83 De mogelijkheid hiertoe blijkt (duidelijk) uit de wetsgeschiedenis, zie Wetsvoorstel 16326, nr. 3, Memorie van Toelichting 8 september 1980, p. 17.

84 Dat een groepsmaatschappij mogelijk geen dochtermaatschappij is, staat hieraan niet in de weg, zie Beckman & Van Hoepen 1984, p. 235 e.v.

85 Slagter 1984, p. 364.

86 Artikel 2:403 lid 1 sub c vermeldt: “een andere rechtspersoon of vennootschap” en stelt vervolgens eisen aan de geconsolideerde jaarrekening.

87 De wetgever ziet de economische benadering als het uitgangspunt voor de Nederlandse regeling inzake de groepsjaarrekening, wetsvoorstel 19813, nr. 3, Memorie van Toelichting 11 december 1986, p. 3.

88 Voor wat betreft de consolidatiekring laat ik bijzondere situaties buiten beschouwing. Uitzonderingen zijn er ten aanzien van banken en verzekeringsmaatschappijen.

Gesteld kan worden dat ‘in ruil’ voor de vrijstelling een aansprakelijkheidsverklaring en een geconsolideerde jaarrekening wordt gevraagd.⁸⁹ De geconsolideerde jaarrekening zoals bedoeld in lid 1 sub a van artikel 2:403 BW wordt gezien als complementair met een aansprakelijkheidsverklaring zoals bedoeld in lid 1 sub f van artikel 2:403 BW.⁹⁰ Tezamen met de aansprakelijkheidsverklaring moet de geconsolideerde jaarrekening dezelfde zekerheid geven als een reguliere enkelvoudige jaarrekening van de vrijgestelde vennootschap.⁹¹ De aansprakelijkheidsverklaring heeft als doel schuldeisers te beschermen.⁹² Door de aansprakelijkheidsverklaring krijgt de schuldeiser er een tweede schuldenaar bij.⁹³ De geconsolideerde jaarrekening verschaft informatie over de financiële conditie van deze schuldenaar.

De moedervennootschap is zelf niet vrijgesteld van haar verplichting om een zelfstandige jaarrekening op te maken en te publiceren. De geconsolideerde jaarrekening die opgesteld moet worden in het kader van artikel 2:403 BW, treedt in beginsel niet in de plaats van een geconsolideerde jaarrekening die moet worden opgesteld op basis van een andere wettelijke verplichting daartoe, al zal de geconsolideerde jaarrekening die wordt opgesteld vaak aan beide verplichtingen worden voldaan.

De geconsolideerde jaarrekening moet voldoen aan een aantal vereisten. Zie 2:403 lid 1 sub c BW:

Artikel 2:403 lid 1 sub c BW:

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

89 Er wordt ook wel gesproken van het afruilen van de publicatieplicht tegen een aansprakelijkheidsverklaring, zie Bartman & Dorresteyn 2009, p. 221.

90 Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 439.

91 Houwen e.a. 2003, p. 825 en Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 439.

92 Zie de Nota naar aanleiding van het Eindverslag met betrekking tot artikel 2:403 BW, *Kamerstukken II* 1970/71, 10689, nr. 12.

93 Aldus Van Solinge 2004, p. 277 en Van Solinge 2006, p. 250.

In beginsel dient de geconsolideerde jaarrekening te worden goedgekeurd door een accountant.⁹⁴

De jaarrekening van de moeder vennootschap dient te vermelden dat een 403-verklaring is afgegeven. Op basis van artikel 2:376 BW is dit verplicht, tenzij er op de balans nader omschreven voorzieningen zijn opgenomen.⁹⁵ Verricht de dochter vennootschap vervolgens rechtshandelingen die zijn gedekt door de afgegeven 403-verklaring, dan worden deze aansprakelijkheden niet afzonderlijk in de jaarstukken van de moeder vennootschap genoemd.

Aangezien de Europese regels inzake het jaarrekeningenrecht moeten worden toegepast op de geconsolideerde jaarrekening,⁹⁶ zal een Nederlandse dochter vennootschap met een Amerikaanse moeder vennootschap in beginsel niet kunnen profiteren van de groepsvrijstelling.⁹⁷ Toch komt het in de praktijk wel voor dat er in het Handelsregister een 403-verklaring wordt aangetroffen die is gedeponneerd door een Amerikaanse moeder vennootschap.⁹⁸ De Amerikaanse moeder vennootschap kan ervoor kiezen om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen die (tevens) voldoet aan de vereisten van artikel 2:403 lid 1 sub c BW. Er kan gediscussieerd worden over de vraag of dit toelaatbaar is. Verwezen zij naar hetgeen hierover werd opgemerkt in paragraaf 3.4.

In geval van een fusie of overname dient bij het verrichten van *due diligence*-onderzoek, waarbij ook de jaarrekeningen worden geïnspecteerd, afzonderlijk aandacht te worden besteed aan de vraag of er (toekomstige) claims kunnen opkomen uit hoofde van een 403-verklaring. Overnemende partijen dienen bedacht te zijn op verplichtingen die onder de noemer van een 403-verklaring zijn ‘geformaliseerd’, wat betekent dat aansprakelijkheden uit hoofde van een 403-verklaring niet afzonderlijk worden genoemd.⁹⁹

3.7 Openbaarmakingsvoorwaarde

De ‘eigen’ jaarrekening van de vrijgestelde vennootschap, de summiere jaarrekening zoals bedoeld in artikel 2:403 lid 1 sub a, hoeft niet openbaar te worden gemaakt.

94 Of een accountantsverklaring is vereist, wordt in beginsel voorgeschreven door het recht dat van toepassing is op de moedermaatschappij (nationale wetgeving). De Vierde richtlijn schrijft echter voor dat er een verplichte accountantscontrole dient plaats te vinden indien er sprake is van een middelgrote of grote vennootschap.

95 De Ondernemingskamer heeft geoordeeld dat het niet in de jaarstukken van de moeder vennootschap vermelden dat een 403-verklaring is afgegeven niet per definitie leidt tot wanbeleid. Zie Hof Amsterdam 14 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8662, *r.o.* 3.5.

96 Zie met name de Vierde en de Zevende richtlijn.

97 De Amerikaanse vennootschap kan een Europese subholding oprichten om dit probleem te omzeilen. Dit levert voordeel op als deze Europese holding meerdere dochters kan vrijstellen.

98 De Kluiver 2002, p. 98.

99 Zie Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP9679, *JIN* 2011/391.

Dat levert een lastenverlichting en kostenbesparing op. Daarnaast biedt de mogelijkheid om de cijfers van een dochter niet te hoeven publiceren enige discretie.

De geconsolideerde jaarrekening die is goedgekeurd door een accountant¹⁰⁰ dient wel openbaar te worden gemaakt. Deze jaarrekening wordt gedeponereerd door de moeder vennootschap. Naast de geconsolideerde jaarrekening moet jaarlijks een instemmingsverklaring worden gedeponereerd door de dochter vennootschap. Verder dient de 403-verklaring door de moeder vennootschap te worden gedeponereerd. De openbaarmaking van voornoemde stukken moet ervoor zorgen dat derden deze stukken kunnen controleren. Dat zou in principe vrij snel moeten kunnen. Dat valt in de praktijk tegen. Bij het Handelsregister dienen 403-verklaringen telefonisch opgevraagd te worden. Er kunnen enkele dagen overheen gaan voordat de verklaring wordt verstrekt en er zijn kosten aan verbonden.¹⁰¹

Helaas komt het voor dat 403-verklaringen, intrekingsverklaringen en beëindigingsverklaringen niet meer in de dossiers van het Handelsregister aanwezig zijn. Met name wat oudere stukken zijn met enige regelmaat ‘zoek’. Een kwalijke zaak.

Soms zijn bedoeld of onbedoeld meerdere 403-verklaringen gedeponereerd. Het raadplegen van de (juiste) 403-verklaring wordt daardoor bemoeilijkt. De 403-verklaring wordt doorgaans in het dossier van de vrijgestelde dochter vennootschap bij de Kamer van Koophandel opgeslagen. Dit brengt enige nadelen met zich mee. Wie op de hoogte wil raken van welke 403-verklaring in het verleden door een bepaalde vennootschap is afgegeven, moet op de hoogte zijn van het bestaan van de vennootschappen waarvoor deze in het verleden is afgegeven. Een andere mogelijkheid is om alle voorgaande jaarrekeningen te controleren en te kijken of daar melding is gemaakt van eerder gedeponeerde 403-verklaringen. Dan nog zou het kunnen zijn dat eerdere jaarrekeningen niet steeds vermelden of en welke 403-verklaringen zijn afgegeven. Vooral bij *due dilligence*-onderzoeken kan dit voor problemen zorgen.

Het zou handig zijn wanneer de Kamer van Koophandel alle 403-verklaringen zowel opslaat in het dossier van de moeder vennootschap die de 403-verklaring deponereerde alsook in het dossier van de vennootschap die is vrijgesteld.

Buitenlandse moeder vennootschappen staan in beginsel niet ingeschreven bij de Nederlandse Kamer van Koophandel, maar kunnen wel een inschrijfnummer/dossiernummer krijgen. Onder dat dossiernummer kan de buitenlandse entiteit stukken bij het Nederlandse Handelsregister deponeren en onder dat nummer kunnen stukken door derden worden teruggevonden.

100 Of een accountantsverklaring is vereist, wordt in beginsel voorgeschreven door het recht dat van toepassing is op de moedermaatschappij (nationale wetgeving). De Vierde richtlijn schrijft echter voor dat er een verplichte accountantscontrole dient plaats te vinden indien er sprake is van een middelgrote of grote vennootschap.

101 Tarievenoverzicht KvK: EUR 15.

3.8 Conclusie

De voorwaarden die worden gesteld aan de toepassing van de vrijstelling die in dit hoofdstuk zijn behandeld, lijken over het algemeen vrij helder te zijn. Toch zijn er een aantal opmerkingen te maken.

In eerste instantie dient opgemerkt te worden dat het groeps criterium aanleiding kan geven tot vragen. De definitie is niet helder en de criteria die invulling aan de definitie moeten geven, zijn ook niet duidelijk.

De vraag welke vennootschap binnen de groep mag optreden als consoliderende vennootschap kan eveneens tot vragen leiden. De vraag is welke buitenlandse entiteiten binnen de definitie van artikel 2:403 lid 1 sub c BW vallen. Dienen dit entiteiten te zijn die gedwongen onderworpen zijn aan de richtlijnen en voorschriften die in artikel 2:403 lid 1 sub c BW worden genoemd, of mogen dit ook entiteiten zijn die zich vrijwillig aan deze richtlijnen en voorschriften conformeren? Op basis van een materiële benadering en tegen de achtergrond van het Europese recht is dit laatste verdedigbaar.

Tot slot kan er een verschil van inzicht bestaan ten aanzien van de vraag of de vrijstelling van artikel 2:403 BW de vrijgestelde vennootschap alleen een ontheffing geeft om haar enkelvoudige jaarrekening niet volgens titel 2.9 BW te hoeven inrichten en te publiceren. Wanneer er op basis van artikel 2:406 BW een consolidatieplicht op de vrijgestelde rechtspersoon rust, is de vraag of de vrijgestelde vennootschap eveneens ontslagen is van de verplichting om die geconsolideerde jaarrekening volgens titel 2.9 BW op te stellen en te publiceren.

Op voornoemde vragen is naar mijn idee (nog) niet met zekerheid een antwoord te geven. Deze vragen zijn echter niet de oorzaak van de typische 403-problemen die de laatste decennia in de rechtspraak en de literatuur aan de orde zijn gekomen.

In dit hoofdstuk is de voorwaarde dat de moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk dient te verklaren niet aan de orde gekomen. De 403-verklaring zal in het navolgende hoofdstuk separaat worden behandeld.