University of Groningen

Groepsregime, jaarrekening en 403-aansprakelijkheid

Nass, Eva Caroline Anna

DOI:
[10.33612/diss.99794790](https://doi.org/10.33612/diss.99794790)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Nass, E. C. A. (2019). *Groepsregime, jaarrekening en 403-aansprakelijkheid*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. Wolters Kluwer. <https://doi.org/10.33612/diss.99794790>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

**GROEPSREGIME, JAARREKENING EN
403-AANSPRAKELIJKHEID**

Verkorte citeerwijze: Eva Nass, *Groepsregime, jaarrekening en 403-aansprakelijkheid* (IVO nr. 116) 2019/[paragraafnummer].

Volledige citeerwijze: E.C.A. Nass, *Groepsregime, jaarrekening en 403-aansprakelijkheid* (Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 116), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Ontwerp omslag: Hans Roenhorst, www.h2rplus.nl

ISBN 978 90 13 15536 5

ISBN 978 90 13 15537 2 E-book

NUR 827-715

© 2019, E.C.A. Nass, Nijmegen; Wolters Kluwer Nederland BV;

De klantenservice van Wolters Kluwer Nederland B.V. kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

De auteur houdt zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten zijn voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575 is de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding verschuldigd, te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur, redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden en evenmin voor de gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies.

**rijksuniversiteit
 groningen**

**Groepsregime, jaarrekening en
403-aansprakelijkheid**

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
rector magnificus prof. dr. C. Wijmenga
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

maandag 18 november 2019 om 14.30 uur

door

Eva Caroline Anna Nass

geboren op 26 oktober 1980
te Zevenaar

Promotores

Prof. mr. dr. H. Beckman

Prof. mr. dr. J.B. Wezeman

Beoordelingscommissie

Prof. mr. dr. H.E. Boschma

Prof. mr. dr. M.J. Kroeze

Prof. mr. dr. M.A. Verbrugh

Woord vooraf

Dit boek bevat het proefschrift van mr. drs. Eva C.A. Nass waarmee zij op 18 november 2019 is gepromoveerd aan de Rijksuniversiteit Groningen. Als promotores traden op prof. mr. H. Beckman en prof. mr. J.B. Wezeman. Nass onderzoekt in haar proefschrift de in Boek 2 BW opgenomen jaarrekeningvrijstelling voor groepsrechtspersonen, het zogenoemde groepsregime. Deze jaarrekeningvrijstelling is gebaseerd op een in de Europese jaarrekeningrichtlijn voor de lidstaten opgenomen bevoegdheid om een dergelijke vrijstelling voor dochterondernemingen in de nationale wetgeving op te nemen. De gedachte achter deze optionele mogelijkheid is terug te voeren op vroegere Nederlandse jaarrekeningwetgeving.

Voor het gebruik van de vrijstellingsmogelijkheid is een aantal constitutieve vereisten in de Europese jaarrekeningrichtlijnen geformuleerd. In deze studie laat Nass zien op welke wijze de wetgever deze vereisten in onze wetgeving heeft verwerkt, met daaraan voorafgaand de wijze van verwerking in drie andere lidstaten van de EU met een dergelijke vrijstellingsregeling. Daardoor is zichtbaar dat onze wetgever de voorwaarden voor het gebruik van de optionele jaarrekeningvrijstelling op eigen wijze heeft overgenomen met vastlegging ervan in artikel 2:403 BW. Tevens wordt zichtbaar dat de vrijstellingsregeling een aantal onvolkomenheden kent. Het gaat om aangelegenheden die de toepassing en het gebruik van het groepsregime in de (rechts)praktijk betreffen zoals de in onze wetgeving voorgeschreven hoofdelijke aansprakelijkheid van de tot consolidatie gehouden moedermaatschappij en het gebrek aan toereikende waarborgen voor degenen wier positie wordt beïnvloed door de toepassing en het gebruik van het groepsregime.

Nass onderzoekt de aan de vrijstelling ten grondslag liggende constitutieve voorwaarden voor de toepassing en het gebruik per voorwaarde, legt bloot de complicaties die daarmee verband houden en doet aanbevelingen tot verbetering. Aansluitend bestudeert zij de cumulatieve werking van de vervulling van de voorwaarden en wat de consequenties zijn indien nadien een of meer voorwaarden niet langer worden vervuld, met inbegrip van die ingevolge fusie en splitsing. Veel aandacht wordt door Nass gegeven aan de positie van schuldeisers van de vrijgestelde groepsrechtspersoon, hun aanspraken jegens de maatschappij die zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld, aan de betekenis van de hoofdelijke aansprakelijkheid, de verschillende zienswijzen hierop en de (mogelijke) complicaties die aan de aansprakelijkheid zijn verbonden. In haar slothoofdstuk vat zij de per onderwerp geformuleerde conclusies samen, geeft zij antwoord op de door haar geformuleerde onderzoeksvraag en doet zij aanbevelingen tot verbetering van de regeling.

WOORD VOORAF

Het grondige onderzoek van Nass verdiept het inzicht in de problematiek die verbonden is aan de toepassing en het gebruik van de jaarrekeningvrijstelling voor groepsrechtspersonen, laat zien dat herziening van de regeling noodzakelijk is en maakt helder dat de complicaties die aan de hoofdelijke aansprakelijkheid verbonden zijn, oplossing verdienen. De analyse die Nass maakt vormt een gedegen fundament voor een herziening van de regeling. Met genoegen nemen wij dit proefschrift op in de reeks van Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht.

C.A. Schwarz

J.B. Wezeman

Inhoud

Woord vooraf	V
Gebruikte afkortingen	XIII
Hoofdstuk 1. Probleemstelling	1
1.1 Ter inleiding	1
1.2 De Nederlandse vrijstellingsregeling	3
1.3 Achtergrond en ratio groepsregime	9
1.4 Onderzoeksvraagstelling	18
1.5 Verantwoording	23
1.6 Plan van behandeling	24
Hoofdstuk 2. Groepsvoorwaarde	27
2.1 EU richtlijn jaarrekeningen	27
2.1.1 Toepassingsgebied	27
2.1.2 Optionele vrijstellingsregeling	30
2.2 Lidstaten met een optioneel vrijstellingsregime	31
2.2.1 Luxemburgse wetgeving	31
2.2.2 Ierse wetgeving	33
2.2.3 Duitse wetgeving	35
2.3 Nederlandse wetgeving	38
2.3.1 Groepsvoorwaarde	39
2.3.2 Joint venture als groepsrechtspersoon (?)	43
2.4 Afsluitende conclusie	47
Hoofdstuk 3. Instemmingsvoorwaarde	49
3.1 EU richtlijn jaarrekeningen	49
3.1.1 Akkoordverklaring	50
3.2 Lidstaten met een optioneel vrijstellingsregime	50
3.2.1 Luxemburgse wetgeving	50
3.2.2 Ierse wetgeving	50
3.2.3 Duitse wetgeving	51
3.3 Nederlandse wetgeving	52
3.3.1 Instemmingsgerechtigden	52
3.3.2 Instemmingsrecht en billijkheidscorrectie	55
3.3.3 Instemming onder voorwaarde(n)	56
3.3.4 Instemming en stichting	57
3.3.5 Instemming en werknemers	58
3.3.6 Wijze en vorm van instemming	58

INHOUD

3.3.7	Uiterste tijdstip van instemming	59
3.3.8	Wijziging in aantal en/of samenstelling instemmingsgerechtigden	61
3.3.9	Instemmingsbevoegdheid bij instemmingsgerechtigde	62
3.3.10	Herroeping van verleende instemming	63
3.4	Afsluitende conclusie	64
Hoofdstuk 4.	Consolidatievoorwaarde	67
4.1	EU richtlijn jaarrekeningen	67
4.1.1	Recht van een lidstaat	68
4.1.2	Geconsolideerde jaarrekening	68
4.1.3	Geconsolideerd bestuursverslag	72
4.1.4	Controleverklaring bij geconsolideerde stukken	73
4.1.5	Te hanteren taal	73
4.1.6	Opgaaf vrijstelling in geconsolideerde jaarrekening	73
4.2	Lidstaten met een optioneel vrijstellingsregime	74
4.2.1	Luxemburgse wetgeving	74
4.2.2	Ierse wetgeving	74
4.2.3	Duitse wetgeving	75
4.3	Nederlandse wetgeving	76
4.3.1	Recht van een lidstaat	76
4.3.2	Geconsolideerde jaarrekening	77
4.3.3	Geconsolideerd bestuursverslag	81
4.3.4	Accountantsverklaring bij geconsolideerde stukken	81
4.3.5	Te hanteren taal	82
4.3.6	Opgaaf vrijstelling in geconsolideerde jaarrekening	82
4.4	Afsluitende conclusie	83
Hoofdstuk 5.	Aansprakelijkstellingsvoorwaarde	85
5.1	EU richtlijn jaarrekeningen	85
5.1.1	Garantverklaring	86
5.1.2	Dekkingsbereik	87
5.1.3	Informatieverplichtingen	88
5.1.4	Opheffing van de garantie	89
5.2	Lidstaten met een optioneel vrijstellingsregime	89
5.2.1	Luxemburgse wetgeving	89
5.2.2	Ierse wetgeving	89
5.2.3	Duitse wetgeving	91
5.3	Nederlandse wetgeving	92
5.3.1	Hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring	93
5.3.1.1	Schriftelijkheidsvereiste	93
5.3.1.2	Hoofdelijke aansprakelijkstelling	94
5.3.1.3	Uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden	96
5.3.1.4	Groepsrechtspersoon	97
5.3.1.5	Hoofdelijk aansprakelijke maatschappij	98
5.3.1.6	Voorbeeld 403-aansprakelijkstelling	98

INHOUD

5.3.2	Dekkingsbereik	98
5.3.2.1	Beperkingen in het dekkingsbereik	99
5.3.2.2	Bijzondere clausules in het dekkingsbereik	101
5.3.3	Bevoegdheid bestuur van 403-aansprakelijke maatschappij	103
5.3.4	Adviesrecht ondernemingsraad	106
5.3.5	Informatieverplichtingen	109
5.3.6	Restaansprakelijkheid	109
5.4	Afsluitende conclusie	110
Hoofdstuk 6.	Openbaarmakingsvoorwaarde	113
6.1	EU richtlijn jaarrekeningen	113
6.1.1	Openbaar te maken stukken	114
6.1.2	Openbaarmakingsplichtige	114
6.1.3	Wijze van openbaarmaking	114
6.1.4	Te hanteren taal bij openbaarmaking	115
6.1.5	Uiterste termijn van openbaarmaking	115
6.2	Lidstaten met een optioneel vrijstellingsregime	116
6.2.1	Luxemburgse wetgeving	116
6.2.2	Ierse wetgeving	117
6.2.3	Duitse wetgeving	118
6.3	Nederlandse wetgeving	119
6.3.1	Openbaar te maken stukken	119
6.3.1.1	Instemmingsverklaring(en)	120
6.3.1.2	Hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring	121
6.3.1.3	Geconsolideerde stukken met accountantsverklaring	124
6.3.2	Openbaarmakingsplichtige	124
6.3.3	Wijze van openbaarmaking	124
6.3.4	Te hanteren taal bij openbaarmaking	125
6.3.5	Uiterste tijdstip van openbaarmaking	126
6.3.6	Handelsregister	126
6.3.7	Kosten inzage en afschriften bij handelsregister	127
6.4	Afsluitende conclusie	128
Hoofdstuk 7.	Groepsregime	131
7.1	Eerste cumulatieve voldoening voorwaarden groepsregime	132
7.1.1	EU richtlijn jaarrekeningen	133
7.1.2	Uiterste tijdstip voor gebruik groepsregime	134
7.1.3	Toets op rechtmatig gebruik groepsregime	136
7.2	Beëindiging groepsregime bij continuering groepsband	138
7.2.1	EU richtlijn jaarrekeningen	139
7.2.2	Het eerste Titel 9-boekjaar na beëindiging groepsregime	140
7.2.3	Toets op juist eerste Titel 9-boekjaar	146
7.3	Beëindiging groepsregime door verbreking groepsband	146
7.3.1	EU richtlijn jaarrekeningen	146
7.3.2	Eerste toepassing reguliere Titel 9-regels	147
7.3.3	Toets op juist gebruik/eerste Titel 9-boekjaar	150

INHOUD

7.4	Beëindiging restaansprakelijkheid	150
7.4.1	EU richtlijn jaarrekeningen	151
7.4.2	Beëindigingsvoorwaarden en -procedure voor de restaansprakelijkheid	152
7.4.3	Toets op verbreking groepsband	156
7.5	Afsluitende conclusie	157
Hoofdstuk 8.	Groepsregime bij juridische fusie, splitsing en omzetting	161
8.1	Fusie	161
8.1.1	In fusie verdwijnende 403-rechtspersoon	162
8.1.1.1	Moeder-/dochtergroepsfusie	164
8.1.1.2	Zustergroepsfusie	166
8.1.1.3	Fusie buiten groepsverband	167
8.1.1.4	Driehoeksfusie al dan niet binnen groepsverband	169
8.1.2	In fusie verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij	170
8.1.2.1	Omgekeerde moeder/dochterfusie	173
8.1.2.2	Omgekeerde moeder/andere dochtergroepsfusie	175
8.1.2.3	Fusie buiten groepsverband	177
8.1.2.4	Driehoeksfusie al dan niet binnen groepsverband	179
8.2	Splitsing	180
8.2.1	Verdwijnende 403-rechtspersoon door zuivere splitsing	181
8.2.2	Verdwijnende 403-rechtspersoon bij driehoekssplitsing	182
8.2.3	Voortbestaande splitsende 403-rechtspersoon	183
8.2.4	Verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij bij zuivere splitsing	184
8.2.5	Verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij bij driehoekssplitsing	185
8.2.6	Voortbestaande splitsende 403-aansprakelijke maatschappij	186
8.3	Omzetting van rechtsvorm	187
8.3.1	Rechtsvormwijziging 403-rechtspersoon	187
8.3.2	Rechtsvormwijziging 403-aansprakelijke maatschappij	188
8.4	Afsluitende conclusie	189
Hoofdstuk 9.	Schuldeiserspositie	191
9.1	Hoofdelijke aansprakelijkheid Boek 6 BW	191
9.1.1	Hoofdelijke verbondenheid voor eenzelfde prestatie	192
9.1.2	Benaderingen van hoofdelijkheid	193
9.2	Hoofdelijke aansprakelijkheid voor schuld 403-rechtspersoon	195
9.2.1	Het ontstaansmoment van de 403-aansprakelijkheid	195
9.2.2	Verhouding tot de schuldeisers van de 403-rechtspersoon	199
9.2.3	Nakomingsverplichting van de 403-aansprakelijke maatschappij	200
9.2.4	Civielrechtelijke duiding van de 403-aansprakelijkstelling	202
9.3	Hoofdelijke 403-aansprakelijkheid: uitleg Hoge Raad	203
9.3.1	Arrest HR Akzo/ING	204
9.3.2	Arresten HR na Akzo/ING	206
9.3.3	Kernoverwegingen en strekking 403-verklaring	209

INHOUD

9.4	Hoofdelijke 403-aansprakelijkheid: andere opvattingen	212
9.4.1	Borgtochtachtige opvattingen	212
9.4.2	Hoofdelijkheidsvarianten	215
9.4.2.1	‘Eén vordering/twee schuldenaren’-opvatting	215
9.4.2.2	‘Dynamische 403-aanspraak’-opvatting	216
9.5	Gevolgen en complicaties in verband met uitleg 403-aansprakelijkheid	217
9.5.1	403-aanspraak en vordering 403-rechtspersoon	218
9.5.2	403-aanspraak en verpande vordering 403-rechtspersoon	219
9.5.3	403-aanspraak en gecedeerde vordering 403-rechtspersoon	220
9.5.4	403-aanspraak en tenietgaan vordering 403-rechtspersoon	221
9.5.5	403-aanspraak en kwijtgescholden vordering 403-rechtspersoon	222
9.5.6	403-aanspraak en verjaarde vordering 403-rechtspersoon	223
9.5.7	403-aanspraak en bevoorrechte vordering 403-rechtspersoon	225
9.5.8	403-aanspraak en achtergestelde vordering 403-rechtspersoon	227
9.5.9	403-aanspraak en onteigende vordering 403-rechtspersoon	230
9.6	Restaanspraak	231
9.7	Regresaanspraak	233
9.8	Afsluitende conclusie	236
	Hoofdstuk 10. Conclusies, bevindingen en aanbevelingen	239
10.1	Overzicht afsluitende conclusies	240
10.2	Beantwoording onderzoeksvraag	250
10.3	Voorstellen voor wetswijziging	257
	Beknopte samenvatting	263
	Summary	265
	Geraadpleegde literatuur	273
	Jurisprudentieregister	307
	Trefwoordenregister	311
	Wetsartikelenregister	315
	Curriculum Vitae	321

Gebruikte afkortingen

I	Eerste Kamer der Staten-Generaal
II	Tweede Kamer der Staten-Generaal
AA	Ars Aequi
A-G	advocaat-generaal
AktG	Aktiengesetz
art.	artikel(en)
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
B&E	Maandblad Bank- en Effectenbedrijf
Bgfo Wft	Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen
BV	besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
BW (oud)	Burgerlijk Wetboek (1838)
CA 2014	Ierse Companies Act 2014
cv	commanditaire vennootschap
diss.	dissertatie
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EER	Europese Economische Ruimte
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EU	Europese Unie
fbv	formeel buitenlandse vennootschap
FIP	Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk
FR	Tijdschrift voor Financieel Recht
Fw	Faillissementswet
HGB	Handelsgesetzbuch
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Hrgb 1996	Handelsregisterbesluit 1996
Hrgb 2008	Handelsregisterbesluit 2008
Hrgw 1996	Handelsregisterwet 1996
Hrgw 2007	Handelsregisterwet 2007
IASB	International Accounting Standards Board
IVO	Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JBN	Juridische Berichten voor het Notariaat
JIN	Jurisprudentie in Nederland
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht

GEBRUIKTE AFKORTINGEN

Journaal IF&Z	Journaal insolventie, financiering & zekerheden
MAB	Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie
m.m.v.	met medewerking van
m.nt.	met noot van
MvA	Memorie van Antwoord
MvO	Maandblad voor Ondernemingsrecht
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
nr.	nummer(s)
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NTB	Nederland Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTvH	Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht
NV	naamloze vennootschap
NvW	Nota van Wijzigingen
O&F	Onderneming en Financiering
OK	ondernemingskamer gerechtshof Amsterdam
Ondernemingsrecht	Ondernemingsrecht Financieel recht (tijdschrift)
owm	onderlinge waarborgmaatschappij
p.	pagina('s)
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
PublG	Publizitätsgesetz
red.	redactie
r.o.	rechtsoverweging
RO	Rechtspraak Ondernemingsrecht
ROR	Rechtspraak Ondernemingsraad
SCE	Societas Cooperative Europaea (Europese Coöperatieve Vennootschap)
SE	Societas Europaea (Europese NV)
SER	Sociaal-Economische Raad
Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
Stcrt.	Staatscourant
TAO	Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming
T&C	Tekst & Commentaar
TFM	Tijdschrift Financieel Management
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
TOP	Tijdschrift voor de Ondernemingspraktijk
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvJ	Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht
TvOB	Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen

GEBRUIKTE AFKORTINGEN

vof	vennootschap onder firma
V&O	Vennootschap & Onderneming
VHI	Serie vanwege het Van der Heijden Instituut Radboud Universiteit Nijmegen
VV	Voorlopig Verslag
Wet KvK	Wet op de Kamer van Koophandel
Wfbv	Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen
Wft	Wet op het financieel toezicht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Wtfv	Wet toezicht financiële verslaggeving
WJO	Wet op de jaarrekening van ondernemingen
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WvK	Wetboek van Koophandel

Hoofdstuk 1. Probleemstelling

1.1 Ter inleiding

Kapitaalvennootschappen¹ waarop het recht van een lidstaat van de EU van toepassing is,² zijn op grond van het Unierecht (voorheen Gemeenschapsrecht) gehouden hun jaarrekeningen³ met bestuursverslagen in te richten, te doen controleren en openbaar te maken in overeenstemming met de wijze waarop de lidstaat⁴ uitvoering heeft gegeven aan het daaromtrent bepaalde in de Europese jaarrekeningrichtlijnen.⁵ Als een dergelijke kapitaalvennootschap een moederonderneming is in de zin van de Europese jaarrekeningrichtlijnen,⁶ is zij tevens

-
1. In de rechtsvormen als genoemd in Bijlage I (vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid) van Richtlijn 2013/34/EU alsmede in de rechtsvormen genoemd in Bijlage II (personenvennootschappen) van deze richtlijn indien van deze personenvennootschappen alle onbeperkt aansprakelijke vennoten de facto beperkt aansprakelijk zijn.
 2. Deze verplichting geldt ook voor kapitaalvennootschappen uit niet-lidstaten mits zij partij zijn bij de Overeenkomst van de Europese Economische Ruimte (EER). Uit hoofde van de op 1 januari 1994 in werking getreden EER-overeenkomst is er sprake van een binnenlandse markt tussen de EU en de andere landen die partij zijn bij de EER-overeenkomst.
 3. In de EU wordt met jaarrekening bedoeld hetgeen in onze wetgeving enkelvoudige jaarrekening wordt genoemd.
 4. Als ik het hierna heb over lidstaat dan zijn hieronder ook begrepen de andere landen die partij zijn bij de EER, te weten Liechtenstein, Noorwegen en IJsland.
 5. De relevante richtlijnen waren aanvankelijk de eerste, de vierde en de zevende EEG-richtlijn inzake het vennootschapsrecht alsmede nog steeds een specifieke richtlijn voor banken (Richtlijn 86/635/EEG, laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2006/46/EG) en een specifieke richtlijn voor verzekeringsondernemingen (Richtlijn 91/674/EEG, laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2006/46/EG). De eerste richtlijn die van 1968 is (Richtlijn 68/151/EEG) betrof onder meer de openbaarmaking en is opgevolgd door Richtlijn 2009/101/EU, gewijzigd door Richtlijn 2012/17/EU en nader opgevolgd door Richtlijn 2017/1132/EU. De vierde richtlijn die van 1978 is (Richtlijn 78/660/EEG), laatstelijk gewijzigd in 2012, betrof de jaarrekening (= enkelvoudige jaarrekening). De zevende EEG-richtlijn die van 1983 is (Richtlijn 83/349/EEG), laatstelijk gewijzigd in 2009, betrof de geconsolideerde jaarrekening. De vierde en de zevende EEG-richtlijnen zijn ingetrokken en opgegaan in de EU richtlijn jaarrekeningen (Richtlijn 2013/34/EU, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2014/95/EU). In de EU richtlijn jaarrekeningen is als Bijlage VII een concordantietabel opgenomen.
 6. Hierna wordt alleen verwezen naar de geldende jaarrekeningrichtlijn – EU richtlijn jaarrekeningen dan wel Richtlijn 2013/34/EU – en alleen als het relevant is, naar de ingetrokken vierde EEG-richtlijn en/of de zevende EEG-richtlijn.

HOOFDSTUK 1

gehouden tot de opstelling van een geconsolideerde jaarrekening met geconsolideerd bestuursverslag. Ook voor de geconsolideerde stukken geldt dat zij moeten worden ingericht, gecontroleerd en openbaar gemaakt op de wijze waarop de betrokken lidstaat uitvoering heeft gegeven aan het bepaalde in de Europese jaarrekeningrichtlijnen met dien verstande dat uit het Unierecht rechtstreeks voortvloeit dat de geconsolideerde jaarrekening moet worden ingericht in overeenstemming met de krachtens Verordening (EG) 1606/2002⁷ uitgevaardigde internationale standaarden voor jaarrekeningen (hierna ook te noemen EU IFRS) als de betrokken onderneming⁸ toegelaten is tot de handel op een binnen de EU/EER gelegen of werkende markt. In deze Verordening (EG) 1606/2002 is aan lidstaten de bevoegdheid gegeven te bepalen dat dergelijke vennootschappen bevoegd dan wel verplicht zijn hun jaarrekening (= enkelvoudige jaarrekening) eveneens in overeenstemming met deze internationale standaarden in te richten. Voor de overige kapitaalvennootschappen is aan de lidstaten de bevoegdheid gegeven te bepalen dat de jaarrekening en/of de geconsolideerde jaarrekening moeten of mogen worden ingericht in overeenstemming met deze standaarden.⁹

In de EU richtlijn jaarrekeningen is aan een lidstaat voor de onder zijn recht vallende kapitaalvennootschappen die dochteronderneming zijn, de bevoegdheid gegeven om als cumulatief voldaan wordt aan de daarvoor in de richtlijn gestelde voorwaarden, toe te staan dat het in de richtlijn bepaalde over de inrichting, controle en openbaarmaking van de jaarrekening met bestuursverslag niet wordt toegepast.¹⁰ Deze voorwaarden komen er op neer dat 1) de moederonderneming onder het recht van een lidstaat moet vallen, 2) alle aandeelhouders of vennoten van de vrij te stellen dochteronderneming zich akkoord moeten hebben verklaard met betrekking tot elk boekjaar dat van de vrijstelling gebruik wordt gemaakt, 3) de consoliderende moederonderneming zich garant moet hebben verklaard voor de door de dochteronderneming aangegane verplichtingen, 4) de garantstellende moederonderneming de financiële gegevens van de vrij te stellen dochteronderneming moet hebben verwerkt in haar in overeenstemming met EU richtlijn jaarrekeningen opgestelde geconsolideerde jaarrekening met melding erin van het gebruik van de vrijstelling, en 5) de dochteronderneming de instemmingsverklaring(en), de garantverklaring, de

7. Verordening (EG) 1606/2002 van 19 juli 2002, gewijzigd in 2008 bij Verordening (EG) 297/2008. Ook op grond van de transparantierichtlijn (Richtlijn 2001/34/EU) geldt bij consolidatieplicht op grond van Richtlijn 2013/34/EU verplichte inrichting in overeenstemming met het bepaalde krachtens Verordening (EG) 1606/2002.

8. In de Nederlandse tekst van Verordening (EG) 1606/2002 staat ondernemingen; in de andere talen gaat het om vennootschappen (in de taal van de desbetreffende richtlijnen).

9. Art 5 Verordening (EG) 1606/2002.

10. Aanvankelijk art. 57 vierde EEG-richtlijn, laatstelijk gewijzigd bij art. 37 zevende EEG-richtlijn en thans opgevolgd door art. 37 Richtlijn 2013/34/EU.

geconsolideerde jaarrekening met geconsolideerd bestuursverslag en controleverklaring openbaar moet hebben gemaakt op de wijze die is voorzien in de wetgeving van de lidstaat die van toepassing is op de dochteronderneming, in overeenstemming met Richtlijn 2017/1132/EU.

Van de aan de lidstaten gegeven bevoegdheid is in beperkte mate gebruik gemaakt. Dat hangt samen met de in die lidstaten geldende wetgeving. Zonder volledig te willen zijn merk ik op dat in diverse lidstaten de fiscale wetgeving, de vennootschapswetgeving en/of de voorgeschreven toepassing van boekhoudstelsels het overnemen van de vrijstellingsregeling belet. Zo staat in Frankrijk het verplichte ‘Plan Comptable’ aan toepassing van een dergelijke vrijstelling in de weg. Dit Plan Comptable wordt gebruikt als instrument in het kader van het macro-economisch beleid. Daar komt bij dat in Frankrijk de jaarrekening en de fiscale jaarstukken in beginsel samenvallen (‘Unicité’). Ook in België is sprake van een voorgeschreven boekhoudstelsel. In het Verenigd Koninkrijk wordt de toepassing belet doordat tegenover een te geven garantie steeds een tegenprestatie moet staan en daarnaast door het beginsel dat wanneer ten behoeve van één dochteronderneming een garantie als in deze vrijstelling wordt gegeven alle andere dochterondernemingen daar ook aanspraak op zouden kunnen maken. De lidstaten waarin de vrijstellingsregeling wel is overgenomen betreffen Nederland, Luxemburg, Ierland en Duitsland, zij het dat de voorwaarden niet op geheel dezelfde wijze zijn ingevuld. De regeling in Luxemburg stemt nauwkeurig overeen met hetgeen daaromtrent in Richtlijn 2013/34/EU is bepaald. Dit geldt in belangrijke mate ook voor Ierland, zij het dat de vrijstelling beperkt is tot openbaarmaking. In de Duitse wetgeving is de in de richtlijn voorgeschreven garantstelling aanvankelijk ingevuld door een verplichting om het verlies van een vrij te stellen dochteronderneming over te nemen en sedert 2015 door een verklaring waarin de moederonderneming zich bereid heeft verklaard in te staan voor de door de dochteronderneming aangegane verplichtingen. In de Nederlandse wetgeving is de unitaire garantstelling vervangen door een hoofdelijke aansprakelijkstelling van de consoliderende moedermaatschappij voor schulden uit rechtshandelingen van de vrij te stellen groepsrechtspersoon.

1.2 De Nederlandse vrijstellingsregeling

De wetgever heeft de unitaire bepalingen¹¹ over het toepassingsgebied en de inrichting, controle en openbaarmaking van de jaarrekening met bestuursverslag en van de geconsolideerde jaarrekening met geconsolideerd bestuursverslag

11. Waaronder begrepen de daaraan voorafgaande communautaire bepalingen.

HOOFDSTUK 1

verwerkt in Titel 9¹² Boek 2 BW¹³ waarbij van meet af aan het bestuursverslag en het geconsolideerde bestuursverslag tot één verslag zijn gecombineerd.¹⁴ Tevens heeft de wetgever het unitaire toepassingsgebied in art. 2:360 BW uitgebreid met andere rechtspersonen en instellingen. De in art. 2:360 BW genoemde rechtspersonen en instellingen duid ik aan als: rechtspersonen als omschreven in art. 2:360 BW.¹⁵

De in Titel 9 Boek 2 BW opgenomen inrichtingsvereisten met betrekking tot de geconsolideerde jaarrekening zijn niet van toepassing als het gaat om ondernemingen wier effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt binnen de EU/EER. In die situatie moet de geconsolideerde jaarrekening zijn ingericht volgens EU IFRS. De wetgever heeft – in de gevallen dat van een rechtstreekse werking geen sprake is – gebruik gemaakt van de in de Verordening (EG) 1606/2002 opgenomen bevoegdheid te bepalen dat rechtspersonen als omschreven in art. 2:360 BW de geconsolideerde jaarrekening in overeenstemming met EU IFRS mogen inrichten (art. 2:362 lid 8 BW).¹⁶ Voorts staat de wetgever toe dat in een in overeenstemming met Titel 9 Boek 2 BW ingerichte enkelvoudige jaarrekening de waarderingsgrondslagen uit de in overeenstemming met EU IFRS ingerichte geconsolideerde jaarrekening worden gebruikt mits van de jaarrekening een volgens EU IFRS ingerichte geconsolideerde jaarrekening deel uitmaakt (art. 2:362 lid 8, laatste volzin BW).¹⁷

12. Aanvankelijk genummerd Titel 8.

13. De Nederlandse wetgeving is aan Richtlijn 2013/34/EU aangepast door de Uitvoeringswet EU richtlijn jaarrekeningen van 13 oktober 2015 (*Stb.* 2015, 351), inwerkingtreding 1 november 2015.

14. Hetgeen sedert 2003 ook communautair, thans unitair geoorloofd is (Richtlijn 2003/51/EG van 18 juni 2003 (*PB EG L178*)).

15. Het gaat om (i) coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen (owm's), NV's en BV's (lid 1, eerste volzin), (ii) banken, betaalinstanties en elektronischgeldinstellingen (ongeacht hun rechtsvorm) (lid 1, tweede volzin), (iii) vennootschappen onder firma en commanditaire vennootschappen waarvan alle vennoten die volledig jegens schuldeisers aansprakelijk zijn voor schulden, kapitaalvennootschappen naar buitenlands recht zijn (lid 2) en (iv) stichtingen en verenigingen die een of meer ondernemingen in stand houden welke ingevolge de wet in het handelsregister moeten worden ingeschreven, indien de netto-omzet van deze ondernemingen gedurende twee opeenvolgende boekjaren zonder onderbreking nadien gedurende twee opeenvolgende boekjaren, de helft of meer bedraagt van de netto-omzetdrempel voor rechtspersonen met klein jaarrekeningregime, en er geen gelijkwaardige voorschriften ter zake van inrichting en openbaarmaking van toepassing zijn (lid 3).

16. Van de bevoegdheid om de toepassing voor te schrijven is geen gebruik gemaakt.

17. Deze mogelijkheid is in Verordening (EG) 1606/2002 niet genoemd, maar is in Nederland bedacht om de destijds in EU IFRS voor de 'separate financial statements' niet toegestane waardering van deelnemingen volgens de vermogensmutatiemethode te vermijden. Dat verbod is bij wijziging van IAS 27 (augustus 2014, met uiterlijke toepassing voor boekjaren vanaf 1 januari 2016) in EU IFRS komen te vervallen.

Tevens heeft de wetgever gebruik gemaakt van de in Verordening (EG) 1606/2002 opgenomen bevoegdheid toe te staan¹⁸ dat de enkelvoudige jaarrekening in overeenstemming met EU IFRS wordt ingericht (art. 2:362 lid 8, eerste volzin BW)¹⁹ onder het stellen van enkele aanvullende eisen (art. 2:362 lid 9 BW).

Van de in de richtlijn opgenomen bevoegdheid van lidstaten om een dochteronderneming onder bepaalde voorwaarden toe te staan dat deze de voorschriften omtrent de inhoud, controle en openbaarmaking van de jaarrekening en van het bestuursverslag niet hoeft toe te passen, heeft de wetgever gebruik gemaakt met dien verstande dat deze vrijstellingsmogelijkheid alleen openstaat voor de jaarrekening en het bestuursverslag van een tot een groep behorende rechtspersoon als omschreven in art. 2:360 BW²⁰, niet zijnde een organisatie van openbaar belang in de zin van art. 2:398 lid 7 BW.²¹ Deze regeling – hierna veelal genoemd groepsregime – is opgenomen in art. 2:403 BW. Uit de aanhef van lid 1 van art. 2:403 BW blijkt de groepsvoorwaarde: een tot een groep behorende rechtspersoon. Het begrip groep is omschreven in art. 2:24b BW. Als deze rechtspersoon tot een groep behoort, kan die in de regel kortweg met groepsrechtspersoon worden aangeduid.²² Pas als deze groepsrechtspersoon aan de overige voorwaarden van art. 2:403 BW voldoet is de groepsrechtspersoon bevoegd zijn jaarrekening afwijkend van het bepaalde in Titel 9 Boek 2 BW in te richten. Ter vermijding van misverstand merk ik op dat de vrijstelling niet inhoudt dat geen jaarrekening hoeft te worden opgemaakt of dat geen jaarrekening aan de algemene vergadering moet worden overgelegd, zoals vaak wel wordt gehandeld of gedacht.²³

18. Van de bevoegdheid om de toepassing voor te schrijven is geen gebruik gemaakt.

19. Dit is evenwel niet toegestaan indien de van de jaarrekening deel uitmakende geconsolideerde jaarrekening is ingericht volgens Titel 9 Boek 2 BW (art. 2:362 lid 8, tweede volzin BW).

20. Gelet op de SE-Verordening (Verordening (EG) 2157/2001) en de SCE-Verordening (Verordening (EG) 1435/2001) vallen hieronder ook de SE respectievelijk de SCE mits de statutaire zetel in Nederland is. Blijkens de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (Wfbv) is Titel 9 Boek 2 BW van overeenkomstige toepassing op niet aan het recht van andere lidstaten onderworpen formeel buitenlandse vennootschappen (fbv's).

21. Het niet openstaan van de vrijstellingsmogelijkheid voor rechtspersonen die organisatie van openbaar belang zijn, geldt sedert 2016 (Uitvoeringswet EU richtlijn jaarrekeningen, inwerkingtreding 1 november 2015). Het gaat hierbij om – kortweg – beursondernemingen, banken, verzekeringsondernemingen en bij AMvB aangewezen rechtspersoon vanwege hun omvang of functie in het maatschappelijke verkeer. Ook in sectorale of andere bijzondere wetgeving kan het gebruik van art. 2:403 BW zijn uitgesloten.

22. Ik heb het met opzet niet over groepsmaatschappij aangezien dit begrip ruimer is, en ook buitenlandse maatschappijen kan betreffen.

23. Recent nog door Booms 2019 (diss.) die op p. 429 de vrijstelling ten onrechte omschrijft als 'vrijgesteld (...) te worden van de verplichting (...) een afzonderlijke jaarrekening op te maken'.

HOOFDSTUK 1

De overige voorwaarden die zijn vastgelegd in art. 2:403 lid 1 onder a – g BW en – bij nevenschikkingsgroepen – tevens in lid 2, zijn:

1. *Minimuminrichtingsvoorwaarde*
De groepsrechtspersoon moet in elk geval zijn jaarrekening ten minste hebben ingericht volgens de in art. 2:403 BW genoemde summiere vereisten (art. 2:403 lid 1 onder a BW).
2. *Instemmingsvoorwaarde*
Alle aandeelhouders, leden of vennoten²⁴ – hierna hanteer ik kortheids-halve aandeelhouders tenzij de context (ook) de aanduiding leden of vennoten wenselijk maakt – van de groepsrechtspersoon moeten ná de aanvang van het boekjaar en vóór de vaststelling van de jaarrekening van de groepsrechtspersoon, schriftelijk hebben verklaard in te stemmen met afwijking van de inrichtingsvoorschriften van Titel 9 Boek 2 BW. Deze instemmingsverklaringen zijn vereist voor ieder jaar dat van het groeps-regime gebruik wordt gemaakt (art. 2:403 lid 1 onder b BW).
3. *Consolidatievoorwaarde*
De financiële gegevens van de groepsrechtspersoon moeten zijn gecon-solidideerd in de geconsolideerde jaarrekening van een andere rechtspersoon of vennootschap (door mij hierna verkort tot maatschappij), ingericht krachtens het toepasselijke recht volgens Verordening (EG) 1606/2002, Richtlijn 2013/34/EU of Richtlijn 86/335/EEG (banken) dan wel Richtlijn 91/674 (verzekeringsondernemingen) (art. 2:403 lid 1 onder c BW).
4. *Taalvoorwaarde*
De geconsolideerde jaarrekening moet, voor zover niet gesteld of vertaald in het Nederlands, zijn gesteld of vertaald in het Frans, Duits of Engels (art. 2:403 lid 1 onder d BW).²⁵ De accountantsverklaring en het bestuurs-verslag van deze maatschappij moeten zijn gesteld of vertaald in dezelfde taal als de jaarrekening (art. 2:403 lid 1 onder e BW).

Voor uitgevende instellingen²⁶ met Nederland als lidstaat van herkomst²⁷ is de taaleis zoals geformuleerd in art. 2:403 lid 1 onder d en e BW vervangen door het bepaalde in art. 5:25p leden 1-3 Wft.²⁸ Als van hen uitsluitend effecten tot de handel op een in Nederland gelegen of functionerende gereguleerde markt zijn toegelaten, moeten de stukken zijn gesteld in de Nederlandse of Engelse taal (art. 5:25p lid 1 Wft).²⁹ Als deze

24. De vennoten worden niet genoemd, maar heb ik toegevoegd omdat de formulering nog dateert uit de tijd dat het in art. 2:360 BW alleen ging om rechtspersonen met aandeelhouders of leden.

25. Deze taaleis is als zodanig in de EU richtlijn jaarrekeningen niet opgenomen maar indirect wel door het bepaalde in Richtlijn 2017/1132/EU (en daaraan voorafgegane richtlijnen).

26. Als gedefinieerd in art. 1:1 Wft.

27. Als gedefinieerd in art. 5:25a onder c Wft.

28. Deze bepaling geldt voor het eerst voor jaarrekeningen die aanvangen op of na 1 januari 2014.

29. Behoudens de uitzondering als bepaald in art. 5:25p leden 5 en 6 Wft.

PROBLEEMSTELLING

effecten zijn toegelaten zowel tot de handel op een in Nederland gelegen of functionerende gereglementeerde markt als tot de handel op een gereglementeerde markt in een andere lidstaat, moeten de stukken zijn gesteld in de Nederlandse of Engelse taal en in een taal die door de toezichthoudende instantie van die andere lidstaat wordt aanvaard of een taal die in de internationale financiële kringen gebruikelijk is (art. 5:25p lid 2 Wft). Als deze effecten niet in Nederland maar in een andere lidstaat zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt, moeten de stukken zijn gesteld in een taal die door de toezichthoudende instantie van die lidstaat wordt aanvaard of in een taal die in internationale financiële kringen gebruikelijk is (art. 5:25p lid 3 Wft).

5. *Controlevoorwaarde*

De geconsolideerde jaarrekening moet zijn gecontroleerd en zijn voorzien van een accountantsverklaring; deze voorwaarde ligt besloten in art. 2:403 lid 1 onder e BW.

6. *Aansprakelijkstellingsvoorwaarde*

De maatschappij in wier geconsolideerde jaarrekening de financiële gegevens van de groepsrechtspersoon zijn geconsolideerd – hierna kortweg: consoliderende maatschappij – moet schriftelijk verklaard hebben zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de groepsrechtspersoon voortvloeiende schulden (art. 2:403 lid 1 onder f BW). Deze verklaring duid ik hierna veelal aan met 403-aansprakelijkstellingsverklaring, dan wel kortweg 403-verklaring. De maatschappij die zich uit hoofde van art. 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld, duid ik aan als de 403-aansprakelijke maatschappij. Deze maatschappij moet de consoliderende maatschappij zijn. Deze kan het hoofd van de groep zijn, maar in plaats daarvan kan het ook gaan om een tussenhoudstermaatschappij binnen die groep (hoofd van een groepsdeel). In de situatie dat in de groep of het groepsdeel de consoliderende maatschappij en een andere maatschappij nevengeschiedt zijn, moet ook deze andere maatschappij een 403-aansprakelijkstellingsverklaring hebben afgelegd (art. 2:403 lid 2 BW). Voort is de consoliderende maatschappij verplicht in haar geconsolideerde jaarrekening te vermelden ten aanzien van welke rechtspersonen zij een 403-aansprakelijkstelling heeft afgegeven (art. 2:414 lid 5 BW).

De voor de rechtspersoon afgegeven 403-aansprakelijkstelling kan worden ingetrokken door deponering van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister (art. 2:404 lid 1 BW). Voor de tot het moment dat de intrekking werkt, aangegane rechtshandelingen van deze rechtspersoon blijft de maatschappij die de aansprakelijkstelling heeft ingetrokken, voor schulden uit die rechtshandelingen hoofdelijk aansprakelijk (art. 2:404 lid 2 BW). Deze restaansprakelijkheid kan alleen als de groepsband is verbroken, onder bepaalde voorwaarden worden beëindigd (art. 2:404 leden 3 – 6 BW).

7. *Openbaarmakingsvoorwaarde*

De openbaarmakingsvoorwaarde betreft zowel de ter vervanging van de jaarrekening van de groepsrechtspersoon openbaar te maken stukken als de wijze van openbaarmaking als de termijn waarbinnen de openbaarmaking moet plaatsvinden als de taal waarin de openbaar te maken stukken moeten zijn gesteld. De 403-aansprakelijkstellingsverklaring(en) en de instemmingsverklaring(en) moeten zijn gedeponneerd bij het handelsregister, evenals, telkens binnen zes maanden na de balansdatum of binnen een maand na een geoorloofde latere openbaarmaking, de geconsolideerde jaarrekening met accountantsverklaring en bestuursverslag (art. 2:403 lid 1 onder g BW).

De regeling is zo geconcipieerd dat door het voldoen aan alle voorwaarden voor de groepsrechtspersoon (i) de bevoegdheid tot afwijking van de in Titel 9 Boek 2 BW vastgelegde inrichtingsvoorschriften voor de jaarrekening is ontstaan,³⁰ en (ii) er van rechtswege vrijstelling is van de inrichtingsvereisten voor het bestuursverslag als bedoeld in en krachtens art. 2:391 BW en voor de overige gegevens als bedoeld in art. 2:392 BW, van de accountantscontroleplicht als omschreven in art. 2:393 BW en van de openbaarmakingsplicht als bedoeld in art. 2:394 BW (art. 2:403 lid 3 BW).³¹ Een groepsrechtspersoon die bevoegd en rechtmatig gebruik maakt van het groepsregime duid ik aan als 403-groepsrechtspersoon, of ook wel als 403-rechtspersoon.

De weergegeven regeling is aanzienlijk gedetailleerder dan op grond van de unitaire wetgeving had mogen worden verwacht en wijkt daarvan op onderdelen ook af. De redenen daarvoor hebben er mee te maken dat op het moment dat de regeling tot stand kwam, Nederland de enige lidstaat was die op dat moment al een min of meer vergelijkbare regeling kende.³² Van Nederlandse zijde is er sterk op aangedrongen om die regeling ook in de Europese jaarrekeningrichtlijn op te nemen. Daarom kan zonder meer gesteld worden dat de vrijstellingsregeling in deze richtlijn op z'n minst geïnspireerd is door hetgeen destijds in onze wetgeving was vastgelegd. Bij de implementatie van de richtlijn in ons recht is de wetgever tot een uitwerking gekomen

30. Voor inrichtingsvereisten voor de jaarrekening buiten Titel 9 Boek 2 BW geldt deze bevoegdheid niet.

31. Buiten Titel 9 Boek 2 BW is in Boek 2 BW in de bepalingen betreffende het opmaken van de jaarrekening en het voor de aandeelhouders ter inzage leggen van deze jaarrekeningen en van de bestuursverslagen vastgelegd dat als voor de rechtspersoon art. 2:403 BW geldt, het bestuursverslag niet ter inzage voor de aandeelhouders behoeft te worden gelegd.

32. In een voetnoot op pagina 12 van het SER advies 1974 (*Advies inzake het voorstel voor een richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende de jaarrekening van kapitaalvennootschappen*) wordt – zonder nadere toelichting – opgemerkt dat de Duitse wetgeving via ‘andere wegen’ tot overeenkomstige resultaten (een ‘vrijstelling voor dochter-b.v.’s) als de Nederlandse wetgeving leidt.

die tot een aantal aanpassingen heeft geleid, zoals met betrekking tot het toepassingsbereik (bijvoorbeeld het aansluiting zoeken bij een tot een groep behorende rechtspersoon in plaats van een dochteronderneming) en de voorwaarde van hoofdelijke aansprakelijkstelling door de consoliderende maatschappij in plaats van de garantstelling. De in art. 2:404 BW opgenomen intrekking- en opheffingsregeling is niet ontleend aan de unitaire regeling.

Dat er door groepsrechtspersonen gebruik wordt gemaakt van het groepsregime staat vast. Dat blijkt uit vele jaarrekeningen van moedermaatschappijen. Voorts is het gebruik waarneembaar door rechterlijke uitspraken naar aanleiding van disputen over de betekenis van de gestelde 403-aansprakelijkheid. Ook zijn er af en toe over het groepsregime krantenberichten, waarvan voorbeelden zijn de berichten betreffende Shell en Blokker.³³ Actuele cijfers over de mate waarin tot een groep behorende rechtspersonen als omschreven in art. 2:360 BW van het groepsregime gebruik maken, zijn evenwel niet voorhanden. Blijkens navraag bij de Kamer van Koophandel wordt sinds 2010 in een centraal register bijgehouden hoeveel instemmingsverklaringen, 403-aansprakelijkstellingsverklaringen en intrekkingverklaringen worden gedeponeerd. Deze informatie is niet publiekelijk bekend gemaakt.

1.3 Achtergrond en ratio groepsregime

Op basis van een analyse van de wetshistorische argumentatie die op nationaal en Europees niveau door de wetgevende macht naar voren is gebracht voor het toestaan van het groepsregime, alsmede de (met betrekking tot de Nederlandse regeling) daaromtrent door de SER uitgebrachte adviezen³⁴ en de opvattingen uit de doctrine, is af te leiden dat het groepsregime in Nederland is te herleiden tot de volgende veronderstellingen:

33. Begin 2018 was de intrekking van de 403-verklaring die door Shell Nederland B.V. ten behoeve van Nederlandse Aardolie Maatschappij B.V. was verstrekt in het nieuws (zie onder meer ook mijn column in *Ondernemingsrecht 2018/28*) en eind 2018 de toepassing van het groepsregime ten behoeve van de groepsmaatschappij waarin (onder meer) het winkelvastgoed van de familie Blokker is ondergebracht (zie onder meer Beckmans column in *Ondernemingsrecht 2018/129*).
34. Beckman 1995 (diss.) (p. 655 – 658) wijst in zijn analyse op de argumentatie die is opgenomen in de parlementaire stukken met betrekking tot het wetsvoorstel waarmee art. 38a WJO werd ingevoerd (Wet van 3 mei 1971, *Stb.* 1971, 286), het advies van de Commissie Vennootschapsrecht waarop het ingediende wetsvoorstel mede was gebaseerd, het eerste voorstel voor een EEG-richtlijn voor de jaarrekening (Supplement 7/71, Bijlage van het Bulletin van de Europese Gemeenschappen 12-1971, *Pb EG* van 28 januari 1972), de adviezen van de SER ter zake (i) SER advies 1974, (ii) SER advies 1976 en (iii) SER advies 1979) en de parlementaire stukken met betrekking tot het wetsvoorstel tot aanpassing aan de vierde EEG-richtlijn (wetsvoorstel 16 326, nr. 8, MvA, 19 maart 1982, p. 21, alsmede *Handelingen Tweede Kamer* 1983/84, 14 juni 1983, p. 4545).

HOOFDSTUK 1

- (i) de geconsolideerde informatie over de groep (in samenhang bezien met de overige voorwaarden die gelden voor bevoegd en rechtmatig gebruik van het groepsregime) biedt voldoende inzicht dan wel komt voldoende tegemoet aan degenen die belang hebben bij de (jaarrekening van de) groepsrechtspersoon (belanghebbenden);
- (ii) de gestelde hoofdelijke aansprakelijkheid (in samenhang bezien met de overige voorwaarden die gelden voor bevoegde toepassing van het groepsregime) biedt de belanghebbenden voldoende waarborg voor hun vordering dan wel komt de belanghebbenden voldoende tegemoet;
- (iii) de gestelde hoofdelijke aansprakelijkheid leidt niet tot een inbreuk op de waarborg van degenen die belang hebben bij de ((geconsolideerde) jaarrekening van) de consoliderende moedermaatschappij.

De argumenten die voor deze veronderstellingen in de parlementaire geschiedenis zijn terug te vinden, zijn:

Ten eerste. Het onzelfstandigheidsargument. In de kamerstukken van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot art. 38 WJO, één van de rechtsvoorgangers van art. 2:403 BW,³⁵ is te lezen de opvatting dat de financiële positie van een groepsrechtspersoon binnen een concern zelfstandige betekenis ontbeert en dat door middel van geconsolideerde verslaggeving een beter inzicht wordt verkregen in de financiële positie van een groep dan door kennisneming van de afzonderlijke jaarrekeningen van de groepsmaatschappijen, omdat de juridische concernstructuur in beginsel niet wordt bepaald door de (bestuurlijke) organisatie van de rechtspersoon, maar door andere overwegingen en toevallige omstandigheden. In de MvA³⁶ is door de minister van Justitie opgemerkt dat art. 38a WJO: ‘op sterke gronden in de wetgeving (is) opgenomen: (...) het (is) gemotiveerd met het argument dat de jaarrekening van een te consolideren dochtermaatschappij weinig inzicht kan geven en zelfs misleidend kan zijn (...)’.³⁷

Over deze stelling kan verschillend gedacht worden. Het is goed voor te stellen dat allerlei transacties in groepsverband niet op zakelijke gronden – ‘at arm’s length’ basis – plaatsvinden waardoor het wettelijke vereiste inzicht in de financiële positie, vermogen en resultaat van de groepsrechtspersoon niet

35. Art. 13 WJO, wetsvoorstel 10 689, nr. 3, MvT, 8 juni 1970, p. 7 – 14.

36. Wetsvoorstel 16 326, nr. 8, MvA, 19 maart 1982, p. 20 – 21.

37. Dit onzelfstandigheidsargument is ook genoemd in de MvT bij het wetsvoorstel WJO (Wetsvoorstel 9595, nr. 3, 13 mei 1968, p. 11). Daarnaast is het argument genoemd door de minister van Justitie naar aanleiding van het wetsvoorstel waarmee de eerste versie van de jaarrekeningvrijstelling werd geïntroduceerd (Wetsvoorstel 10 689, nr. 3, MvT, 8 juni 1970, p. 7 en p. 14), alsmede door de Commissie Vennootschapsrecht (Commissie Vennootschapsrecht Advies januari 1973, p. 7). De kwestie of en in hoeverre, de omstandigheid dat een vennootschap onderdeel uitmaakt van een groter geheel (een groep) invloed heeft op de functie van de jaarrekening is door de SER uitvoerig behandeld, in de vier eerdergenoemde adviezen (SER advies 1974, 1976, 1979 en 1992).

wordt gegeven. Dat is echter iets wat typisch is voor Nederland – in andere landen wordt er kennelijk van uitgegaan dat transacties in groepsverband wel tegen ‘fair values’ geschieden. Bovendien zal mogelijkerwijze reeds de aanwezigheid van outside-aandeelhouders dwingen tot faire transacties. Zelfs als dit niet het geval is, kunnen er andere belangen zijn die toch een reële weergave vergen, zoals werkgelegenheid en continuïteit. Uit jurisprudentie van de Ondernemingskamer is af te leiden dat een moedermaatschappij gehouden is om in de toelichting van de jaarrekening uiteen te zetten op welke wijze het resultaat van de transacties tussen moedermaatschappij en groepsrechtspersoon is beïnvloed door die groepsrelatie.³⁸ Daarvan uitgaande is de consequentie dat de relevante informatie over de transacties tussen moedermaatschappij en groepsrechtspersoon (bijvoorbeeld of er reële prijzen zijn gehanteerd) steeds uit de toelichting van de geconsolideerde jaarrekening zou moeten blijken.³⁹

Overigens zou de consequentie van de redenering van de minister van Justitie zijn dat het groepsregime steeds verplicht toegepast zou moeten (kunnen) worden wanneer er groepsverhoudingen aan de orde zijn. Dat is niet het geval. Daar komt bij dat niet alleen de groepsrelatie, maar ook andere factoren de vergelijkbaarheid (van de verschillende jaarrekeningen) beïnvloeden, zoals de locatie van de rechtspersoon, (de kwaliteit van) het management en het personeel, de prijsstelling, de ouderdom en/of technische staat waarin het machinepark verkeert.

Ten tweede. Het waarborgargument, dat wil zeggen aan de geconsolideerde jaarrekening wordt een waarborgfunctie toegekend. Een schuldeiser zou op basis daarvan inzicht krijgen in de financiële positie van de uit hoofde van art. 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijke moedermaatschappij. Dat is van belang om enig idee te krijgen van de waarborg van die vanwege het gebruik van het groepsregime hoofdelijk aansprakelijke moedermaatschappij(en). Van een reële waarborg is echter geen sprake. De geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij biedt een schuldeiser (van de 403-groepsrechtspersoon) alleen

38. Gerechtshof Amsterdam (OK) 27 maart 1980, *NJ* 1981/64; *TVVS* juni 1980, m.nt. Bak en Boukema; *WPNR* 5637/22, m.nt. Van Oven; *MAB* april 1981, m.nt. Beckman (*Michel Dufour*).

39. Ik wijs voor het huidige recht tevens op art. 2:381 lid 3 BW waarin informatie in de toelichting van de jaarrekening is voorgeschreven over van betekenis zijnde transacties die niet onder normale marktvorwaarden met verbonden partijen zijn aangegaan, behoudens voor rechtspersonen als bedoeld in art. 2:395a BW, art. 2:396 BW en, met een beperkte uitzondering voor NV's, art. 2:397 BW. Tevens wijs ik op het wetsvoorstel ter implementatie van de Herziene Aandeelhoudersrechtenrichtlijn (Richtlijn (EU) 2017/828), Wetsvoorstel 35 058, nr. A, 5 april 2019, waarin voor beursvennootschappen (onder meer) nadere (interne) goedkeuringsverplichtingen en verplichtingen tot openbaarmaking met betrekking tot van betekenis zijnde transacties met verbonden partijen zijn opgenomen.

inzicht in de geconsolideerde financiële positie van de moedermaatschappij, waaruit enkel het gezamenlijke vermogen van alle in de consolidatie betrokken maatschappijen blijkt. Daar komt bij dat in de consolidatie ook groepsrechtspersonen kunnen zijn verwerkt die geen gebruik maken van het groepsregime. Op geconsolideerd niveau blijken waarborgverplichtingen tussen de in de geconsolideerde jaarrekening betrokken 403-groepsrechtspersonen en/of andere groepsrechtspersonen niet, evenals ook onderlinge niet-gepassiveerde verplichtingen van die 403-rechtspersonen en/of andere groepsrechtspersonen niet zichtbaar zijn. Een schuldeiser kan zich op basis van die informatie geen beeld vormen omtrent de ‘gegoedheid’ van de uit hoofde van art. 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijke maatschappij. Om een enigszins reële schatting te kunnen maken van de solvabiliteit van deze maatschappij zou een schuldeiser de enkelvoudige jaarrekening van die maatschappij moeten (kunnen) inzien. Alleen daaruit is als de informatie daarover correct is verwerkt, de omvang van de verplichtingen van deze maatschappij zichtbaar met afzonderlijk die ten behoeve van groepsrechtspersonen en die ten behoeve van buiten de groep staande verbonden maatschappijen.⁴⁰ Die informatie heeft een schuldeiser nodig om te bezien of en zo ja, welke ‘waarde’ hij aan de 403-aansprakelijkstellingsverklaring moet verbinden. Van een verplichting tot het openbaar maken van de enkelvoudige jaarrekening van de moedermaatschappij als voorwaarde voor de toepassing van het groepsregime is evenwel geen sprake. Dat laat overigens onverlet dat een Nederlandse moedermaatschappij op basis van de openbaarmakingsverplichtingen van art. 2:394 BW wel gehouden is haar enkelvoudige jaarrekening openbaar te maken. Die enkelvoudige jaarrekening is daardoor via het handelsregister beschikbaar, maar alleen wanneer informatie over de moedermaatschappij wordt opgevraagd, niet bij een ‘zoekopdracht’ naar de 403-groepsrechtspersoon.

Ten derde. Het kostenargument, dat wil zeggen het argument dat het gebruik van het groepsregime vanuit kostenoverwegingen gerechtvaardigd is. Deze argumentatie komt aan de orde in de adviezen die de SER verstrekke naar aanleiding van de wet waarmee de BV in onze wetgeving werd opgenomen en waarbij art. 38a WJO werd ingevoerd.⁴¹ Ook de minister van Justitie noemt het kostenargument in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel aanpassing vierde EEG-richtlijn.⁴² De argumentatie van de minister en van de SER komt er op neer dat de vrijstelling een verlaging van kosten voor vennootschappen met zich brengt nu de jaarrekening niet conform de wettelijke vereisten ingericht hoeft te worden, controle door een accountant achterwege kan blijven en geen verplichting tot openbaarmaking van een jaarrekening geldt.

40. Art. 2:361 lid 4 BW.

41. Wet van 3 mei 1971, *Stb.* 1971, 286.

42. Naar aanleiding van vragen in het VV (Wetsvoorstel 16 326, nr. 7, 19 augustus 1981, p. 18) noemt de minister van Justitie het kostenargument in de MvA (Wetsvoorstel 16 326, nr. 8, 19 maart 1982, p. 20 – 21).

Tegen het kostenargument kan worden ingebracht dat dit argument enkel relevant is indien er voorafgaand aan het toepassen van het groepsregime geen inrichtings-, openbaarmakings- en/of controle-eisen van toepassing waren op de desbetreffende 403-groepsrechtspersoon. Als deze reeds gehouden was tot openbaarmaking van een in overeenstemming met de wettelijke eisen ingerichte jaarrekening en bovendien controleplichtig was, is van een lastenverzwaring geen sprake. Bovendien zijn de hier bedoelde kosten als gevolg van ontwikkelingen in automatisering(sprocessen) van gegevensverwerking sterk verminderd. Een bijkomende reden die tegen het kostenargument kan worden ingebracht is dat ook bij het gebruik van het groepsregime er vanzelfsprekend wel verwerking en ordening van financiële informatie moet plaatsvinden. De financiële gegevens van de groepsrechtspersoon moeten beschikbaar zijn ten behoeve van de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij. Daartoe dienen stukken te worden opgesteld. Die financiële vastleggingen (op het niveau van de 403-groepsrechtspersoon) zullen ook bij toepassing van het groepsregime onderworpen moeten worden aan accountantscontrole ten behoeve van de accountantscontrole van de geconsolideerde jaarrekening.

Ten vierde. Het concurrentieargument. Dit argument dat al door de commissie Verdam in 1964 werd genoemd,⁴³ komt er op neer dat de concurrentiepositie van een vennootschap zou worden ‘ondergraven, indien mededingers op de markt uit de (openbaar geworden) jaarrekening bepaalde gegevens zouden (kunnen) putten’. Uit het SER-advies van 1974⁴⁴ blijkt dat (een minderheid van) de SER van oordeel is dat het groepsregime geoorloofd is omdat er zonder groepsregime een willekeurig en onaanvaardbaar verschil ontstaat tussen groepen met deelactiviteiten ondergebracht in verschillende rechtspersonen en groepen die hun activiteiten hebben ondergebracht in één rechtspersoon. Ook in de doctrine wordt vanaf dat moment het concurrentieargument naar voren gebracht.⁴⁵

Een kanttekening die bij dit argument geplaatst moet worden, is dat de juridische structurering van ondernemingen te beïnvloeden is door de moedermaatschappij (of groepsleiding), bijvoorbeeld door middel van een juridische fusie of splitsing.⁴⁶ Daarnaast kan uit de omstandigheid dat het optionele

43. Commissie herziening ondernemingsrecht rapport 1964, 34-35.

44. SER advies 1974 (*Advies inzake het voorstel voor een richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende de jaarrekening van kapitaalvennootschappen*).

45. Onder andere bij Uniken Venema (1969, p. 272), Van der Grinten (1972, p. 6), Boukema (1975, p. 82) en Raaijmakers (1976, p. 253 en 286 – 287).

46. Daarbij moet wel in aanmerking worden genomen dat ten tijde van de totstandkoming en inwerkingtreding van de vierde en de zevende EEG-richtlijnen de Europese richtlijnen betreffende juridische fusie van naamloze vennootschappen (Richtlijn 78/855/EEG, derde EEG-richtlijn, laatstelijk gewijzigd en in 2011 ingetrokken en opgevolgd door Richtlijn 2011/35/EU) en die betreffende splitsing van naamloze vennootschappen (Richtlijn

vrijstellingsregime enkel in de wetgevingen van Nederland, Luxemburg, Ierland en Duitsland is ingevoerd,⁴⁷ worden afgeleid dat er veel lidstaten zijn die het vraagstuk van de concurrentiepositie oplossen zonder gebruik te maken van de vrijstellingsregeling dan wel daaraan niet zwaar tillen.

Ten vijfde. Het belangenafwegingsargument. Bij openbaarmaking van financiële informatie spelen twee belangen die niet steeds parallel lopen: het belang van gebruikers van de jaarrekening bij openheid en het belang van de groepsrechtspersoon en zijn moedermaatschappij bij geheimhouding. Het belang bij beslotenheid is doorgaans ingegeven door commerciële motieven, erop neerkomend dat financiële informatie vertrouwelijk moet blijven omdat die voor anderen – afnemers, leveranciers, concurrenten – van betekenis kan zijn⁴⁸, zoals gegevens omtrent afzet, marges, resultaten, participaties in andere ondernemingen.

Het openbaarheidsbelang is vanuit unitair oogpunt ingegeven door het streven naar realisatie van één van doelstellingen van het EU-verdrag, namelijk het tot stand brengen van een gemeenschappelijke, interne markt binnen het geografische gebied van de EU. Openbaarmaking van financiële informatie is volgens de Europese wetgever op Europees niveau van essentieel belang om te voorkomen dat er belemmeringen optreden bij de totstandkoming van de interne markt (bijvoorbeeld ten aanzien van het ondernemen van grensoverschrijdende activiteiten of de concurrentieverhoudingen) vanwege verschillen in verslaggeving. Gestreefd is om in de Europese jaarrekeningrichtlijnen een bepaald evenwicht te creëren tussen het belang van de vennootschap bij geheimhouding en het belang van gebruikers van de jaarrekening bij openbaarmaking. Evenwel slaat de balans iets door naar openheid ten koste van geheimhouding, zo blijkt uit de considerans van de eerste EEG-richtlijn⁴⁹ waar wordt opgemerkt dat coördinatie betreffende openbaarmaking van bijzonder belang is met het oog op de bescherming van belangen van derden.

In de MvT bij het wetsvoorstel tot implementatie van de vierde EEG-richtlijn en later bij het wetsvoorstel tot implementatie van de zevende EEG-richtlijn is opgemerkt dat de voorschriften uit deze richtlijnen de ondergrens voor de openbaarmaking vormen en dat nationale wetgevers aanvullende eisen kunnen

82/891/EEG, zesde EEG-richtlijn, laatstelijk gewijzigd in 2014) er nog niet waren. De derde en zesde richtlijnen zijn gecodificeerd door Richtlijn 2017/1132/EU. Bij de verwerking van het groepsregime in de Nederlandse wet is met juridische fusie en splitsing (daarom) geen rekening gehouden.

47. In de afzonderlijke hoofdstukken waar ik de voorwaarden bespreek, komen ook steeds de in deze lidstaten ingevoerde regelingen aan de orde.

48. De verplichte openbaarmaking van financiële informatie is een onderwerp waar veel aandacht voor is (geweest). Beckman 1995 (diss.), p. 696 e.v. omschrijft de ontwikkeling in de discussie over openbaarmaking in Nederland sinds 1929, alsmede op communautair niveau (Wetsvoorstel 10 689, nr. 3, MvT, 8 juni 1970, p. 8 en p. 12 – 13).

49. Richtlijn 68/151/EEG waarin afdeling 1 betrekking heeft op openbaarmaking van bepaalde akten en gegevens (waaronder de balans en de winst-en-verliesrekening). Zie voorts de considerans van Richtlijn 2017/1132/EU die de eerste EEG-richtlijn heeft opgevolgd.

stellen. Naar de mening van de minister zijn er verschillende redenen om geen aanvullende eisen te stellen, waarbij opnieuw is verwezen naar de concurrentiepositie van ondernemers. De minister merkt op dat extra eisen het land minder aantrekkelijk kunnen maken voor het opzetten van een onderneming en dat zowel nieuwe als bestaande ondernemers het voor hun concurrentiepositie ongunstig achten indien zij grotere openheid moeten betrachten dan 'soortgenoten' in andere lidstaten.⁵⁰

De Europese richtlijnen zijn in Nederland dan ook op een wijze verwerkt die in de meeste gevallen niet boven de gestelde ondergrens uitkomt. In bepaalde gevallen heeft verwerking plaatsgevonden op een wijze die niet verenigbaar is met de richtlijnen.⁵¹ Dat neemt niet weg dat de openbaarmakingsplicht zeker serieuze aandacht heeft gekregen van de Nederlandse wetgever. Dit blijkt onder meer uit art. 2:138 en art. 2:248 BW waarin is bepaald dat in geval van faillissement het in strijd zijn met de verplichtingen uit hoofde van art. 2:394 BW geldt als onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur (en/of de raad van commissarissen) en dat alsdan wordt vermoed dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, hetgeen persoonlijke aansprakelijkheid voor bestuurders (en/of commissarissen) voor het tekort in de boedel tot gevolg kan hebben.

Het groepsregime vormt een zekere inbreuk op de gewenste openheid. Die inbreuk wordt blijkens de parlementaire geschiedenis geoorloofd geacht, omdat in het toestaan van het groepsregime ligt besloten dat de uitkomst van het belang bij openbaarmaking versus het belang bij geheimhouding in het voordeel van de geheimhouding uitvalt.

Of de uitkomst van de belangenafweging inderdaad in het 'voordeel' van geheimhouding resulteert is vanzelfsprekend afhankelijk van de wijze waarop de verschillende belangen gewogen worden. Betrokkenen die belang hebben bij openbaarmaking zijn (onder andere) buiten de groep staande aandeelhouders van de 403-groepsrechtspersoon, alsmede schuldeisers, concurrenten en afnemers. Belang bij geheimhouding heeft de 403-groepsrechtspersoon zelf, maar ook de moedermaatschappij, althans, wanneer zij het risico in verband met de 403-aansprakelijkstellingsverklaring aanvaardbaar vindt gegeven het belang van geheimhouding en de (vermeende) verminderde (administratieve) lasten die gepaard gaan met toepassing van het groepsregime. Een schatting van dat risico is niet makkelijk te maken, reeds vanwege door een 403-groepsrechtspersoon aangegane verplichtingen ongeacht of de 403-aansprakelijke maatschappij daarvan op de hoogte is. Bij een doorlopende 403-aansprakelijkstellingsverklaring kan de situatie ontstaan dat de slecht renderende 403-groepsrechtspersoon de ondergang van de groep als geheel veroorzaakt, doordat de

50. Wetsvoorstel 20 556, nr. 3, 7 april 1989, p. 1.

51. Zo heeft de Nederlandse wetgever bijvoorbeeld gekozen voor een eigen (en afwijkende) invulling van het doel van de jaarrekening en het groepsbegrip (zie voor een nadere uitwerking van (meer) verschillen Beckman 2003, p. 11 e.v).

crediteurenpositie van die rechtspersoon zodanig is dat het totaal van de claims de financiële positie van de 403-aansprakelijke maatschappij sterk negatief beïnvloedt, terwijl tevens de waarde van het actief in de vorm van deelnemingen in de slecht renderende groepsrechtspersonen afneemt. Overigens houdt de 403-aansprakelijkstelling geen oplossing in voor alle (financiële) risico's die de bij de 403-groepsrechtspersoon betrokkenen lopen en die mogelijk worden vergroot door (voortgezet) gebruik van het groepsregime. Ik wijs in dit verband op Slagters opmerking dat de gestelde hoofdelijke aansprakelijkheid de werknemers van de 403-groepsrechtspersoon weliswaar een oplossing biedt voor loonaanspraken (als schuldeiser van loon), maar niet voor het risico dat de werkgelegenheid niet zou worden gecontinueerd.⁵²

Het aansprakelijkheidsrisico van de moedermaatschappij kan doorwerken naar de belanghebbenden bij deze maatschappij, die op hun beurt juist (meer) belang (kunnen) hebben bij openbaarmaking. Tot die belanghebbenden behoren in ieder geval de werknemers en de crediteuren van de moedermaatschappij en de aandeelhouders van deze maatschappij. Zij hebben geen invloed op de beslissing van het bestuur van de moedermaatschappij om door een groepsrechtspersoon het groepsregime te laten gebruiken. Werknemers van de maatschappij die zich uit hoofde van art. 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld, kunnen nadelige gevolgen van toepassing van het groepsregime ondervinden wanneer de crediteuren van de 403-groepsrechtspersoon in voor die 403-groepsrechtspersoon zware financiële tijden een beroep doen op de 403-aansprakelijke maatschappij. Ook voor schuldeisers van de moedermaatschappij geldt dat zij door de door de moedermaatschappij gegeven hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring worden geconfronteerd met nieuwe medecrediteuren, te weten de schuldeisers van de 403-groepsrechtspersoon voor wie de 403-aansprakelijkstellingsverklaring is afgelegd. Vanaf het moment dat de verklaring is afgelegd, verslechtert de solvabiliteitspositie van de moedermaatschappij bij gelijkblijvend eigen vermogen van de moedermaatschappij. De schuldeisers van de moedermaatschappij ontvangen geen compensatie voor de achteruitgang die ontegenzeggelijk optreedt in hun verhaalspositie jegens de moedermaatschappij.⁵³ Hun verhaalsmogelijkheid wordt niet uitgebreid met de activa van de 403-groepsrechtspersoon.

Ten zesde. Het compensatie-argument. De opvatting van de wetsvoorsteller zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis, is dat schuldeisers van de 403-groepsrechtspersoon bij toepassing van het groepsregime in het geheel

52. Slagter 1985, p. 444.

53. Ik abstraheer hier van de situatie dat ten behoeve van haar crediteuren door de moedermaatschappij of door anderen zekerheden zijn gesteld dan wel wettelijke voorrechten van toepassing zijn.

geen belang hebben bij openbaarmaking,⁵⁴ omdat zij compensatie ontvangen voor het verminderde inzicht in de vorm van de 403-aansprakelijkstellingsverklaring.⁵⁵ In de totstandkomingsgeschiedenis op art. 38a WJO⁵⁶ is door de wetsvoorsteller opgemerkt dat ‘de ratio van hoofdelijke aansprakelijkheid is, dat aan hen die met de vennootschap in relatie treden, geen inzicht wordt gegeven in de financiële positie van de vennootschap’. Deze zogenoemde ‘compensatiegedachte’ is in de gehele nationale parlementaire geschiedenis het uitgangspunt geweest voor de voorwaarde van de 403-aansprakelijkstellingsverklaring. Ook in de doctrine⁵⁷ en in (lagere) rechtspraak wordt die ratio vaak genoemd.

Op de compensatiegedachte is wel wat af te dingen. De toepassing van het groepsregime zegt niets over in hoeverre een 403-verklaring voor schuldeisers een verbetering van hun verhaalspositie oplevert. Zoals ik hiervoor al heb genoemd, is voor een beoordeling van de financiële positie van de moedermaatschappij inzicht in haar enkelvoudige (solvabiliteits)positie vereist. In het kader van het groepsregime is evenwel enkel openbaarmaking van de geconsolideerde positie voorgeschreven, zelfs niet met een verplichting tot verwijzing naar de plaats waar de enkelvoudige cijfers van de moedermaatschappij openbaar zijn gemaakt. Dit inzicht is gelet op de openbaarmakingsverplichting als bedoeld in art. 2:394 BW wel te verkrijgen door raadpleging van het handelsregister. Indien het een moedermaatschappij betreft die aan het recht van een andere lidstaat is onderworpen, is het verkrijgen van inzicht in diens financiële positie veel lastiger, omdat dan het betrokken buitenlandse handelsregister moet worden geraadpleegd. Een gebrek aan inzicht in de enkelvoudige positie van de moedermaatschappij heeft als gevolg dat schuldeisers van een 403-groepsrechtspersoon de betekenis van een door de moedermaatschappij verstrekte 403-aansprakelijkstellingsverklaring niet goed op waarde kunnen schatten. Van reële compensatie uit hoofde van een door een moedermaatschappij afgelegde 403-verklaring is geen sprake indien zij in

54. Wetsvoorstel 9595, nr. 3, MvT, 13 mei 1968, p. 11, alsmede het door de Commissie Vennootschapsrecht Advies in mei 1969 uitgebrachte advies (p. 31).

55. Vgl. Gerechtshof Amsterdam (OK) 30 september 2010, *JOR* 2010/306, m.nt. Bartman, *Ondernemingsrecht* 2010/148, m.nt. Beckman (*JLL/BosGijze c.s.*), r.o. 3.11 (‘compenserende waarborgen’) en Beckman 1995 (diss.), p. 447 en p. 651. Zie over de ratio van de regeling van de 403-verklaring ook de conclusie van de A-G Timmerman van 14 februari 2014 ECLI:NL:PHR:2014:93 (bij HR 11 april 2014 (*UWV/Econcern*) ECLI:NL:HR:2014:904) en de aldaar opgenomen verwijzingen.

56. Art. 13 WJO, wetsvoorstel 10 689, nr. 3, MvT, 8 juni 1970, p. 7 – 14.

57. Zie bijvoorbeeld Bartman/Dorresteyn/Olaerts 2016, p. 195 en Asser-Maeijer 2000 (2-III), nr. 439. Houwen e.a. 1993 (diss.), p. 825 – 827 benadrukt dat dit de enige functie is van de 403-aansprakelijkstelling: ‘niet meer en niet minder’.

financiële moeilijkheden verkeert.⁵⁸ Daarnaast kunnen – bijvoorbeeld de hierna genoemde – omstandigheden een negatieve invloed hebben op de betekenis van de 403-verklaring:⁵⁹

- het aantal door de moedermaatschappij afgelegde 403-aansprakelijkstellingsverklaringen: hoe meer, des te minder de waarde daarvan is voor de schuldeisers van de afzonderlijke 403-groepsrechtspersonen. Uit de geconsolideerde jaarrekening moet weliswaar blijken voor welke groepsrechtspersonen 403-aansprakelijkstellingen zijn afgegeven, maar dit geeft geen inzicht in de betekenis ervan in relatie tot de verhaalsmogelijkheden;
- transacties tussen 403-groepsrechtspersonen en andere groepsrechtspersonen: financiële uitholling door niet-marktconforme transacties tussen 403-groepsrechtspersonen en andere groepsrechtspersonen door dividenduitkeringen, door onderlinge leningen en door onderlinge zekerheids- en garantiestellingen zonder dat schuldeisers daar weet van hebben.

Tevens geldt dat de compensatie die de 403-aansprakelijkstellingsverklaring beoogt te bieden eerst aan de orde is als de 403-groepsrechtspersoon zijn verplichtingen (schulden) uit rechtshandelingen met schuldeisers niet volgens de overeengekomen condities nakomt. Vanaf dat moment kan de schuldeiser van de 403-groepsrechtspersoon zich voor betaling *ook* wenden tot de moedermaatschappij. Als de schuldeiser daartoe overgaat, moet deze maatschappij wel verhaal bieden, wil sprake zijn van een (reële) compensatie. In de situatie dat een moedermaatschappij een ‘zuivere’ houdstermaatschappij is met als voornaamste of enig actief aandelen in de 403-groepsrechtspersoon wordt haar verhaalspositie (indirect) hoofdzakelijk bepaald door de financiële positie van de 403-groepsrechtspersoon. Als deze financiële positie slecht is, heeft dit directe gevolgen voor de waarde van de door de moedermaatschappij gehouden aandelen in het kapitaal van de groepsrechtspersoon, en daarmee voor de financiële positie van de moedermaatschappij. Dit laat zien dat de schuldeisers een eigen belang bij (inzicht) in de verhaalspositie van de moedermaatschappij hebben, hetgeen tevens een argument is dat strekt tot weerlegging van het eerder genoemde onzelfstandigheidsargument.

1.4 Onderzoeksvraagstelling

Bezien vanuit de informatiebehoeften van (potentiële) belanghebbenden bij een groepsrechtspersoon betekent het gebruik van het groepsregime als deze daarvan gebruik maakt, voor hen een achteruitgang.

58. Timmerman 1986, p. 11.

59. Beckman 1995 (diss.), p. 8.

Aandeelhouders, leden dan wel vennoten van de 403-rechtspersoon hebben daar echter mee ingestemd,⁶⁰ al dan niet onder het stellen van additionele voorwaarden. Deze instemmingsgerechtigheid is er ter bescherming van de buiten de groep staande aandeelhouders, leden dan wel vennoten van de rechtspersoon. Instemmingsrecht is er niet voor andere vergadergerechtigden, zoals certificaaathouders; ook enigerlei inspraak van werknemers ontbreekt. Als ingestemd is met het gebruik van het groepsregime wordt met inachtneming van de andere constitutieve voorwaarden voor het groepsregime de jaarrekening van de rechtspersoon die gebruik maakt van het groepsregime, niet openbaar door deponering bij het handelsregister, met dien verstande dat als bij deze rechtspersoon een ondernemingsraad is ingesteld, deze wel de jaarrekening in de vorm waarin die is vastgesteld ter bespreking moet ontvangen.⁶¹ Door het niet openbaar worden van de jaarrekening blijven (externe) belanghebbenden verstoken van informatie over de financiële positie van deze rechtspersoon. Zijn financiële positie, vermogen en resultaat moeten wel geconsolideerd zijn verwerkt in de geconsolideerde jaarrekening van de maatschappij tot wier groep deze rechtspersoon behoort. Uit die geconsolideerde jaarrekening is normaliter niet af te leiden wat de eigen financiële positie van de groepsrechtspersoon is en ook niet in hoeverre de geconsolideerde financiële positie soelaas zou bieden.⁶²

Tegenover het gebrek aan inzicht in de financiële positie van de 403-rechtspersoon hebben de (potentiële) schuldeisers van de uit rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende verbintenissen compensatie in die zin dat zij door de 403-aansprakelijkstelling van de maatschappij in wier geconsolideerde jaarrekening de financiële gegevens van de 403-rechtspersoon geconsolideerd zijn verwerkt, zich voor voldoening van hun vorderingen ook kunnen wenden tot deze maatschappij. Of deze maatschappij goed voor 'haar geld' is, is evenwel minder makkelijk voor hen te beoordelen (i) omdat de geconsolideerde jaarrekening van deze maatschappij in de regel een geconsolideerde samenvoeging van de financiële gegevens is van een veelheid aan maatschappijen voor wie al dan niet 403-aansprakelijkheden zijn gesteld, en over-en-weer aansprakelijkheidsbanden ontbreken, (ii) omdat het dekkingbereik van de gestelde 403-aansprakelijkheid voor de 403-rechtspersoon en die van andere

60. Dat hoeft niet het geval te zijn bij openbaarmaking van het groepsregime zonder dat de jaarrekening is vastgesteld. Ik verwijs naar paragraaf 3.3.7.

61. Art. 31a lid 2 WOR. Bij structuur-NV's en structuur-BV's moet ook de opgemaakte jaarrekening aan de ondernemingsraad worden verstrekt (art. 2:101 lid 1, laatste volzin en art. 2:210 lid 1, laatste volzin BW). Daar dergelijke vennootschappen in de regel groepshoofd en/of beursgenoteerd zijn, komt in die gevallen voor hun eigen jaarrekening art. 2:403 BW niet aan de orde. Wel zouden zij aan hun groepsmaatschappijen de mogelijkheid tot het gebruik van art. 2:403 BW kunnen bieden mits de toepasselijke voorwaarden kunnen worden vervuld.

62. Behoudens het geval dat het gaat om een houdstermaatschappij zonder eigen activiteiten met één 403-groepsrechtspersoon.

in de consolidatie begrepen 403-rechtspersonen niet zonder raadpleging van de 403-verklaringen kunnen worden gekend en zelfs dan niet voldoende duidelijk behoeft te zijn door de wijze en niet altijd gelijke wijze waarop de aansprakelijkstelling voor de 403-rechtspersoon is geformuleerd en voor andere 403-rechtspersonen, (iii) omdat zij in het kader van het groepsregime niet zonder meer inzicht hebben in de enkelvoudige financiële positie van deze maatschappij anders dan door zelfstandige raadpleging van de enkelvoudige jaarrekening van deze maatschappij bij het toepasselijke binnen- of buitenlandse handelsregister, (iv) omdat elk inzicht in de mogelijke invloed van (potentiële) 403-aanspraken of deze financiële positie van deze maatschappij ontbreekt, en (v) omdat veelal de maatschappij die zich uit hoofde van art. 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld, een zuivere houdstermaatschappij is met als enig bezit aandelen in groepsmaatschappijen voor wie zij zich al dan niet aansprakelijk heeft gesteld, met als gevolg dat als het slecht gaat met deze maatschappijen de activa die de waarborg voor de schuldeisers van de 403-rechtspersonen vormen, ook in waarde verminderen. Ook hebben (potentiële) schuldeisers geen invloed op de besluitvorming met betrekking tot de intrekking van 403-aansprakelijkstellingen, is voor hen lang niet altijd inzichtelijk of tijdig duidelijk dat de groepsband is verbroken, en kan door de weinig transparante procedure met betrekking tot beëindiging van de resterende aansprakelijkheid na intrekking, hun recht op nakoming door de restaansprakelijke maatschappij verloren zijn gegaan.⁶³

De mogelijke waarborg die (potentiële) schuldeisers van de uit rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende verbintenissen aan de 403-verklaring kunnen ontleen, is er in elk geval niet voor andere bij de 403-rechtspersoon betrokkenen, zoals schuldeisers van niet uit rechtshandelingen voortvloeiende verbintenissen (waaronder die uit onrechtmatige daad) en vormt ook geen garantie voor continuïteit.

Het stellen van 403-aansprakelijkheid is potentieel nadelig voor schuldeisers van de maatschappij die zich aldus aansprakelijk stelt, zonder dat zij hierop enige invloed hebben. Zij krijgen er in één klap schuldeisers bij indien de 403-rechtspersonen rechtshandelingen aangaan waaruit verbintenissen voortvloeien. De wetenschap daaromtrent wordt veelal pas later kenbaar door opgaaf in de latere geconsolideerde jaarrekening van de 403-aansprakelijke maatschappij. De als gevolg van het stellen van 403-aansprakelijkheden achteruitgaande solvabiliteit is ook nadelig voor aandeelhouders, leden of vennoten van de 403-aansprakelijke maatschappij zonder dat zij – behoudens mogelijke statutaire voorzieningen – op het stellen ervan enige invloed of daarover enige zeggenschap hebben. Het in beginsel ongebreidelde verbonden risico aan het stellen van 403-aansprakelijkheden is potentieel nadelig voor de continuïteit

63. Zie over de intrekkingprocedure paragraaf 7.4.2.

PROBLEEMSTELLING

van de 403-aansprakelijke maatschappij en de met haar verbonden groep en daarmee voor werkgelegenheid binnen de groep zonder enige inspraak of invloed van werknemers of ondernemingsraad.

Of het groepsregime door een rechtspersoon terecht wordt benut respectievelijk ingaande het juiste boekjaar wordt benut is voor hen die mogelijk belang hebben bij inzicht in de financiële positie van deze rechtspersoon, moeilijk na te gaan. Adequate mogelijkheden voor de vaststelling ervan zijn in onze wettelijke regeling niet opgenomen.

Als het gebruik van het groepsregime is beëindigd doordat niet langer is voldaan aan één of meer van de hiervoor geldende constitutieve vereisten, is niet zonder meer duidelijk wanneer die beëindiging heeft plaatsgevonden en ingaande welk boekjaar voor het eerst weer de in Titel 9 Boek 2 BW opgenomen inrichtingsvoorschriften in acht moeten worden genomen en het daarbij behorende omvangafhankelijke jaarrekeningregime. Ook ontbreken voor belanghebbenden adequate procedures om daarin inzicht te verkrijgen.

Gelet op het voorgaande luidt mijn centrale onderzoeksvraag:

Op welke wijze kunnen de in de bestaande regeling van art. 2:403 BW opgesloten onvolkomenheden het beste worden opgeheven, kan deze regeling meer in overeenstemming worden gebracht met de unitaire vrijstellingsregeling zoals ook in de drie andere lidstaten, kan het juiste gebruik van het groepsregime worden bewerkstelligd en kan worden gewaarborgd dat na beëindiging van het groepsregime de juiste jaarrekeningregels worden toegepast?

Meer in het bijzonder betrek ik hierbij de volgende deelonderwerpen:

De Nederlandse regeling ten opzichte van de unitaire vrijstellingsregeling

De Nederlandse regeling wijkt af van de unitaire vrijstellingsregeling. Ook in rechtsvergelijkend perspectief verschilt de Nederlandse regeling van de vrijstellingsregeling in de drie andere lidstaten die de unitaire vrijstellingsregeling hebben overgenomen. Waar het om gaat is of de Nederlandse regeling aan de unitaire regeling voldoet of daaraan gelijkwaardig is, mede in rechtsvergelijkend perspectief. Dit deelonderwerp laat zich concretiseren in de volgende onderzoeksvraag:

Is de Nederlandse vrijstellingsregeling gelijkwaardig aan het daarover bepaalde in de EU richtlijn jaarrekeningen en ligt zij in lijn met het daarover bepaalde in de drie andere lidstaten?

Toereikende 403-verklaring

De in de EU richtlijn jaarrekeningen opgenomen garantstelling die ook verwerkt is in de wetgevingen van de drie andere lidstaten, is in de Nederlandse wetgeving vervangen door een hoofdelijke aansprakelijkstelling. Deze 403-aansprakelijkstelling is een wezenlijk onderdeel van het groepsregime en moet

HOOFDSTUK 1

(tezamen met de verplichting tot het geconsolideerd verwerken van de financiële gegevens van de 403-rechtspersoon in de geconsolideerde jaarrekening van de 403-aansprakelijke maatschappij) de schuldeisers van de 403-groepsrechtspersoon een waarborg bieden. Relevant is daarom aan welke eisen en met welk dekkingsbereik een 403-aansprakelijkstellingsverklaring voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime moet voldoen, mede in het licht van de unitaire regeling. Dit deelonderwerp laat zich concretiseren in de volgende onderzoeksvraag:

Wanneer is vanuit jaarrekeningperspectief sprake van een 403-aansprakelijkstellingsverklaring die toereikend is voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime in het licht van de unitaire regeling, mede gelet op het bepaalde in de drie andere lidstaten?

De 403-aanspraken van schuldeisers van de 403-rechtspersoon

Bij beoordeling van de waarborg die een 403-aansprakelijkstellingsverklaring biedt of zou moeten bieden, is van belang welke aanspraken een schuldeiser van een uit een rechtshandeling van een 403-groepsrechtspersoon voortvloeiende schuld aan deze verklaring kan ontlenen. Dit deelonderwerp laat zich concretiseren in de volgende onderzoeksvraag:

Op welke wijze moet de hoofdelijke aansprakelijkheid van de maatschappij die zich uit hoofde van art. 2:403 BW aansprakelijk heeft gesteld, worden geïnterpreteerd?

De positie van aandeelhouders en schuldeisers van de 403-aansprakelijke maatschappij

De unitaire regeling, evenals de Nederlandse regeling, bevat geen bescherming van de positie van aandeelhouders en schuldeisers van de 403-aansprakelijke maatschappij, terwijl de garantstelling respectievelijk de hoofdelijke aansprakelijkstelling van grote invloed kan zijn op de rechten van deze aandeelhouders en schuldeisers, evenals op de werkgelegenheid van de 403-aansprakelijke maatschappij en met haar verbonden groep. Dit deelonderwerp laat zich concretiseren in de volgende onderzoeksvraag:

Op welke wijze kan de positie van de aandeelhouders en schuldeisers van de 403-aansprakelijke maatschappij verbeterd worden en kan het risico op nadelige invloeden op de werkgelegenheid van de 403-aansprakelijke maatschappij verminderd worden?

De uitkomsten van het onderzoek op deze onderdelen vormen de bouwstenen voor het antwoord op de overkoepelende onderzoeksvraag, met waar nodig voorstellen die constituerend zijn voor het gebruik van het groepsregime en omringende randvoorwaarden.

1.5 Verantwoording

In de laatste jaren zijn in de doctrine vele publicaties verschenen over het groepsregime en de 403-verklaring, met name naar aanleiding van rechtspraak. Zij zijn in de regel gericht op een specifieke kwestie met betrekking tot de vrijstelling, vooral de intrekking en de beëindiging van de 403-aansprakelijkstellingsverklaring, de omvang en de reikwijdte van de aansprakelijkstellingsverklaring hebben de nodige aandacht gekregen. Ook in handboeken wordt het groepsregime niet vergeten.⁶⁴

In 1995 verscheen de uitgebreide dissertatie van Beckman over het groepsregime en de 403-verklaring, ‘De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen’. Deze dissertatie is een zeer diepgaande studie naar de jaarrekeningvrijstelling waarin Beckman art. 2:403 BW alsmede zijn rechtsvoorgangers heeft geanalyseerd. Een groot aantal onderwerpen dat verband houdt met de jaarrekeningvrijstelling komt uitgebreid aan de orde. Het doel van de studie van Beckman is een oordeel te geven over de aanvaardbaarheid van het groepsregime.

Aan de dissertatie van Beckman lijkt op het eerste gezicht weinig toe te voegen. Echter, in bijna vijftientig jaar tijd is veel gebeurd. Er is nadien veel rechtspraak bij gekomen, vooral van lagere rechters. In 2002 heeft de Hoge Raad zich voor het eerst uitgesproken over de civielrechtelijke betekenis van de aansprakelijkstellingsverklaring, zonder zich overigens uit te laten over de vraag wat de inhoud ervan moet zijn voor een rechtsgeldige toepassing van het groepsregime.⁶⁵ Tevens verdient een aantal onderwerpen meer aandacht, zoals de problematiek van de aard van de vorderingen in verband met een aansprakelijkstellingsverklaring alsmede vraagstukken in relatie tot beëindiging van de gestelde aansprakelijkheid. Ook zijn ten aanzien van een aantal onderwerpen nieuwe ontwikkelingen te melden.⁶⁶

Een studie over het groepsregime en de 403-verklaring waarin alle aspecten van de vrijstellingsregeling aan de orde komen, is daarom (nog steeds) van belang. Het is een regeling waarvan in de praktijk in geruime mate gebruik wordt gemaakt. De consequenties voor de moedermaatschappij die zich uit

64. Zie onder meer Bartman/Dorresteyn/Olaerts 2016, Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, Asser/Maeijer & Kroeze 2015 (2-I*), Buijn/Storm 2013; Assink/Slagter 2013; Burgerhart/Kolkman/Verstappen (hoofddred.) 2019/2020.

65. HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447 m.nt. Maeijer; *JOR* 2002/136, m.nt. Bartman; *Ondernehmensrecht* 2002/57, m.nt. Beckman (*Akzo/ING*).

66. Bijvoorbeeld met betrekking tot de doorwerking van tussen de schuldeiser en de 403-rechtspersoon geldende wettelijke voorrechten (zie HR 11 april 2014, *NJ* 2014/309, m.nt. Van Schilfgaarde) en contractuele achterstellingen (zie HR 16 juni 2015, *NJ* 2015/361, m.nt. Van Schilfgaarde en Winter; *JOR* 2015/140, m.nt. Josephus Jitta; *Ondernehmensrecht* 2015/97, m.nt. Beckman en de conclusie van A-G Timmerman van 10 oktober 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1825).

HOOFDSTUK 1

hoofde van art. 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld en/of voor de schuldeisers die zich op hun 403-aanspraak jegens de moedermaatschappij willen beroepen kunnen significant zijn.

Voor het (beoogde) gebruik van de regeling in de praktijk en voor de uitleg in (toekomstige) rechtspraak hoop ik met deze studie de nodige handvatten te bieden. Tevens kunnen mijn bevindingen en aanbevelingen een mogelijke rol spelen bij een eventuele wetaanpassing.

1.6 Plan van behandeling

Het totale spectrum van vraagstukken met betrekking tot de toepassing van het groepsregime is met name te onderscheiden in een jaarrekeningrechtelijke dimensie en een civielrechtelijke dimensie, meer in het bijzonder gericht op aspecten van aansprakelijkheid.

In de eerstvolgende zeven hoofdstukken staat het jaarrekeningaspect van het groepsregime centraal. In hoofdstuk 2 tot en met 6 komen geïsoleerd de voorwaarden aan de orde die vervuld moeten zijn voor het bevoegd en rechtsgeldig gebruik van het groepsregime (hoofdstuk 2 Groepsvoorwaarde, hoofdstuk 3 Instemmingsvoorwaarde, hoofdstuk 4 Consolidatievoorwaarde, hoofdstuk 5 Aansprakelijkstellingsvoorwaarde, hoofdstuk 6 Openbaarmakingsvoorwaarde). Elke voorwaarde stel ik aan de orde met buiten beschouwing lating van de andere voorwaarden. De gecombineerde én tijdige voldoening aan alle voorwaarden biedt de bevoegdheid tot rechtsgeldig gebruik van het groepsregime (hoofdstuk 7). Vanuit dit gecombineerde gebruik gezien komt in hoofdstuk 7 ook de situatie aan de orde dat op enig moment niet (meer) wordt voldaan aan alle voorwaarden die noodzakelijk zijn voor bevoegd gebruik van het groepsregime, met als consequentie dat het tot dan rechtsgeldige gebruik van het groepsregime niet meer aan de orde is. Daarbij is van belang de vaststelling met ingang van welk jaar voor het eerst de in Titel 9 Boek 2 BW opgenomen voorschriften omtrent inrichting, controle en openbaarmaking weer van toepassing zijn op de groepsrechtspersoon respectievelijk voormalige groepsrechtspersoon. Voor het laatste geval sta ik ook stil bij de opheffing van de restaansprakelijkheid. Uitgaande van de bevoegdheid tot het rechtmatig gebruik van het groepsregime sta ik in hoofdstuk 8 stil bij de consequenties van overgang van het vermogen van de 403-aansprakelijke maatschappij dan wel de 403-groepsrechtspersoon als gevolg van een juridische fusie of splitsing, alsmede bij de wijziging van rechtsvorm.

In hoofdstuk 9 stel ik centraal de positie van schuldeisers van de rechtspersoon voor wie een hoofdelijke aansprakelijkstelling uit hoofde van art. 2:403 BW is afgegeven in relatie tot de maatschappij die de aansprakelijkstelling heeft gesteld.

PROBLEEMSTELLING

Ik sluit af met een concluderend hoofdstuk 10, met daarin beantwoording van de door mij geformuleerde onderzoeksvraagstelling voorzien van een aantal aanbevelingen.

Het manuscript is medio mei 2019 afgesloten. Met nadien verschenen literatuur en jurisprudentie kon slechts sporadisch rekening worden gehouden.

Hoofdstuk 2. Groepsvoorwaarde

De eerste voorwaarde waaraan voor het gebruik van het groepsregime in de Nederlandse wetgeving moet zijn voldaan, houdt in dat de rechtspersoon als omschreven in art. 2:360 BW die van art. 2:403 BW gebruik wil maken, moet behoren tot een groep van een andere maatschappij. Alvorens daarop in te gaan sta ik eerst stil bij de regeling als vastgelegd in de EU richtlijn jaarrekeningen (paragraaf 2.1), onderscheiden naar het toepassingsgebied van de richtlijn en de inhoud van de unitaire optionele vrijstellingsregeling, om daarna te komen op de relatie tussen de vrij te stellen dochteronderneming en de moederonderneming. Vervolgens komt aan de orde de optionele vrijstellingsregeling in de drie lidstaten buiten Nederland. Daarbij geef ik eerst de regeling weer en ga dan in op de vereiste relatie van de vrij te stellen vennootschap tot de consoliderende moederonderneming (paragraaf 2.2). Daarna komt de groepsvoorwaarde in de Nederlandse regeling ter sprake waarbij ik eerst de tekst van de vrijstellingsregeling weergeef en daarna de groepsvoorwaarde analyseer (paragraaf 2.3). In die analyse laat ik de vervulling van de overige voorwaarden voor het gebruik van het groepsregime buiten beschouwing. Een op de Nederlandse regeling toegespitste conclusie, in het licht van de richtlijn en de wijze van verwerking in de andere drie lidstaten, trek ik in paragraaf 2.4.

2.1 EU richtlijn jaarrekeningen

In de EU richtlijn jaarrekeningen zijn verwerkt de daaraan voorafgegane vierde en zevende EEG-richtlijnen. In het kader van de hier aan de orde zijnde voorwaarde komt in paragraaf 2.1.1 het toepassingsgebied van de richtlijn aan de orde en in paragraaf 2.1.2 de vereiste relatie tussen de vrij te stellen onderneming en de moederonderneming.

2.1.1 Toepassingsgebied

De EU richtlijn jaarrekeningen is van toepassing op ondernemingen die kapitaalvennootschappen zijn waarvan de rechtsvormen per lidstaat zijn opgesomd in Bijlage I van deze richtlijn en op ondernemingen die personenvennootschappen zijn waarvan de rechtsvormen per lidstaat zijn opgesomd in Bijlage II van

HOOFDSTUK 2

deze richtlijn maar alleen als zij de facto gelijk zijn te stellen aan kapitaalvennootschappen.¹ In Bijlage I gaat het om vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid in de rechtsvormen van een NV respectievelijk BV naar het recht van de lidstaten, veelal ook commanditaire vennootschappen op aandelen en soms ook andere rechtsvormen. In Bijlage II gaat het om vennootschappen in de rechtsvormen van een vennootschap onder firma (vof) respectievelijk commanditaire vennootschappen (cv) en soms ook andere rechtsvormen. Als alle directe of indirecte vennoten in deze vennootschappen die anders onbeperkt aansprakelijk zouden zijn, de facto beperkt aansprakelijk zijn omdat zij een rechtsvorm hebben als bedoeld in Bijlage I dan wel een daarmee vergelijkbare rechtsvorm uit een niet-lidstaat, worden zij met de in Bijlage I genoemde kapitaalvennootschappen gelijkgesteld. In dat geval duid ik deze personenvennootschappen aan met ‘contractuele kapitaalvennootschappen’. In art. 30 lid 2 Richtlijn 2013/34/EU is aan lidstaten de bevoegdheid gegeven om een contractuele kapitaalvennootschap vrij te stellen van de verplichting de jaarrekening openbaar te maken overeenkomstig Richtlijn 2017/1132/EU wanneer zij deze jaarrekening op haar zetel ter beschikking houdt van het publiek indien alle onbeperkt aansprakelijke vennoten van de personenvennootschap met de facto beperkte aansprakelijkheid, kapitaalvennootschappen naar het recht van de andere lidstaten zijn met rechtsvormen als bedoeld in Bijlage I van Richtlijn 2013/34/EU én geen van hen de jaarrekening van de contractuele kapitaalvennootschap samen met haar eigen jaarrekening openbaar maakt dan wel naar het recht van niet-lidstaten met een rechtsvorm die vergelijkbaar is met – kortweg – een NV, BV dan wel commanditaire vennootschap op aandelen. Tevens is in art. 38 Richtlijn 2013/34/EU aan elke lidstaat de bevoegdheid gegeven:²

- te bepalen dat als een in Bijlage I genoemde onder zijn recht vallende kapitaalvennootschap onbeperkt aansprakelijk vennoot is van een in Bijlage II bedoelde personenvennootschap met de facto beperkte aansprakelijkheid voor alle directe of indirecte vennoten die anders onbeperkt aansprakelijk zouden zijn, en tegelijk met haar eigen jaarrekening ook de jaarrekening van deze vennootschap overeenkomstig Richtlijn 2013/34/EU inricht, laat controleren en openbaar maakt, de voorschriften van deze richtlijn niet op de personenvennootschap van toepassing zijn (art. 38 lid 1 Richtlijn 2013/34/EU);³

1. Art. 1 lid 1 onder b) Richtlijn 2013/34/EU.

2. Deze opties waren reeds in 1991 opgenomen in art. 57bis van de inmiddels ingetrokken vierde EEG-richtlijn na wijziging door Richtlijn 90/605/EEG.

3. Deze optie is destijds op verzoek van het Verenigd Koninkrijk opgenomen omdat er voor personenvennootschappen geen voorschriften omtrent openbaarmaking van de jaarrekening bij het handelsregister zijn.

- de richtlijn niet op een personenvennootschap met de facto beperkte aansprakelijkheid toe te passen indien de jaarrekening van deze vennootschap in overeenstemming met de richtlijn is ingericht, gecontroleerd en openbaar gemaakt door een onder het recht van een andere lidstaat vallende onbeperkt aansprakelijke vennoot in deze personenvennootschap (art. 38 lid 2 onder a Richtlijn 2013/34/EU);
- de richtlijn niet op een personenvennootschap met de facto beperkte aansprakelijkheid toe te passen indien deze vennootschap is begrepen in de door een onbeperkte aansprakelijke vennoot in deze vennootschap in overeenstemming met de richtlijn ingerichte, gecontroleerde en openbaar gemaakte geconsolideerde jaarrekening (art. 38 lid 2 onder b sub i) Richtlijn 2013/34/EU);⁴ dan wel
- de richtlijn niet op een personenvennootschap met de facto beperkte aansprakelijkheid toe te passen indien deze vennootschap door een onder het recht van een lidstaat vallende moederonderneming van de onbeperkt aansprakelijke vennoot in deze vennootschap is begrepen in de in overeenstemming met de richtlijn ingerichte, gecontroleerde en openbaar gemaakte geconsolideerde jaarrekening van een groter geheel van ondernemingen, met vermelding van deze vrijstelling in de toelichting van de geconsolideerde jaarrekening (art. 38 lid 2 onder b sub ii) Richtlijn 2013/34/EU).

In de laatste drie gevallen moet de personenvennootschap met de facto beperkte aansprakelijkheid als daarom gevraagd wordt, meedelen de naam van de vennootschap die de jaarrekening van deze vennootschap respectievelijk de geconsolideerde jaarrekening waarin de personenvennootschap is verwerkt, openbaar maakt (art. 38 lid 3 Richtlijn 2013/34/EU).

Voor de door de EU richtlijn jaarrekeningen bestreken vennootschappen geldt voor de lidstaten de verplichting te bewerkstelligen dat de onder hun recht vallende vennootschappen hun jaarrekeningen met bestuursverslagen in overeenstemming met de richtlijn inrichten, door een accountant laten controleren en binnen een redelijke termijn van niet meer dan twaalf maanden na de balansdatum openbaar maken op de wijze als in Richtlijn 2017/1132/EU⁵ is voorzien (art. 30 Richtlijn 2013/34/EU).

4. De optie van art. 38 lid 2 is destijds ten behoeve van en op verzoek van Nederland in de richtlijn opgenomen.

5. Deze richtlijn vervangt (onder andere) de ingetrokken Richtlijn 2009/101/EG en Richtlijn 2012/30 EU. In overeenstemming met art. 166 Richtlijn 2017/1132/EU gelden verwijzingen naar de ingetrokken richtlijnen als verwijzingen naar Richtlijn 2017/1132/EU.

HOOFDSTUK 2

2.1.2 *Optionele vrijstellingsregeling*

De in de EU richtlijn jaarrekeningen opgenomen optionele vrijstellingsregeling luidt in de Nederlandse tekst van de EU richtlijn jaarrekeningen als volgt⁶:

Niettegenstaande het bepaalde in Richtlijnen 2017/1132/EG is een lidstaat niet gehouden de voorschriften van deze richtlijn betreffende de inhoud, de controle en de openbaarmaking van de jaarlijkse financiële overzichten en het bestuursverslag toe te passen op onder zijn nationale recht vallende ondernemingen die een dochteronderneming zijn, indien de volgende voorwaarden vervuld zijn:

- 1) de moederonderneming valt onder het recht van een lidstaat;
- 2) alle aandeelhouders of vennoten van de dochteronderneming hebben zich, met betrekking tot elk boekjaar waarin de vrijstelling wordt toegepast, akkoord verklaard met de vrijstelling van dergelijke verplichting;
- 3) de moederonderneming heeft zich garant verklaard voor de door de dochteronderneming aangegane verplichtingen;
- 4) de in de punten 2) en 3) bedoelde verklaringen worden door de dochteronderneming openbaar gemaakt op de wijze die in de wetgeving van de lidstaat overeenkomstig Hoofdstuk III Richtlijn 2017/1132/EU is vastgesteld;
- 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 controleverklaring⁷ worden door de dochteronderneming openbaar gemaakt op de wijze die in de wetgeving van de lidstaat overeenkomstig Hoofdstuk III Richtlijn 2017/1132/EU is vastgesteld.

De hiervoor weergegeven woordkeuze komt overwegend overeen met de woordkeuze in de andere drie lidstaten. De voorwaarde als beschreven onder 3) is in de Duitse tekst van de EU richtlijn jaarrekeningen enigszins afwijkend geformuleerd:

3) das Mutterunternehmen hat sich bereit erklärt, für die von dem Tochterunternehmen eingegangenen Verpflichtungen einzustehen;

In art. 40 Richtlijn 2013/34/EU is de vrijstelling uitgesloten voor onder de werking van Richtlijn 2013/34/EU vallende ondernemingen die dochteronderneming zijn indien zij een organisatie van openbaar belang zijn. Onder organisaties van openbaar belang worden in de richtlijn verstaan a) onder het recht van een lidstaat vallende ondernemingen met effecten die zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt van een lidstaat⁸, b) banken⁹, c)

6. Art. 37 Richtlijn 2013/34/EU.

7. De verplichting tot het (laten) controleren van de geconsolideerde jaarrekening is opgenomen in art. 34 Richtlijn 2013/34/EU.

8. In de zin van art. 4 lid 1, punt 21 Richtlijn 2014/65/EU.

9. In de zin van art. 3, punt 1 Richtlijn 2013/36/EU en die geen kredietinstelling als bedoeld in art. 2 lid 5 van die richtlijn zijn.

verzekeringsondernemingen¹⁰, en d) door lidstaten als organisatie van openbaar belang aangemerkte ondernemingen bijvoorbeeld die van groot algemeen belang als gevolg van de aard van hun bedrijfsactiviteiten, hun omvang of de grootte van het personeelsbestand (art. 2, punt 1 Richtlijn 2013/34/EU).

Wat onder een dochteronderneming respectievelijk een moederonderneming moet worden verstaan is omschreven in de richtlijn. Een dochteronderneming is een door een moederonderneming beheerste onderneming met inbegrip van elke dochteronderneming van een uiteindelijke moederonderneming; een moederonderneming is een onderneming die een of meer dochterondernemingen beheerst.¹¹ Een moederonderneming en al haar dochterondernemingen worden in de richtlijn gezamenlijk genoemd groep (art. 2, punt 11 Richtlijn 2013/34/EU). Zijn binnen een groep twee of meer ondernemingen verbonden dan wordt over verbonden ondernemingen¹² gesproken. Aan de relatie moeder-/dochteronderneming is in de EU richtlijn jaarrekeningen voor de moederonderneming normaal gesproken consolidatieplicht verbonden.

2.2 Lidstaten met een optioneel vrijstellingsregime

De drie lidstaten buiten Nederland die de optionele vrijstellingsregeling hebben overgenomen, komen thans aan de orde.¹³

2.2.1 Luxemburgse wetgeving

De in Richtlijn 2013/34/EU in Bijlage I voor Luxemburg aangewezen rechtsvormen zijn la société anonyme, la société en commandite par actions en la société à responsabilité limitée. De in Bijlage II van deze richtlijn voor Luxemburg aangewezen rechtsvormen zijn la société en nom collectif en la société en commandite simple. Zij vallen alleen dan onder Richtlijn 2013/34/EU indien van hen alle onbeperkt aansprakelijke vennoten de facto beperkt aansprakelijk zijn.

10. In de zin van art. 2 lid 1 Richtlijn 1991/674/EEG (gewijzigd bij Richtlijn 2006/46/EG).

11. Art. 2, punt 10 respectievelijk punt 9 Richtlijn 2013/34/EU. Ik heb mij met de weergegeven omschrijvingen mede gebaseerd op de Engelse, Franse en Duitse tekst van de richtlijn, omdat de Nederlandse tekst misverstand oproept door het gebruik van de terminologie zeggenschap (onderneming waarover een moederonderneming zeggenschap heeft; onderneming die zeggenschap heeft over een of meer dochterondernemingen).

12. Art. 2, punt 12 Richtlijn 2013/34/EU. In de Franse tekst van de EU richtlijn jaarrekeningen gaat het om 'entreprises liées', in de Engelse tekst om 'affiliated undertakings' en in de Duitse tekst over 'verbundene Unternehmen'.

13. Zie Beckman 2015.

HOOFDSTUK 2

De wetgever heeft dit toepassingsgebied in zijn wetgeving verwerkt. Voor personenvennootschappen zijn alle in art. 38 Richtlijn 2013/34/EU¹⁴ opgenomen mogelijkheden om de toepassing op deze personenvennootschappen achterwege te laten, overgenomen. Voor dochterondernemingen die kapitaalvennootschappen zijn, is de in art. 37 Richtlijn 2014/34/EU opgenomen vrijstellingsregeling overgenomen, luidende:¹⁵

Les sociétés filiales peuvent ne pas appliquer les dispositions du présent chapitre ou du chapitre IV relatives au contenu, au contrôle ainsi qu'à la publicité des comptes annuels, si les conditions suivantes sont remplies:

- a. l'entreprise mère relève du droit d'un Etat membre des Communautés européennes;
- b. tous les actionnaires ou associés de la société filiale se sont déclarés d'accord sur l'exemption indiquée ci-dessus; cette déclaration est requise pour chaque exercice;
- c. l'entreprise mère s'est déclarée garante des engagements pris par la société filiale;
- d. les déclarations visées sous b) et c) font l'objet d'une publicité de la part de la société filiale dans les forms prévues à article 11bis § 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et aux dispositions du chapitre Vbis du titre 1 er de la présente loi;
- e. la société filiale est incluse dans les comptes consolidés établis par l'entreprise mère conformément à la directive du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 54, paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes consolidés (dite «septième directive») ou conformément aux normes comptables internationales adoptées dans le cadre de la procédure prévue à l'article 6, paragraphe 2 du règlement (CE) No 1606/2002 du Parlement et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales;
- f. l'exemption indiquée ci-avant est mentionnée dans l'annexe des comptes consolidés établis par l'entreprise mère;
- g. les comptes consolidés visés au point e), le rapport consolidé de gestion et le rapport de la ou des personnes chargées du contrôle de ces comptes font l'objet d'une publicité de la part de la société filiale dans les formes prévues à l'article 11bis § 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et aux dispositions du chapitre Vbis du titre 1 er de la présente loi.

14. Oorspronkelijk art. 256-3 Loi du 4 mai 1984, Mémorial A-N 40, 10 mai 1984, met inachtneming van latere wijzigingen, thans art. 72 Loi du 19 décembre 2002, met inachtneming van latere wijzigingen (Loi du 30 juillet 2013 portant réforme de la Commission des normes comptables et modification de diverses dispositions relatives à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises ainsi qu'aux comptes consolidés de certaines formes de sociétés et modifiant ...) (2) le titre II de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, Mémorial A-N 177, 2 octobre 2013).

15. Oorspronkelijk art. 256bis alinéa 1 Loi du 4 mai 1984, Mémorial A-N 40, 10 mai 1984, met inwerkingtreding voor boekjaren die na 31 december 1984 zijn aangevangen, gewijzigd bij Loi du 11 juillet 1988, Mémorial A-N 45, 18 août 1988 (waarbij art. 256bis is gesplitst in twee artikelen, art. 256-1 en art. 256-2), bij Loi du 2 décembre 1993, Mémorial, A-N 94, 13 décembre 1993 (waarbij art. 256-3 is geïntroduceerd waarin nadere voorwaarden zijn bepaald voor toepassing van de vrijstellingsregeling ten behoeve van dochtermaatschappijen), thans art. 70 in Loi du 19 décembre 2002, Mémorial A-N 149, 31 décembre 2002, met inachtneming van de wijzigingen bij Loi du 30 juillet 2013, Mémorial A-N 177, 2 octobre 2013 en bij Loi du 27 mai 2016, Mémorial A-N 94, 30 mai 2016.

Uit deze weergave blijkt dat als sprake is van een dochteronderneming in de zin van de Luxemburgse wetgeving – waarvan de begripsinhoud overeenstemt met het daarover bepaalde in de richtlijn – en bovendien aan alle in het wetsartikel genoemde voorwaarden is voldaan, deze is vrijgesteld van de eisen met betrekking tot de inhoud, controle en openbaarmaking van de jaarrekening op de in de wet voorziene wijze.

2.2.2 Ierse wetgeving

De in Richtlijn 2013/34/EU in Bijlage I voor Ierland aangewezen rechtsvormen zijn public companies limited by shares or guarantee en private companies limited by shares or by guarantee. De in Bijlage II van deze richtlijn voor Ierland aangewezen rechtsvormen zijn partnerships, limited partnerships en unlimited companies; zij vallen alleen onder Richtlijn 2013/34/EU bij de facto beperkte aansprakelijkheid.

De wetgever heeft dit toepassingsgebied in de Companies Act 2014 (CA 2014) verwerkt. De toepasselijke regels voor private limited companies zijn opgenomen in Part I-14, voor public limited companies in Part I-16 en voor unlimited companies in Part I-19. In deze wetgeving zijn alleen private unlimited companies vrijgesteld van de verplichting tot openbaarmaking van hun jaarrekeningen, tenzij zij zijn aan te merken als designed private unlimited companies in de zin van section 1274 (2) CA 2014. Het gaat om private unlimited companies met de facto beperkte aansprakelijkheid. Hetzelfde geldt voor partnerships en limited partnerships.

Voor dochterondernemingen die een private company zijn respectievelijk een aangewezen rechtsvorm¹⁶ hebben, is de unitaire vrijstellingsregeling overgenomen met dien verstande dat de regeling alleen vrijstelling van openbaarmaking inhoudt. De huidige tekst van vrijstellingsregeling luidt:¹⁷

- (1) Where a company is a subsidiary undertaking of a holding undertaking that is established under the laws of an EEA state, the company shall, as respects any particular financial year of the company, stand exempted from the provisions of sections 347 and 348, but only if, the following conditions are fulfilled:
- a. every person who is a shareholder of the company on the date of the holding of the next annual general meeting of the company after the end of that financial year or on the next annual return date of the company after the end of that financial year, whichever is the earlier, shall declare his consent to the exemption,
 - b. there is in force in respect of the whole of that financial year an irrevocable guarantee by the holding undertaking of all commitments entered into by the company, including

16. Te weten 'a partnership and an unincorporated body of persons, engaged for gain in the production, supply or distribution of goods, the provision of services or the making or holding of investments' (Section 275 CA 2014, met inwerkingtreding voor boekjaren die aanvangen vanaf 1 juni 2015, als laatstelijk gewijzigd bij Finance Act 2018, met inwerkingtreding 19 december 2018).

17. Section 357 CA 2014.

HOOFDSTUK 2

- amounts shown as liabilities in the statutory financial statements of the company in respect of that financial year;
- c. the company has notified in writing every person referred to in *paragraph (a)* of the guarantee;
 - d. the statutory financial statements of the company for that financial year are consolidated in the consolidated accounts prepared by the holding undertaking;
 - e. the exemption of the company under this section is disclosed in a note to those consolidated accounts,
 - f. a notice stating that the company has availed of the exemption under this section in respect of that financial year together with –
 - i. a copy of the guarantee and notification referred to in *paragraphs (b)* and *(c)*, and
 - ii. a declaration in writing that *paragraph (a)* has been complied with in relation to the exemption, is annexed to the annual return for the financial year made by the company to the Registrar,
 - g. the consolidated accounts of the holding undertaking are drawn up in accordance with the requirements of the Accounting Directive or in accordance with international financial reporting standards, and are audited in accordance with Article 34 of that Directive; and
 - h. a copy of the consolidated accounts of the holding undertaking together with the report of the auditors on them are annexed to the annual return of the company referred to in *paragraph (f)*.
- (2) Where any document referred to in *subsection (1)* that has been annexed to the annual return is in a language other than the English language or the Irish language, there shall be annexed to each such document a translation of it in the English language or the Irish language certified in the prescribed manner to be a correct translation.
- (3) *Section 299 (7)* (construction of certain references) shall apply to *subsection (1)* in a case where the holding undertaking referred to in *subsection (1)* is a company registered under this Act or an existing company.
- (4) *Section 327 (2)* applies for the purpose of the construction of the reference to a copy or document in *subsection (1)(h)* of this section as it applies for the purpose of the construction of the reference to a copy of a document in *section 347(1)*.

Een company is gehouden aan haar bij de Registrar jaarlijks in te dienen ‘annual return’ te hechten een door een bestuurder (director) en de secretaris (secretary) van de company ondertekend voor eensluidend gewaarmerkt afschrift van de aan de algemene vergadering voorgelegde of voor te leggen jaarrekening met bestuursverslag en accountantsverklaring.¹⁸ Van deze verplichting wordt een company die dochteronderneming is, geacht vrijgesteld te zijn mits voldaan is aan alle hierboven genoemde voorwaarden.¹⁹

18. Section 347 CA 2014.

19. Als een houdstermaatschappij zelf een dochteronderneming is die gebruik maakt van een tussenhoudstervrijstelling, moet aan haar annual return een gewaarmerkt afschrift van de geconsolideerde stukken met accountantsverklaring van de bovenliggende maatschappij worden gehecht (section 348 CA 2014). Van deze verplichting wordt zij geacht vrijgesteld te zijn mits aan alle opgesomde voorwaarden is voldaan.

2.2.3 Duitse wetgeving

De in Richtlijn 2013/34/EU in Bijlage I voor Duitsland aangewezen rechtsvormen zijn die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien en die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. De in Bijlage II van deze richtlijn voor Duitsland aangewezen rechtsvormen zijn die offene Handelsgesellschaft en die Kommanditgesellschaft; zij vallen alleen onder Richtlijn 2013/34/EU bij de facto beperkte aansprakelijkheid.

De wetgever heeft dit toepassingsgebied in zijn wetgeving verwerkt. De vrijstellingsregeling in de tekst van de vierde EEG-richtlijn had de wetsvoorsteller destijds bij aanpassing aan deze richtlijn willen overnemen. Daarvan is toen uiteindelijk afgezien omdat daardoor een ongewenste verstoring van de concurrentieverhoudingen zou ontstaan: dochterondernemingen die onderdeel uitmaken van een concern (waarin de vrijstellingsregeling kan worden toegepast) hebben een betere positie dan (middelgrote) ondernemingen die geen onderdeel zijn van een concern. Biener/Berneke²⁰ vatten het bezwaar als volgt samen: ‘solche Erleichterungen ordnungspolitisch (sind) nicht wünschenswert (...), weil sie Konzerne im Verhältnis zu mittelständischen Konkurrenz Unternehmen begünstigen, wenn die Konzerne mit ihren Tochterunternehmen den mittelständischen Unternehmen Konkurrenz machen’. In 1998 is de vrijstellingsregeling alsnog ingevoerd omdat het bezwaar van ‘oneerlijke concurrentie’ kwam te vervallen doordat de regeling ook bij vrijwillige opstelling van een ingerichte geconsolideerde jaarrekening in overeenstemming met de aan de zevende EEG-richtlijn aangepaste wetgeving mag worden toegepast. Na diverse wetswijzigingen is de vrijstellingsregeling voor Kapitalgesellschaften die dochteronderneming zijn, in 2015 komen te luiden:²¹

(Absatz 3) (Satz 1) Eine Kapitalgesellschaft, die als Tochterunternehmen in den Konzernabschluss eines Mutterunternehmens mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum einbezogen ist, braucht die Vorschriften dieses Unterabschnitts und des Dritten und Vierten Unterabschnitts dieses Abschnitts nicht anzuwenden, wenn alle folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

1. alle Gesellschafter des Tochterunternehmens haben der Befreiung für das jeweilige Geschäftsjahr zugestimmt;
2. das Mutterunternehmen hat sich bereit erklärt, für die von dem Tochterunternehmen bis zum Abschlussstichtag eingegangenen Verpflichtungen im folgenden Geschäftsjahr einzustehen;

20. Biener/Berneke, 1986, s. 449.

21. §264 Absatz 3 HGB. Laatstelijk gewijzigd ter gelegenheid van de wetsaanpassing aan de EU richtlijn jaarrekeningen bij Bilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetz – BilRUG vom 17.07.2015 met inwerkingtreding per 23 juli 2015 (hoewel die richtlijn daar als zodanig geen aanleiding toe gaf, zie: Referentenentwurf des Bilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetz vom 27.7.2014 en het uiteindelijke Entwurf für ein Bilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetz vom 7.1.2015, waarin naast de tekst van §264 Absatz 3 en Absatz 4 HGB ook de tekst van 264b HGB is gewijzigd).

HOOFDSTUK 2

3. der Konzernabschluss und der Konzernlagebericht des Mutterunternehmens sind nach den Rechtsvorschriften des Staates, in dem das Mutterunternehmen seinen Sitz hat, und im Einklang mit folgenden Richtlinien aufgestellt und geprüft worden:
 - a. Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates (ABl. L 182 vom 29. 6. 2013, S. 19),
 - b. Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates (ABl. L 157 vom 9. 6. 2006, S. 87), die durch die Richtlinie 2013/34/EU (ABl. L 182 vom 29. 6. 2013, S. 19) geändert worden ist;
4. die Befreiung des Tochterunternehmens ist im Anhang des Konzernabschlusses des Mutterunternehmens angegeben und
5. für das Tochterunternehmen sind nach § 325 Absatz 1 bis 1b offengelegt worden:
 - a. der Beschluss nach Nummer 1,
 - b. die Erklärung nach Nummer 2,
 - c. der Konzernabschluss,
 - d. der Konzernlagebericht und
 - e. der Bestätigungsvermerk zum Konzernabschluss und Konzernlagebericht des Mutterunternehmens nach Nummer 3.

(Satz 2) Hat bereits das Mutterunternehmen einzelne oder alle der in Satz 1 Nummer 5 bezeichneten Unterlagen offengelegt, braucht das Tochterunternehmen die betreffenden Unterlagen nicht erneut offenzulegen, wenn sie im Bundesanzeiger unter dem Tochterunternehmen auffindbar sind; § 326 Absatz 2 ist auf diese Offenlegung nicht anzuwenden.

(Satz 3) Satz 2 gilt nur dann, wenn das Mutterunternehmen die betreffende Unterlage in deutscher oder in englischer Sprache offengelegt hat oder das Tochterunternehmen zusätzlich eine beglaubigte Übersetzung dieser Unterlage in deutscher Sprache nach § 325 Absatz 1 bis 1b offenlegt.

De Kaptitalgesellschaften betreffen de in het HGB omschreven Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) en de Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Alleen een kapitaalvennootschap die dochteronderneming is van een volgens art. 11 PblG consolidatieplichtige moedermaatschappij, kan geen gebruik maken van de in § 264 Absatz 3 opgenomen vrijstellingsregeling als gebruik is gemaakt van het in § 13 Absatz 3 Satz 1 PblG opgenomen keuzerecht (§ 264 Absatz 4 HGB):

(Absatz 4) Absatz 3 HGB ist nicht anzuwenden, wenn eine Kapitalgesellschaft das Tochterunternehmen eines Mutterunternehmens ist, das einen Konzernabschluss nach den Vorschriften des Publizitätsgesetzes aufgestellt hat, und wenn in diesem Konzernabschluss von dem Wahlrecht des § 13 Absatz 3 Satz 1 des Publizitätsgesetzes Gebrauch gemacht worden ist; § 314 Absatz 3 bleibt unberührt.

Dit keuzerecht biedt de moederonderneming de mogelijkheid om in de geconsolideerde jaarrekening het bepaalde in § 314 Absatz 1 Nr. 6 buiten toepassing te laten. Het daarin bepaalde betreft informatie, onderscheiden naar bestuursorgaan en toezichthoudend orgaan, over bezoldiging en daarmee gelijkgestelde bedragen van de leden van deze organen alsmede over aan hen verstrekte voorschotten, kredieten en ten behoeve van hen gestelde garanties.²²

De vrijstellingsregeling laat zien dat als voorwaarde voor het ontstaan van de bevoegdheid om af te wijken van de voorschriften met betrekking tot de inhoud, controle en openbaarmaking, in ieder geval geldt dat de Kapitalgesellschaft dochteronderneming moet zijn.

Omtrent personenvennootschappen met de facto beperkte aansprakelijkheid is in § 264a HGB bepaald:

(1) Die Vorschriften des Ersten bis Fünften Unterabschnitts des Zweiten Abschnitts sind auch anzuwenden auf offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, bei denen nicht wenigstens ein persönlich haftender Gesellschafter

1. eine natürliche Person oder
2. eine offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder andere Personengesellschaft mit einer natürlichen Person als persönlich haftendem Gesellschafter ist oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.

(2) In den Vorschriften dieses Abschnitts gelten als gesetzliche Vertreter einer offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft nach Absatz 1 die Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs der vertretungsberechtigten Gesellschaften.

Deze kunnen echter vrijgesteld worden van deze jaarrekeningverplichtingen als voldaan wordt aan het bepaalde in § 264b HGB, luidende:

Eine Personenhandelsgesellschaft im Sinne des § 264a Absatz 1 ist von der Verpflichtung befreit, einen Jahresabschluss und einen Lagebericht nach den Vorschriften dieses Abschnitts aufzustellen, prüfen zu lassen und offenzulegen, wenn alle folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

1. die betreffende Gesellschaft ist einbezogen in den Konzernabschluss und in den Konzernlagebericht
 - a. eines persönlich haftenden Gesellschafters der betreffenden Gesellschaft oder
 - b. eines Mutterunternehmens mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, wenn in diesen Konzernabschluss eine größere Gesamtheit von Unternehmen einbezogen ist;
2. die in § 264 Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 genannte Voraussetzung ist erfüllt;
3. die Befreiung der Personenhandelsgesellschaft ist im Anhang des Konzernabschlusses angegeben und
4. für die Personenhandelsgesellschaft sind der Konzernabschluss, der Konzernlagebericht und der Bestätigungsvermerk nach § 325 Absatz 1 bis 1b offengelegt worden; § 264 Absatz 3 Satz 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden.

22. Met inachtneming van het bepaalde in § 314 Absatz 3 HGB waarin voor de opgaafplicht van bepaalde in § 314 Absatz 1 Nr. 6 overeenkomstige toepassing van § 286 Absatz 4 und 5 HGB is vastgelegd.

HOOFDSTUK 2

Deze vrijstellingsregeling voor personenvennootschappen is gebaseerd op art. 38 Richtlijn 2013/34/EU.

2.3 Nederlandse wetgeving

De in Richtlijn 2013/34/EU in Bijlage I voor Nederland aangewezen rechtsvormen zijn de NV en de BV. De in Bijlage II van de richtlijn voor Nederland aangewezen rechtsvormen zijn vennootschappen onder firma en commanditaire vennootschappen; zij vallen alleen onder Richtlijn 2013/34/EU bij de facto beperkte aansprakelijkheid.

De wetgever heeft het in Richtlijn 2013/34/EU opgenomen toepassingsgebied betreffende de NV en de BV verwerkt in art. 2:360 lid 1, eerste volzin BW. Vennootschappen onder firma en commanditaire vennootschappen met de facto beperkte aansprakelijkheid heeft de wetgever met gebruikmaking van art. 38 lid 2 onder b Richtlijn 2013/34/EU geheel buiten beschouwing gelaten met uitzondering van de in art. 2:360 lid 2 BW genoemde contractuele kapitaalvennootschappen, te weten vennootschappen onder firma en commanditaire vennootschappen waarvan alle vennoten die volledig jegens schuldeisers aansprakelijk zijn, kapitaalvennootschappen naar buitenlands recht zijn. De achterliggende gedachte is hierbij is dat als een NV of BV²³ aansprakelijk vennoot is van een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap, zij in haar (enkelvoudige) jaarrekening het belang daarin volgens de vermogensmutatiemethode²⁴ verantwoordt.²⁵ Het verantwoorden volgens deze methode kan volgens onze wetsvoorsteller van destijds op één lijn met consolideren worden gesteld.²⁶ Als alle aansprakelijke vennoten kapitaalvennootschappen naar buitenlands recht zijn, is Titel 9 Boek 2 BW op deze vennoten niet van toepassing; daarom is alleen voor deze contractuele kapitaalvennootschappen Titel 9 Boek 2 BW in art. 2:360 lid 2 BW verplicht gesteld.

23. Dit geldt ook als de aansprakelijk vennoot is een coöperatie, ovm of een onder Titel 9 Boek 2 BW vallende vereniging of stichting.

24. Art. 2:389 BW.

25. De vermogensmutatiemethode ('equity method') wordt in Engelstalige landen wel aangeduid als 'one line consolidation'.

26. Naar mijn mening ten onrechte, omdat in Richtlijn 2013/34/EU deze methode niet wordt aangeduid als consolidatiemethode, en het ook niet juist is dat belangen in vennootschappen onder firma en commanditaire vennootschappen in de regel volgens de vermogensmutatiemethode worden verantwoord.

De Europese jaarrekeningrichtlijnen zijn wat de inhoud, controle en openbaarmaking betreft verwerkt in Titel 9 Boek 2 BW. De plicht tot opstelling van de jaarrekening en de terinzagelegging van de jaarrekening en het bestuursverslag zijn in Boek 2 BW in de afzonderlijke titels betreffende de rechtsvormen geregeld.²⁷

2.3.1 Groepsvoorwaarde

De in art. 2:403 BW opgenomen vrijstellingsregeling luidt als volgt:

(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 gedeponneerd bij het handelsregister alsmede, telkens binnen zes maanden na de balansdatum of binnen 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.

27. Behalve voor de in art. 2:360 lid 2 BW aangewezen contractuele kapitaalvennootschappen en voor de in art. 2:360 lid 1 BW aangewezen banken en instellingen als rechtspersoonlijkheid ontbreekt. Voor hen geldt wel art. 3:15i BW en van toepassing zijnde sectorale en/of andere bijzondere wetgeving.

HOOFDSTUK 2

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

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

Uit lid 1, aanhef van de weergegeven vrijstellingsregeling blijkt dat een voorwaarde voor het gebruik van deze regeling door een rechtspersoon als omschreven in art. 2:360 BW is dat hij tot een groep behoort. Hierop geldt sedert de wetsaanpassing aan art. art. 40 Richtlijn 2013/34/EU²⁸ als uitzondering dat als deze rechtspersoon een organisatie van openbaar belang is in de zin van art. 2:398 lid 7 BW, van art. 2:403 BW geen gebruik kan worden gemaakt.²⁹ Dergelijke rechtspersonen zijn dezelfde als aangewezen in de richtlijn (zie paragraaf 2.1.2). Voorts is in art. 2:401 lid 1 BW vastgelegd dat bij of krachtens de Wft voor een beheerder van een beleggingsinstelling, een beheerder van een icbe, een beleggingsmaatschappij en een maatschappij voor collectieve belegging in effecten van art. 2:403 BW kan worden afgeweken. Of deze bevoegdheid mede inhoudt dat art. 2:403 BW buiten toepassing mag worden gelaten is voor discussie vatbaar. In ieder geval blijkt uit art. 4:51 lid 3 Wft dat art. 2:403 BW is uitgezonderd voor beheerders van een icbe en uit de krachtens art. 4:51 lid 5 Wft uitgevaardigde AMvB dat art. 2:403 BW is uitgezonderd voor beheerders van beleggingsinstellingen die beleggingen aanbieden aan niet-professionele beleggers.³⁰ De formuleringen maken niet duidelijk of bedoeld wordt dat de beheerder die tot een groep behoort, geen gebruik mag maken van het groepsregime dan wel dat de beheerder op tot zijn groep behorende rechtspersonen het groepsregime niet mag toepassen. Het stellen van de voorwaarde dat de rechtspersoon voor wie het gebruik niet is uitgezonderd, tot de groep van een andere maatschappij moet behoren, laat zien dat onze wetgever afwijkt van de unitaire regeling waarin het gaat om dochterondernemingen – in onze wetgeving genoemd dochtermaatschappijen.

Het groepsbegrip als zodanig is in onze wetgeving opgenomen bij implementatie van de structuurregeling.³¹ In de MvT werd voor de betekenis van het begrip groep verwezen naar de uitleg die was opgenomen voor het woord concern, welke uitleg luidt:³² ‘Typerend voor het concern is een groep van naar de rechtsvorm zelfstandige ondernemingen die door kapitaaldeelname of anderszins met elkaar zijn verbonden, en waarvan het centrale beleid in de top wordt bepaald’. Pas later, bij de Wet tot aanpassing aan de vierde EEG-richtlijn³³, is in de wettelijke regeling opgenomen dat een rechtspersoon of vennootschap die met een NV, BV, coöperatie of ovm is verbonden wordt

28. Uitvoeringswet EU richtlijn jaarrekeningen (*Stb.* 2015, 351).

29. Art. 2:403 lid 4 BW.

30. Art. 115y Bfgo Wft.

31. *Stb.* 1971, 289.

32. *Kamerstukken II* 1970/71, 10 751, nr. 3, 21 juli 1970, p. 13 – 14.

33. *Stb.* 1983, 663.

aangeduid als groepsmaatschappij.³⁴ Het huidige in de wet omschreven groepsbegrip is bij de aanpassing van het BW aan de zevende EEG-richtlijn geïntroduceerd.³⁵ In de wetsgeschiedenis wordt opgemerkt dat het begrip groep een ‘nieuwe’ omschrijving krijgt teneinde de ‘economische inhoud’ daarvan te doen uitkomen.³⁶ Bezien vanuit het economisch perspectief houdt het groepsbegrip volgens de wetvoorsteller in dat:³⁷ ‘(...) de groepsjaarrekening betrekking moet hebben op alle onderdelen van een economische eenheid die onder gezamenlijke leiding staat, ook al ziet de leiding af van centrale besturing ten gunste van grote autonomie bij de samenstellende delen van het concern’.

Onze regeling wordt aldus gekenmerkt door twee elementen, de economische eenheid en de organisatorische verbondenheid. Beckman en ook Storm³⁸ uitten kritiek op het (destijds nog als voorstel geldende) art. 2:24b BW en de omschrijving in de MvT. Volgens de auteurs is de toevoeging van de term economische eenheid overbodig, omdat die niets toe voegt aan de (op dat moment reeds) geldende gangbare betekenis van de groep. Het criterium van het zijn van economische eenheid is volgens hen geen zelfstandige maatstaf, maar laat enkel zien dat de rechtspersonen die deel uitmaken van de groep hun beleid in belangrijke mate afstemmen op het groepsbelang en dat bij afwijking correctief kan worden ingegrepen. Dat vertaalt zich in een gemeenschappelijk beleid, waardoor de ‘economische eenheid’ reeds onderdeel is van de maatstaf van organisatorische verbondenheid. Hoewel de term ‘centrale leiding’ niet uitdrukkelijk naar voren komt in de tekst van art. 2:24b BW, wordt algemeen aangenomen dat ‘centrale leiding’ als element van het groepsbegrip moet worden beschouwd en dat dit aspect (verwerkt in het element van organisatorische verbondenheid) geldt als één van de grondslagen van het groepsbegrip.³⁹ Ik teken hierbij aan dat mondiaal noch unitair van een uniform groepsbegrip sprake is.

34. De inmiddels vervallen artt. 2:76 lid 4 en 2:187 lid 4 BW. In de vierde EEG-richtlijn zijn de begrippen groep of groepsmaatschappij niet gedefinieerd.

35. Wet van 10 november 1988, *Stb.* 517, inwerkingtreding 25 november 1988. In de vierde EEG-richtlijn was wel een op de Nederlandse vrijstellingsregeling gebaseerde regeling opgenomen, met de toevoeging dat (nog) geen omschrijving van het groepsbegrip is opgenomen. In de MvT bij de aanpassingswet (*Kamerstukken II* 1979/80, 16 326, nr. 3, p. 42) is wel aangeduid wanneer in algemene zin over een groep kan worden gesproken. Bij de Wet van 10 november 1988, *Stb.* 1988, 517 (aanpassing zevende EEG-richtlijn) is in art. 2:24b BW een op bovenstaande tekst geïnspireerde omschrijving opgenomen, ofschoon ook in de zevende EEG-richtlijn geen omschrijving van het begrip groep was opgenomen.

36. In de MvT bij de aanpassingswet van de zevende EEG-richtlijn (*Kamerstukken II* 1986/87, 19 813, nr. 3, p. 3 e.v.).

37. *Kamerstukken II* 1986/87, 19 813, nr. 3, MvT, p. 1.

38. Beckman 1987/II, p. 238, Storm, 1988, p. 304.

39. Bartman/Dorresteyn/Olaerts 2016, p. 31. Deze auteurs verwijzen op hun beurt naar onder andere Van Achterberg 1989 (diss.), p. 60 – 61, Raaijmakers 1990, p. 4 – 5, Beckman 1987/II, p. 238 en Asser/Maeijer 2000 (2-III), nr. 941.

Onder meer in Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme⁴⁰ en in Asser/Maeijer & Kroeze⁴¹ wordt ingegaan op de vraag wanneer er sprake is van centrale leiding. Naar de mening van de auteurs is met name de (bedrijfs-) economische werkelijkheid binnen het organisatorische verband in dit kader van belang. Centrale leiding betekent volgens de auteurs leiding vanuit een enkelvoudig centrum. Zij merken op dat een belangrijke aanwijzing voor het bestaan van centrale leiding is gelegen in de mogelijkheid dat de leiding wordt ‘doorgezet’, indien nodig ook tegen de wil van de (bestuurders van de) ondergeschikte vennootschappen. Uit de opmerkingen van de auteurs blijkt niet duidelijk of de grondslag van de vereiste organisatorische verbondenheid juridisch van aard moet zijn, zoals organisatorische verbondenheid via aandelenbezit of statutair bepaalde bevoegdheden, of dat een feitelijke grondslag ook voldoet, zoals organisatorische verbondenheid die blijkt uit een centraal gevoerde administratie, gezamenlijke financieringsactiviteiten of een gezamenlijk personeelsbeleid. Dortmund noemt de term centrale leiding, maar gaat niet nader in op de betekenis daarvan. Wel merkt de auteur op dat deze gewoonlijk zal berusten bij één dominerende vennootschap.⁴² Bartman/Dorresteyn/Olaerts hebben het in het kader van art. 2:24b BW over het ‘economische groepsbegrip’ en merken op dat dit niet alleen vaag qua inhoud is, maar bovendien niets zegt over de formele zeggenschapsrelaties tussen verbonden rechtspersonen en/of vennootschappen.⁴³ Het lijkt mij waarschijnlijk dat de oorzaak daarvan ligt in de achtergrond waartegen het groepsbegrip is ingevoerd, namelijk vanuit de problematiek van de geconsolideerde jaarrekening. De redactie van het groepsbegrip is ook met name vanuit het vraagstuk van consolidatie vormgegeven.

De achtergrond van de consolidatie is in onze wetgeving vooral ingegeven door het daadwerkelijk beheersen van andere ondernemingen (‘control’). In de zevende EEG-richtlijn en ook in de daarop volgende EU richtlijn jaarrekeningen heeft het in het kader van consolidatie gehanteerde begrip dochteronderneming vooral betrekking op het in een andere onderneming kunnen uitoefenen van de meerderheid van de stemrechten, het hebben van de mogelijkheid de meerderheid van de leden van het bestuur respectievelijk van de leidinggevende of toezichthoudende organen te benoemen of te ontslaan, en/of het op een andere onderneming kunnen uitoefenen van overheersende invloed dan wel het kunnen beheersen van een andere onderneming (‘power to control’). Deze relaties zijn scherper dan het feitelijk beheersen omdat bij feitelijk beheersen meer interpretatieruimte bestaat. Daardoor kunnen eerder discussies

40. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*), nr. 816.

41. Asser/Maeijer & Kroeze 2015 (2-I*), nr. 261.

42. Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 41.2.

43. 2016, p. 31.

ontstaan over de vraag of een rechtspersoon tot een groep is toegetreden, tot een groep behoort respectievelijk uit een groep is getreden, en daarmee over het al dan niet terecht benutten van het groepsregime.

Door in onze wetgeving de regeling alleen toe te staan aan tot een groep – in Nederlandse zin – behorende rechtspersonen is er in vergelijking met de EU richtlijn jaarrekeningen sprake van zowel een beperking als een verruiming. De beperking betreft dat rechtspersonen die dochtermaatschappijen zijn en niet tot de groep van de consoliderende maatschappij behoren van de regeling geen gebruik kunnen maken, zelfs als zij geconsolideerd zijn. De verruiming betreft dat de rechtspersoon die tot de groep van de consoliderende maatschappij behoort en begrepen is in de geconsolideerde jaarrekening van deze maatschappij wel van de regeling gebruik kan maken, ook al is hij geen dochtermaatschappij. Als gevolg van dit verschil kunnen complicaties ontstaan voor moederondernemingen uit andere lidstaten die voor geconsolideerde niet tot hun groep – als omschreven in art. 2:24b BW – behorende Nederlandse dochtermaatschappijen geen gebruik kunnen maken van art. 2:403 BW, als ook voor een Nederlands groepshef die voor geconsolideerde tot zijn groep behorende rechtspersonen en vennootschappen naar het recht van respectievelijk Luxemburg, Ierland en Duitsland die geen dochteronderneming volgens het toepasselijke recht zijn, geen gebruik kunnen maken van de in dit recht opgenomen vrijstellingsregeling.

Uit de wetgeschiedenis zijn geen deugdelijke argumenten naar voren gekomen om van de unitaire regeling af te wijken. Het had daarom mijns inziens voor de hand gelegen dat de Nederlandse wetgever zich had geconformeerd aan het unitaire toepassingsbereik. Een mooie aanleiding om tot conformering te besluiten zou zijn geweest de aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan de EU richtlijn jaarrekeningen. Daarvoor is nog meer reden omdat het begrip groep in de EU richtlijn jaarrekeningen omvat de moedermaatschappij en al haar dochterondernemingen, hetgeen een ander begrip is dan het in art. 2:24b BW omschreven groepsbegrip. In vergelijkend perspectief leidt dit zeker tot verwarring.

2.3.2 *Joint venture als groepsrechtspersoon (?)*

Of een rechtspersoon als omschreven in art. 2:360 BW die een joint venture is, gebruik kan maken van het groepsregime is omstreden.⁴⁴ Het begrip joint venture is juridisch weliswaar geen vastomlijnd begrip, maar komt nadrukkelijk

44. De discussie hierover is er sinds de invoering van het groepsregime in de WJO in 1971. Beckman 1995 (diss.), p. 85 e.v. geeft een overzicht van de destijds in de parlementaire geschiedenis genoemde overwegingen en de relevante opvattingen omtrent deze problematiek in de doctrine.

voor in de doctrine.⁴⁵ Zij is te typeren als een regeling tot samenwerking van verschillende partijen op de voet van gelijkwaardigheid ter zake van een rechtens zelfstandige onderneming. Gelet op de in art. 2:403 BW gestelde groepsvoorwaarde moet een in art. 360 BW omschreven rechtspersoon die joint venture is, een rechtspersoon zijn die behoort tot een groep. Omdat in de EU richtlijn jaarrekeningen de voorwaarde is gesteld dat het om een dochteronderneming moet gaan, is door de privaatrechtelijke organisatie de Raad voor de Jaarverslaggeving destijds voorgesteld de groepsvoorwaarde te laten vervallen en daarvoor in de plaats te stellen de hoedanigheid van dochteronderneming.⁴⁶ Ter onderbouwing daarvan ging de Raad voor de Jaarverslaggeving uit van de gedachte dat een joint venture-vennootschap (ook) (wel) als dochtermaatschappij (of dochteronderneming) als bedoeld in de Europese jaarrekeningrichtlijnen kan worden geduid en daarmee binnen het toepassingsbereik van de unitaire vrijstellingsregeling valt.⁴⁷ Omdat de wetgever niet overstag is gegaan speelt deze hoedanigheid in art. 2:403 BW geen rol. Wel is uit art. 2:409 lid 1 BW als omschrijving voor joint venture te destilleren dat het moet gaan om een rechtspersoon of vennootschap waarin aandeelhouders, leden of vennoten krachtens een regeling tot samenwerking samen de rechten en bevoegdheden kunnen uitoefenen als bedoeld in art. 2:24a lid 1 BW, met andere woorden, zij kunnen gezamenlijk de meerderheid van de stemrechten in de algemene vergadering uitoefenen dan wel meer dan de helft van de leden van het bestuur en/of de raad van commissarissen benoemen of ontslaan, ook als alle stemgerechtigden stemmen. Er zou dan ook gesproken kunnen worden over een ‘gemeenschappelijke’ dochtermaatschappij. Een dergelijke dochtermaatschappij is daardoor nog geen groepsrechtspersoon.

In het kader van de toepassing van art. 2:403 BW kan een joint venture alleen dan van het groepsregime gebruik maken indien de conclusie kan worden getrokken dat de joint venture een groepsrechtspersoon is. Daar een joint venture een rechtens zelfstandige onderneming betreft met daaraan ten grondslag een samenwerkingsregeling tussen verschillende partijen, waarin ieders rechten en verplichtingen op de voet van gelijkwaardigheid zijn geregeld onder zodanige condities dat zij gezamenlijk de beheersingsmacht over die onderneming

45. Zie onder meer Den Boogert 1991, p. 71 – 79 alsmede in Struycken 1995, p. 26 – 32, Eisma 1995, p. 57 – 63, Raaijmakers 1976 (diss.), Raaijmakers 1992 en Beckman 2011 en in wetgeving over (economische) mededinging (zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, MvT, waarin in het kader van het concentratietoezicht aandacht wordt besteed aan de joint venture, voor een beschrijving van de joint venture vanuit het oogpunt van mededingingsrecht zie bijvoorbeeld Ottervanger/Bijleveld 2000, p. 39 – 47).

46. Raad voor de Jaarverslaggeving, advies 20 augustus 1986, opgenomen in Beckman/Volgenant/Harmsen, deel 6, onderdeel 6.02, daarvan op p. 6.02-176 en 6.02-177.

47. Inmiddels heeft de Raad voor de Jaarverslaggeving in zijn richtlijnen (RJ 215.103) het begrip joint venture zoals in EU IFRS wordt gehanteerd overgenomen.

hebben (joint control) zonder dat één van hen doorslaggevende invloed op het financiële en zakelijke beleid heeft maar gezamenlijk wel, is vanzelfsprekend sprake van een groep indien de samenwerkende partijen deel uitmaken van dezelfde groep.

De opvattingen divergeren evenwel indien het gaat om samenwerkende partijen die geen deel uitmaken van een groep. Het gaat er dan om of een rechtspersoon van elk der samenwerkende partijen een groepsrechtspersoon kan zijn als zij geen deel zijn van dezelfde groep. Dit vergt een nadere analyse van het begrip groep. Er bestaan ten dien aanzien verschillende opvattingen die uiteenlopend zijn, variërend van (i) het onmogelijk zijn dat aan de groepsvoorwaarde wordt voldaan indien de samenwerkende partijen niet tot dezelfde groep behoren, (ii) tot het kunnen voldoen aan de groepsvoorwaarde als jegens één van de samenwerkende partijen sprake is van een groepsband en (iii) tot het voldoen aan de groepsvoorwaarde indien de samenwerkende partijen tot verschillende groepen behoren. De eerste opvatting is terug te vinden bij onder meer Honée.⁴⁸ Omdat de samenwerkende partijen in de joint venture de bestuursmacht delen is het volgens de auteur niet mogelijk dat het beleid van de joint venture wordt afgestemd op één van de partijen, dat wordt verhinderd door de onderlinge regeling tot samenwerking die het karakter van de joint venture verhouding bepaalt. Dat een joint venture niet (tevens) een groepsmaatschappij kan zijn, vloeit volgens Honée voort uit het karakter van de joint venture (onderlinge regeling tot samenwerking), het groepsbegrip, maar ook uit de wet. De auteur verwijst naar de wettelijke bepalingen met betrekking tot de structuurregeling.⁴⁹ Uit deze bepalingen in samenhang gezien vloeit volgens Honée voort dat de werknemers van een joint venture als een afzonderlijke categorie worden benaderd, hetgeen steun biedt voor de opvatting dat een joint venture geen groepsmaatschappij kan zijn. Deze opvatting strookt met de parlementaire geschiedenis. Volgens de wetgever is een joint venture zelden een groepsmaatschappij van een aandeelhouder.⁵⁰ De tweede opvatting lijkt te worden aangehouden door Kroeze in Asser/Maeijer & Kroeze⁵¹ en door Van Solinge & Nieuwe Weme.⁵² Volgens deze auteurs is er alleen sprake van een groepsverhouding met een partij indien die een overwegende zeggenschap – bedoeld zal zijn overheersende invloed respectievelijk beheersingsmacht – heeft over de joint venture die als centrale leiding kan worden aangemerkt.

48. Honée 1981 (diss.), p. 58 – 65.

49. Art. 2:152 BW en art. 2:155 BW.

50. *Kamerstukken II* 1986/1987, 19 813 nr. 3, MvT, p. 16.

51. Asser/Maeijer & Kroeze 2015 (2-I*), nr. 262. Overigens blijkt uit de behandeling van art. 2:403 BW in nr. 583 dat in dat kader uitgegaan wordt van de opvatting dat een joint venture van onafhankelijke samenwerkende partijen van art. 2:403 BW geen gebruik kan maken.

52. 2009 (2-II*), nr. 817.

HOOFDSTUK 2

In deze opvatting zit wel een ongerijmdheid. Wanneer wordt voldaan aan het criterium van centrale leiding (hetgeen het cruciale element in het groepsbegrip is) of sprake is van overheersende invloed respectievelijk beheersingsmacht is die rechtspersoon immers geen joint venture, althans niet in de zin van de hiervoor genoemde – vrij gangbare – omschrijving. Diezelfde ongerijmdheid wordt aangetroffen bij Van Achterberg. Deze auteur merkt op dat er pas een verhouding van afhankelijkheid bestaat tussen de partijen en/of de joint venture indien één van die partijen een overheersende invloed heeft en uitoefent op het beleid van de joint venture.⁵³ Als daarvan sprake is, acht deze auteur het mogelijk dat een joint venture groepsmaatschappij van één van de samenwerkende partijen zou kunnen zijn. Het *derde* genoemde standpunt is te vinden bij Raaijmakers. De auteur schrijft dat hij er ‘van (zou) willen uitgaan dat een 50/50-joint venture behoort tot twee ‘groepen van ondernemingen’.⁵⁴ De consequentie hiervan zou moeten zijn dat dan het groepsregime mogelijk wordt, mits beide samenwerkende partijen een hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring hebben afgelegd voor de schulden uit rechtshandelingen van de joint venture. Raaijmakers benadert de joint venture vanuit het gezichtspunt van de samenwerkende partijen en noemt de leiding die de samenwerkende partijen aan de joint venture geven, van ‘samengestelde aard’. Omdat de partijen hun medewerking hebben verleend aan de formulering en de vaststelling van beleid is het daarmee hun gezamenlijke beleid geworden. Deze opvatting wordt door een aantal auteurs nadrukkelijk afgewezen.⁵⁵

Naar mijn mening zijn het beginsel van gelijkwaardigheid van de samenwerkende partijen en het ontbreken van overheersende/beslissende invloed door elk van de samenwerkende partijen afzonderlijk de bepalende kenmerken van een joint ventureverhouding. Daardoor kan niet gesteld worden dat een joint venture deel uitmaakt van de groepen waartoe de samenwerkende partijen behoren, tenzij zij tot dezelfde groep behoren. Is van dat laatste geen sprake dan kan de joint venture van het groepsregime geen gebruik maken.

In de praktijk komt het wel voor dat rechtspersonen die zich presenteren als joint ventures, gebruik maken van het groepsregime. Als het gaat om een samenwerkingsverband waarbij één van de samenwerkende partijen de centrale leiding heeft (respectievelijk de overheersende of beslissende invloed) is daar niets op tegen, omdat deze rechtspersoon behoort tot de groep: er is dan sprake van een groepsrechtspersoon.

Ook komt het voor dat joint ventures die zich naar buiten toe als groepsrechtspersoon presenteren, gebruik maken van het groepsregime. In dat soort situaties geeft een van de joint venture-partners een 403-verklaring en verklaart

53. Van Achterberg 1989 (diss.), p. 74 – 75.

54. Raaijmakers 1976 (diss.), p. 294 – 295.

55. Bijvoorbeeld Timmermans (1988, p. 359 – 360), Van Schilfgaarde (1984, p. 38), Honée (1981 (diss.), p. 58 – 65) en Bartman (1986, p. 95).

de andere joint venture-partner zich contractueel tegenover die partner garant voor zijn aandeel in aanspraken. Optisch lijkt het groepsregime rechtsgeldig te zijn gebruikt terwijl daarvan in werkelijkheid geen sprake is. Problemen ontstaan pas zichtbaar als de joint venture-partner die zich tegenover de 403-aansprakelijke joint venture-partner contractueel voor zijn aandeel in aanspraken garant heeft gesteld, deze overeenkomst opzegt. Het spreek overigens vanzelf dat een gedragslijn waarin een niet-groepsmaatschappij wordt gepresenteerd als een groepsrechtspersoon, onjuist is en dat als van het groepsregime gebruik wordt gemaakt, sprake is van een onbevoegd en onrechtmatig gebruik van het groepsregime.

Ik merk nog op dat als een joint venture een rechtspersoon als omschreven in art. 2:360 BW is, deze zelf hoofd van een groep kan zijn als bedoeld in art. 2:406 lid 1, eerste volzin BW. De joint venture zou in haar groep ook rechtspersonen als omschreven in art. 2:360 BW en daarbuiten vallende rechtspersonen en vennootschappen kunnen hebben. De tot haar groep behorende rechtspersonen als omschreven in art. 2:360 BW zouden van het groepsregime gebruik kunnen maken, mits aan alle verdere vereisten van art. 2:403 BW is voldaan.

2.4 Afsluitende conclusie

Gelet op de unitaire regeling en de daaraan geconformeerde uitleg in Luxemburg, Ierland en Duitsland acht ik het gewenst dat de Nederlandse vrijstellingsregeling wordt aangepast door het gebruik van de vrijstellingsregeling alleen aan dochtermaatschappijen toe te staan. Daarmee wordt ook het gebruik van het begrip groep in de zin van art. 2:24b BW vermeden, daar in de EU richtlijn jaarrekeningen onder groep wordt verstaan de moederonderneming en al haar dochterondernemingen.

De van de unitaire regeling afwijkende invulling in onze wetgeving is ook verwarrend omdat hiervan het gevolg is dat rechtspersonen als omschreven in art. 2:360 BW die dochtermaatschappij zijn van een moedermaatschappij uit een andere lidstaat, geen gebruik kunnen maken van art. 2:403 BW indien tussen hen en die moedermaatschappij niet een groepsrelatie bestaat als bedoeld in art. 2:24b BW. Evenzeer geldt dat kapitaalvennootschappen naar het recht van Luxemburg, Ierland en/of Duitsland die behoren tot de groep in de zin van art. 2:24b BW van een moedermaatschappij die een rechtspersoon is als omschreven in art. 2:360 BW, geen gebruik kunnen maken van de vrijstellingsregeling volgens het toepasselijke rechtstelsel indien zij geen dochtermaatschappij zijn als omschreven in dat toepasselijke rechtstelsel.

HOOFDSTUK 2

Daar de wijze waarop de Nederlandse wetgever personenvennootschappen als omschreven in Richtlijn 2013/34/EU waarvan alle onbeperkt aansprakelijke directe en indirecte vennoten de facto beperkte aansprakelijkheid hebben – contractuele kapitaalvennootschappen – buiten het toepassingsgebied van Titel 9 Boek 2 BW laat, zich slecht verdraagt met art. 38 Richtlijn 2013/34/EU, verdient het aanbeveling de wetgeving aan te passen door te bepalen dat dergelijke vennootschappen eveneens onder Titel 9 Boek 2 BW vallen met in een afzonderlijk wetsartikel de vrijstellingsmogelijkheden als opgenomen in art. 38 Richtlijn 2013/34/EU.

Als het gaat om een joint venture die een rechtspersoon is als omschreven in art. 2:360 BW met daarin samenwerkende partijen die niet tot dezelfde groep als bedoeld in art. 24b BW behoren, is deze joint venture geen groepsrechtspersoon van elk van deze partijen en kan er daarom ook niet worden gesproken over een meerszijdige groepsrelatie. De consequentie is dat deze joint venture geen gebruik van art. 2:403 BW kan maken. In de drie andere lidstaten zou die mogelijkheid er alleen zijn indien de joint venture in de in het toepasselijke recht aangewezen rechtsvorm een dochtermaatschappij in de zin van dat recht is.

Hoofdstuk 3. Instemmingsvoorwaarde

Het gebruik van het groepsregime door een tot de groep van een andere maatschappij behorende rechtspersoon vereist voor elk jaar dat het gebruik wordt beoogd, de instemming van alle aandeelhouders, leden respectievelijk vennoten. In paragraaf 3.1 ga ik eerst in op de wijze waarop de instemmingsvoorwaarde in de EU richtlijn jaarrekeningen is geformuleerd. Vervolgens bezie ik de wijze waarop hieraan uitvoering is gegeven in de andere drie lidstaten die de unitaire optionele regeling hebben overgenomen (paragraaf 3.2) en daarna de wijze waarop daaraan in de Nederlandse wetgeving uitvoering is gegeven (paragraaf 3.3). In mijn analyse laat ik de vervulling van de overige voorwaarden voor het gebruik van het groepsregime buiten beschouwing. Afsluitend trek ik een op de Nederlandse regeling toegespitste conclusie in het licht van de richtlijn en de uitwerking in de drie andere lidstaten (paragraaf 3.4).

3.1 EU richtlijn jaarrekeningen

In de in paragraaf 2.1.2 weergegeven unitaire regeling is voorgeschreven dat de instemming van aandeelhouders van de vrij te stellen onderneming is vereist. Die voorwaarde is als volgt geformuleerd:¹

alle aandeelhouders of vennoten van de dochteronderneming hebben zich, met betrekking tot elk boekjaar waarin de vrijstelling wordt toegepast, akkoord verklaard met de vrijstelling van dergelijke verplichting;

Met ‘dergelijke verplichting’ wordt bedoeld op de voor de onder het bereik van de EU richtlijn jaarrekeningen vallende kapitaalvennootschappen geldende verplichting de voorschriften uit de EU richtlijn jaarrekeningen betreffende inhoud, controle en de openbaarmaking van de jaarrekening met bestuursverslag toe te passen.

1. Art. 37 onderdeel 2 Richtlijn 2013/34/EU.

HOOFDSTUK 3

3.1.1 *Akkoordverklaring*

De weergegeven voorwaarde laat zien dat alle aandeelhouders of vennoten van een kapitaalvennootschap als omschreven in die richtlijn die dochteronderneming is, zich akkoord moeten hebben verklaard met de vrijstelling. Een nadere eis over de vorm of de taal is in de voorwaarde niet gesteld. Uit het bepaalde omtrent openbaarmaking in de unitaire regeling blijkt dat deze akkoordverklaring schriftelijk moet zijn en dat er eisen zijn gesteld aan de te hanteren taal.² Het gaat om het akkoord van alle aandeelhouders of vennoten van de vrij te stellen dochteronderneming ongeacht of zij stemrecht hebben.

Uit de gestelde voorwaarde blijkt niet naar welk moment de akkoordverklaring er moet zijn, anders dan dat zij voor elk boekjaar vereist is waarin de vrijstelling wordt toegepast. Wel moet uit de voorwaarde worden afgeleid dat deze na het begin van het vrij te stellen boekjaar moet liggen.

3.2 Lidstaten met een optioneel vrijstellingsregime

De wijze waarop in Luxemburg, Ierland en Duitsland de instemmingsvoorwaarde in het nationale recht is verwerkt, komt nu aan de orde.

3.2.1 *Luxemburgse wetgeving*

In de in paragraaf 2.2.1 weergegeven vrijstellingsregeling is de instemmingsvoorwaarde als volgt geformuleerd:

tous les actionnaires ou associés de la société filiale se sont déclarés d'accord sur l'exemption indiquée ci-dessus; cette déclaration est requise pour chaque exercice;

Hieruit blijkt dat de geformuleerde voorwaarde overeenstemt met hetgeen daarover in de EU richtlijn jaarrekeningen staat.

3.2.2 *Ierse wetgeving*

In de in paragraaf 2.2.2 weergegeven vrijstellingsregeling is de instemmingsvoorwaarde als volgt geformuleerd:

every person who is a shareholder of the company on the date of the holding of the next annual general meeting of the company after the end of that financial year or on the next annual return date of the company after the end of that financial year, whichever is the earlier, shall declare his consent to the exemption.

2. Art. 37 onderdeel 2 jo. onderdeel 4 Richtlijn 2013/34/EU jo. overwegingen onder 9 en 10, respectievelijk art. 21 (jo. art. 14 en art. 16) Richtlijn 2017/1132/EU.

Hieruit blijkt dat een ieder die aandeelhouder is op de dag van de eerste jaarlijkse algemene vergadering na afloop van het boekjaar dan wel indien deze eerder valt, op de eerste ‘annual return date’ na het einde van het boekjaar, met de vrijstelling moet hebben ingestemd.³ De bedoelde algemene vergadering moet jaarlijks plaatsvinden, doch uiterlijk binnen vijftien maanden na de voorgaande jaarvergadering.⁴ De annual return date is voor de eerste keer zes maanden na de oprichtingsdatum en nadien voor elk volgend jaar twaalf maanden later.⁵ Uit de vrijstellingsregeling blijkt dat als het openbaar te maken document waarin is vastgelegd dat de aandeelhouders met de gebruikmaking van de vrijstelling hebben ingestemd, in een andere taal dan in de Engelse of de Ierse taal is gesteld, daaraan een vertaling ervan in de Engelse of Ierse taal moet worden gehecht, op de voorgeschreven wijze gewaarmerkt als een correcte vertaling.⁶

3.2.3 *Duitse wetgeving*

In de in paragraaf 2.2.3 weergegeven vrijstellingsregeling is de instemmingsvoorwaarde als volgt geformuleerd:

alle Gesellschafter des Tochterunternehmens haben der Befreiung für das jeweilige Geschäftsjahr zugestimmt.

Het gaat om een in overeenstemming met de statuten en de wettelijke bepalingen genomen unaniem besluit van de aandeelhouders van de dochteronderneming. Niet is vereist dat het besluit in de algemene vergadering wordt genomen. Er geldt ook geen vormvereiste. Het is voldoende wanneer de aandeelhouders hun goedkeuring schriftelijk (gedocumenteerd) laten blijken. Uit de voorwaarde blijkt geen taaleis, maar via het bepaalde omtrent openbaarmaking is voorgeschreven dat het besluit moet zijn gesteld in de Duitse of Engelse taal en zo niet, dat er een beëdigde vertaling in de Duitse taal moet zijn.⁷ Het uiteindelijke besluit om al dan niet gebruik te maken van de vrijstellingsregeling gebeurt in het kader van de vaststelling van de jaarrekening door het tot vaststelling van de jaarrekening bevoegde orgaan (waarbij doorgaans een gewone meerderheid van stemmen toereikend is).

3. In de andere rechtsvormen te lezen ‘members’ respectievelijk partners.

4. Section 175 CA 2014.

5. Section 347 CA 2014. Bij oprichting voor 1 juni 2015 geldt dat de bestaande annual return date gehandhaafd blijft als vastgelegd in de voorgaande Companies Act en dat iedere volgende annual return date steeds twaalf maanden later is.

6. Section 357 (2) jo. (1) CA 2014.

7. §264 Absatz 3 (satz 2) HGB.

HOOFDSTUK 3

Als uiterste moment waarop het besluit tot instemming moet zijn genomen, geldt het moment vlak voordat de jaarrekening wordt vastgesteld. In de Duitse doctrine wordt er van uitgegaan dat bij een wijziging in aandeelhouderschap de nieuwe aandeelhouder is gebonden aan een met betrekking tot het lopende boekjaar door zijn voorganger verleende instemming,⁸ maar dat bij een aandelenemissie tijdens een boekjaar wel instemming van de nieuw toegetreden aandeelhouder is vereist.

3.3 Nederlandse wetgeving

In de in paragraaf 2.3.2 weergegeven vrijstellingsregeling is de instemmingsvoorwaarde als volgt geformuleerd:

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;

Deze formulering laat zien dat in elk geval de instemming na de aanvang van het vrij te stellen boekjaar moet zijn gegeven en dat alle instemmingen er op het moment van de vaststelling van de jaarrekening moeten zijn. In onze wetgeving geldt evenwel geen voorschrift dat verplicht tot vaststelling.

Ik zal hierna de instemmingsvoorwaarde analyseren waarbij ik als onderscheid aanhoud instemmingsgerechtigden (paragraaf 3.3.1), instemmingsrecht en billijkheidscorrectie (paragraaf 3.3.2), instemming onder voorwaarde(n) (paragraaf 3.3.3), instemming en stichting (paragraaf 3.3.4), instemming en werknemers (paragraaf 3.3.5), wijze en vorm van instemming (paragraaf 3.3.6), (uiterste) tijdstip van instemming (paragraaf 3.3.7), wijziging in omvang en/of samenstelling instemmingsgerechtigde(n) (paragraaf 3.3.8), de besluitvorming omtrent instemming bij een instemmingsgerechtigde aandeelhouder, lid of vennootschap die rechtspersoon of vennootschap is (paragraaf 3.3.9) en de herroeping van verleende instemming (paragraaf 3.3.10).

3.3.1 *Instemmingsgerechtigden*

De instemmingsgerechtigden zijn alle aandeelhouders respectievelijk alle leden. Met leden wordt bedoeld op alle leden van coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en onder de werking van art. 2:360 lid 3 BW vallende verenigingen. Ook vennoten in een contractuele kapitaalvennootschap als bedoeld in art. 2:360 lid 2 BW moeten als deze kapitaalvennootschap tot de groep van een

8. Zie bijvoorbeeld Beck-scher' Online Kommentar HGB § 264, Haublein/Hoffman-Theiner 2017.

andere maatschappij behoort en gebruik wenst te maken van het groepsregime, met het gebruik ervan instemmen. Vennoten worden weliswaar niet genoemd maar gelet op de structuur van de regeling moet worden aangenomen dat de wetgever destijds verzuimd heeft vennoten in de wet toe te voegen toen deze vennootschappen in art. 2:360 lid 2 BW werden opgenomen. Hierna heb ik het korthedshalve alleen over aandeelhouders.

Het vereiste van instemming is gekoppeld aan het aandeelhouderschap als zodanig en niet aan de stemgerechtigdheid of aan het aantal stemmen dat een aandeelhouder kan uitbrengen. Dit brengt mee dat als de groepsrechts-persoon de rechtsvorm van een BV heeft en die BV statutair stemrechtloze aandelen heeft uitgegeven, de houders van deze aandelen ook instemmings-gerechtigd zijn. Ook wanneer een aandeelhouder de aan zijn aandelenbezit verbonden stemrechten niet mag of kan uitoefenen, is zijn instemming vereist. Hetzelfde blijft gelden voor aandeelhouders van wie het vergaderrecht is geschorst,⁹ aangezien schorsing geen rol speelt in het kader van de instemmings-voorwaarde. Aandeelhouders van wie het stemrecht is geschorst, blijven goe-derrechtelijk rechthebbende van de aandelen.¹⁰ Er zijn daarom steeds net zo veel instemmingen vereist als er aandeelhouders zijn. Wanneer ook maar één instemmingsverklaring ontbreekt (als gevolg van een weigering in te stemmen dan wel vanwege het niet-reageren of niet-bereikbaar zijn van een aandeelhouder) is gebruik van het groepsregime niet toegestaan. De ratio van deze voorwaarde is gelegen in minderheidsbescherming. Meerderheden kunnen daardoor niet tegen de wil van de minderheid het gebruik van het groepsregime afdwingen. Daardoor is gewaarborgd dat de buiten de groep staande aandeelhou- ders bij de besluitvorming over het gebruik van het groepsregime worden betrokken. Er is evenwel geen rekening gehouden met de positie van certificaat- houders en andere vergadergerechtigden, zoals al dan niet stemgerechtigde pandhouders van aandelen en al dan niet stemgerechtigde vruchtgebruikers van aandelen. Bij certificering is het administratiekantoor de aandeelhouder en kan het als aandeelhouder zelfstandig beslissen over de instemming met het gebruik van het groepsregime. Vanuit de systematiek die aan de instemmingseis

9. Zie art. 2:227 lid 6 BW.

10. Ik wijs er op dat als aandelen aan toonder door een statutenwijziging of van rechtswege op naam zijn gesteld, de aan die aandelen verbonden rechten pas kunnen worden uitgeoefend na inlevering van het aandeelbewijs aan de NV (art. 2:82 lid 5 BW). Dit neemt niet weg dat de aandeelhouder de instemmingsgerechtigde in het kader van art. 2:403 BW blijft. Als evenwel de inlevering niet uiterlijk 31 december 2020 heeft plaatsgevonden, verkrijgt de NV om niet van rechtswege dit aandeelbewijs en wordt de NV in het register geregistreerd als aandeelhouder (art. 2:82 lid 6 BW); zij houdt dergelijke aandelen totdat de termijn als bedoeld in art. 2:82 lid 9 BW is verlopen. Het lijkt erop dat als de inlevering na 31 december 2020 heeft plaatsgevonden, het instemmingsrecht, zolang de inlevering niet plaatsvindt, niet meer aan de orde is, behoudens indien alsnog tot inlevering wordt overgegaan en wel vanaf het inleveringsmoment, met inachtneming van art. 2:82 lid 9 BW.

ten grondslag ligt (verkrijgen instemming van alle aandeelhouders teneinde minderheidsaandeelhouders te beschermen), zou ook voorgeschreven instemming van certificaathouders voor de hand hebben gelegen. De positie van certificaathouders aan wier certificaten vergaderrechten zijn gekoppeld, is nagenoeg gelijk aan die van stemrechtloze aandeelhouders.

Het verkrijgen van instemming vormt geen bijzonder vraagstuk als de instemmingsgerechtigde enig aandeelhouder is. Dat zal niet zelden de moedermaatschappij zijn of een tussenhoudstermaatschappij van haar. Indien er sprake is van een groot aantal aandeelhouders ligt dat anders, maar die situatie is niet erg waarschijnlijk. Ook bij een beperkt aantal aandeelhouders is het verkrijgen van instemming niet altijd eenvoudig omdat niet alle instemmingsgerechtigden deel uitmaken van de groep waartoe de moedermaatschappij en de groepsrechtspersoon behoren.¹¹ Dit zou er voor hebben gepleit om te komen tot een bepaling die niet verplicht tot de instemming van alle aandeelhouders maar tot bijvoorbeeld een beperking (in aansluiting op de uitkoopregeling van art. 2: 92a/2:201a BW) van 95%, zoals (lang geleden al) voorgesteld door Beckman.¹² Door een dergelijke bepaling in te voeren zou de problematiek van het niet reageren door een of meer instemmingsgerechtigden op een verzoek tot instemming zijn opgelost.¹³

Ik merk nog op dat de instemmingsvoorwaarde voorkomt dat de aandeelhouders tegen hun zin verstoken blijven van informatie over de rechtspersoon. Maar als zij onvoorwaardelijk instemmen, biedt zij uit informatie-oogpunt geen compensatie. Een overeenkomstig de wet ingerichte en van een goedkeurende accountantsverklaring voorziene jaarrekening biedt aandeelhouders een redelijke waarborg dat deze jaarrekening een getrouw beeld geeft van de financiële positie, het vermogen en het resultaat van de rechtspersoon, zoals dat de algemene beginselen van verslaggeving (als bepaald in Titel 9 Boek 2 BW dan wel volgens EU IFRS) in acht zijn genomen en dat transacties tussen de groepsmaatschappijen tegen marktconforme voorwaarden ('at arms' length') hebben plaatsgevonden. Deze waarborg hebben zij niet als deze rechtspersoon voor zijn jaarrekening gebruik maakt van art. 2:403 BW en van de daarin opgenomen bevoegdheid om af te wijken van het bepaalde in Titel 9 Boek 2 BW.

11. Met name voor beursvennootschappen kon het (zeer) problematisch zijn de instemming van alle aandeelhouders te verkrijgen. In de op 1 november 2015 in werking getreden Uitvoeringswet EU richtlijn jaarrekeningen (*Stb.* 2015, 351) is, zoals al eerder opgemerkt (in hoofdstuk 1, voetnoot 21), bepaald dat voor jaarrekeningen en bestuursverslagen van organisaties van openbaar belang (waaronder beursvennootschappen) over boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2016 art. 2:403 BW niet langer benut kan worden (art. 2:403 lid 4 jo. art. 2:398 lid 7 BW).

12. Beckman 1990, p. 309.

13. Hetgeen wijziging van art. 37 Richtlijn 2013/34/EU had vereist voor de rechtsvormen die aan deze richtlijn zijn onderworpen.

Voor de tot de groep behorende instemmingsgerechtigde is dat niet relevant, omdat deze dan wel zijn moedermaatschappij – ongeacht of het groepsregime al dan niet wordt toegepast – een grote invloed heeft op de gang van zaken in de rechtspersoon. Buiten de groep staande instemmingsgerechtigden hebben die invloed niet, waardoor zij als vanzelf minder goed geïnformeerd zijn en worden. Die achterstandspositie geldt vanzelfsprekend ook wanneer van het groepsregime geen gebruik wordt gemaakt, maar het benutten van het groepsregime vergroot deze achterstandspositie. Het instemmingsvereiste geeft hen enkel de zekerheid dat zonder hun instemming van het groepsregime geen gebruik kan worden gemaakt. Als zij wel met het gebruik instemmen, komt aan de orde of hun belangen en hun informatiepositie voldoende zijn (of kunnen worden) gewaarborgd.

3.3.2 *Instemmingsrecht en billijkheidscorrectie*

Als uitgangspunt geldt dat een aandeelhouder vrij is te beslissen of hij instemt met de voorgenomen afwijking van de inrichtingsvoorschriften. Zo zal hij als hij belang heeft bij een in overeenstemming met de inrichtingsvoorschriften ingerichte jaarrekening en/of door een accountant gecontroleerde jaarrekening, niet gauw tot instemming met een dergelijke afwijking overgaan. Te denken is aan een aandeelhouder die een grote vordering (bijvoorbeeld als verhuurder of als leverancier van goederen) heeft op de desbetreffende groepsrechtspersoon en die inzicht in de liquiditeit en solvabiliteit van die rechtspersoon (bijvoorbeeld als huurder of afnemer) wenst te hebben.¹⁴ Een aandeelhouder kan natuurlijk ook een concurrent van de betrokken groepsrechtspersoon zijn en om die reden inzicht in de financiële informatie willen hebben. In vergelijking tot de situatie dat van het groepsregime geen gebruik wordt gemaakt, gaat hij bij benutting ervan er fors op achteruit. De voor het gebruik van art. 2:403 BW vereiste geconsolideerde informatie had hij ook kunnen hebben zonder toepassing van het groepsregime. Wil hij instemmen met het benutten van art. 2:403 BW, dan zal hij met name vertrouwen moeten hebben in de waarborg die de gestelde verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid hem biedt en dus in de vermogenstoestand van de consoliderende maatschappij. Heeft hij dat vertrouwen niet dan lijkt het onthouden van instemming vanuit de positie van de aandeelhouder, het lid of de vennoot zeer begrijpelijk en redelijk.

14. Ervan uitgaande dat de aandeelhouder het genoemde inzicht prefereert boven de hoofdelijke aansprakelijkstelling van de 403-aansprakelijke maatschappij, hetgeen aan de orde kan zijn bij onvoldoende vertrouwen in de solvabiliteit van de 403-aansprakelijke maatschappij.

Strikt genomen is er tussen een instemmingsgerechtigde en de groepsrechtspersoon geen sprake van een (zelfde) verhouding als tussen een schuldeiser en een schuldenaar (ex art. 6:2 BW) en evenmin als bij een verbintenis (ex art. 6:248 BW), waardoor de in die bepalingen opgenomen redelijkheids-toets en/of billijkheidscorrectie in beginsel niet aan de orde zijn. Deze bepalingen gelden evenwel ook buiten het verbintenissenrecht (art. 6:216 BW). Ook in het rechtspersonenrecht geldt een dergelijke toets (art. 2:8 BW). Dit brengt mee dat het uitgangspunt dat het een instemmingsgerechtigde vrij staat zijn instemming te onthouden niet van toepassing is indien dit onder de relevante omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het criterium van onaanvaardbaarheid is aan de jurisprudentie van de Hoge Raad te ontleen.¹⁵ Daarin ligt besloten dat de rechter bij toepassing van deze bepaling de nodige terughoudendheid in acht moet nemen.

Ieder van de instemmingsgerechtigden heeft zonder gebruikmaking van art. 2:403 BW recht op een volgens de voorschriften van Titel 9 Boek 2 BW ingerichte jaarrekening met indien van toepassing bestuursverslag en overige gegevens (waaronder indien van toepassing, accountantsverklaring). Bij een beoordeling van de (on)geoorloofdheid van het niet-instemmen met toepassing van het groepsregime is het wettelijke informatierecht het uitgangspunt. Toepassing van het beginsel van redelijkheid en billijkheid als gevolg waarvan een correctie plaats moet hebben, in die zin dat de instemmingsgerechtigde gehouden is instemming te verlenen, kan vanwege dit wettelijke informatierecht naar mijn mening enkel bij hoge uitzondering aan de orde zijn. Met Beckman ben ik het eens dat het niet verlenen van instemming in beginsel niet als misbruik van bevoegdheid of als handelen in strijd met de goede trouw wordt aangemerkt.¹⁶ Dat kan anders zijn in de situatie dat een instemmingsgerechtigde een reeds verleende instemming intrekt of wanneer het voortbestaan van de groepsrechtspersoon afhangt van het gebruik van het groepsregime, bijvoorbeeld omdat het voortgezet gebruik van het groepsregime wordt verlangd als voorwaarde voor continuering van de rechtsverhouding door een schuldeiser wiens vordering zodanig significant is dat de groepsrechtspersoon daarvan afhankelijk is.

3.3.3 *Instemming onder voorwaarde(n)*

Een instemmingsgerechtigde zou aan zijn instemming één of meer voorwaarden kunnen verbinden. Zo zou een instemmingsgerechtigde als voorwaarde voor zijn instemming kunnen verlangen dat hij naast de jaarrekening tevens

15. Zie HR 25 februari 2000, *NJ* 2000/471, m.nt. Bloembergen (Vervoersbond FNV/Frans Maas) en HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005/141 (GTI/Zürich).

16. Beckman 1995 (diss.), p. 251 – 252.

een geheel volgens de inrichtingsvereisten van Titel 9 Boek 2 BW ingericht financieel overzicht verkrijgt.

Ook zou een instemmingsgerechtigde zijn instemming kunnen laten afhangen van toekomstige omstandigheden. In plaats van het niet instemmen verleent hij zijn instemming onder de opschortende voorwaarde dat hij zijn instemming enkel verleent wanneer de gestelde voorwaarde in vervulling gaat. Dit brengt mee dat voor de groepsrechtspersoon de bevoegdheid tot afwijking van de inrichtingsvoorschriften van Titel 9 Boek 2 BW niet kan ontstaan zolang de voorwaarde niet is vervuld. Het voordeel van voorwaardelijke instemming is dat er reeds voorafgaand aan de vaststelling van de jaarrekening instemming kan worden gegeven, waardoor het bestuur van de groepsrechtspersoon de standpunten van de stemgerechtigden kent en de stemgerechtigden ook in hun onderlinge verhouding weten waar zij aan toe zijn. Het moment dat de jaarrekening wordt vastgesteld, is het uiterste moment waarop duidelijk moet zijn of dan wel dat aan de gestelde voorwaarde(n) is voldaan. Op basis van de wettelijke regeling is dat het moment waarop uiterlijk met de afwijking van de voorschriften van Titel 9 Boek 2 BW moet zijn ingestemd. Wanneer bij de besluitvorming omtrent de vaststelling van de jaarrekening (nog) niet vast staat of voldaan is (of zal worden voldaan) aan de voorwaarde die door een instemmingsgerechtigde aan zijn instemming is verbonden, is deze niet verleend.

3.3.4 *Instemming en stichting*

Een tot een groep behorende rechtspersoon als bedoeld in art. 2:360 BW zou een stichting kunnen zijn. Daar een stichting geen aandeelhouders heeft en vanwege het ledenverbod (art. 2:285 lid 1 BW) ook geen leden kan hebben, kent de stichting geen instemmingsgerechtigden zoals omschreven in art. 2:403 lid 1 onder b BW. Het is daarom merkwaardig dat er in art. 2:300 lid 1 BW van uit wordt gegaan dat door een stichting die onderworpen is aan Titel 9 Boek 2 BW, van art. 2:403 BW gebruik kan worden gemaakt. Mogelijk is de beperking die de tekst van art. 2:403 BW meebrengt, aan de aandacht van de wetgever ontsnapt en kennelijk blijvend ontsnapt. Omdat een stichting niet valt onder de unitaire voorschriften, staat het de wetgever vrij een vervangende voorwaarde voor de instemming te stellen, bijvoorbeeld de instemming van (de meerderheid van) alle leden van het tot de vaststelling van de jaarrekening bevoegde orgaan van de stichting. Daar de wetgever verzuimd heeft een dergelijke vervangende voorwaarde in art. 2:403 BW voor de in art. 2:300 BW bedoelde stichtingen op te nemen, kan door een dergelijke tot de groep van een andere maatschappij behorende stichting van het groepsregime geen gebruik worden gemaakt.

Gezien de systematiek van art. 2:403 BW en het ontbreken van rechtvaardigingsgronden voor deze uitsluiting is het door een stichting niet gebruik kunnen maken van het groepsregime naar mijn mening een onbedoeld effect van de wijze waarop de tekst in art. 2:403 lid 1 onder b BW is geformuleerd.

HOOFDSTUK 3

Daarom is er veel voor te zeggen dat de tekst zodanig moet worden aangepast dat ook een stichting die tot een groep behoort, voor haar jaarrekening van het groepsregime gebruik kan maken. De formulering van de instemmingsvoorwaarde moet dan wél worden aangevuld met een op stichtingen afgestemde bepaling. Naar analogie met het bepaalde voor de andere groepsrechtspersonen ligt het voor de hand te bepalen dat de instemming is vereist van al degenen die deel uitmaken van het tot de vaststelling van de jaarrekening bevoegde orgaan van de stichting.

3.3.5 *Instemming en werknemers*

In art. 2:403 lid 1 onder b BW zijn werknemers van de groepsrechtspersoon niet aangewezen als instemmingsgerechtigden. Een (zelfstandig) instemmingsrecht voor deze werknemers ligt niet erg voor de hand. Het gebruik van het groepsregime door de groepsrechtspersoon heeft voor de werknemers geen directe consequenties.¹⁷ Het gebruik van het groepsregime raakt weliswaar de informatiepositie van werknemers, maar zij kunnen zich ter compensatie voor de achteruitgang in hun informatiepositie voor schulden voortvloeiende uit door de groepsrechtspersoon aangegane rechtshandelingen, waaronder begrepen arbeidsovereenkomsten, wenden tot de moedermaatschappij. Als er bij de groepsrechtspersoon een ondernemingsraad is ingesteld, geldt evenmin een instemmingsrecht. Vanwege de hiervoor genoemde compensatie voor werknemers van de groepsrechtspersoon is daaraan mijns inziens geen behoefte. Ik merk nog op dat de groepsrechtspersoon ook bij het gebruik van het groepsregime gehouden is om zo spoedig mogelijk na vaststelling van de jaarrekening de jaarrekening ter bespreking aan de ondernemingsraad te verstrekken.¹⁸ Het gaat dan om de jaarrekening in de vorm waarin deze is vastgesteld. Deze jaarrekening moet ten minste voldoen aan de in art. 2:403 lid 1 onder a BW weergegeven minimuminrichtingsvereisten.

3.3.6 *Wijze en vorm van instemming*

De door aandeelhouders te verlenen instemming is feitelijk niets meer dan een wilsuiting die gericht is op het verlenen van toestemming voor het afwijken van de voorschriften van Titel 9 Boek 2 BW. Het bepaalde in art. 2:403 lid 1 onder b BW laat geen ruimte voor misverstanden: de instemming dient in de vorm van een schriftelijke verklaring te zijn verstrekt. In de hieraan voorafgegangene wetgeving – art. 13 lid 3 en later art. 38a WJO – stond geen schriftelijkheidsvereiste. Destijds was een mondelinge verklaring in beginsel toereikend.

17. Voor werknemers in dienst van de moedermaatschappij ligt dat anders. De door de moedermaatschappij afgelegde verklaring van hoofdelijke aansprakelijkstelling kan (potentieel) van grote invloed zijn op de financiële positie van de moedermaatschappij als werkgever van deze werknemers, en daarmee ook op de werkgelegenheid.

18. Art. 31a lid 2 WOR.

Wilsuiting kon zelfs blijken uit een gebaar, of stilzwijgend verleend worden, zij het dat daar achteraf conflicten of bewijsrechtelijke problemen over konden ontstaan.

Het komt mij voor dat in de situatie dat de er 100%-aandeelhouderschap is – en dus één instemmingsgerechtigde – een door de algemene vergadering in of buiten vergadering genomen besluit in de plaats van een afzonderlijke instemmingsverklaring kan treden.

Een eis aan de te hanteren taal is niet gesteld. Het ligt voor de hand dat een instemmingsverklaring wordt gesteld in de Nederlandse taal. Er kunnen evenwel instemmingsgerechtigden zijn die die taal niet machtig zijn. Er lijkt daarom niets op tegen te zijn als zij hun instemming geven in hun eigen taal, mits die taal toegankelijk is voor de vrij te stellen rechtspersoon. Is dit niet het geval dan zal de groepsrechtspersoon naar mijn mening kunnen verlangen dat aan hem een geautoriseerde vertaling in de Nederlandse of in een andere toegankelijke taal wordt verschaft. Het zou in het licht hiervan aanbeveling verdienen om in de wettelijke regeling aan te sluiten op het taalvereiste dat geldt voor de geconsolideerde jaarrekening, de accountantsverklaring en het bestuursverslag.

3.3.7 *Uiterste tijdstip van instemming*

Onder de tot de wetsaanpassing aan de vierde EEG-richtlijn geldende wetgeving was niet aangewezen naar welk moment aandeelhouders hun instemming dienden te hebben verleend, maar enkel dat de instemming er vóór afloop van het boekjaar moest zijn. Beckman¹⁹ acht het waarschijnlijk dat de wetgever daarmee beoogde vast te leggen dat voor toepassing van het groepsregime instemming verkregen moest zijn van degenen die per het einde van een boekjaar aandeelhouder waren. Dat waren degenen die recht hadden op een jaarrekening die beantwoordt aan de wettelijke inrichtingsvoorwaarden. Uit deze voorwaarde leidt Beckman af²⁰ dat de wetgever niet heeft gewild dat degenen die ná afloop van het boekjaar maar voor de vaststelling van de jaarrekening aandeelhouder zijn geworden het gebruik van het groepsregime konden verhinderen dan wel bewerkstelligen. Of de wetgever voormelde overweging inderdaad heeft gemaakt bij de totstandkoming van deze wettelijke bepalingen is niet duidelijk.

In art. 2:403 BW is voorgeschreven dat de instemming moet zijn verleend na de aanvang van een boekjaar waarvoor de vrijstelling is gewenst, maar vóór de vaststelling van de jaarrekening. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet nadrukkelijk waarom de instemming uiterlijk voorafgaand aan het

19. Beckman 1995 (diss.), p. 44.

20. Beckman 1995 (diss.), p. 89.

vaststellen van de jaarrekening moet zijn verkregen. Het lijkt mij aannemelijk dat aan die begrenzing een praktisch argument ten grondslag ligt, omdat zonder gebruik van het groepsregime van art. 2:403 BW openbaarmaking van de vastgestelde jaarrekening moet plaatsvinden binnen acht dagen nadat de jaarrekening is vastgesteld (art. 2:394 lid 1 BW).

Beckman wijst op een omstandigheid die de wetgever over het hoofd heeft gezien, althans waar niet over lijkt te zijn nagedacht, namelijk dat de instemminge is één van de constitutieve eisen voor het gebruik van het groepsregime is.²¹ Daar het bestuur van de groepsrechtspersoon de jaarrekening moet opmaken binnen de daarvoor geldende termijn is het aan hem om te bepalen op welke wijze hij de jaarrekening inricht, maar in elk geval moet hij de summierere inrichtingseisen van art. 2:403 BW in acht nemen. De opgemaakte jaarrekening moet binnen de opmaaktermijn ter inzage voor aandeelhouders worden gelegd. Ook moet nadien overlegging aan de algemene vergadering plaatsvinden. Het is aan de algemene vergadering om over de vaststelling te beslissen. In de huidige formulering van de instemmingsvoorwaarde is het mogelijk dat de instemmingen pas worden verkregen in de jaarvergadering waarin over de vaststelling van de jaarrekening wordt beslist. Als daarop wordt geanticipeerd kan aan de algemene vergadering een opgemaakte jaarrekening zijn voorgelegd die niet beantwoordt aan Titel 9 Boek 2 BW. Echter als de instemming wordt onthouden, zal alsnog een jaarrekening met inachtneming van de voorschriften van Titel 9 Boek 2 BW moeten worden opgemaakt alvorens tot vaststelling over te kunnen gaan. De door Beckman²² voorgestelde oplossing de uiterste termijn te koppelen aan het moment waarop de jaarrekening wordt opgemaakt, kan dit voorkomen.

Door de (verlengde) termijn voor het opmaken van de jaarrekening²³ als uiterste termijn te hanteren is gewaarborgd dat het bestuur de jaarrekening kan opmaken in overeenstemming met de relevante inrichtingsvereisten. Het gaat aldus om instemming van degenen die op dat moment aandeelhouder zijn.²⁴ Beckman noemt nog een andere oplossing.²⁵ Gebaseerd hierop zou de jaarrekening moeten worden opgemaakt onder de opschortende voorwaarden dat de instemming met het afwijken van de voorschriften van Titel 9 Boek 2 BW wordt

21. Beckman 1995 (diss.), p. 250.

22. Beckman 1995 (diss.), p. 250.

23. Met verlenging rekening houdend gaat het om tien maanden voor de NV, BV, coöperatie, ovm, art. 2:49 BW-vereniging en art. 2:300 BW-stichting. Voor de fbv's, niet vallend onder het recht van een lidstaat, is de uiterste termijn na verlenging elf maanden.

24. Als de regeling ook voor stichtingen mogelijk zou zijn, gaat het om degenen die ten tijde van het opmaken van de jaarrekening lid zijn van het tot vaststelling van de jaarrekening bevoegde orgaan van de stichting.

25. Beckman 1995 (diss.), p. 251).

verkregen van alle instemmingsgerechtigden, de gerechtigdheid tot instemming er moet zijn ten tijde van de vaststelling van de jaarrekening en het tot vaststelling van de jaarrekening bevoegde orgaan van de rechtspersoon niet anders besluit.

Omdat in onze wetgeving niet is voorgeschreven dat een jaarrekening moet worden vastgesteld,²⁶ is het mogelijk dat de jaarrekening van de groepsrechtspersoon niet wordt vastgesteld en dat desondanks gebruik wordt gemaakt van het groepsregime zonder dat er aan de instemmingsvoorwaarde is voldaan. Gesteld dat onze wetgever de instemmingsvoorwaarde – in overeenstemming met de unitaire regeling – een constitutief karakter heeft willen geven, zou daaruit ook moeten voortvloeien dat als geen vaststelling van de jaarrekening heeft plaatsgevonden aan het instemmingsvereiste moet zijn voldaan op het moment dat de jaarrekening uiterlijk openbaar moet worden gemaakt.²⁷ Het gaat dan om de instemming van degenen die op dat moment daartoe gerechtigd zijn.

3.3.8 *Wijziging in aantal en/of samenstelling instemmingsgerechtigden*

Het aantal en/of de samenstelling van de instemmingsgerechtigden kunnen in het tijdsbestek tussen de aanvang van het vrij te stellen boekjaar en het einde van dat jaar respectievelijk het tijdstip van opmaken dan wel van het openbaar maken van de jaarrekening over dat boekjaar wijzigen. Die wijziging kan ontstaan doordat instemmingsgerechtigden de door hen gehouden aandelen geheel of ten dele overdragen aan een ander en/of doordat de vrij te stellen rechtspersoon aandelen plaatst bij anderen, respectievelijk door toetreding of uittreding van leden of vennoten. Bij toetreding van nieuwe leden, vennoten of nieuwe aandeelhouders ten gevolge van bij anderen geplaatste aandelen, zal hun instemming ook vereist zijn.

Als een aandeelhouder al zijn aandelen aan een ander overdraagt en hij met de toepassing van de afwijking van de voorschriften van Titel 9 Boek 2 BW al voordien heeft ingestemd, wordt van belang wat die wijziging betekent voor de eerder gegeven instemming. Er zijn dan twee mogelijkheden, ten eerste de gegeven instemming behoudt haar werking, ten tweede de gegeven instemming verliest haar werking. In het eerste geval kan de in de plaats tredende instemmingsgerechtigde pas in het volgende jaar meebeslissen over het al dan niet toepassen van het groepsregime. In het tweede geval zal de in de plaats tredende instemmingsgerechtigde zich moeten beraden omtrent het verlenen van instemming. Normaliter zal er als er maar één instemmingsgerechtigde is, geen probleem zijn zolang hij enig aandeelhouder blijft. Zodra er ook andere instemmingsgerechtigden bijkomen ligt dit anders: zij zouden

26. En ook zijn er niet altijd vaststellingsbepalingen opgenomen, zoals het geval is voor de contractuele kapitaalvennootschappen als omschreven in art. 2:360 lid 2 BW.

27. Voor rechtspersonen als omschreven in art. 2:360 BW geldt een uiterste termijn van twaalf maanden na afloop van het boekjaar (art. 2:394 lid 3 BW).

tegen het gebruik van het groepsregime kunnen zijn. Dit toont tevens het belang van de instemmingsverklaring(en) aan. Zonder een dergelijke constitutieve voorwaarde voor het gebruik van het groepsregime zou een moedermaatschappij met een meerderheidsbelang steeds zonder tussenkomst van eventuele andere instemmingsgerechtigden tot toepassing van het groepsregime kunnen besluiten.

Daar de wettekst geen uitsluitel geeft en ook in parlementaire geschiedenis geen duidelijke aanknopingspunten te vinden zijn voor hetgeen geldt in geval van wijziging in het aantal en/of de samenstelling van de instemmingsgerechtigden val ik terug op de ratio van de instemmingsvoorwaarde: het bieden van een waarborg die inhoudt dat buiten de groep staande instemmingsgerechtigden ieder een blokkerende stem hebben ten aanzien van de beslissing van de groepsrechtspersoon tot het gebruik van het groepsregime. Bezien vanuit die optiek is de eerste door mij genoemde mogelijkheid niet aanvaardbaar en kan gebruik van het groepsregime enkel aan de orde zijn wanneer ook de in de plaats getreden persoon/personen zijn/hun instemming(en) hebben gegeven.

Daargelaten de gekozen optiek komt bij een tussentijdse wisseling in het aantal en/of de samenstelling van de bij de groepsrechtspersoon betrokken instemmingsgerechtigden de vraag op of de behoorlijke taakvervulling van een bestuurder al niet meebrengt dat hij zich ervan vergewist welke optiek wordt gekozen. Naar mijn mening is een bestuurder daartoe zeker gehouden als hij er van op de hoogte is dat er instemmingsgerechtigden zijn die geen instemming willen verlenen. Er is geen goede reden om aandeelhouders die hun aandelen hebben verkocht, invloed te laten houden op het al dan niet gebruiken van het groepsregime. Het zou daarom gewenst zijn in de wettelijke regeling expliciet op te nemen dat het gaat om die aandeelhouders die ten tijde van het opmaken van de jaarrekening dan wel ten tijde van de besluitvorming omtrent de vaststelling van de jaarrekening van de groepsrechtspersoon aandeelhouder zijn van de groepsrechtspersoon, respectievelijk als op het moment dat openbaarmaking van de jaarrekening plaats zou moeten vinden, nog geen vaststelling van de jaarrekening heeft plaatsgevonden, aandeelhouder zijn ten tijde dat die openbaarmaking plaats moet vinden.

3.3.9 *Instemmingsbevoegdheid bij instemmingsgerechtigde*

Zoals eerder opgemerkt is voor het gebruik van het groepsregime vereist dat de aandeelhouders van de groepsrechtspersoon daarvoor instemming verlenen. Een deel van die aandeelhouders hoeft niet dezelfde te zijn als die van de moedermaatschappij of van de met deze maatschappij in een groep verbonden maatschappijen. Dat is vaak niet het geval. Wanneer de moedermaatschappij rechtstreeks aandeelhouder is van de groepsrechtspersoon, is zij de instemmingsgerechtigde of één van de instemmingsgerechtigden.

De aandeelhouder die instemming moet verlenen, kan een natuurlijk persoon zijn, maar niet zelden zal die instemmingsgerechtigde een rechtspersoon of een personenvennootschap zijn. Wettelijk is bepaald dat het bestuur van een rechtspersoon belast is met het besturen van die rechtspersoon. In de statuten kan die bevoegdheid zijn beperkt. De algemene vergadering van een rechtspersoon (of vergelijkbaar orgaan als het om een stichting gaat²⁸) heeft enkel die bevoegdheden die niet (op basis van de wet of statuten) aan het bestuur (of andere organen) zijn opgedragen. Bij personenvennootschappen is ieder van de vennoten in beginsel bevoegd tot vertegenwoordiging, behoudens commanditaire vennoten. In een vennootschapsovereenkomst kan evenwel zijn bepaald dat het besturen van een vennootschap (in algemene zin dan wel als specifieke bevoegdheid) is opgedragen aan een bestuur, bestaande uit één of meer van de vennoten in de vennootschap.

Afgezien van de geldende afspraken (uit statuten of vennootschapsovereenkomst) kan de aard van een besluit evenwel van invloed zijn op de beoordeling van het ter zake vertegenwoordigingsbevoegde orgaan. De beslissing van een instemmingsgerechtigde rechtspersoon of vennootschap om aan een groepsrechtspersoon instemming tot afwijking van de inrichtingsvoorschriften van Titel 9 Boek 2 BW te verlenen, is evenwel niet van zodanige aard dat een afwijkende bevoegdheidsbepaling moet worden aangenomen. Er is geen wettelijke bepaling waaruit blijkt dat ten aanzien van een dergelijk besluit deze bevoegdheid toekomt aan de algemene vergadering of aan de aandeelhouders of leden van de rechtspersoon die instemmingsgerechtigd is. Als in de statuten of vennootschapsovereenkomst geen andere regeling is opgenomen en evenmin een bijzondere goedkeuringsvoorwaarde aan bijvoorbeeld een raad van commissarissen is toegekend, valt een dergelijk besluit binnen de reguliere vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur van de instemmingsgerechtigde rechtspersoon of personenvennootschap als er bij deze sprake is van een bestuur.

3.3.10 *Herroeping van verleende instemming*

Er zijn situaties in te denken waarin de instemmingsgerechtigde(n) de door hem (hen) verleende instemming wenst (wensen) te herroepen. De reden daarvoor kan zijn gelegen in een wisseling in de samenstelling of het aantal van de instemmingsgerechtigden maar ook in een wijziging in de relevante

28. Tot het besturen van de stichting is bevoegd het bestuur (art. 2:291 BW). Het bestuur van een onder Titel 9 Boek 2 BW vallende stichting is het orgaan dat de jaarrekening opmaakt; de bestuurders en als er een toezichthoudend orgaan is, de leden ervan moeten de jaarrekening ondertekenen (art. 2:300 lid 1 en lid 2 BW). De bevoegdheid tot vaststelling van de jaarrekening komt toe aan het daartoe volgens de statuten aangewezen orgaan. Indien de statuten deze bevoegdheid niet aan enig orgaan verlenen, komt deze toe aan het toezichthoudende orgaan en bij gebreke daarvan aan het bestuur (art. 2:300 lid 3 BW).

externe omstandigheden (bijvoorbeeld een wijziging van de (financiële) positie van de betrokken groepsrechtspersonen, een verandering van strategie, een voorgenomen toe- of uittreding). In het geval de instemming is verleend door middel van een besluit van de enige instemmingsgerechtigde (100%-aandeelhouder) gaat het om herroeping van een aandeelhoudersbesluit in formele zin. In het geval instemming (enkel) door (afzonderlijke) wilsuiking is verleend, gaat het om herroeping van een wilsverklaring. Een wilsverklaring of een besluit tot instemming kan door een nieuwe verklaring of een nieuw besluit worden herroepen. Dit betekent niet dat de eerste verklaring of het eerste besluit met terugwerkende kracht ongedaan wordt gemaakt.²⁹ De herroeping leidt er wel toe dat de nog niet ter uitvoering van het eerste besluit verrichte (rechts)handelingen niet langer mogen worden verricht.

3.4 Afsluitende conclusie

Daar de instemmingsvoorwaarde als achtergrond heeft de bescherming van degenen die in een minderheidspositie tot de rechtspersoon staan, verdient het aanbeveling te bepalen dat ook anderen met vergaderrechten met het gebruik van de regeling moeten instemmen, maar in ieder geval certificaathouders van certificaten die met medewerking van de rechtspersoon zijn uitgegeven.

Anders dan in de unitaire regeling kan van het groepsregime gebruik worden gemaakt zonder dat alle instemmingsgerechtigden met het gebruik ervan hebben ingestemd door niet tot vaststelling van de jaarrekening over te gaan. Ook omdat niet duidelijk is welke aandeelhouders, leden of vennoten naar welk moment met het gebruik van het groepsregime moeten instemmen en op welk moment uiterlijk die instemming gegeven moet zijn, is het gewenst dat hierover duidelijkheid in de regeling komt. Die duidelijkheid is er indien bepaald zou worden dat de instemmingsgerechtigden degenen zijn die aandeelhouder, lid of vennoot zijn op het moment dat over de vaststelling van de jaarrekening wordt beslist dan wel als op het moment dat de jaarrekening gedeponneerd had moeten worden, geen vaststelling heeft plaatsgevonden, op dát moment. Daarmee wordt bereikt dat de instemmingen er uiterlijk moeten zijn op de dag waarop zonder gebruikmaking van het groepsregime, de jaarrekening had moeten worden gedeponneerd.

Voor stichtingen die onder Titel 9 Boek 2 BW vallen, moeten de bewoordingen van de instemmingsvoorwaarde worden aangevuld met de zinsnede dat instemming is vereist van al degenen die ten tijde van de vaststelling van de jaarrekening deel uitmaken van het tot vaststelling van de jaarrekening bevoegde orgaan, dan wel als op het moment dat de jaarrekening gedeponneerd had moeten worden geen vaststelling heeft plaatsgevonden, op dát moment.

29. Zie Asser/Maeijer & Kroeze 2015 (2-I*), nr. 297.

INSTEMMINGSVOORWAARDE

Een oplossing voor de complicaties die aan de orde kunnen zijn bij een groot aantal instemmingsgerechtigden zou kunnen worden gevonden door de instemming niet te verlangen van 100% van de vergadergerechtigden maar bijvoorbeeld van een grens van 95%, mij daarbij realiserend dat zulks zonder richtlijnwijziging niet mogelijk is voor de onder die richtlijn vallende vennootschappen.

Om te waarborgen dat de instemmingsverklaringen toegankelijk zijn voor de vrij te stellen groepsrechtspersoon en de belanghebbenden bij deze rechtspersoon zou mijns inziens aan de wettelijke regeling een taaleis moeten worden toegevoegd, aansluitend op het vereiste dat geldt voor de geconsolideerde jaarrekening, de accountantsverklaring en het bestuursverslag.

Hoofdstuk 4. Consolidatievoorwaarde

Een andere voorwaarde voor het gebruik van het groepsregime is dat de financiële gegevens van de tot de groep behorende rechtspersoon op geconsolideerde wijze zijn verwerkt in de geconsolideerde jaarrekening van de maatschappij die verklaard heeft zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de schulden uit rechtshandelingen van de rechtspersoon. In paragraaf 4.1 komt het in de EU richtlijn jaarrekeningen over de consolidatievoorwaarde bepaalde aan de orde, met de uitwerking ervan in de drie andere lidstaten die de optionele vrijstellingsregeling in hun wetgevingen hebben overgenomen in paragraaf 4.2. Daarna ga ik in op de consolidatievoorwaarde in onze wetgeving (paragraaf 4.3). Een afsluitende conclusie met betrekking tot het Nederlandse groepsregime in het licht van de richtlijn en de uitwerking in de drie andere lidstaten trek ik in paragraaf 4.4. In mijn analyse laat ik de vervulling van de andere voorwaarden voor het gebruik van het groepsregime buiten beschouwing.

4.1 EU richtlijn jaarrekeningen

De in paragraaf 2.1.2 weergegeven optionele vrijstellingsregeling kent als elementen van de consolidatievoorwaarde:

- de moederonderneming valt onder het recht van een lidstaat;
- de dochteronderneming is opgenomen in de geconsolideerde jaarrekening die door de moederonderneming overeenkomstig deze richtlijn wordt opgesteld;
- de vrijstelling wordt gemeld in de toelichting van de door de moederonderneming opgestelde geconsolideerde jaarrekening.

Het *eerste* element is opgenomen in onderdeel 1 van art. 37 Richtlijn 2013/34/EU, en luidt in de Franse, Engelse, respectievelijk Duitse versie ‘l’entreprise mère relève du droit d’un État membre’, ‘the parent undertaking is subject to the laws of a Member State’ en ‘das Mutterunternehmen unterliegt dem Recht eines Mitgliedstaats’. Het *tweede* element is weergegeven in onderdeel 5 van dit artikel, en luidt in de Franse, Engelse respectievelijk Duitse versie ‘l’entreprise filiale figure dans les états financiers consolidés établis par l’entreprise mère conformément à la présente directive’, ‘the subsidiary undertaking is included

HOOFDSTUK 4

in the consolidated financial statements drawn up by the parent undertaking in accordance with this Directive’ en ‘das Tochterunternehmen ist in den von dem Mutterunternehmen nach dieser Richtlinie aufgestellten konsolidierten Abschluss einbezogen’. Het *derde* element is vermeld in onderdeel 6 van art. 37 Richtlijn 2013/34/EU en luidt in de Franse, Engelse respectievelijk Duitse versie ‘l’exemption est mentionnée dans l’annexe aux états financiers consolidés établis par l’entreprise mère’, ‘the exemption is disclosed in the notes to the consolidated financial statements drawn up by the parent undertaking’ en ‘die Befreiung wird im Anhang des vom Mutterunternehmen aufgestellten konsolidierten Abschlusses angegeben’.

In de preambule van de richtlijn is over de consolidatie overwogen (overweging 31) dat de geconsolideerde financiële overzichten ‘de activiteiten van een moederonderneming en haar dochterondernemingen als activiteiten van één economische eenheid (een groep) (moet) presenteren’. Daarnaast is overwogen (overweging 34) dat de consolidatie ‘alle activa en passiva, alsmede alle baten en lasten van de ondernemingen binnen een groep omvatten’ en dat ‘de noodzakelijke correcties moeten (...) worden aangebracht om de gevolgen van de financiële betrekkingen tussen de in de consolidatie opgenomen ondernemingen te laten wegvallen’. De aanduiding ‘geconsolideerde financiële overzichten’ is in art. 37 Richtlijn 2013/34/EU niet gepreciseerd. De gangbare aanduiding in Nederland is geconsolideerde jaarrekening, een terminologie die ik dan ook hanteer.

4.1.1 *Recht van een lidstaat*

In het kader van de consolidatievoorwaarde is unitair vastgelegd dat de moederonderneming onder het recht van een lidstaat moet vallen. Dit heeft tot gevolg dat als deze moederonderneming niet onder het recht van een lidstaat valt, de vrijstellingsregeling niet aan de orde kan komen. Wel is het mogelijk om voor dat doel een onder het recht van een lidstaat vallende tussenhoudstermaatschappij te gebruiken. Deze geldt dan in het kader van deze vrijstellingsregeling als moederonderneming.

4.1.2 *Geconsolideerde jaarrekening*

De moederonderneming moet als zij haar dochteronderneming in de gelegenheid wil stellen om de vrijstelling te benutten, een geconsolideerde jaarrekening overeenkomstig EU richtlijn jaarrekeningen opstellen, ook in de gevallen dat zij daarvan is vrijgesteld. De verplichting tot opstelling van een geconsolideerde jaarrekening is er als zij door haar beheerste ondernemingen (dochterondernemingen) heeft. Omtrent de beheersing zijn in de richtlijn maatstaven

geformuleerd. Zij komen er op neer dat consolidatieplicht op de moederonderneming rust, als zij:

- de meerderheid bezit van de stemrechten van de aandeelhouders of vennoten in een andere onderneming (een dochteronderneming);¹
of
- het recht heeft de meerderheid van de leden van het besturend, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van een andere onderneming (een dochteronderneming) te benoemen of te ontslaan, en tevens aandeelhouder of vennoot in die onderneming is;²
of
- als aandeelhouder of vennoot het recht heeft overheersende invloed uit te oefenen op een onderneming (een dochteronderneming) krachtens een met deze onderneming gesloten overeenkomst of een bepaling in de statuten van die onderneming;³
of
- als aandeelhouder of vennoot op grond van een overeenkomst met andere aandeelhouders, als enige de meerderheid van de stemrechten van de aandeelhouders of vennoten beheerst.⁴

Deze vier maatstaven moet een lidstaat in de nationale wetgeving opnemen.⁵ Beperkingen hierop zijn niet toegestaan. Wel kunnen lidstaten – maar zij zijn er niet toe verplicht – ook de consolidatieplicht voor een moederonderneming als aandeelhouder van of vennoot in een andere onderneming voorschrijven indien van die andere onderneming de meerderheid van de leden van het besturend, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan die gedurende het boekjaar, het voorafgaande boekjaar en tot aan de opstelling van de geconsolideerde jaarrekening in functie zijn, door haar worden benoemd, enkel door uitoefening van haar stemrechten.⁶ Deze mogelijkheid is er evenwel niet als een

1. Art. 22 lid 1 onderdeel a Richtlijn 2013/34/EU.

2. Art. 22 lid 1 onderdeel b Richtlijn 2013/34/EU.

3. Art. 22 lid 1 onderdeel c Richtlijn 2013/34/EU. Het zijn van aandeelhouder of vennoot hoeft een lidstaat niet voor te schrijven. Als een lidstaat dergelijke beperkingen niet kent, behoeft deze lidstaat deze bepaling niet toe te passen.

4. Art. 22 lid 1 onderdeel d, ii) Richtlijn 2013/34/EU. Een lidstaat kan nadere eisen betreffende de vorm en inhoud van die overeenkomst vaststellen.

5. Behoudens als het opgemerkte in twee voetnoten eerder aan de orde is. Dan gaat het om drie maatstaven.

6. Art. 22 lid 1 onderdeel d, i) Richtlijn 2013/34/EU. Lidstaten kunnen als voorwaarde stellen dat de stemrechten ten minste 20% van het totaal vertegenwoordigen.

HOOFDSTUK 4

derde partij tegenover die onderneming de rechten heeft als bedoeld in de hierboven opgesomde eerste drie maatstaven.

Daarnaast staat het lidstaten vrij de consolidatieplicht binnen de grenzen van art. 22 lid 2 Richtlijn 2013/34/EU uit te breiden. In die gevallen wordt de consolidatieplichtige onderneming eveneens moederonderneming genoemd en de in de consolidatie op te nemen onderneming dochteronderneming. Het kan gaan om de volgende gevallen:

- een onderneming kan op een andere onderneming een overheersende invloed respectievelijk control uitoefenen dan wel oefent feitelijk een overheersende invloed of control uit;⁷
- een onderneming en een andere onderneming staan onder centrale leiding⁸ van de onderneming.

Eveneens kunnen lidstaten voorschrijven dat buiten moeder- en dochterverhoudingen als bedoeld in art. 22 leden 1 en 2 Richtlijn 2013/34/EU een onderneming consolidatieplichtig is:

- indien deze onderneming en één of meer andere ondernemingen onder centrale leiding staan krachtens een met deze onderneming gesloten overeenkomst of krachtens de oprichtingsakte of statuten van die andere onderneming;⁹
- indien de besturende, de leidinggevende of de toezichthoudende organen van deze onderneming en die van één of meer andere ondernemingen gedurende het boekjaar en tot de opstelling van de geconsolideerde jaarrekening in meerderheid uit dezelfde personen bestaan.¹⁰

Het gaat in deze gevallen om wat wel wordt genoemd nevengeschikte maatschappijen die horizontaal worden geconsolideerd. Hoewel in Richtlijn 2013/34/EU dat niet wordt gedaan, noem ik ook in deze gevallen de consoliderende maatschappij moederonderneming.

Het weergegevene over de consolidatieplicht is overwegend gebaseerd op de Nederlandstalige tekst van de richtlijn. Voor andere lidstaten is vanzelfsprekend bepalend de tekst in de voor hen geldende talen. Die tekst(en) in de andere

7. In de Nederlandse tekst van Richtlijn 2013/34/EU staat ‘een overheersende invloed of zeggenschap kan uitoefenen of feitelijk uitoefent’. In de Franse, Engelse respectievelijk Duitse tekst staat: *peut exercer ou exerce effectivement une influence dominante ou un contrôle*, ‘has the power to exercise, or actually exercises, dominant influence or control’, ‘einen beherrschenden Einfluss auf oder die Kontrolle über’.

8. De ‘centrale leiding’ is in de Franse, Engelse respectievelijk Duitse tekst weergegeven met ‘*placées sous une direction unique*’, ‘managed on a unified basis by the parent undertaking’ en ‘*unter einheitlicher Leitung des Mutterunternehmens stehen*’.

9. Art. 22 lid 7 onderdeel a Richtlijn 2013/34/EU.

10. Art. 22 lid 7 onderdeel b Richtlijn 2013/34/EU.

talen komen inhoudelijk op hetzelfde neer, behoudens hier niet van belang zijnde geringe verschillen.

De richtlijn voorziet – behalve voor organisaties van openbaar belang – in vrijstelling van consolidatieplicht voor micro-ondernemingen¹¹ en ondernemingen met een kleine groep,¹² en biedt aan de lidstaten de mogelijkheid ondernemingen met een middelgrote groep van consolidatieplicht vrij te stellen.¹³ Tevens zijn er vrijstellingen van consolidatieplicht voor een moederonderneming, ook al is deze een organisatie van openbaar belang, indien zij uitsluitend dochterondernemingen heeft die alle uit de consolidatie kunnen worden gelaten¹⁴ respectievelijk indien zij alleen dochterondernemingen heeft die individueel noch collectief van wezenlijk belang zijn.¹⁵ Voorts zijn er voor niet-beursgenoteerde moederondernemingen die tussenhoudstermaatschappij zijn, vrijstellingen¹⁶ van respectievelijk mogelijkheden tot vrijstelling van consolidatieplicht.¹⁷

Als een moederonderneming een geconsolideerde jaarrekening opstelt, moet zij al haar dochterondernemingen, ongeacht de zetel van die dochterondernemingen in haar consolidatiekring opnemen,¹⁸ met dien verstande dat het in art. 23 lid 9 Richtlijn 2013/34/EU is toegestaan om een dochteronderneming buiten de consolidatiekring te laten in de volgende gevallen:

- a. de zeer uitzonderlijke situatie dat de voor de consolidatie benodigde gegevens van een dochteronderneming, niet zonder onevenredige kosten of onverantwoorde vertraging kunnen worden verkregen;
- b. de aandelen in de dochteronderneming worden uitsluitend met het oog op latere vervreemding gehouden;
- c. er zijn ingrijpende en langdurige beperkingen die in wezenlijke mate:

11. Art. 36 Richtlijn 2013/34/EU.

12. Art. 23 lid 1 Richtlijn 2013/34/EU.

13. Art. 23 lid 2 Richtlijn 2013/34/EU.

14. Art. 23 lid 9 Richtlijn 2013/34/EU.

15. Art. 23 lid 10 Richtlijn 2013/34/EU.

16. In art. 23 lid 3 en lid 4 Richtlijn 2013/34/EU is een vrijstelling van consolidatieplicht opgenomen voor de situatie dat de onder het recht van een lidstaat vallende moederonderneming van een 100%-respectievelijk ten minste 90%-tussenhoudstermaatschappij, deze tussenhoudstermaatschappij en haar dochterondernemingen reeds consolideert. Deze vrijstelling moet door de lidstaten worden overgenomen.

17. In art. 23 lid 5 en lid 8 Richtlijn 2013/34/EU is een optionele vrijstelling van consolidatieplicht voor een tussenhoudstermaatschappij opgenomen voor het geval dat een moederonderneming die onder het recht van een lidstaat valt (lid 5) respectievelijk niet onder het recht van een lidstaat valt (lid 8), deze tussenhoudstermaatschappij en haar dochterondernemingen reeds consolideert.

18. Art. 22 lid 6 Richtlijn 2013/34/EU.

HOOFDSTUK 4

- de moederonderneming bemoeilijken in de uitoefening van haar rechten ten aanzien van het vermogen of in de uitoefening van het bestuur over deze dochteronderneming; of
- de uitoefening van de centrale leiding over die onderneming bemoeilijken bij horizontale consolidatie ex art. 22 lid 7 Richtlijn 2013/34/EU.¹⁹

Daar voor het gebruik van de vrijstelling door een dochteronderneming als constitutief vereiste geldt dat de moederonderneming deze dochteronderneming moet hebben verwerkt in haar geconsolideerde jaarrekening, kan deze dochteronderneming niet buiten de consolidatie worden gelaten. In de richtlijn is voorts bepaald²⁰ dat als in de loop van een boekjaar een aanmerkelijke wijziging optreedt in de samenstelling van de in de consolidatie opgenomen ondernemingen, de geconsolideerde jaarrekening inlichtingen moet bevatten die een zinvolle vergelijking van achtereenvolgende geconsolideerde jaarrekeningen mogelijk maakt.

Is een moederonderneming van de consolidatieplicht vrijgesteld of kan zij van een bevoegdheid om consolidatie achterwege te laten gebruik maken, dan zal zij als een dochteronderneming van de vrijstellingsregeling gebruik wil maken, toch een geconsolideerde jaarrekening moeten opstellen met daarin verwerkt de financiële gegevens van deze dochteronderneming.

Het op geconsolideerde wijze verwerken van een dochteronderneming in de geconsolideerde jaarrekening van een moederonderneming dient integraal plaats te vinden, dat wil zeggen dat de activa en passiva respectievelijk de baten en lasten van de in de consolidatie opgenomen ondernemingen volledig in de geconsolideerde balans respectievelijk in de geconsolideerde winst-en-verliesrekening moeten worden opgenomen,²¹ onder eliminatie van onderlinge transacties en geconsolideerd niet-gerealiseerde resultaten.

4.1.3 *Geconsolideerd bestuursverslag*

Uit de in de EU richtlijn jaarrekeningen opgenomen openbaarmakingsvoorwaarde is af te leiden dat de moederonderneming ook een in overeenstemming

19. Het gaat om dochterondernemingen die (a) onder centrale leiding van de moederonderneming staan krachtens een met de moederonderneming gesloten overeenkomst, de oprichtingsakte of statuten van de dochteronderneming of (b) waarvan de besturende, de leidinggevende of de toezichthoudende organen gedurende het boekjaar en tot de opstelling van de geconsolideerde financiële overzichten in meerderheid uit dezelfde personen bestaan als van de moederonderneming.

20. Art. 24 lid 9 Richtlijn 2013/34/EU.

21. Art. 24 leden 2 en 4, leden 5 en 6, en lid 7 Richtlijn 2013/34/EU (integrale consolidatietechniek).

met de EU richtlijn jaarrekeningen ingericht geconsolideerd bestuursverslag moet opstellen met daarin verwerkt informatie over de vrijgestelde dochteronderneming. Hoewel de EU richtlijn jaarrekeningen voorziet in vrijstellingen voor opstelling van het bestuursverslag voor ondernemingen met micro jaarrekeningregime respectievelijk klein jaarrekeningregime, zijn zij niet aan de orde in het kader van de vrijstelling vanwege het constitutieve karakter van de consolidatievoorwaarde.

4.1.4 Controleverklaring bij geconsolideerde stukken

Uit de openbaarmakingsvoorwaarde is af te leiden dat in het kader van de vrijstelling de geconsolideerde stukken ook door een accountant moeten zijn gecontroleerd, met een vastlegging van de uitkomsten daarvan in een accountantsverklaring (controleverklaring), ook al zou er vrijstelling van controleplicht bestaan. Dat is begrijpelijk omdat aan accountantscontrole een zekere waarborg mag worden toegekend, te weten een bepaalde mate van zekerheid omtrent de juistheid en de volledigheid van de in de geconsolideerde stukken gepresenteerde financiële gegevens. Ook krijgen de schuldeisers een afgeleide zekerheid.²²

4.1.5 Te hanteren taal

In de EU richtlijn jaarrekeningen is met betrekking tot de geconsolideerde jaarrekening, het geconsolideerd bestuursverslag of de controleverklaring als zodanig geen taaleis gesteld. Uit het bepaalde omtrent openbaarmaking in de unitaire regeling blijkt dat er eisen zijn gesteld aan de te hanteren taal.²³

4.1.6 Opgaaf vrijstelling in geconsolideerde jaarrekening

In de unitaire vrijstellingsregeling is voorgeschreven dat als een dochteronderneming van de vrijstelling gebruik maakt, de consoliderende maatschappij in de toelichting van haar geconsolideerde jaarrekening moet opgeven voor welke dochterondernemingen de vrijstelling is benut; een vormvoorschrift is hierbij niet gesteld.²⁴ Het opgaafvereiste is als een constitutieve voorwaarde geformuleerd met als consequentie dat als voor een dochteronderneming de opgaaf niet heeft plaatsgevonden, deze dochteronderneming van de vrijstellingsregeling geen gebruik kan en mag maken.

22. In geval van een beroepsfout van de accountant hebben zij als derden die zijn afgegaan op de – naar later gebleken – onterecht goedkeurende accountantsverklaring mogelijk een vordering op grond van onrechtmatig handelen door de accountant. Zie over accountantssaansprakelijkheid Brink-van der Meer 2019 (diss.).

23. Art. 14 onder f, jo. art. 21 jo. art. 16 Richtlijn 2017/1132/EU.

24. Art. 37 lid 1 onderdeel 6 Richtlijn 2013/34/EU.

HOOFDSTUK 4

4.2 Lidstaten met een optioneel vrijstellingsregime

De wijze waarop de drie lidstaten buiten Nederland de consolidatievoorwaarde in hun wetgevingen hebben verwerkt, wordt beknopt in deze paragraaf weergegeven.

4.2.1 *Luxemburgse wetgeving*

De in paragraaf 2.2.1 weergegeven vrijstellingsregeling laat zien dat de consolidatievoorwaarde vrijwel letterlijk overeenkomt met de elementen van de in de EU richtlijn jaarrekeningen opgenomen consolidatievoorwaarde. De betrokken elementen van de consolidatievoorwaarde zijn:

- l'entreprise mère relève du droit d'un Etat membre des Communautés européennes;
- la société filiale est incluse dans les comptes consolidés établis par l'entreprise mère conformément à la directive du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 54, paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes consolidés (dite «septième directive») ou conformément aux normes comptables internationales adoptées dans le cadre de la procédure prévue à l'article 6, paragraphe 2 du règlement (CE) No 1606/2002 du Parlement et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales;
- l'exemption indiquée ci-avant est mentionnée dans l'annexe des comptes consolidés établis par l'entreprise mère.

In Titre XVIII van de Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales dans sa version cordonnée par le règlement du 5 décembre 2017 zijn de wettelijke bepalingen met betrekking tot consolidatie opgenomen. Ook is gebruik gemaakt van de in Verordening (EG) 1606/2002 opgenomen bevoegdheid om inrichting volgens de in de Verordening aangewezen internationale standaarden van jaarrekeningen mogelijk te maken.

4.2.2 *Ierse wetgeving*

In de in paragraaf 2.2.2 voor companies weergegeven vrijstellingsregeling is de consolidatievoorwaarde in de volgende elementen weergegeven, waarbij company verwijst naar de vrij te stellen dochteronderneming:

- a holding undertaking established under the laws of an EEA state;
- the statutory financial statements of the company for that financial year are consolidated in the consolidated accounts prepared by the holding;
- the exemption of the company under this section is disclosed in a note to those consolidated accounts;
- the consolidated accounts of the holding undertaking are drawn up in accordance with the requirements of the Accounting Directive or in accordance with international financial reporting standards and are audited in accordance with Clause 34 of that Directive.

Hieruit blijkt dat de elementen van de consolidatievoorwaarde nauwkeurig overeenstemmen met de elementen van de consolidatievoorwaarde in de unitaire vrijstellingsregeling. Wat de inrichtingsvoorschriften betreft waaraan de geconsolideerde jaarrekening²⁵ moet voldoen, wordt verwezen naar Richtlijn 2013/34/EU en blijkt dat ook inrichting volgens IFRS mogelijk is.²⁶ In de wetgeving wordt onder IFRS verstaan de in Verordening (EG) 1606/2002 aangewezen internationale standaarden voor jaarrekeningen.²⁷

Uit de vrijstellingsregeling blijkt dat als de openbaargemaakte geconsolideerde stukken in een andere taal dan de Engelse of Ierse taal zijn gesteld, daaraan een vertaling ervan in de Engelse of Ierse taal moet worden gehecht, op de voorgeschreven wijze gewaarmerkt als een correcte vertaling.²⁸

4.2.3 Duitse wetgeving

De in paragraaf 2.2.3 weergegeven consolidatievoorwaarde in de vrijstellingsregeling houdt in dat vrijstelling aan de orde is wanneer:

- eines Mutterunternehmens mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum;
- die Kapitalgesellschaft, die als Tochterunternehmen in den Konzernabschluss (...) einbezogen ist;
- der Konzernabschluss und der Konzernlagebericht des Mutterunternehmens sind nach den Rechtsvorschriften des Staates, in dem das Mutterunternehmen seinen Sitz hat, und im Einklang mit folgenden Richtlinien aufgestellt und geprüft worden:
 - a. Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates (ABl. L 182 vom 29. 6. 2013, S. 19),
 - b. Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates (ABl. L 157 vom 9. 6. 2006, S. 87), die durch die Richtlinie 2013/34/EU (ABl. L 182 vom 29. 6. 2013, S. 19) geändert worden ist;
- die Befreiung des Tochterunternehmens ist im Anhang des Konzernabschlusses des Mutterunternehmens angegeben (...).

Uit de weergegeven regeling blijkt dat de dochteronderneming betrokken moet zijn in de in overeenstemming met de unitaire richtlijnen geconsolideerde jaarrekening van de moederonderneming. Bij beursnotering moet de geconsolideerde jaarrekening in overeenstemming met EU IFRS zijn ingericht; zonder beursnotering is vrijwillige toepassing mogelijk.²⁹

25. Met consolidated accounts wordt bedoeld: group financial statements prepared by the company (section 299 (7) jo. section 357 (3) CA 2014).

26. Section 290 (3) CA 2014.

27. Section 274 CA 2014.

28. Section 357 (2) jo. (1) CA 2014.

29. § 315e HGB.

HOOFDSTUK 4

Als te hanteren taal geldt – indirect via de openbaarmakingsvoorwaarde – dat de geconsolideerde stukken zijn gesteld in de Duitse of Engelse taal en zo niet, dat er een beëdigde vertaling in de Duitse taal moet zijn.³⁰ Voorgeschreven is dat in de toelichting van de geconsolideerde jaarrekening van de moederonderneming het gebruik van de vrijstelling moet worden vermeld. Niet is voorgeschreven te vermelden welke dochterondernemingen van de vrijstelling gebruikmaken.³¹

4.3 Nederlandse wetgeving

In de in paragraaf 2.3.3 weergegeven vrijstellingsregeling is de consolidatievoorwaarde enigszins afwijkend als volgt geformuleerd:

- 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 jaarrekeningen³², richtlijn 2013/34/EU (...) 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 formulering laat zien dat het element dat de moedermaatschappij onder het recht van een lidstaat moet vallen, tamelijk indirect is geformuleerd. Ook is aan de wijze waarop de geconsolideerde jaarrekening moet worden ingericht een uitbreiding gegeven in de zin dat inrichting overeenkomstig EU IFRS mogelijk is.

4.3.1 *Recht van een lidstaat*

Aanvankelijk was in art. 2:403 lid 1 onder c BW ook bepaald dat het gaat om het recht van een lidstaat. In 1988³³ is evenwel de woordkeuze aangepast. Het gaat thans om de maatschappijen op wier geconsolideerde jaarrekening krachtens het toepasselijke recht Verordening (EG) 1606/2002 (= EU IFRS) dan wel de EU richtlijn jaarrekeningen van toepassing is. De woorden ‘krachtens het toepasselijke recht’ sluiten de toepassing van de genoemde regels door een moederonderneming uit indien een moederonderneming niet op grond

30. § 264 Absatz 3 (satz 3) HGB.

31. Beck'scher Online-Kommentar HGB § 264, Häublein/Hoffmann-Theinert § 264.

32. Verordening (EG) 1606/2002.

33. Implementatie van de zevende EEG-richtlijn bij Wet van 10 november 1988 (*Stb.* 1988, 517).

van het Unierecht aan de genoemde regels is onderworpen. Dit brengt ook mee dat als een staat, niet zijnde een lidstaat, zijn wetgeving heeft aangepast aan de EU richtlijn jaarrekeningen of aan daarmee gelijkwaardige voorschriften, een tot een groep van een maatschappij uit die lidstaat behorende rechtspersoon geen gebruik kan maken van art. 2:403 BW. Ik denk hierbij aan de Curaçaose wetgeving. Daarin is opgenomen dat een jaarrekening kan zijn ingericht volgens door de IASB vastgestelde normen of volgens andere internationaal aanvaarde normen, mits uit de toelichting blijkt welke gegronde redenen daartoe aanleiding hebben gegeven en volgens welke normen de jaarrekening is opgesteld.³⁴ Hoewel er als zodanig geen bezwaren tegen een dergelijk gebruik zouden behoeven te zijn, geldt dat de Curaçaose moedermaatschappij niet onder het recht van een lidstaat valt zodat een tot de groep van die Curaçaose moedermaatschappij behorende rechtspersoon als omschreven in art. 2:360 BW van het groepsregime geen gebruik kan maken, behoudens de situatie dat de Curaçaose moedermaatschappij naar Nederlands recht een fbv is.³⁵ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt nadrukkelijk dat de wetgever ruimte heeft gecreëerd voor gebruik van het groepsregime door op het grondgebied van een lidstaat gevestigde niet-Nederlandse moedermaatschappijen, maar niet of ook is beoogd dat bereik uit te breiden tot de hiervoor genoemde fbv. In dit soort gevallen is op de jaarrekening van een moedermaatschappij Titel 9 Boek 2 BW van overeenkomstige toepassing en zou de tot de groep behorende rechtspersoon wél van art. 2:403 BW gebruik kunnen maken.

4.3.2 *Geconsolideerde jaarrekening*

Voor het gebruik van het groepsregime door een groepsrechtspersoon geldt als voorwaarde dat zijn financiële gegevens geconsolideerd zijn verwerkt in de geconsolideerde jaarrekening van zijn moedermaatschappij. Veelal zal de moedermaatschappij naar het op haar toepasselijke recht consolidatieplichtig zijn, maar de eis dat zij consolidatieplichtig moet zijn, is niet gesteld. Het is ook mogelijk dat de moedermaatschappij vrijwillig een geconsolideerde jaarrekening opstelt.

In de gevallen van consolidatieplicht zal gelet moeten worden op het op de moedermaatschappij toepasselijke recht. Is dit onze wetgeving dan gaat het om het bepaalde in art. 2:406 lid 1, eerste zinsdeel dan wel lid 2, eerste volzin BW. De wetgever heeft zich hierbij niet al te zeer gehouden aan de EU richtlijn jaarrekeningen (en de vroegere zevende EEG-richtlijn) maar een eigen weg

34. Art. 2:123 jo. 2:120 lid 3 BW BES.

35. Dit geldt voor iedere kapitaalvennootschap naar het recht van een niet-lidstaat die naar Nederlands recht een fbv is indien tot haar groep een rechtspersoon behoort als omschreven in art. 2:360 BW.

bewandeld door de plicht tot consolideren te leggen op de rechtspersoon als omschreven in art. 2:360 BW die alleen of samen met een andere groepsmaatschappij, aan het hoofd van zijn groep staat (ar. 2:406 lid 1, eerste zinsdeel BW), als ook op de rechtspersoon, niet zijnde hoofd van de groep, met in zijn groep een of meer dochtermaatschappijen of andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap³⁶ heeft of waarover hij de centrale leiding heeft (art. 2:406 lid 2, eerste volzin BW). In het laatste geval kan deze rechtspersoon worden aangeduid als hoofd groepsdeel dan wel als tussenhoudstermaatschappij. Hierbij moet voor ogen worden gehouden dat zoals eerder opgemerkt (paragraaf 2.3.1), het begrip ‘groep’ in Nederlandse zin moet worden gebruikt en niet het begrip dat in de EU richtlijn jaarrekeningen is geformuleerd. Deze formulering laat zien dat anders dan in Richtlijn 2013/34/EU – en ook strijdig daarmee – voor consolidatieplicht niet bepalend is de relatie moederonderneming/dochteronderneming maar de relatie groepshoofd/groepsmaatschappij respectievelijk de relatie groepsdeelhoofd/groepsmaatschappij.

De maatschappij die hoofd van de groep is, is niet zoals in Richtlijn 2013/34/EU is voorgeschreven, van rechtswege van consolidatie vrijgesteld, maar bevoegd consolidatie achterwege te laten indien de omvang van haar groep de grenzen van klein³⁷ niet overschrijdt en geen enkele tot die groep behorende rechtspersoon een organisatie van openbaar belang is.³⁸ Ook een niet-beursgenoteerde maatschappij die tussenhoudstermaatschappij is, is bevoegd consolidatie achterwege te laten.³⁹ Van de in de EU richtlijn jaarrekeningen voor lidstaten opgenomen bevoegdheid om als de grenzen van middelgroot⁴⁰ niet worden overschreden, een moederonderneming van consolidatieplicht vrijstelling te verlenen, heeft onze wetgever geen gebruik gemaakt.

Als het hoofd van de groep een geconsolideerde jaarrekening opstelt volgens de inrichtingseisen van Titel 9 Boek 2 BW, geldt dat alle in art. 2:406 lid 1 tweede zinsdeel BW genoemde maatschappijen en rechtspersonen moeten worden begrepen in de consolidatiekring. Voor een groepsdeelhoofd (tussenhoudstermaatschappij) zijn de in de consolidatiekring op te nemen maatschappijen en rechtspersonen genoemd in art. 2:406 lid 2, tweede volzin BW. Met de invulling van de consolidatiekring heeft de wetgever beoogd de optionele mogelijkheden uit Richtlijn 2013/34/EU mee te nemen. Wel laat deze invulling zien dat deels sprake is van strijd met de richtlijn. Zo is geformuleerd dat in de

36. Lees: overheersende invloed of control.

37. In de zin van art. 2:396 BW.

38. Art. 2:407 lid 2 BW. Uit deze bepaling blijkt ook dat in afwijking van de richtlijn tegen de toepassing door de algemene vergadering bij de rechtspersoon schriftelijk bezwaar kan worden gemaakt. Dit is overigens een vreemde formulering omdat de algemene vergadering een orgaan van de rechtspersoon is.

39. Art. 2:408 BW.

40. In de zin van art. 2:397 BW.

consolidatie moeten worden opgenomen ‘dochtermaatschappijen in de groep’. De toevoeging ‘in de groep’ – bedoeld is groep in de zin van art. 2:24b BW – is strijdig met de richtlijn. Het gebruik van de optionele mogelijkheden blijkt uit het in de consolidatie betrekken van andere maatschappijen dan dochtermaatschappijen indien zij tot het groep respectievelijk groepsdeel behoren. Later is de kring verder uitgebreid met andere rechtspersonen⁴¹ waarop het groepshef respectievelijk het groepsdeelhef een overheersende zeggenschap⁴² kan uitoefenen en met andere rechtspersonen⁴³ waarover hij de centrale leiding heeft. De eerste toevoeging is niet consistent met het groepsbegrip van art. 2:24b BW, maar is wel een optie uit Richtlijn 2013/34/EU. De laatste toevoeging is dubbelop aangezien deze rechtspersonen wetshistorisch al begrepen zijn in het begrip groepsmaatschappij.

Buiten de consolidatiekring mogen evenwel blijven rechtspersonen die individueel alsook gezamenlijk van te verwaarlozen betekenis zijn, hetgeen is af te leiden uit het bepaalde in art. 2:407 lid 1 onder a BW; er is dan sprake van een verwaarloosbaar kleine consolidatiekring. Afwijkend van de EU richtlijn jaarrekeningen is ten onrechte niet in de wet verwerkt dat ook alle voor consolidatie in aanmerking komende rechtspersonen buiten de consolidatie mogen blijven op grond van de in art. 23 lid 9 Richtlijn 2013/34/EU opgesomde voorwaarden. Enkel de in art. 23 lid 9 onderdeel a en b genoemde gronden zijn in onze wetgeving verwerkt (art. 2:407 lid 1 onder b en c BW); de in art. 23 lid 9 onderdeel c genoemde grond is slechts indirect overgenomen doordat de wetgever in het kader van consolidatie uitgaat van het in art. 2:24b BW genoemde groepsbegrip en hij destijds expliciet als opvatting liet blijken dat als sprake is van de grond ‘ingrijpende en langdurige beperkingen van wezenlijke betekenis in het bestuur of in de centrale leiding’ van een groepsmaatschappij geen sprake kan zijn.⁴⁴ Volledigheidshalve noem ik nog dat soms een consolidatieplichtige maatschappij buiten de consolidatie mag worden gelaten.⁴⁵

De geconsolideerde jaarrekening moet worden ingericht volgens de inrichtingseisen van Titel 9 Boek 2 BW dan wel verplicht of vrijwillig volgens EU IFRS. In het laatste geval geldt als hoofdregel dat een moederonderneming naast haar eigen gegevens de gegevens van al haar dochtermaatschappijen moet

41. Onduidelijk is waarom de wetgever het hier opeens over rechtspersonen heeft. Vermoedelijk zal bedoeld zijn ‘rechtspersonen en vennootschappen’.

42. Lees: overheersende invloed of control.

43. Zie het opgemerkte in de twee voorgaande voetnoten.

44. Daar in de huidige wetgeving tot de consolidatiekring ook rechtspersonen kunnen behoren die geen groepsmaatschappij zijn, had in elk geval het bepaalde in art. 23 lid 9 onderdeel c Richtlijn 2013/34/EU (zie paragraaf 4.1.2) in art. 2:407 lid 1 BW moeten zijn overgenomen.

45. Art. 2:407 lid 3 BW.

consolideren.⁴⁶ Het gaat om dezelfde maatstaf als in de EU richtlijn jaarrekeningen. De in deze richtlijn voorziene bevoegdheden om een dochtermaatschappij buiten de consolidatie te laten, komen in EU IFRS niet voor.

Als de maatschappij tot wier groep de vrij te stellen groepsrechtspersoon behoort, niet tot consolidatie overgaat, is de consequentie dat deze rechtspersoon van het groepsregime geen gebruik kan en mag maken. Hetzelfde geldt als deze maatschappij wel een geconsolideerde jaarrekening opstelt maar daarin niet geconsolideerd verwerkt de financiële gegevens van deze groepsrechtspersoon. Dit brengt ook mee dat als de maatschappij tot wier groep de rechtspersoon behoort, vrijgesteld is van de consolidatieplicht, niettemin tot consolidatie moet worden overgegaan als zij wenst dat door een groepsrechtspersoon van art. 2:403 BW gebruik wordt gemaakt.

Bij consolidatie gaat het niet om consolidatie van de jaarrekeningen van de tot de consolidatiekring behorende maatschappijen en rechtspersonen, maar om de voor consolidatiedoeleinden aangepaste cijfers. Om die reden wordt in de consolidatievoorwaarde over consolidatie van financiële gegevens gesproken. Dit is ook van betekenis indien een groepsrechtspersoon een gebroken boekjaar heeft. In dat geval wordt op basis van tussentijdse cijfers geconsolideerd. Daardoor is er geen belemmering voor het gebruik van het groepsregime door een dergelijke groepsrechtspersoon.

Hoewel in de wetgeving niet expliciet een bepaling is opgenomen over de in de geconsolideerde jaarrekening te hanteren consolidatietechniek, kan uit het bepaalde in art. 2:405 BW niet anders voortvloeien dan dat consolidatie op integrale wijze moet plaatsvinden.

Een groep kan gedurende een (boek)jaar veranderen van samenstelling. Dat is aan de orde wanneer een rechtspersoon tijdens het boekjaar van de consoliderende maatschappij uit de groep treedt of pas in de loop van het boekjaar deel uit gaat maken van de groep. Bij het (voorgenomen) gebruik van het groepsregime komt in die situatie aan de orde of een rechtspersoon die in de loop van een boekjaar tot een groep van een andere maatschappij is toegetreden (of in de loop van dat jaar groepsrechtspersoon is geworden door uitbreiding van het belang door de deelnemende maatschappij) toch al gebruik mag maken van het groepsregime, respectievelijk of een rechtspersoon die in de loop van een boekjaar uit de groep van een andere maatschappij is getreden (of niet langer tot de groep is gaan behoren door verkleining van het belang door de deelnemende maatschappij) voor dat boekjaar nog gebruik mag maken van het groepsregime. Deze kwesties moeten worden gezien in het kader van de consolidatievoorwaarde. Indien de wijziging in de groepssamenstelling tot gevolg heeft dat consolidatie niet mogelijk is of niet meer mogelijk is, kan aan die voorwaarde niet worden voldaan.

46. Behoudens IFRS 5 Non-current assets held for sale and discontinued operations.

Bij consolidatie dient bij een wijziging van de groep te worden nagegaan of de financiële gegevens van de toetredende of uittredende (groeps)rechtspersoon in de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij moeten worden geconsolideerd respectievelijk gedeconsolideerd vanaf het begin van het boekjaar van de consoliderende maatschappij dan wel vanaf het tijdstip dat de rechtspersoon tot de groep is toegetreden respectievelijk uitgetreden. In de eerste benadering wordt ervan uitgegaan dat de geconsolideerde jaarrekening inzicht moet geven in de financiële positie, het vermogen en het resultaat van de groep zoals samengesteld ultimo boekjaar. De tweede benadering heeft als uitgangspunt dat de geconsolideerde jaarrekening het genoemde inzicht in de groep moet geven, rekening houdend met de in de groep tijdens het boekjaar opgetreden wijzigingen. In de Nederlandse praktijk is de tweede benadering gangbaar, hetgeen in overeenstemming is met de EU richtlijn jaarrekeningen. Aan de consolidatievoorwaarde is daarom ook voldaan indien de financiële gegevens van een tot de groep toetredende rechtspersoon vanaf het toetredingsmoment geconsolideerd zijn verwerkt in de geconsolideerde jaarrekening van de consoliderende maatschappij. Hoewel minder van belang geldt dit ook voor een uit de groep tredende rechtspersoon; zijn financiële gegevens worden tot het uittredingsmoment wel verwerkt in de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij uit wier groep hij is getreden.

4.3.3 *Geconsolideerd bestuursverslag*

Uit het in art. 2:403 lid 1 onder e BW gestelde over de taal vloeit voort dat de consoliderende maatschappij ook een bestuursverslag moet opstellen. Gelet op de inrichtingseis voor de geconsolideerde jaarrekening moet ervan uit worden gegaan dat ook het bestuursverslag in overeenstemming met de EU richtlijn jaarrekeningen moet zijn ingericht.

4.3.4 *Accountantsverklaring bij geconsolideerde stukken*

Uit de voor het gebruik van het groepsregime geldende voorwaarden is af te leiden dat er bij de geconsolideerde stukken van de moedermaatschappij een accountantsverklaring moet zijn (art. 2:403 lid 1 onder e BW).⁴⁷ Ook als de consoliderende maatschappij is vrijgesteld van controle van haar geconsolideerde stukken door een accountant zal deze maatschappij als gewenst wordt dat door de groepsrechtspersoon gebruik wordt gemaakt van het groepsregime, haar geconsolideerde stukken moeten laten controleren door een accountant.

47. Art. 37 onderdeel 7 Richtlijn 2013/34/EU.

HOOFDSTUK 4

4.3.5 *Te hanteren taal*

Op grond van art. 2:403 lid 1 onder d BW dient de geconsolideerde jaarrekening, voor zover niet gesteld of vertaald in het Nederlands, te zijn gesteld of vertaald in het Frans, Duits of Engels en op grond van art. 2:403 lid 1 onder e BW moet het bestuursverslag en de accountantsverklaring in dezelfde taal als de geconsolideerde jaarrekening zijn gesteld of vertaald. Bij deze voorwaarde is aansluiting gezocht bij de taal die de schuldeisers geacht worden machtig te zijn. Voor (groeps)rechtspersonen die volledig in Nederland werkzaam zijn en/of volledig uit Nederlandse rechtspersonen bestaan is dat het Nederlands. De wettekst biedt de ruimte om een Engelse, Duitse of Franse versie (dan wel een vertaling in één van die talen) van de geconsolideerde jaarrekening achterwege te laten. Dat kan ongewenst zijn, namelijk in de situatie dat (belangrijke) schuldeisers zijn aangewezen op een andere taal dan het Nederlands en de moeder- en/of groepsrechtspersoon daarvan op de hoogte is (zijn) of had(den) moeten zijn.⁴⁸

4.3.6 *Opgaaf vrijstelling in geconsolideerde jaarrekening*

Het vereiste uit de EU richtlijn jaarrekeningen dat in de toelichting van de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij melding van de vrijstelling moet worden gemaakt, ontbreekt – anders dan in de wetgevingen van Luxemburg, Ierland en Duitsland – in art. 2:403 BW. Vermoedelijk heeft de wetgever beoogd met zijn voorschrift in art. 2:414 lid 5 BW daaraan uitvoering te geven. In deze bepaling is opgenomen:

Vermeld wordt ten aanzien van welke rechtspersonen de rechtspersoon een aansprakelijkstelling overeenkomstig artikel 403 heeft afgegeven;

Door de opneming van deze meldplicht in art. 2:414 lid 5 BW en niet in art. 2:403 BW vormt de opgaaf geen constitutief vereiste voor het gebruik van het groepsregime. Dit heeft ook tot gevolg dat als de moedermaatschappij haar geconsolideerde jaarrekening inricht volgens EU IFRS, de meldplicht van art. 2:414 lid 5 BW niet aan de orde komt. Dit had de wetgever kunnen repareren door hierover een aanvullende eis in art. 2:362 lid 9 BW op te nemen. De meldplicht van art. 2:414 lid 5 BW komt ook niet aan de orde als de consoliderende moedermaatschappij van de Nederlandse groepsrechtspersoon valt onder het recht van een andere lidstaat. Als in onze wetgeving in art. 2:403 lid 1 BW correct uitvoering zou zijn gegeven aan de in de EU richtlijn jaarrekeningen voorgeschreven opgaaf tot melding van het gebruik van het groepsregime zou de genoemde complicatie niet optreden.

48. Voor effectenuitgevende instellingen geldt een vervangende taaleis (art. 5:25p leden 1-3 Wft; zie paragraaf 1.2).

4.4 Afsluitende conclusie

De drie lidstaten die naast Nederland de vrijstellingsregeling in hun nationale wetgevingen hebben overgenomen, hebben de consolidatievoorwaarde verwerkt in overeenstemming met de unitaire vrijstellingsregeling. Vanwege de hiervan afwijkende Nederlandse regeling sluit deze niet geheel aan op hetgeen hierover in de EU richtlijn jaarrekeningen is bepaald. Dit hangt samen met een andere invulling van de in de consolidatiekring te betrekken maatschappijen waardoor dochtermaatschappijen die niet tot de groep in de zin van art. 2:24b BW behoren, buiten de consolidatie moeten blijven en inconsistent met art. 2:24b BW andere rechtspersonen waarop een overheersende invloed of control kan worden uitgeoefend, wel in de consolidatie moeten worden betrokken. Het zou de vergelijkbaarheid binnen de EU ten goede komen indien de Nederlandse wetgever zou bepalen dat dochtermaatschappijen in elk geval moeten worden geconsolideerd; tegelijkertijd zou dan ook het Nederlandse groepsbegrip van art. 2:24b BW voor toepassing van consolidatiedoeleinden in Titel 9 Boek 2 BW moeten worden uitgesloten. Wel zal dan in ieder geval de consolidatie-uitsluitingsgrond ‘ingrijpende en langdurige beperkingen van wezenlijke betekenis in het bestuur over een dochtermaatschappij of in de centrale leiding’ in onze wetgeving (art. 2:407 lid 1 BW) moeten worden opgenomen.

Voorts is het gewenst dat de consolidatievoorwaarde als bepaald in art. 2:403 BW jo. art. 2:406 BW wordt afgestemd op de begripsbepaling van dochteronderneming als omschreven in Richtlijn 2013/34/EU ter voorkoming van de in hoofdstuk 2 al gesignaleerde problematiek dat een rechtspersoon als omschreven in art. 2:360 BW die dochtermaatschappij is van een maatschappij uit een andere lidstaat geen gebruik kan maken van art. 2:403 BW indien hij niet behoort tot de groep in de zin van art. 2:24b BW en dat een moedermaatschappij die rechtspersoon is als omschreven in art. 2:360 BW voor haar groepsmaatschappijen in Luxemburg, Ierland en Duitsland van de vrijstellingsregeling in die landen alleen gebruik kan maken indien deze maatschappijen dochtermaatschappijen naar het toepasselijke recht zijn.

Evenzeer is het gewenst dat er een voorschrift komt waaruit blijkt dat voor het gebruik van het groepsregime ook een noodzakelijke voorwaarde is dat in de geconsolideerde jaarrekening is vermeld dat en door welke rechtspersonen gebruik wordt gemaakt van het groepsregime.

Hoofdstuk 5. Aansprakelijkstellingsvoorwaarde

Een andere voorwaarde voor het gebruik van het groepsregime door een van de groep van een andere maatschappij deel uitmakende rechtspersoon is dat de maatschappij die de financiële gegevens van deze rechtspersoon geconsolideerd verwerkt heeft in haar geconsolideerde jaarrekening, zich schriftelijk hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de uit rechtshandelingen van deze rechtspersoon voortvloeiende schulden. Voordat ik deze voorwaarde nader onderzoek, ga ik in op de regeling in de EU richtlijn jaarrekeningen (paragraaf 5.1) en de verwerking daarvan in de wetgevingen van de drie lidstaten buiten Nederland die de regeling hebben overgenomen (paragraaf 5.2). Dan komt uitvoeriger de aansprakelijkstellingsvoorwaarde in onze wetgeving aan de orde (paragraaf 5.3). Ik onderzoek daarbij ook wat een voor het gebruik van het groepsregime toereikende hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring is. In deze analyse laat ik de vervulling van de overige voorwaarden voor het gebruik van het groepsregime buiten beschouwing. Een op de Nederlandse wetgeving toegespitste conclusie, in het licht van de richtlijn en de wijze van verwerking in de drie andere lidstaten, trek ik in paragraaf 5.4.

5.1 EU richtlijn jaarrekeningen

In de in paragraaf 2.1.1 weergegeven unitaire regeling is voorgeschreven dat de consoliderende maatschappij zich garant moet hebben gesteld. Die voorwaarde is als volgt geformuleerd:¹

de moederonderneming heeft zich garant verklaard voor de door de dochteronderneming aangegane verplichtingen.

In de Franse tekst van de richtlijn is deze formulering ‘(...) s’est déclarée garante des engagements pris par l’entreprise filiale’, in de Engelse tekst ‘(...) has declared that it guarantees the commitments entered into by the subsidiary undertaking’ en de Duitse tekst ‘(...) hat sich bereit erklärt, für die von dem

1. Art. 37 onderdeel 3 Richtlijn 2013/34/EU.

Tochterunternehmen eingegangenen Verpflichtungen einzustehen'. Hieruit blijkt dat de verklaring van de moederonderneming een noodzakelijke voorwaarde voor de vrijstelling is en betrekking heeft op door de vrij te stellen dochteronderneming aangegane verplichtingen (verbintenissen).

5.1.1 *Garantverklaring*

Omtrent de inhoud, de vorm en de aard van de garantverklaring/bereidsverklaring om in te staan wordt in de richtlijntekst niets bepaald. Wel is duidelijk dat de verklaring in schriftelijke vorm moet worden gegeven. Dit vloeit voort uit de in hoofdstuk 6 te onderzoeken openbaarmakingsvoorwaarde.² Een eis aan de in die verklaring te hanteren taal is niet gesteld maar is er indirect wel via de openbaarmakingsvoorwaarde.³

Beckman⁴ merkt op dat in de richtlijn geen normadressaat is genoemd. Er is in de unitaire regeling ruimte zowel voor een ongerichte garantie van de moederonderneming voor schulden van de door de dochteronderneming aangegane verplichtingen, als voor een tot de dochteronderneming gerichte verklaring van de moederonderneming dat zij de dochteronderneming in de gelegenheid stelt haar aangegane verplichtingen na te komen waaraan zij door middel van de vrij te stellen dochteronderneming bekendheid geeft. Voorts acht hij het in de unitaire regeling mogelijk dat de verklaring zo wordt geformuleerd dat sprake is van een subsidiaire verplichting van de moedermaatschappij in de betekenis dat pas als de dochteronderneming haar verplichtingen tegenover de desbetreffende schuldeiser(s) niet nakomt, betaling van de moederonderneming kan worden verlangd.

Uit de EU richtlijn jaarrekeningen blijkt niet expliciet of voor ieder jaar dat van de vrijstelling gebruik wordt gemaakt, een nieuwe verklaring is vereist dan wel dat een eenmaal gegeven verklaring voor aaneensluitende boekjaren kan worden gebruikt. Daar in het kader van de richtlijn elk jaar opnieuw wordt bezien of van de vrijstelling gebruik wordt gemaakt, ligt het eerste voor de hand, maar de woordkeuze in de richtlijn verhindert niet dat een eenmaal afgelegde verklaring voor aaneensluitend gebruik kan worden aangewend.

Over het tijdstip dat de verklaring bij eerste gebruik van de vrijstelling dan wel bij jaarlijkse afgelegde verklaringen er uiterlijk moet zijn, is niets bepaald. Er is evenwel een natuurlijke begrenzing opgesloten in het richtlijnvereiste dat een jaarrekening binnen een redelijke termijn van niet meer dan twaalf maanden na de balansdatum openbaar moet worden gemaakt op de wijze als in

2. Art. 37 onderdeel 2 jo. onderdeel 4 Richtlijn 2013/34/EU jo. overwegingen onder 9 en 10 Richtlijn 2017/1132/EU.

3. Art. 37 onderdeel 2 jo. onderdeel 4 Richtlijn 2013/34/EU jo. art. 21 (jo. art. 14 en art. 16) Richtlijn 2017/1132/EU.

4. Beckman 2015, p. 25.

een lidstaat overeenkomstig Richtlijn 2017/1132/EU is voorzien. Daaruit vloeit mijns inziens voort dat vanuit de optiek van de richtlijn deze voorwaarde uiterlijk vervuld moet zijn op het tijdstip dat anders de betrokken onderneming volgens het op haar toepasselijk recht haar jaarrekening openbaar moet maken maar niet later dan twaalf maanden na afloop van het boekjaar.

5.1.2 Dekkingsbereik

Door de woordkeuze in de richtlijn is er voor de lidstaten vrijheid om naar eigen inzicht invulling te geven aan de inhoud, vorm en aard van de door de moederonderneming te geven verklaring. Wel moeten in elk geval de door de dochteronderneming aangegane verplichtingen binnen het bereik van die verklaring vallen. Uitgaande van een per jaar te stellen garantie is op grond van de tekst er ruimte voor een uitleg dat de garantie in elk geval moet dekken:

- de verplichtingen die door de dochteronderneming tijdens het vrij te stellen/vrijgestelde jaar zijn aangegaan;
- de verplichtingen die door de dochteronderneming zijn aangegaan tot en met de balansdatum van het jaar dat volgt op het vrij te stellen/vrijgestelde jaar;
- de verplichtingen die door de dochteronderneming zijn aangegaan tot en met het tijdstip dat anders uiterlijk de jaarrekening openbaar had moeten worden gemaakt.

De *eerste* uitleg is begrijpelijk vanuit de gedachte dat de garantie in de plaats treedt van de jaarrekening en zodoende een waarborg vormt voor hen die met de dochteronderneming zaken tijdens het vrijgesteld boekjaar doen. Zij miskent evenwel degenen die in het jaar daarop ook zaken (willen) doen met de dochteronderneming. Daaraan komen de *tweede* en de *derde* uitleg tegemoet. Beide interpretaties komen in de richtlijn op hetzelfde neer omdat de uiterste openbaarmakingstermijn in de richtlijn twaalf maanden na afloop van het boekjaar is. Voor het jaar daarop geldt dan weer hetzij een nieuwe garantie hetzij een nieuw openbaar te maken jaarrekening. In het laatste geval wordt van de vrijstellingsregeling geen gebruik gemaakt. Indien er verplichtingen zijn die onder de garantie niet zijn afgewikkeld, blijft de garantie in tact voor het niet-afgewikkelde deel. Van een opheffing daarvan is in de richtlijn geen sprake.

Als uitgegaan wordt van een garantie voor aaneensluitende jaren zal tevens voorzien moeten zijn in een einddatumregeling in de situatie dat niet langer van de vrijstelling gebruik wordt gemaakt. Passend is dan dat de garantie blijft gelden voor verplichtingen die door de dochteronderneming zijn aangegaan tot een jaar nadat het gebruik van de vrijstelling is beëindigd. De alsdan niet-afgewikkelde verplichtingen blijven gegarandeerd. Van een opheffing daarvan is in de richtlijn geen sprake.

Of nu van een telkenjare te stellen garantie wordt uitgegaan dan wel van een garantie voor aaneensluitende boekjaren, wel geldt dat als de jaarrekening over het boekjaar dat volgt op het laatst vrijgestelde boekjaar, openbaar wordt, een groot deel van het boekjaar na dat boekjaar al is verstreken waardoor degenen die zaken doen met deze dochteronderneming zolang die openbaarmaking niet heeft plaatsgevonden van adequate financiële informatie over de dochteronderneming verstoken blijven. Daarom zou naar mijn mening onder het dekkingbereik van de garantie ook moeten worden begrepen de verplichtingen die door een dochteronderneming worden aangegaan tot het tijdstip dat de eerstvolgende jaarrekening openbaar wordt gemaakt dan wel gemaakt zou moeten worden. Het eerste ('wordt gemaakt') geldt als voor dat jaar geen gebruik wordt gemaakt van de vrijstellingsregeling, het laatste ('gemaakt zou moeten worden') geldt in de situatie dat ook voor dat jaar toch weer van de vrijstellingsregeling gebruik zou worden gemaakt. In het laatste geval loopt de garantstelling feitelijk door, omdat de garantstelling hetzij een aansluitend karakter heeft totdat voor het eerst weer een jaarrekening over een komend boekjaar openbaar wordt, hetzij opnieuw plaatsvindt voor alle op het genoemde moment niet definitief afgewikkelde aangegane verplichtingen en de nadien aangegane verplichtingen. Hierdoor wordt bereikt dat als voor een boekjaar geen gebruik wordt gemaakt van de vrijstellingsregeling, de garantstelling doorloopt voor alle verplichtingen die zijn aangegaan totdat de jaarrekening over dat boekjaar openbaar wordt, voor zover zij niet definitief zijn afgewikkeld. Dit brengt mee dat als de jaarrekening weer openbaar wordt, de garantverklaring voor de op dat moment niet-afgewikkelde verplichtingen blijft doorlopen tot zij zijn afgewikkeld.

5.1.3 Informatieverplichtingen

In de EU richtlijn jaarrekeningen is voorgeschreven dat in de jaarrekening van de moederonderneming het totaalbedrag van de niet in de balans verwerkte financiële verplichtingen, garanties en voorwaardelijke verplichtingen moet worden vermeld, met afzonderlijke vermelding van de verplichtingen jegens verbonden ondernemingen.⁵ Daaronder is derhalve ook begrepen de garantverklaring. Het bepaalde over deze opgaaf is van overeenkomstige toepassing voor het geheel van de geconsolideerde ondernemingen in de geconsolideerde jaarrekening.⁶

5. Art. 16 lid 1 onderdeel d Richtlijn 2013/34/EU.

6. Art. 28 lid 1 Richtlijn 2013/34/EU.

5.1.4 *Opheffing van de garantie*

Een regeling om de garantie voor niet-afgewikkelde verplichtingen te doen beëindigen is in de EU richtlijn jaarrekeningen niet voorzien. Dit is naar mijn mening een logische consequentie omdat de jaarrekeningen met betrekking tot de vrijgestelde boekjaren niet openbaar zijn geworden. Niettemin kunnen er omstandigheden zijn die een beëindiging zouden rechtvaardigen. Hierbij kan gedacht worden aan de situatie dat de moederonderneming haar aandelen geheel of in meerderheid overdraagt aan een buiten de groep staande onderneming waardoor de moeder-/dochterband op de wijze als geformuleerd in de EU richtlijn jaarrekeningen wordt verbroken.

Naar mijn mening is het niet in strijd met de richtlijn als een lidstaat voorziet in de mogelijkheid van beëindiging van de garantstelling mits er dan vervangende gelijkwaardige waarborgen zijn. Deze vervangende waarborgen kunnen bijvoorbeeld inhouden dat de nieuwe moederonderneming de garantstelling overneemt met achterliggende zekerheidsstelling door de overdragende ex-moederonderneming of door vervangende zekerheden voor de niet-afgewikkelde verplichtingen.

5.2 Lidstaten met een optioneel vrijstellingsregime

De wijze waarop in Luxemburg, Ierland en Duitsland invulling is gegeven aan de voorwaarde van garantstelling respectievelijk bereidstelling om in te staan voor de door de dochteronderneming aangegane verplichtingen komt in deze paragraaf ter sprake.

5.2.1 *Luxemburgse wetgeving*

In de in paragraaf 2.2.1 weergegeven vrijstellingsregeling is de garantvoorwaarde als volgt geformuleerd:

l'entreprise mère s'est déclarée garante des engagements pris par la société filiale;

De moederonderneming die zich garant heeft verklaard, is de onderneming die de financiële gegevens van de vrij te stellen dochteronderneming consolideert. De garantvoorwaarde is letterlijk op gelijke wijze geformuleerd als in de tekst van de vrijstellingsregeling volgens de Franse tekst van de richtlijn.

5.2.2 *Ierse wetgeving*

In de in paragraaf 2.2.2 weergegeven vrijstellingsregeling is de garantvoorwaarde als volgt geformuleerd:

HOOFDSTUK 5

there is in force in respect of the whole of that financial year an irrevocable guarantee by the holding undertaking of all commitments entered into by the company, including amounts shown as liabilities in the statutory financial statements of the company in respect of that financial year;

en

the company has notified in writing every person referred to in *paragraph (a)* of the guarantee;

De personen in *paragraph (a)* zijn degenen die met het gebruik van de regeling moesten instemmen en dat ook hebben gedaan (zie paragraaf 4.2.2).

De weergegeven tekst laat zien dat de niet in de EU richtlijn jaarrekeningen voorkomende eis is gesteld dat alle instemmingsgerechtigden er schriftelijk van op de hoogte moeten worden gesteld dat er een onherroepelijke garantie is van de moederonderneming voor alle met betrekking tot het hele vrijgestelde boekjaar door de dochteronderneming aangegane verplichtingen, met inbegrip van de ultimo dat boekjaar op de balans gepassiveerde schulden. Het zinsdeel ‘all commitments entered into by the company’ is bij aanpassing van de vrijstellingsregeling aan de EU richtlijn jaarrekeningen⁷ in de voorgaande tekst ingevoegd.⁸ Hiermee is buiten kijf gesteld dat de garantie betrekking moet hebben op alle aangegane verplichtingen.

Het dekkingsbereik van de garantie past bij de in paragraaf 5.1.2 genoemde eerste uitleg van de garantstelling in de unitaire regeling aangezien alle voor het geheel van het boekjaar aangegane verplichtingen met inbegrip van de niet afgewikkelde schulden ultimo boekjaar binnen het bereik van de – onherroepelijke – garantie vallen en daarmee zijn zowel bestaande als in het vrijgestelde boekjaar ontstane schulden gedekt. Voor het (op)volgende boekjaar moet er zijn hetzij een nieuwe garantie hetzij een over dat jaar openbaargemaakte jaarrekening.

Er is als zodanig geen specifieke eis voor de taal waarin de garantie moet zijn uitgedrukt. Via de in de wetgeving opgenomen openbaarmakingseis is deze er wél door het voorschrift dat als de openbaar te maken garantie is gesteld in een andere dan de Engelse of de Ierse taal, er een vertaling van in de Engelse of de Ierse taal moet zijn, op de voorgeschreven wijze gewaarmerkt als correcte vertaling.⁹

7. Door middel van de Companies (Accounting) Act 2017, met inwerkingtreding vanaf 9 juni 2017 voor boekjaren die aanvangen vanaf 1 januari 2017.

8. Vóór aanpassing van de Ierse wetgeving aan de EU richtlijn jaarrekeningen was in de wettekst als zinsdeel opgenomen ‘(...) the liabilities of the company (...)’.

9. Section 357 (2) jo. (1) CA 2014. Zie hierover paragraaf 6.2.2.

5.2.3 *Duitse wetgeving*

In de in paragraaf 2.2.3 voor kapitaalvennootschappen weergegeven vrijstellingsregeling blijkt de vereiste garantvoorwaarde als volgt te zijn geformuleerd:

das Mutterunternehmen hat sich bereit erklärt, für die von dem Tochterunternehmen bis zum Abschlussstichtag eingegangenen Verpflichtungen im folgenden Geschäftsjahr einzustehen;

Hieruit blijkt dat het gaat om een verklaring van de moedermaatschappij waarin zij zich bereid heeft verklaard in te staan voor de door de dochteronderneming tot de balansdatum van het eerstvolgende boekjaar aangevane verplichtingen. Deze verplichtingen blijven – voor zover niet afgewikkeld – binnen het dekkingsbereik van de bereidstellingsverklaring vallen, ook al zou in het jaar daarop de jaarrekening voor dat jaar openbaar worden gemaakt. Het dekkingsbereik van deze bereidstelling past aldus in de tweede uitleg van de garantstelling in de unitaire regeling. De verklaring ter zake van deze ‘Einstandspflicht’ wordt wel een ‘Harte Patronatserklärung’ genoemd. In de regeling is niet bepaald tot wie de verklaring zich moet richten. Dit brengt mee dat de moederonderneming de verklaring kan richten tot de dochteronderneming, maar ook dat zij een ongerichte verklaring kan stellen.

Er is als zodanig geen specifieke eis voor de taal waarin de bereidstellingsverklaring moet zijn uitgedrukt. Indirect is die eis er wel via de in de regeling opgenomen openbaarmakingsvoorwaarde. Daarin is vastgelegd dat de moederonderneming de bereidstellingsverklaring in het Duits of Engels openbaar moet maken dan wel de dochteronderneming een beëdigde vertaling daarbij in het Duits openbaar maakt.¹⁰

De Duitse beroepsorganisatie van accountants, het Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IDW) heeft in een interpretatie van de weergegeven tekst¹¹ laten weten dat als een groep uit meer niveaus bestaat, de vrijstellingsregeling ook trapsgewijze kan worden benut. In een dergelijk cascadesysteem wordt per niveau de garantbereidstellingsverklaring gegeven en wordt uitsluitend op het niveau van de bovenste moederonderneming geconsolideerd.¹² Met andere woorden: als de moederonderneming heeft verklaard bereid te zijn in te staan voor de verplichtingen van de dochteronderneming die op haar beurt heeft verklaard bereid te zijn in te staan voor de verplichtingen van haar dochteronderneming (= kleindochteronderneming van de moederonderneming), kan ook de kleindochteronderneming van de vrijstelling gebruik maken mits haar financiële gegevens op geconsolideerde wijze zijn verwerkt in de geconsolideerde jaarrekening van de moederonderneming, ook als er geen geconsolideerde jaarrekening van de tussenliggende dochteronderneming is.

10. § 264 Absatz 3 (satz 3) HGB.

11. IDW Life 2018, S. 847 ff.

12. Zie Oser e.a. 2015.

Voor de aanpassing van de wetgeving aan de EU richtlijn jaarrekeningen ging het niet om een Einstandspflicht, maar om een zogenoemde ‘Verlustübername’.¹³ Die regeling komt er op neer dat de moederonderneming gehouden is de verliezen van de dochteronderneming over te nemen. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat naar de opvatting van de Duitse wetsvoorsteller in de unitaire regeling is voorgeschreven dat de garantstelling een ‘externe aansprakelijkheid’ (‘Außenhaftung’) van de moederonderneming verlangt,¹⁴ maar dat dit niet betekent dat een van de moederonderneming tot de dochteronderneming gerichte verklaring onvoldoende is om te voldoen aan de garantvoorwaarde.¹⁵ Als toereikende garantverklaring wordt genoemd een ‘Verlustübername’ in een zodanige vorm dat de moederonderneming er zorg voor draagt dat de dochteronderneming te allen tijde aan haar verplichtingen kan voldoen en haar zonodig van de voor voldoening van die verplichtingen vereiste middelen voorziet. Diverse auteurs houden op basis daarvan de opvatting aan dat de Einstandspflicht mag worden uitgelegd als een verplichting van de moederonderneming om de verliezen van de dochteronderneming over te nemen.¹⁶

5.3 Nederlandse wetgeving

In de in paragraaf 2.3.2 weergegeven regeling luidt de garantvoorwaarde (art. 2:403 lid 1 onder f BW):

de (...) rechtspersoon of vennootschap schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden;

Bovenstaande formulering laat zien dat de in de richtlijn opgenomen garantverklaring in onze wetgeving de vorm heeft gekregen van een hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring van de maatschappij in wier geconsolideerde jaarrekening de financiële gegevens van de groepsrechtspersoon geconsolideerd zijn verwerkt.

De in de geformuleerde tekst opgenomen subvereisten komen ter sprake in paragraaf 5.3.1 met daarop aansluitend het dekkingsbereik van de gestelde hoofdelijke aansprakelijkheid in paragraaf 5.3.2. Daarna ga ik in op de

13. In de zin van § 302 AktG.

14. Referentenentwurf des Bilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetz vom 27.7.2014, 18/4050, 58 (BilRUG-RegE), p. 62.

15. Zie Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, Drucksache 18/5256, 17.06.2015, p. 80, Deutscher Bundestag – 18, waar in verband met artikel 37 EU richtlijn jaarrekeningen is opgemerkt: ‘ (...) Gemeint ist damit nicht zwingend eine Außenhaftung des Mutterunternehmens gegenüber Gläubigern des Tochterunternehmens. Es reicht eine Innenhaftung gegenüber dem Tochterunternehmen’ en ‘ (...) keine Änderung der bisherigen Praxis notwendig ist’.

16. Zie bijvoorbeeld Lüdenbach/Freiberg 2014, 363 (364) en Kühne/Rechter 2015, 877.

aansprakelijkstellingsbevoegdheid bij de maatschappij die zich uit hoofde van art. 2:403 BW aansprakelijk heeft gesteld (paragraaf 5.3.3) en op de vraag of de ondernemingsraad al dan niet adviesrecht heeft (paragraaf 5.3.4). Vervolgens komen in mijn analyse nog ter sprake enkele met de aansprakelijkheid verband houdende aspecten omtrent informatieverplichtingen (paragraaf 5.3.5) en de overblijvende aansprakelijkheid na intrekking (paragraaf 5.3.6).

5.3.1 *Hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring*

De formulering van de aansprakelijkstellingsvoorwaarde laat zien dat het gaat om een (i) schriftelijke verklaring van (ii) de hoofdelijke aansprakelijkstelling voor (iii) schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van (iv) de groepsrechtspersoon, (v) afgegeven door de moedermaatschappij in wier geconsolideerde jaarrekening de financiële gegevens van de groepsrechtspersoon geconsolideerd zijn verwerkt.

5.3.1.1 *Schriftelijkheidsvereiste*

Uit de tekst van art. 2:403 lid 1 onder f BW blijkt expliciet dat de 403-aansprakelijkstellingsverklaring schriftelijk moet zijn. Het schriftelijkheidsvereiste is een noodzakelijke voorwaarde voor het rechtsgeldig gebruik van het groepsregime; een mondelinge verklaring voldoet niet.

De wettelijke regeling laat zich er niet over uit in welke taal de 403-verklaring moet zijn gesteld, ook niet indirect via de in hoofdstuk 6 te onderzoeken openbaarmakingsvoorwaarde. Daar de 403-aansprakelijkstellingsverklaring bestemd is voor de gerechtigden tot de nakoming van de vorderingsrechten die voortvloeien uit rechtshandelingen, zou in gevallen dat de gerechtigden overwegend buiten Nederland hun woonplaats hebben, een bepaling gewenst zijn die gewaarmerkte vertalingen waarborgt.

Eisen aan de ondertekening van de verklaring zijn eveneens niet gesteld maar die ondertekening ligt wel voor de hand. Een geplaatste handtekening moet afkomstig zijn van een tekeningsbevoegde bestuurder van de moedermaatschappij, rekeninghoudende met eventuele beperkingen in de vertegenwoordigingsbevoegdheid. De Kamer van Koophandel is gehouden – in verband met de constitutief voorgeschreven deponering daarvan, zoals aan de orde komt in hoofdstuk 6 – na te gaan of de 403-aansprakelijkstellingsverklaring afkomstig is van iemand die bevoegd is deze verklaring af te geven.¹⁷ Aan die verplichting geeft de Kamer van Koophandel invulling door vast te stellen dat de degene(n)

17. Art. 40 jo. art. 19 jo. art. 4 Hrgw 2007.

die de 403-aansprakelijkstellingsverklaring heeft (hebben) ondertekend in het handelsregister zijn ingeschreven als bestuurder van de moedermaatschappij.

Uit de aansprakelijkstellingsvoorwaarde blijkt geen normadressaat zodat het kan gaan om een verklaring van de consoliderende moedermaatschappij die is gericht tot de groepsrechtspersoon voor wiens uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden zij zich aansprakelijk heeft gesteld, maar ook om een ongerichte verklaring van de consoliderende moedermaatschappij met daarin gestelde rechtstreekse¹⁸ hoofdelijke aansprakelijkheid voor uit rechtshandelingen van de groepsrechtspersoon voortvloeiende schulden.

Of de 403-verklaring per se een afzonderlijk document moet zijn, dan wel gecombineerd kan zijn met de geconsolideerde jaarrekening door een afzonderlijke weergave daarin, is op grond van de tekst van de regeling niet zonder meer te zeggen. Mij lijkt dat hiertegen geen bezwaar behoeft te bestaan, mits deze geconsolideerde jaarrekening tevens openbaar is, aangezien wel geldt dat de verklaring bij het handelsregister moet zijn gedeponneerd. Daaraan wordt voldaan aangezien voor het gebruik van het groepsregime door de groepsrechtspersoon een andere noodzakelijke voorwaarde is dat de geconsolideerde jaarrekening moet zijn gedeponneerd. Ook vanuit het oogpunt van crediteurenbescherming zie ik geen bezwaren, omdat de compensatie die de 403-aansprakelijkstellingsverklaring moet bieden en de waarborg voor beoordeling van de gegoedheid van de moedermaatschappij die de informatieverplichting in de vorm van consolidatie moet bieden, niet in gevaar komen bij een van de geconsolideerde jaarrekening deel uitmakende 403-verklaring.

5.3.1.2 Hoofdelijke aansprakelijkstelling

Onze wetgever heeft de in de unitaire vrijstellingsregeling in de verklaring op te nemen garantstelling vervangen door een hoofdelijke aansprakelijkstelling van de consoliderende moedermaatschappij. Dit sluit aan op de bewoordingen in rechtsvoorgangers van art. 2:403 BW.¹⁹ Wat evenwel de invulling van die hoofdelijke aansprakelijkstelling voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime moet zijn, is in art. 2:403 BW niet nader bepaald. Dit biedt ruimte voor een uitleg dat moet worden aangesloten bij hetgeen in Afdeling 2 van Titel 1 Boek 6 BW over hoofdelijkheid is vastgelegd. In de beschikbare rechtspraak van de Hoge Raad naar aanleiding van uitspraken jegens de moedermaatschappij op basis van een 403-verklaring blijkt een dergelijke uitleg.²⁰

18. HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447 (*Akzo/ING*), r.o. 3.4.3.

19. Zie het vroegere art. 38a WJO: '(...) indien een rechtspersoon zich overeenkomstig de volgende leden hoofdelijk voor de door de onderneming aangegane schulden aansprakelijk heeft gesteld (...)’ en het vroegere art. 2:343 BW: '(...) een verklaring van hoofdelijke aansprakelijkstelling voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van de rechtspersoon (...)’.

20. Een analyse van de relevante arresten is opgenomen in paragraaf 9.3.

Dit komt er dan op neer dat de 403-aansprakelijkstelling tot gevolg heeft dat de moedermaatschappij voor de uit een rechtshandeling van de groepsrechtspersoon voortvloeiende schuld hoofdelijk naast deze groepsrechtspersoon is verbonden en dat de schuldeiser van de vordering op de groepsrechtspersoon niet alleen een recht op nakoming heeft jegens deze rechtspersoon maar ook jegens de moedermaatschappij. Dit recht jegens de moedermaatschappij – het recht om van de moedermaatschappij voldoening van de vordering op de 403-rechtspersoon te verlangen – duid ik aan als de 403-aanspraak van de schuldeiser. Over wanneer dit recht ontstaat, bestaan verschillende opvattingen. Eén opvatting is dat dit recht ontstaat op hetzelfde moment dat het vorderingsrecht jegens de groepsrechtspersoon ontstaat. Vanaf dat moment zijn de moedermaatschappij en de groepsrechtspersoon hoofdelijk verbonden en kan de schuldeiser onder gelijke condities nakoming van elk van hen vorderen. Een andere opvatting is dat de 403-aanspraak pas ontstaat op het moment dat aan de moedermaatschappij (= de 403-aansprakelijke maatschappij) om betaling wordt verzocht.²¹

Dat de wetgever voor de hoofdelijke aansprakelijkstelling uit hoofde van art. 2:403 BW een benadering voor ogen had die overeenstemt met de gerichte hoofdelijke aansprakelijkheid van Boek 6 BW is uit de parlementaire geschiedenis niet op te maken. Voor een andere uitleg zou naar mijn mening pleiten dat de 403-aansprakelijkstelling als functie heeft om in het economisch handelsverkeer aan wederpartijen van rechtshandelingen met de groepsrechtspersoon een ongericht waarborgkader te bieden ter compensatie van het niet openbaar zijn van de jaarrekening van de groepsrechtspersoon. Op dat kader kan worden teruggevallen indien de uit die rechtshandelingen voortvloeiende verplichtingen niet door de groepsrechtspersoon worden nagekomen. Aan de wetsgeschiedenis ontleen ik de volgende uitspraak van de minister:²² ‘Ook al is de financiële positie van het geheel gezond, het is niet uitgesloten dat een der dochtermaatschappijen niet aan haar verplichtingen kan voldoen. Als zodanig heeft een schuldeiser dan geen verhaal op de moedermaatschappij, voor zover deze zich niet voor de schulden van de dochtermaatschappij aansprakelijkheid heeft gesteld’. Daaraan is te verbinden zoals Bartman²³ ook doet, dat onze wetgever eerder een subsidiaire zekerheid op het oog had, te meer daar de genoemde hoofdelijke aansprakelijkheid in de parlementaire behandeling meermaals zonder tegenspraak is geduid als een garantstelling door de moedermaatschappij.²⁴ Uit de beschikking van de Ondernemingskamer in de procedure

21. Wibier 2008, p. 182; Booms 2019 (diss.), p. 434.

22. Wetsvoorstel 10 689, nr. 3, MvT, p. 14 – 15.

23. Bartman 2015, p. 811.

24. Bij de overheveling van het destijds geldende art. 38a WJO naar Boek 2 BW (art. 2:343 BW) ter implementatie van de vierde EEG-richtlijn (*Handelingen II*, 23 februari 1971, wetsvoorstel 10 689, p. 2973).

Akzo/ING²⁵ blijkt dat deze ruimte ziet voor de uitleg dat door een 403-aansprakelijkstelling de maatschappij die deze heeft gegeven in een positie is komen te verkeren als in het geval zij zich tot borg had gesteld.

Dat niet per se aan hoofdelijkheid in de zin van Boek 6 BW behoeft te worden gedacht, blijkt ook uit andere regelingen met daarin subsidiaire hoofdelijkheid. In dit verband wijs ik op de parlementaire geschiedenis bij de Uitvoeringswet Eesv. Daarin wordt door de minister over de hoofdelijke aansprakelijkheid van de leden van het Eesv opgemerkt: ‘(...) derden eerst het samenwerkingsverband aanspreken tot betaling van zijn schulden en eerst daarna, wanneer niet binnen een toereikende termijn deze betaling heeft plaatsgevonden, de leden van het samenwerkingsverband’.²⁶

Deze subsidiaire hoofdelijkheid stond niet in het toenmalige wetsvoorstel en is ook niet door wijzigingen van het wetsvoorstel in de wet vastgelegd. Naar mijn mening zou hieraan een argument kunnen worden ontleend voor de opvatting dat de hoofdelijkheid in art. 2:403 BW ook een subsidiaire zou kunnen zijn zonder dat daaraan een expliciete wettelijke bepaling ten grondslag moet liggen.²⁷

5.3.1.3 Uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden

De in de richtlijn bedoelde ‘aangegane verplichtingen’ is in de Nederlandse regeling vervangen door ‘de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden’. Het is van belang na te gaan wat in deze bepaling is bedoeld met het begrip rechtshandeling, wat de afbakening is van het begrip schuld als zodanig en aan wie de aanspraak toekomt.

Het begrip rechtshandeling lijkt onderscheidend te zijn. Verplichtingen die enkel uit de wet voortvloeien zijn verplichtingen uit hoofde van de fiscale en sociale wetgeving, zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking alsook verplichtingen uit hoofde van onrechtmatige daad. Ook verschuldigde wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW is een uit de wet voortvloeiende verplichting die is verbonden aan het niet nakomen van de als gevolg van een rechtshandeling ontstane verplichting.²⁸ Toch zijn er

25. Gerechtshof Amsterdam (OK) 31 juli 2001, *JOR* 2001/170, m.nt. Bartman, r.o. 4.10.

26. *Kamerstukken II* 1987/88, 20 651, nr. 3, MvT, p. 14.

27. Voorbeelden van wettelijke bepalingen waarin expliciet is vastgelegd dat het gaat om subsidiaire aansprakelijkheid, zijn art. 2:30 lid 4 BW (aansprakelijkheid bestuurders informele vereniging), art. 7:693 BW (bijzondere bepalingen aansprakelijkheid ter zake van de uitzendovereenkomst) en art. 2:334t lid 4 BW (bijzondere bepalingen aansprakelijkheid bij splitsing). Zie voorts de voorgestelde subsidiaire aansprakelijkheid voor vennoten van een personenvennootschap in art. 7:809 lid 1, tweede volzin BW van het op 21 februari 2019 gepubliceerde ambtelijk voorontwerp inzake de modernisering van personenvennootschappen.

28. Zie ook Spierings, 2012, onder 1.2.

situaties denkbaar dat het onderscheid niet goed te maken is, zoals in het geval dat het gaat om rechtshandelingen waaraan uit hoofde van de wet bepaalde rechtsgevolgen zijn verbonden.²⁹

Het begrip schulden moet niet in de beperkte betekenis van geldschulden worden uitgelegd maar moet in het licht van de unitaire terminologie worden uitgelegd als verbintenissen van de groepsrechtspersoon, dus om door de groepsrechtspersoon verschuldigde tegenprestaties. Dat kan de voldoening van een geldbedrag zijn, maar ook een leveringsverplichting, aanvullende of vervangende schadeloosstelling (wegens tenietgaan of ontbinding van de overeenkomst).³⁰

Uit de woordkeuze blijkt dat de in de verklaring opgenomen aansprakelijkstelling voor schulden uit rechtshandelingen zich niet richt tot specifieke personen of tot de oorspronkelijke schuldeisers van de 403-rechtspersoon. Daaruit vloeit voort dat een ieder die recht heeft op een uit een rechtshandeling van de 403-rechtspersoon voortvloeiend vorderingsrecht jegens die rechtspersoon, de 403-aanspraak jegens de moedermaatschappij (= de 403-aansprakelijke maatschappij) heeft. Dat betekent ook dat een beperking in dit generieke karakter, de verklaring ongeschikt maakt als toereikend voor het gebruik van het groepsregime.³¹ Dit hoeft overigens aan een gradatie ter zake van de aanspreekvolgorde niet in de wet te staan, mits zulks uit de 403-verklaring blijkt.

5.3.1.4 Groepsrechtspersoon

Als de groepsrechtspersoon waarvoor de verklaring is afgegeven van rechtsvorm verandert, blijft de verklaring voor hem gelden. Zou de groepsrechtspersoon door fusie of splitsing verdwijnen, dan gaat zijn vermogen onder algemene titel over op een andere rechtspersoon (= verkrijgende rechtspersoon) en blijven zijn schulden uit tot het verdwijningstijdstip aangegane rechtshandelingen vallen onder de gestelde hoofdelijke aansprakelijkheid van de maatschappij die de 403-verklaring heeft gegeven. Deze aansprakelijkheid heeft een restkarakter omdat er geen nieuwe aansprakelijkheid voor nieuwe rechtshandelingen ontstaat. Ik kom op fusie en splitsing terug in hoofdstuk 8.

29. Als voorbeelden noem ik het aangaan van een overeenkomst van vof (art. 18 WvK) en de oprichting van een NV of BV (art. 2:93 jo. art. 2:203 BW).

30. Invoeringswet Boek 2 BW, wetsvoorstel 11 005, nr. 64, Tweede NvW, 13 september 1974. Zie ook voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem 16 februari 2012, *JONDR* 2012/659 (*Inalfa/Mastertools*); Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012, *JOR* 2012/165 m.nt.Bertrams (*Lentink/Eikendal q.q.*); en Gerechtshof Amsterdam (OK) 26 juli 2001, *JOR* 2004/94, m.nt. Bartman (*Hemony/Van der Woude*).

31. Zo ook Booms 2019 (diss.), p. 430.

HOOFDSTUK 5

5.3.1.5 Hoofdelijk aansprakelijke maatschappij

De maatschappij die zich hoofdelijk aansprakelijk heeft verklaard – de 403-aansprakelijke maatschappij – is de consoliderende rechtspersoon of vennootschap als bedoeld in art. 2:403 lid 1 onder c BW.³² Een cascadesysteem is niet toegestaan.³³ Als de 403-aansprakelijke maatschappij van rechtsvorm verandert, blijft zij de maatschappij die de verklaring heeft afgegeven. Als deze maatschappij nadien in het kader van een juridische fusie of van een splitsing verdwijnt, treedt voor haar in de plaats de maatschappij waaraan haar vermogen onder algemene titel is overgegaan (= de verkrijgende maatschappij). Ik kom op juridische fusie en op splitsing terug in hoofdstuk 8.

5.3.1.6 Voorbeeld 403-aansprakelijkstelling

Een voorbeeld van een bij het handelsregister veel voorkomende 403-aansprakelijkstellingsverklaring luidt als volgt:

‘De ondergetekende (moedermaatschappij A), rechtsgeldig vertegenwoordigd door X, verklaart zich door middel van deze verklaring uit hoofde van art. 2:403 lid 1 onder f BW hoofdelijk aansprakelijk voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van de tot haar groep behorende rechtspersoon B’.

5.3.2 Dekkingsbereik

In verreweg de meeste gevallen wordt in 403-aansprakelijkstellingsverklaringen opgenomen dat de moedermaatschappij zich uit hoofde van art. 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de schulden van uit rechtshandelingen van een bij naam genoemde groepsrechtspersoon.³⁴ Deze nogal onbepaalde formulering zegt, daargelaten ook de duiding van die hoofdelijke aansprakelijkheid, weinig over het dekkingsbereik van de 403-verklaring anders dan dat uit rechtshandelingen van de groepsrechtspersoon voortvloeiende vorderingsrechten jegens die rechtspersoon er onder vallen en dat de 403-aanspraken toekomen aan de gerechtigden tot die vorderingsrechten. Vanaf welk moment, tot welk moment en/of hoe lang wordt hiermee niet gezegd. Het enige wat vaststaat is dat een formulering als hier bedoeld in ieder geval geacht wordt te zijn een toereikende formulering voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime door een groepsrechtspersoon.

32. In geval van nevenschikking moet ook de nevengeschikte maatschappij een 403-verklaring afgeven (art. 2:403 lid 2 BW).

33. Zoals volgens uitleg wel in de Duitse wetgeving (zie paragraaf 5.2.3).

34. Zie paragraaf 5.3.1.6.

Toch is het van belang vast te stellen wat het dekkingsbereik is van de gestelde hoofdelijke aansprakelijkheid voor de uit de rechtshandelingen voortvloeiende schulden voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime ten minste moet zijn. Uiteraard mag de consoliderende maatschappij zich voor meer aansprakelijk stellen, maar minder is niet toegestaan. Als wel voor minder dan toegestaan aansprakelijkheid wordt gesteld, is niet aan de noodzakelijke voorwaarde voor hoofdelijke aansprakelijkstelling in het kader van art. 2:403 BW voldaan en kan de rechtspersoon niet rechtsgeldig zijn jaarrekening afwijkend van Titel 9 Boek 2 BW inrichten en daarmee niet profiteren van de in aansluiting daarop verbonden vrijstellingen.

Om vast te stellen of aan de aansprakelijkstellingsvoorwaarde is voldaan, zal nagegaan moeten worden wat de ‘ten minste’ inhoud van de verklaring, mede in het licht van de unitaire regeling, zou moeten zijn en wat ertegen kan worden gedaan indien ten onrechte een te beperkte verklaring door de consoliderende maatschappij is gesteld.

Uit mijn analyse van de unitaire bepaling blijkt dat van een eenduidige uitleg van de garantstelling in de unitaire regeling geen sprake is. De in paragraaf 5.1.2 genoemde *eerste* uitleg is de uitleg van de Ierse wetgever en de in paragraaf 5.1.2 genoemde *tweede* uitleg is de uitleg van de Duitse wetgever. Deze komt vanwege de uiterste openbaarmakingstermijn van twaalf maanden overeen met wat ik noemde de derde uitleg. Daarvan uitgaande heb ik gemotiveerd waarom een garantie zou moeten doorlopen voor de door de dochteronderneming tot het tijdstip van de openbaarmaking van de eerstvolgende jaarrekening aangegane verplichtingen. Dat zou naar mijn mening ook het ten minste dekkingsbereik in onze wetgeving moeten zijn, zij het met hoofdelijkheid voor de moedermaatschappij in plaats van de garantstelling.

De vaststelling van de ‘ten minste’ inhoud van de verklaring is van belang omdat in de praktijk verklaringen worden waargenomen met daarin beperkingen. Deze waargenomen beperkingen kunnen betrekking hebben op het ingangsmoment van de hoofdelijke aansprakelijkstelling of kunnen een eindig moment bevatten al dan niet verbonden aan nadere voorwaarden. De genoemde mogelijke beperkingen en bijzondere condities die wél civielrechtelijk van betekenis zouden kunnen zijn, kunnen het effect hebben dat het dekkingsbereik minder is dan de ten minste inhoud vereist. In dat geval is aan de aansprakelijkstellingsvoorwaarde niet voldaan en kan om die reden de groepsrechtspersoon niet de bevoegdheid krijgen om zijn jaarrekening afwijkend van de inrichtingsvereisten van Titel 9 Boek 2 BW in te richten.

5.3.2.1 Beperkingen in het dekkingsbereik

Ofschoon meestal uit de hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaringen alleen maar blijkt dat zij art. 2:403 BW betreffen, komt het voor dat gepoogd is het dekkingsbereik van de gestelde omvang van de aansprakelijkheid te beperken.

HOOFDSTUK 5

Voorbeelden van aansprakelijkstellingen met begrenzingen van dit dekkingbereik zijn onder meer aansprakelijkstellingen die betrekking hebben op:

- alleen het vrijgestelde/vrij te stellen boekjaar;
- het verstreken boekjaar, zoals op schulden die voortvloeien uit in dat boekjaar aangegane rechtshandelingen of op in dat boekjaar ontstane schulden uit rechtshandelingen;
- ingaande de per het einde van het vrijgestelde boekjaar niet-afgewikkelde rechtshandelingen;
- na een in de verklaring genoemde datum ontstane schulden uit rechtshandelingen dan wel aangegane rechtshandelingen;
- ingaande de datum van openbaarmaking van de hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring ontstane schulden uit rechtshandelingen dan wel aangegane rechtshandelingen.

In het *eerste* voorbeeld verklaart de moedermaatschappij zich aansprakelijk uit hoofde van art. 2:403 BW voor het boekjaar x van de groepsrechtspersoon. De limitering is de beperking tot één boekjaar. Dit komt voor als een moedermaatschappij elk jaar opnieuw het gebruik van het groepsregime door de groepsrechtspersoon wil beoordelen in het licht van mogelijke aansprakelijkheidsrisico's. Daar in de EU richtlijn jaarrekeningen de vrijstelling per jaar in ogenschouw wordt genomen, is vanuit die optiek bezien hierop niets tegen. Dit veronderstelt wel dat er duidelijkheid bestaat over de betekenis van 403-aansprakelijkheid voor een bepaald boekjaar. Als de uitleg zou zijn dat het alleen gaat om rechtshandelingen die in dat boekjaar zijn aangegaan of om in dat boekjaar opgekomen schulden uit rechtshandelingen, moet getoetst aan mijn ten minste-uitleg deze limitering van het dekkingbereik worden afgewezen.

In het *tweede* voorbeeld waarin de verklaring na afloop van het beoogde vrijgestelde jaar is afgelegd, is aansprakelijkheid aanvaard voor schulden van in het vrijgestelde jaar door de groepsrechtspersoon aangegane rechtshandelingen dan wel voor alle in dat jaar ontstane schulden voor zover zij uit rechtshandelingen zijn voortgevloeid. Getoetst aan mijn ten minste-uitleg van het dekkingbereik van de hoofdelijke aansprakelijkstelling zijn deze beperkingen niet aanvaardbaar voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime over dat boekjaar.

Voor het *derde* voorbeeld waarin de beperking is dat de hoofdelijke aansprakelijkstelling alleen betreft per het einde van het vrijgestelde boekjaar openstaande uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden, geldt eveneens getoetst aan dezelfde maatstaf dat de beperking niet aanvaardbaar is voor een rechtsgeldig gebruik, omdat de waarborg er moet zijn tot en met het uiterste tijdstip.

In het *vierde* voorbeeld vallen openstaande schulden die vóór de genoemde datum zijn ontstaan er niet onder dan wel openstaande schulden uit rechtshandelingen die voor die datum zijn aangegaan. Voor het *vijfde* voorbeeld is die datum de datum van openbaarmaking. Deze beperkingen waarborgen niet

dat getoetst aan mijn ten minste-uitleg, alle uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden gedekt zijn.

5.3.2.2 Bijzondere clausules in het dekkingsbereik

Ook andere begrenzingen in het dekkingsbereik komen voor die deels tot oogmerk hebben ‘vergeten intrekkingen’ te voorkomen, verschil in aanspreekvolgorde te bewerkstelligen en/of een subsidiair karakter tot stand te brengen. Voorbeelden van dergelijke clausules zijn:

- zolang de rechtspersoon tot de groep behoort;
- zolang de rechtspersoon op geconsolideerde wijze is begrepen in de geconsolideerde jaarrekening van de maatschappij die zich aansprakelijk heeft gesteld;
- achterstellingen in vorderingen op de rechtspersoon gelden ook in de 403-aanspraken jegens de moedermaatschappij;
- alleen dan indien de rechtspersoon zijn aangegane verplichtingen niet nakomt;
- zolang de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende vorderingen in rechte afdwingbaar zijn en/of voor zover geen kwijtschelding ervan heeft plaatsgevonden.

Dergelijke formuleringen kunnen niet zonder meer op zichzelf worden beschouwd maar moeten in samenhang met de overige tekst van de 403-aansprakelijkstellingsverklaring worden gezien. Als de verklaring voor het overige inhoudt dat de moedermaatschappij zich op grond van art. 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld, betekent hetgeen bij het *eerste* streepje staat dat als na het vrijgestelde boekjaar de groepsband wordt verbroken, vanaf dat moment voor nieuwe rechtshandelingen van de dan ex-groepsmaatschappij geen aansprakelijkheid wordt aanvaard, maar wellicht wordt ook beoogd dat de reeds ontstane aansprakelijkheid alsdan ook vervalt. Bezwaarlijk is ook dat voor derden vaak het moment dat de groep wordt verlaten, niet waarneembaar is, of pas op een veel later moment.

De formulering bij het *tweede* streepje lijkt in te houden dat zodra de rechtspersoon in een komend jaar buiten de consolidatie wordt gehouden vanaf het moment van deconsolidatie geen aansprakelijkheid meer voor na dat moment aangegane rechtshandelingen wordt aanvaard maar wellicht wordt ook beoogd dat de reeds ontstane aansprakelijkheid vervalt. Naast deze dubbelzinnigheden is ook niet duidelijk wat onder het moment van deconsolidatie moet worden verstaan: het moment dat in de interne administratie van de moedermaatschappij deconsolidatie plaatsvindt, dan wel de deconsolidatie in de eerstvolgende geconsolideerde jaarrekening. Zelfs als aan het laatste moet

worden gedacht, zal die deconsolidatie pas kunnen blijken nadat die geconsolideerde jaarrekening openbaar is gemaakt. Ook dan hoeft deconsolidatie niet op te vallen vanwege de omvang van de consolidatiekring van de moedermaatschappij, of omdat een overzicht van geconsolideerde belangen door middel van een afzonderlijke lijst is gedeponneerd. Er is ook voor een moedermaatschappij geen verplichting te melden welke rechtspersonen (en andere maatschappijen) zijn gedeconsolideerd.

De *derde* formulering beperkt niet zo zeer het dekkingsbereik maar beoogt een aanspreekvolgorde voor aanspraken jegens de moedermaatschappij te creëren. Te denken zou zijn aan het in de 403-verklaring tot uitdrukking brengen dat achterstellingen in de vorderingsrechten jegens de groepsrechtspersoon, ook gelden voor de 403-aanspraak van de rechthebbenden van die vorderingsrechten. Een dergelijke aanspreekvolgorde is evenwel niet makkelijk effectueerbaar omdat normaliter de schuldeisers van de groepsrechtspersoon zelden allen tegelijk hun 403-aanspraak jegens de moedermaatschappij geldend wensen te maken. Het is niet goed denkbaar dat als een achtergestelde schuldeiser zijn 403-aanspraak geldend wenst te maken, hij te horen krijgt dat hij voor voldoening maar moet afwachten of er ook concurrente schuldeisers van de groepsrechtspersoon zich met 403-aanspraken tot de moedermaatschappij wenden. Wel is deze situatie in te denken in geval van faillissement van de groepsrechtspersoon.

Bij de *vierde* formulering kan gedacht worden aan een woordkeuze waarin tot uiting is gebracht dat de moedermaatschappij de verplichtingen van de groepsrechtspersoon uit hoofde van art. 2:403 BW garandeert. Dit laatste woordgebruik sluit aan op de veel voorkomende woordkeuze in geconsolideerde jaarrekeningen van de maatschappijen die zich uit hoofde van art. 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk hebben gesteld, waar vaak geformuleerd is dat er 403-garanties zijn afgegeven.³⁵ Met dit woordgebruik wordt – op nogal verwarrende of op z'n minst dubbelzinnige wijze – een subsidiaire aansprakelijkheid gesuggereerd. Ook is te denken aan een 403-verklaring waarin tot uiting is gebracht dat pas als de desbetreffende groepsrechtspersoon een verplichting uit een rechtshandeling niet nakomt, de moedermaatschappij zulks zal doen of bereid is dat te doen. Hiermee wordt aan de 403-aansprakelijkstelling een subsidiair karakter gegeven. Uitgaande van een uitleg dat het gaat om een hoofdelijkheid in de zin van Boek 6 BW past deze beperking wellicht niet, maar in een visie dat het gaat om een hoofdelijke aansprakelijkheid sui generis past een dergelijk subsidiair karakter wel. Het subsidiaire karakter is als zodanig ook niet in strijdig met enige unitaire bepaling en verdraagt zich ook met de parlementaire geschiedenis op de 403-verklaring. Ik zou wel menen dat het subsidiaire karakter in de verklaring duidelijk ten aanzien van het invoeren ervan

35. Het begrip garantie is als zodanig in ons recht geen vastomlijnd begrip. Zo heeft Booms 2019 (diss.), p. 427 het over rechten uit een garantieverklaring zoals (...) een 403-verklaring, en op p. 428 over de garantie die te vinden is in art. 2:403 BW.

moet zijn, meer in het bijzonder ten aanzien van het moment dat aangenomen moet worden dat de groepsrechtspersoon in gebreke is en beroep op de moedermaatschappij kan worden gedaan ter voorkoming van allerlei gerechtelijke procedures omtrent de vaststelling van het in gebreke zijn.

De *vijfde* formulering beoogt te voorkomen dat als een vorderingsrecht jegens de rechtspersoon is verjaard, dan wel afstand van een vordering op de rechtspersoon jegens die rechtspersoon is gedaan, het niet-voldane deel op de moedermaatschappij wordt verhaald.³⁶

Van belang kan nog zijn of beperkingen in het dekkingsbereik zoals die blijken uit de Ierse en Duitse vrijstellingsregelingen ook voor gebruik van het groepsregime door een groepsrechtspersoon als bedoeld in art. 2:360 BW aanvaardbaar zijn. Die vraag is legitiem omdat kan worden geredeneerd, dat niet is in te zien waarom in andere landen een wellicht beperkter dekkingsbereik als toereikend voor het gebruik van de vrijstellingsregeling door een dochteronderneming wordt gezien. Hier staat tegenover dat de Nederlandse wetgever een andere invulling aan de unitaire regeling heeft gegeven die meer rekening houdt met het verstoken zijn van financiële informatie van hen die zaken doen met de groepsrechtspersoon. In mijn uitleg van wat het dekkingsbereik zou moeten zijn, zijn de beperkingen die overeenkomen met hetgeen in de Ierse en de Duitse wetgevingen daarom beneden het minimumdekkingsbereik dat voor een 403-verklaring zou moeten gelden.

5.3.3 *Bevoegdheid bestuur van 403-aansprakelijke maatschappij*

De vereiste hoofdelijke aansprakelijkstelling moet afkomstig zijn van de consoliderende moedermaatschappij. Het orgaan van de moedermaatschappij dat bevoegd is een besluit te nemen over het door de moedermaatschappij uit hoofde van art. 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de uit rechtshandelingen van een groepsrechtspersoon voortvloeiende schulden, is het bestuur.³⁷ Daar de aard van een dergelijke 403-aansprakelijkstelling in omvang onbegrensd is en grote gevolgen voor de consoliderende moedermaatschappij, haar groep en de werkgelegenheid kan hebben, dringt de vraag zich op of een dergelijk besluit de goedkeuring van de raad van commissarissen dan wel algemene vergadering behoeft.

36. Zie wat verjaring betreft Booms 2019 (diss.), p. 438.

37. Zie hieromtrent Gerechtshof Amsterdam 16 april 1926 en HR 14 april 1927, *NJ* 1927/1220; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 mei 1941, *NJ* 1941/592. Houwen e.a. 1993 (diss.), p. 838 wijst op het arrest van de Hoge Raad inzake OGEM (HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. Maeijer) waarin in de bestuurstaak van een moedermaatschappij in algemene zin aan de orde komt en is overwogen dat de bestuurstaak van het bestuur van een moedermaatschappij zich 'mede uitstrekt(e) tot de tot dat concern behorende ondernemingen' (r.o. 9.1). Ik beperk mij hierna tot voor de BV en de NV relevante opmerkingen en volsta met een (summiere) verwijzing naar de relevante wettelijke bepalingen als het gaat om andere rechtspersonen.

Er is in elk geval geen wettelijk voorschrift waarin is voorgeschreven dat de (voorafgaande) goedkeuring van de algemene vergadering voor een besluit tot het stellen van hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 2:403 BW is vereist. Indien en voor zover een statutaire regeling ter zake ontbreekt, geldt de algemene regel dat het bestuur bevoegd is daartoe te besluiten. Het gaat om een besluit in het kader van de strategie van de rechtspersoon. Houwen komt tot de conclusie dat het geven van een 403-aansprakelijkstellingsverklaring onder de bestuursbevoegdheid kan worden gebracht, zij het met enige aarzeling vanwege het (potentieel) ingrijpende karakter van de 403-verklaring.³⁸ Volgens deze auteur komt de positie van de algemene vergadering van de moedermaatschappij niet eerder in het geding dan wanneer het volledige ondernemingsrisico van de vrijgestelde groepsrechtspersoon voor rekening van de moedermaatschappij zou komen. In dat geval zou een situatie ontstaan die in essentie een (bedrijfs)fusie nadert en zou de algemene vergadering in de besluitvorming moeten worden betrokken.

Er zijn evenwel ook argumenten vóór een goedkeuringsvereiste. Eerder³⁹ heb ik er al op gewezen dat de positie van de schuldeisers van de moedermaatschappij in nadelige zin wordt beïnvloed door de 403-aansprakelijkstelling. Wanneer de moedermaatschappij bereid is een 403-verklaring te verstrekken en de vereiste instemmingsverklaring(en) word(t)(en) verleend, ontstaat een (potentiële) aansprakelijkheid voor die moedermaatschappij. Schuldeisers van de moedermaatschappij hebben geen (wettelijke) mogelijkheid om compensatie voor de (potentieel) verminderde waarborg voor nakoming van hun verplichtingen af te dwingen. Een 403-aansprakelijkstelling heeft bovendien invloed op de positie van de aandeelhouders van de moedermaatschappij. Als een schuldeiser van de groepsrechtspersoon zijn 403-aanspraak geldend maakt jegens de moedermaatschappij, heeft dat invloed op de waarde van de moedermaatschappij. In het geval dat het gaat om een vordering waarvoor die moedermaatschappij niet draagplichtig is, kan de moedermaatschappij weliswaar regres nemen op de groepsrechtspersoon, maar niettemin heeft in dat geval een uitgaande kasstroom plaatsgevonden terwijl het dubieus is of de regresvordering wat oplevert. Voor deze aandeelhouders en schuldeisers is in de wettelijke regeling geen waarborg gecreëerd, terwijl zij daar vanwege de potentiële achteruitgang in hun financiële positie wel aanspraak op zouden moeten hebben.

Om de aandeelhouders van de moedermaatschappij inspraak te geven, zou in het BW een bepaling moeten worden opgenomen waarin is bepaald dat een relevante meerderheid van de aandeelhouders van de moedermaatschappij die aansprakelijkheid dient te hebben aanvaard. Deze goedkeuring kan blijken

38. Houwen e.a. 1993 (diss.), p. 838.

39. Zie paragraaf 1.3.

door middel van een aandeelhoudersbesluit, genomen bij (gewone of versterkte) meerderheid. Te denken is aan een bepaling zoals opgenomen voor de NV in art. 2:107a lid 1 onder b BW, waarin onder meer de goedkeuring van de algemene vergadering is vereist voor het besluit van het bestuur tot het aangaan (...) van een duurzame samenwerking van de NV of een dochtermaatschappij van haar met een andere rechtspersoon of vennootschap dan wel als volledig aansprakelijk vennote in een commanditaire vennootschap of vennootschap onder firma indien deze samenwerking (...) van ingrijpende betekenis is voor de NV. Er is naar mijn mening goede reden om hiermee gelijk te stellen een besluit tot het stellen van hoofdelijke 403-aansprakelijkheid vanwege het in potentie ingrijpende karakter. Dit geldt dan natuurlijk niet alleen voor NV's maar voor onder het Nederlands recht vallende consoliderende moedermaatschappijen in andere rechtsvormen dan de NV. Statutair zou de voorwaarde ook zo kunnen worden ingericht dat alle aandeelhouders van de moedermaatschappij hun goedkeuring moeten verlenen, respectievelijk als er een raad van commissarissen is, deze zijn goedkeuring moet verlenen. Bij structuurvennootschappen zou het wenselijk zijn dat een bestuursbesluit tot het stellen van hoofdelijke 403-aansprakelijkheid voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van een tot haar groep behorende rechtspersoon in ieder geval de goedkeuring van de raad van commissarissen behoeft wegens het in potentie ingrijpende karakter naar analogie met besluiten tot het aangaan (...) van een duurzame samenwerking van de rechtspersoon of een afhankelijke maatschappij met een andere rechtspersoon of vennootschap dan wel als volledig aansprakelijk vennoot in een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap indien deze samenwerking (...) van ingrijpende betekenis is voor de rechtspersoon.⁴⁰ Dergelijke wettelijke goedkeuringsvereisten zijn in ieder geval ook wenselijk bij rechtspersonen als omschreven in art. 2:360 BW⁴¹ die organisatie van openbaar belang zijn als bedoeld in art. 2:398 lid 7 BW.

In het geval dat een wettelijk (of statutair) voorgeschreven goedkeuringsvereiste geldt en het bestuur desondanks zonder goedkeuring van de aandeelhouders besluit tot het geven van een 403-aansprakelijkstellingsverklaring en daartoe ook overgaat, staat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij vast. Derden kunnen zich op de 403-aansprakelijkstellingsverklaring beroepen. Het goedkeuringsvereiste heeft (enkel) interne werking. Het bestuursbesluit dat aan het goedkeuringsvereiste is voorbijgegaan, is wel aantastbaar.

40. Art. 63j lid 1 onder d, 164 lid 1 onder d en 274 lid 1 onder d BW.

41. Vaak zal het gaan om structuurrechtspersonen. Voor het geval dat niet zo is, gaat het om een aandeelhoudersbesluit, te nemen bij relevante meerderheid met inachtneming van afwijkende statutaire bepalingen.

Enige bescherming van schuldeisers van de moedermaatschappij zou kunnen worden bereikt door de moedermaatschappij te verplichten bij het geven van een 403-verklaring haar schuldeisers daarvan op de hoogte te stellen. Dit zou kunnen geschieden door het opnemen van een verplichting tot onverwijlde bekendmaking op de website van de moedermaatschappij dat en voor welke rechtspersonen een 403-verklaring is afgegeven met opgaaf van eventuele bijzondere clausules en tot depot bij het handelsregister van een – ook elektronisch raadpleegbare – mededeling van de moedermaatschappij waarin zij kennis geeft van de gegeven 403-verklaring met opgaaf van de naam en zetel van de betrokken rechtspersoon en eventuele in de 403-verklaring opgenomen bijzondere clausules. Schuldeisers kunnen door het raadplegen van de website en van het handelsregister kennis nemen van het bestaan van de hoofdelijke 403-aansprakelijkheidsstelling. De toegevoegde waarde van een dergelijke zelfstandige bekendmakings- en depotverplichting zou kunnen zijn gelegen in de tijdigheid; er is een tijdsvoordeel in het geval dat het geven van de 403-verklaring geruime tijd voorafgaand aan de vaststelling of openbaarmaking van de jaarrekening van de moedermaatschappij plaatsvindt.

5.3.4 *Adviesrecht ondernemingsraad*

Het adviesrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van besluiten als genoemd in art. 25 lid 1 onder j WOR⁴² is bij wetsvoorstel Wijziging van de Wet op de ondernemingsraden geïntroduceerd, waarin de uitbreiding van het adviesrecht met besluiten inzake het verstrekken van zekerheid voor belangrijke schulden wordt onderbouwd met het argument dat ‘dergelijke besluiten van wezenlijk belang kunnen zijn voor de onderneming, diens financiële situatie en toekomstperspectief’.⁴³ Ook wordt opgemerkt dat dergelijke besluiten zich in de praktijk frequent voordoen in concernverband. Uit de tekst van art. 25 lid 1 onder j WOR blijkt dat het moet gaan om voorgenomen besluiten tot het stellen van zekerheid voor belangrijke schulden van een andere ondernemer, tenzij dit geschiedt in de normale uitoefening van werkzaamheden in de onderneming. Met betrekking tot de toevoeging ‘belangrijk’ heeft de wetsvoorsteller opgemerkt dat uit die toevoeging volgt dat het ‘dient te gaan om voor de ondernemer bijzondere, niet-alledaagse besluiten, die wezenlijke gevolgen kunnen hebben voor de vermogens- en liquiditeitspositie van de onderneming’.⁴⁴ Op de vraag wat met zekerheid wordt bedoeld, wordt niet ingegaan. Evenmin komt dat begrip of de wijze waarop dat moet worden uitgelegd, aan de orde in de parlementaire

42. Zie hierover ook Duk 2000, p. 14 – 15.

43. Wetsvoorstel 24 615, nr. 3, MvT, 29 februari 1996, p. 10.

44. Wetsvoorstel 24 615, nr. 3, MvT, 29 februari 1996, p. 41.

geschiedenis. Er is hierover ook weinig rechtspraak beschikbaar. In de mij bekende gepubliceerde uitspraken⁴⁵ is niet overwogen of er een adviesrecht bestaat ten aanzien van een voorgenomen besluit tot hoofdelijke aansprakelijkheid, respectievelijk tot het voor een groepsrechtspersoon mogelijk maken dat door hem van het groepsregime gebruik kan worden gemaakt.

Er zijn auteurs die zich op het standpunt stellen dat het er voor het besluit van de moedermaatschappij tot toepassing van het groepsregime een adviesplicht bestaat in zin van art. 25 lid 1 onder j WOR. Alsdan heeft de ondernemingsraad – dan wel de groepsondernemingsraad of centrale ondernemingsraad indien die er is⁴⁶ – van de moedermaatschappij een adviesrecht.⁴⁷ Boschma/Wezeman⁴⁸ stellen zich op het standpunt dat onder omstandigheden aan een bij de moedermaatschappij ingestelde ondernemingsraad om advies dient te worden gevraagd. Wat die omstandigheden zijn, hebben zij niet toegelicht. Beckman⁴⁹ komt het voor dat het toepassen van een 403-aansprakelijkstellingsverklaring onder het adviesrecht van de ondernemingsraad van de moedermaatschappij gebracht zou moeten worden, omdat deze toepassing solidariteit van werknemers van (een of meer) groepsmaatschappijen vraagt. Ook Kroeze gaat van adviesplichtigheid uit.⁵⁰

Hoewel de bescherming van schuldeisers waartoe ook werknemers behoren, een rechtvaardiging kan inhouden om een voorgenomen besluit tot het geven van een 403-aansprakelijkstelling aan een adviesplicht te onderwerpen, zou ook een standpunt denkbaar zijn dat daartoe geen wettelijke verplichting bestaat omdat het geven van een 403-verklaring geen zekerheid in civielrechtelijke zin is, daargelaten de situatie dat door het bestuur van de moedermaatschappij adviesrecht aan de ondernemingsraad is toegezegd. Niettemin staat

45. Gerechtshof Amsterdam (OK) 13 juli 2000, *JOR* 2000/174 (*OR EBS/HES-I*) en 20 februari 2001, *JOR* 2001/92 (*OR EBS/HES-I*), beide m.nt. Van het Kaar en voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 21 juli 2004, *ROR* 2004/42 (*OR/Acordis*).

46. Bij een moedermaatschappij zal niet steeds een ondernemingsraad zijn ingesteld. Niet zelden is de moedermaatschappij een zuivere holding. Wel kan er op het niveau van de moedermaatschappij sprake zijn van een centrale ondernemingsraad (COR) of een groepsondernemingsraad (GOR), waaraan dezelfde bevoegdheden toekomen als aan een individuele ondernemingsraad.

47. Van het Kaar (in zijn annotatie bij Gerechtshof Amsterdam (OK) 13 juli 2000, *JOR* 2000/174 (*OR EBS/HES-I*)), Hafkamp-van der Zwaard (2014, p. 19; hoewel de auteur in voetnoot 5 van haar artikel opmerkt geen aandacht aan art 2:403 BW te besteden, wordt zonder specifieke motivering over het afgeven van een 403-verklaring gesteld dat advies van de ondernemingsraad vereist is) en De Jager (2006, p. 22; een specifieke motivering ontbreekt).

48. Boschma/Wezeman 2016, p. 714.

49. Beckman 1995 (diss.), p 725.

50. Asser/Maeijer & Kroeze 2015 (2-I*), nr. 642.

buiten twijfel dat het stellen van 403-aansprakelijkheid gezien het waarborgkarakter door schuldeisers van de groepsrechtspersoon als zekerheid wordt ervaren⁵¹ en de gevolgen voor de moedermaatschappij (en andere tot de groep behorende rechtspersonen en vennootschappen) verstrekkend kunnen zijn. Om die reden is er veel voor te zeggen om onder stellen van zekerheden voor belangrijke schulden te begrijpen het stellen van hoofdelijke 403-aansprakelijkheid vanwege de in potentie wezenlijke gevolgen voor de vermogens- en liquiditeitspositie van de onderneming en de met haar verbonden groep en voor het risico op verlies aan werkgelegenheid. Om elk misverstand hierover weg te nemen zou dit in art. 25 lid 1 onder j WOR kunnen worden geëxpliciteerd.

Soms komt ook wel de vraag op of het bestuur van de groepsrechtspersoon aan de ondernemingsraad – dan wel de groepsondernemingsraad of centrale ondernemingsraad indien die er is – het besluit om over te gaan tot het gebruik van het groepsregime ter advisering moet voorleggen. Bijvoorbeeld De Jager⁵² is van mening dat het geven van een 403-verklaring een financieel besluit van de ondernemer is en daarmee adviesplichtig. De auteur betoogt dat hoewel met het begrip ondernemer in beginsel de groepsrechtspersoon is bedoeld (degene die de onderneming in stand houdt), een besluit van een moedermaatschappij ook kan worden toegerekend aan die ondernemer. De auteur verwijst ter onderbouwing van dit standpunt naar een beschikking van de Ondernemingskamer waarin is aangenomen dat besluiten van een moedermaatschappij kunnen worden toegerekend aan een ondernemer.⁵³

Ik merk nog op dat als mijn aanbeveling om het goedkeuringsvereiste van de algemene vergadering als opgenomen in art. 2:107a lid 1 onder b BW uit te breiden met het stellen van 403-aansprakelijkheid (zie paragraaf 5.3.3) ook bereikt wordt dat als de rechtspersoon⁵⁴ krachtens wettelijke bepalingen een ondernemingsraad heeft ingesteld met inachtneming van het bepaalde in lid 4), aan deze tijdig voor de datum van oproepen tot de algemene vergadering moet zijn gevraagd een standpunt hierover te bepalen dat gelijktijdig met het verzoek om goedkeuring aan de algemene vergadering moet worden aangeboden (art 2:107a lid 4 BW).

51. In HR 16 juni 2015, r.o. 4.35.3 (*SNS*) overweegt de Hoge Raad dat ‘de 403-verklaring (...) immers extra zekerheid aan de schuldeiser (verstrekt) voor het geval zijn vordering op de dochtermaatschappij niet voldaan kan worden.

52. De Jager 2006, p. 22.

53. Gerechtshof Amsterdam (OK) 2 april 1987, *NJ* 1988/382, m.nt. Maeijer (*OR/Shell*) r.o. 4. Zie ook: Gerechtshof Amsterdam (OK) 10 mei 1990, *NJ* 1992/126 (*OR/Philips*) en HR 26 januari 1994, *NJ* 1994/545, m.nt. Maeijer (*Interface Heuga*).

54. Conform mijn suggestie niet alleen voor NV’s.

5.3.5 *Informatieverplichtingen*

Uit de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij moet in elk geval blijken welke waarborgen ten behoeve van anderen zijn gesteld (art. 2:410 lid 1 jo. art. 2:376 BW). Daar het de geconsolideerde jaarrekening betreft, gaat het om de door de in de geconsolideerde jaarrekening geconsolideerd verwerkte maatschappijen gestelde waarborgen. Daar de 403-aansprakelijkstelling zich lastig laat kwantificeren en een waarborg biedt voor verplichtingen uit rechtshandelingen van een 403-groepsrechtspersoon, vallen daaronder ook gepassiveerde schulden en niet-gepassiveerde verplichtingen van die rechtspersoon (inclusief door die rechtspersoon gestelde garanties), maar ook nog opkomende schulden uit reeds aangegane rechtshandelingen. Voor welke groepsrechtspersonen en eventuele andere rechtspersonen⁵⁵ een 403-aansprakelijkstelling is afgegeven, blijkt uit de lijst van geconsolideerde maatschappijen en andere belangen (art. 2:414 lid 5 BW).

De 403-aansprakelijke maatschappij moet op grond van art. 2:376 BW zijn hoofdelijke aansprakelijkstellingen uit hoofde van art. 2:403 BW vermelden in haar enkelvoudige jaarrekening.

5.3.6 *Restaansprakelijkheid*

In onze wetgeving is het mogelijk de 403-aansprakelijkstelling op elk moment in te trekken, al dan niet met verbreking van de groepsband met de rechtspersoon. Doordat op elk moment intrekking mogelijk is, kan er anders dan in de unitaire regeling onduidelijkheid ontstaan over het gebruik van het groepsregime voor een boekjaar. In de unitaire regeling houdt het gebruik van de vrijstelling op zodra over een volgend boekjaar de jaarrekening van de rechtspersoon weer openbaar wordt gemaakt. De gestelde garantie voor het vrijgestelde jaar geldt voor alle tot die openbaarmaking aangegane verplichtingen. In onze wetgeving is dit omgedraaid. Door de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling kan van de regeling geen gebruik worden gemaakt. Dit brengt weer onduidelijkheid mee over het boekjaar met ingang waarvan van het groepsregime geen gebruik meer kan worden gemaakt. Hierop ga ik in hoofdstuk 7 nader in.

Als de 403-aansprakelijkstelling is ingetrokken, betekent dit niet anders dan dat de gestelde aansprakelijkheid voor de schulden uit rechtshandelingen die zijn verricht nadat de intrekking werkt, buiten het dekkingsbereik van de eerder afgegeven 403-verklaring vallen. De aansprakelijkheid voor de schulden uit de tot dat moment aangegane rechtshandelingen met inachtneming van

55. Bij andere rechtspersonen kan het alleen gaan om rechtspersonen die geen deel uitmaken van de groep maar waarvoor toch een 403-aansprakelijkstelling is afgegeven en om rechtspersonen die niet meer deel uitmaken van de groep maar waarvan de 403-aansprakelijkstelling niet is ingetrokken ('vergeten intrekking').

het bepaalde in de 403-verklaring blijft ten opzichte van een schuldeiser voor diens uit een rechtshandeling met de groepsrechtspersoon voortvloeiende vordering bestaan. De maatschappij die de verklaring heeft ingetrokken, is gehouden deze resterende aansprakelijkheid op te nemen in de informatie over waarborgverplichtingen uit hoofde van art. 2:376 BW (zie ook paragraaf 5.3.5). De resterende hoofdelijke aansprakelijkheid tegenover de schuldeiser met aanspraken hierop kan zolang de groepsband bestaat, niet worden beëindigd (behoudens verjaring). Dit sluit aan op de unitaire regeling.

Niettemin kan onder bepaalde voorwaarden deze restaansprakelijkheid worden beëindigd. Ik kom hierop terug in paragraaf 7.4. Hierop vooruitlopend merk ik op dat deze beëindigingsregeling in de EU richtlijn jaarrekeningen niet voorkomt en dat de waarborgen in die regeling niet van dien aard zijn dat zij voor schuldeisers gelijkwaardig zijn aan de garantstelling in de richtlijn.

5.4 Afsluitende conclusie

In de unitaire regeling is de invulling van zowel de aard van de waarborg als het dekkingsbereik aan de lidstaten overgelaten. Volstaan is met de duiding garantstelling. Deze is naar haar aard subsidiair. Ten aanzien van het dekkingsbereik geldt in elk geval dat de verplichtingen die in het vrij te stellen/vrijgestelde boekjaar zijn aangegaan onder de garantie moeten vallen, zoals ook in de Ierse wetgeving is bepaald. Uitgaande van de gedachte dat ook degenen die zaken doen in het jaar na het vrijgestelde boekjaar, lijkt mij die invulling van het dekkingsbereik te beperkt. Daarmee is in de Duitse wetgeving wel rekening gehouden. Mijn conclusie is evenwel dat ook dit dekkingsbereik ontoereikend is omdat het meestal nog geruime tijd duurt voordat de eerstvolgende jaarrekening openbaar wordt. Om die reden zou het ‘ten minste’-dekkingsbereik ook moeten omvatten de door de dochteronderneming respectievelijk groepsrechtspersoon tot het tijdstip van de openbaarmaking van die jaarrekening aangegane verplichtingen.

Een 403-aansprakelijkstelling met een geringer dekkingsbereik dan hetgeen ik als minimum gewenst acht, is daarom naar mijn mening niet toereikend voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime. Om die reden acht ik in de 403-verklaring opgenomen bijzondere clausules die bewerkstelligen dat het dekkingsbereik minder wordt dan het door mij genoemde gewenste minimum, niet aanvaardbaar. Met een clause waarin een subsidiaire hoofdelijke aansprakelijkheid tot uiting is gebracht, heb ik geen moeite omdat een subsidiair karakter niet strijdig is met de unitaire regeling, dit subsidiaire karakter zich verdraagt met de parlementaire geschiedenis op de 403-verklaring en ook past in een opvatting dat het gaat om een hoofdelijke aansprakelijkheid sui generis.

AANSPRAKELIJKSTELLINGSVOORWAARDE

Bij de besluitvorming over het geven van een 403-verklaring is er mijns inziens grond voor afwijking van de normale bevoegdheidsregel dat het bestuur van de moedermaatschappij het daartoe bevoegde orgaan is. Ter bescherming van de aandeelhouders, leden respectievelijk vennoten van de moedermaatschappij in een rechtsvorm als omschreven in art. 2:360 BW acht ik het gewenst dat ter zake van een bestuursbesluit betreffende het stellen van een 403-aansprakelijkheid voor hen een goedkeuringsrecht zou gelden, te effectueren door in de wettelijke regeling op te nemen dat zij bij meerderheid het stellen van de aansprakelijkheid moeten aanvaarden. Bij structuurrechtspersonen is te denken aan goedkeuring van het bestuursbesluit door de raad van commissarissen. Voor rechtspersonen die organisatie van openbaar belang zijn als bedoeld in art. 2:398 lid 7 BW, is een goedkeuringseis eveneens wenselijk.

In onze wettelijke regeling is geen waarborg begrepen voor de schuldeisers van de 403-aansprakelijke maatschappij die door de gegeven 403-aansprakelijkstellingsverklaring geconfronteerd worden met een achteruitgang in hun verhaalspositie. Een vorm van schuldeisersbescherming is mijns inziens gerechtvaardigd en kan eenvoudig worden gerealiseerd door de moedermaatschappij te verplichten tot het onverwijld op haar website bekendmaken en bij het handelsregister deponeren van een mededeling dat zij een 403-aansprakelijkstellingsverklaring heeft gegeven met opgaaf van naam en zetel van de rechtspersoon en eventuele bijzondere clausules in de 403-aansprakelijkstellingsverklaring.

Omdat er twijfel bestaat over de vraag of het stellen van hoofdelijke 403-aansprakelijkheid is aan te merken als een voorgenomen besluit dat adviesplichtig is, verdient het vanwege de in potentie ingrijpende betekenis voor de vermogens- en liquiditeitspositie en het risico op verlies van werkgelegenheid, aanbeveling expliciet in art. 25 lid 1 onder j WOR te bepalen dat een dergelijk voorgenomen besluit daaronder valt.

Hoofdstuk 6. Openbaarmakingsvoorwaarde

Voor de verkrijging van de bevoegdheid om de jaarrekening afwijkend van het bepaalde in Titel 9 Boek 2 BW in te richten, is tevens vereist dat de instemmingsverklaring(en) (hoofdstuk 3), de geconsolideerde stukken met accountantsverklaring (hoofdstuk 4) en de hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring (hoofdstuk 5) door deponering bij het handelsregister openbaar zijn gemaakt. Alvorens deze in art. 2:403 lid 1 onder g BW vastgelegde openbaarmakingsvoorwaarde nader te bezien, ga ik eerst in op het daarover bepaalde in de EU richtlijn jaarrekeningen (paragraaf 6.1), met de uitwerking ervan in de andere drie lidstaten die de unitaire optionele vrijstellingsregeling hebben overgenomen (paragraaf 6.2). Daarna komt in paragraaf 6.3 de Nederlandse regeling aan de orde. In mijn analyse laat ik de vervulling van de overige voorwaarden voor het gebruik van het groepsregime buiten beschouwing. Afsluitend trek ik in paragraaf 6.4 een op de Nederlandse regeling toegespitste conclusie in het licht van de richtlijn en de uitwerking in de drie andere lidstaten.

6.1 EU richtlijn jaarrekeningen

Tot de voorwaarden van de in paragraaf 2.1.2 weergegeven vrijstellingsregeling behoort dat de in deze regeling voorgeschreven stukken openbaar moeten worden gemaakt op een wijze die overeenstemt met het daarover bepaalde in Richtlijn 2017/1132/EU.¹ Deze voorwaarde is als volgt geformuleerd:²

de in de punten 2) en 3) bedoelde verklaringen worden door de dochteronderneming openbaar gemaakt op de wijze die in de wetgeving van de lidstaat overeenkomstig Hoofdstuk III van Richtlijn 2017/1132/EU is vastgesteld

en

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 III van Richtlijn 2017/1132/EU is vastgesteld.

1. Ik wijs er op dat Richtlijn 2017/1132/EU voor Nederland (enkel) ziet op openbaarmaking door NV's en BV's. Gelet op art. 166 Richtlijn 2017/1132/EU heb ik de verwijzingen in Richtlijn 2013/34/EU vervangen door verwijzingen naar Richtlijn 2017/1132/EU.
2. Art. 37 onderdelen 4 en 7 Richtlijn 2013/34/EU.

HOOFDSTUK 6

Met de punten 2) en 3) worden bedoeld respectievelijk de akkoordverklaring (en) en de garantverklaring, en met punt 5) de in overeenstemming met de EU richtlijn jaarrekeningen ingerichte geconsolideerde jaarrekening.

6.1.1 Openbaar te maken stukken

De in de voorwaarde genoemde stukken moeten openbaar worden gemaakt. Daar in de toelichting van de geconsolideerde jaarrekening het gebruik van de vrijstelling moet worden gemeld, blijkt bij openbaarmaking dat van deze vrijstelling gebruik is gemaakt. Zou een moederonderneming slechts gehouden zijn tot de openbaarmaking van een geconsolideerde balans met toelichting dan nog is in het kader van de regeling vereist dat de geconsolideerde jaarrekening, het geconsolideerde bestuursverslag en de controleverklaring openbaar worden gemaakt. Mocht zij niet consolidatieplichtig zijn en/of niet controleplichtig dan zal zij vrijwillig deze stukken moeten opstellen en/of laten controleren ter voldoen aan de openbaarmakingsvoorwaarde.

Omtrent de akkoordverklaring(en) merk ik op dat door de openbaarmaking ervan de namen van de aandeelhouders openbaar worden. Voor een grootaandeelhouder die deel uitmaakt van de groep waartoe de dochteronderneming behoort, is dat niet bezwaarlijk, maar voor de buiten de groep staande (minderheids)aandeelhouders kan dat anders zijn, omdat zij – bijvoorbeeld uit concurrentieoverwegingen – hun deelneming in deze onderneming liever buiten de openbaarheid houden, en dat ook mogen doen op grond van de toepasselijke voorschriften.

Anders dan voor de akkoordverklaring(en) die betrekking moeten hebben op elk boekjaar waarin de vrijstelling wordt toegepast, kan in de richtlijn een garantieverklaring ook voor aaneensluitende boekjaren worden neergelegd.

6.1.2 Openbaarmakingsplichtige

De weergegeven vrijstellingsregeling laat zien dat de plicht tot openbaarmaking op de dochteronderneming rust. Dit is ook logisch omdat de openbaar te maken stukken in de plaats treden van openbaarmaking van de eigen jaarrekening met bestuursverslag. Hieruit volgt dat er in de EU richtlijn jaarrekeningen vanuit wordt gegaan dat de moederonderneming haar geconsolideerde stukken met controleverklaring en de garantieverklaring verstrekt aan de dochteronderneming.

6.1.3 Wijze van openbaarmaking

Daar de unitaire regeling voor de wijze van openbaarmaking verwijst naar de wijze die in de wetgeving van de lidstaat overeenkomstig Hoofdstuk III Afdeling 1 van Richtlijn 2017/1132 is vastgesteld, moet iedere lidstaat een

centraal register, handelsregister of vennootschapsregister aanleggen (art. 16 lid 1) waarin de geconsolideerde stukken, de akkoordverklaring(en) en de garantverklaring moeten worden opgenomen. De lidstaat moet er voor zorgen dat stukken ook in elektronische vorm kunnen worden ingediend en heeft de mogelijkheid (bepaalde categorieën) vennootschappen te verplichten stukken elektronisch in te dienen. In ieder geval is de lidstaat gehouden alle ingediende stukken in elektronische vorm in het register in te schrijven; op papier ingediende stukken moeten daartoe in elektronische vorm worden omgezet (art. 16 lid 3). Tevens is voorgeschreven dat die stukken bekend moeten worden gemaakt in een nationaal publicatieblad. Dit nationale publicatieblad mag ook elektronisch worden bewaard (art. 16 lid 5, eerste alinea). De bekendmaking in het nationale publicatieblad mag worden vervangen door een ander, even doeltreffend instrument, dat ten minste het gebruik van een systeem omvat dat in chronologische volgorde via een centraal elektronisch platform toegang tot de openbaar gemaakte informatie biedt (art. 16 lid 5, tweede alinea).

6.1.4 Te hanteren taal bij openbaarmaking

De taal waarin de openbaar gemaakte stukken moeten zijn gesteld, moet een van de talen zijn overeenkomstig de taalvoorschriften die van toepassing zijn in de lidstaat van de dochteronderneming.³ Ook is toegestaan dat in aanvulling op deze verplichte openbaarmaking, openbaarmaking geschiedt in één van de officiële talen van de EU⁴ en/of een andere taal.⁵ Naar keuze van een lidstaat mag worden voorgeschreven dat een eventuele vertaling gewaarmerkt dient te zijn.

6.1.5 Uiterste termijn van openbaarmaking

In art. 37 Richtlijn 2013/34/EU is geen bijzondere bepaling opgenomen over de termijn(en) waarbinnen openbaarmaking van de ingevolge dat artikel verplicht openbaar te maken stukken moet plaatsvinden. Daar een onderneming als omschreven in deze richtlijn gehouden is haar jaarrekening met bestuursverslag binnen een redelijke termijn van niet meer dan twaalf maanden na afloop van het boekjaar openbaar te maken op de wijze waarop Hoofdstuk III Afdeling 1 van Richtlijn 2017/1132/EU in de nationale wetgeving geïmplementeerd, ligt het voor de hand in het kader van de vrijstellingsregeling aan te nemen dat de

3. Art. 21 lid 1 jo. art. 14 jo. art. 16 Richtlijn 2017/1132/EU.

4. Art. 21 lid 2 jo. art. 14 jo. art. 16 Richtlijn 2017/1132/EU.

5. Art. 21 lid 3 jo. art. 14 jo. art. 16 Richtlijn 2017/1132/EU.

HOOFDSTUK 6

stukken die de eigen jaarrekening met bestuursverslag vervangen, door de vrij te stellen dochteronderneming uiterlijk twaalf maanden na afloop van het boekjaar openbaar moeten zijn gemaakt.

6.2 Lidstaten met een optioneel vrijstellingsregime

De wijze waarop in Luxemburg, Ierland en Duitsland aan de openbaarmakingsvoorwaarde invulling is gegeven wordt in deze paragraaf weergegeven.

6.2.1 *Luxemburgse wetgeving*

In de in paragraaf 2.2.1 weergegeven vrijstellingsregeling is de openbaarmakingsvoorwaarde als volgt verwoord:

les déclarations visées sous b) et c) font l'objet d'une publicité de la part de la société filiale dans les formes prévues à l'article 11bis § 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et aux dispositions du chapitre Vbis du titre 1er de la présente loi;

en

les comptes consolidés visés au point e), le rapport consolidé de gestion et le rapport de la ou des personnes chargées du contrôle de ces comptes font l'objet d'une publicité de la part de la société filiale dans les formes prévues à l'article 11bis § 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et aux dispositions du chapitre Vbis du titre 1er de la présente loi.

Hieruit blijkt dat de richtlijntekst nauwkeurig is gevolgd. In de wetsartikelen⁶ waarnaar wordt verwezen zijn de bepalingen van Hoofdstuk III Afdeling 1 van Richtlijn 2017/1132/EU verwerkt. In art. 252 lid 1, eerste alinea van de Loi du 4 mai 1984 is voorgeschreven dat de openbaarmaking moet plaatsvinden binnen één maand na vaststelling van de jaarrekening door de algemene vergadering van aandeelhouders en in art. 9 is voorgeschreven dat na de openbaarmaking van de desbetreffende stukken het handelsregister⁷ er voor moet zorg dragen dat de bekendmaking daarvan in het nationale publicatieblad plaatsvindt.

6. Van de Loi du 4 mai 1984, Mémorial A-N°40, 10 mai 1984 (als gewijzigd in 1988, 1993 en 2002, zie paragraaf 2.2.2).

7. Met ingang van 23 januari 2003 is het beheer van het 'Trade and Companies Register' in Luxemburg in handen van de zogenoemde Registre de Commerce et des Sociétés (RCS). Met ingang van 1 juni 2016 heeft LBR de leiding over het centrale elektronisch platform van officiële publicaties, de 'Recueil électronique des sociétés et associations' (RESA).

6.2.2 Ierse wetgeving

In de in paragraaf 2.2.2 weergegeven vrijstellingsregeling is de openbaarmakingsvoorwaarde als volgt geformuleerd:

(f) a notice stating that the company has availed of the exemption under this section in respect of that financial year together with –

- (i) a copy of the guarantee and notification referred to in *paragraphs (b) and (c)*, and
- (ii) a declaration by the company in writing that *paragraph (a)* has been complied with in relation to the exemption,

is annexed to the annual return for the financial year made by the company to the Registrar,

en

(h) a copy of the consolidated accounts of the holding undertaking together with the report of the auditors on them are annexed to the annual return of the company referred to in *paragraph (f)*;

Hieruit blijkt dat de company aan haar annual return in plaats van een gewaarmerkt afschrift van haar eigen jaarstukken moet hechten een kennisgeving inhoudende dat met betrekking tot het desbetreffende boekjaar gebruik is gemaakt van de vrijstelling tezamen met (i) een afschrift van de door de moederonderneming gestelde garantie (=b)) en van de mededeling waarmee de aandeelhouders op de hoogte zijn gesteld van de garantie (=c)) en (ii) een schriftelijke verklaring van de company dat het bepaalde over de instemming van aandeelhouders met het gebruik van deze vrijstelling in acht is genomen (=a)), alsmede een afschrift van de geconsolideerde jaarrekening voorzien van een controleverklaring. Onder afschrift van de geconsolideerde jaarrekening wordt verstaan een eensluitend afschrift van de geconsolideerde jaarrekening behoudens dat de handtekeningen en data in typografische vorm zijn gezet, vergezeld van een door een bestuurder en de secretaris van de company in elektronische of schriftelijke vorm ondertekend certificaat inhoudende dat sprake is van een eensluitend afschrift.

Als een aan de annual return gehecht document is gesteld in een andere dan de Engelse of Ierse taal, moet aan elk document een vertaling ervan in het Engels of in het Iers worden gehecht, op de voorgeschreven wijze gewaarmerkt als correcte vertaling.

Voor de wijze van openbaarmaking geldt Chapter 13 van de CA 2014 waarin het bepaalde in Hoofdstuk III Afdeling 1 van Richtlijn 2017/1132/EU is verwerkt.⁸ Met betrekking tot de termijn van openbaarmaking is voorgeschreven

8. Althans het bepaalde in de daaraan voorafgaande Richtlijn 2009/101/EG.

HOOFDSTUK 6

dat de annual return met daaraan gehecht de voor toepassing van de vrijstellingsregeling vereiste stukken steeds binnen achtentwintig dagen na de verplichte ‘annual return date’⁹ bij de Registrar moet zijn ingediend.

6.2.3 Duitse wetgeving

In de in paragraaf 2.2.3 weergegeven vrijstellingsregeling is de openbaarmakingsvoorwaarde als volgt vastgelegd:

für das Tochterunternehmen sind nach § 325 Absatz 1 bis 1b offengelegt worden:

- a. der Beschluss nach Nummer 1,
- b. die Erklärung nach Nummer 2,
- c. der Konzernabschluss,
- d. der Konzernlagebericht und
- e. der Bestätigungsvermerk zum Konzernabschluss und Konzernlagebericht des Mutterunternehmens nach Nummer 3.

en

(satz 2) Hat bereits das Mutterunternehmen einzelne oder alle der (in Nummer 5) bezeichneten Unterlagen offengelegt, braucht das Tochterunternehmen die betreffenden Unterlagen nicht erneut offenzulegen, wenn sie im Bundesanzeiger unter dem Tochterunternehmen auffindbar sind; § 326 Absatz 2 ist auf diese Offenlegung nicht anzuwenden.

en

(satz 3) Satz 2 gilt nur dann, wenn das Mutterunternehmen die betreffende Unterlage in deutscher oder in englischer Sprache offengelegt hat oder das Tochterunternehmen zusätzlich eine beglaubigte Übersetzung dieser Unterlage in deutscher Sprache nach § 325 Absatz 1 bis 1b offenlegt.

Hieruit blijkt dat de verplichting tot openbaarmaking omvat het besluit tot instemming, de bereidstellingsverklaring, de geconsolideerde jaarrekening, het geconsolideerd bestuursverslag en de accountantsverklaring bij de geconsolideerde stukken. De openbaarmaking ervan moet plaatsvinden op de wijze als voor jaarrekeningen is bepaald. In de wettelijke formulering ligt besloten dat de openbaarmaking moet geschieden door de dochteronderneming, zij het dat als (satz 2) de moederonderneming één of meer van de aangewezen documenten (onder a – e) al openbaar heeft gemaakt, de dochteronderneming dat niet opnieuw hoeft te doen als in de ‘Bundesanzeiger’ onder deze dochteronderneming de desbetreffende documenten opgenomen zijn. Dit geldt echter alleen

9. Zie paragraaf 3.2.2.

als de openbaarmaking in de Duitse of Engelse taal heeft plaatsgevonden of de dochteronderneming tevens een beëdigde vertaling in de Duitse taal openbaar maakt.

In art. 325 HGB zijn de bepalingen van Hoofdstuk III Afdeling 1 van Richtlijn 2017/1132/EU verwerkt. Hierin is voorgeschreven dat openbaarmaking moet geschieden uiterlijk twaalf maanden na de balansdatum en dat indiening elektronisch moet plaatsvinden, met dien verstande dat afhankelijk van de rechtsvorm en ‘herkomst’ (statutaire zetel in Duitsland of daarbuiten) van een vennootschap verschillende formaliteiten gelden. Stukken moeten worden ingediend bij de elektronische Bundesanzeiger (eBA_{nz}), de Duitse kamer van koophandel, het platform voor centrale mededelingen en juridisch relevante berichten over ondernemingen. Stukken worden bekend gemaakt in het ‘Bundesanzeiger’ dat door het Duitse ministerie van Justitie wordt uitgegeven in elektronische vorm alsook in de nog gedeeltelijk bestaande gedrukte versie.

6.3 Nederlandse wetgeving

In de Nederlandse regeling waarvan de tekst in paragraaf 2.3.2 is weergegeven, is de openbaarmakingsvoorwaarde in art. 2: 403 lid 1 onder g BW als volgt geformuleerd:

de verklaringen, bedoeld in de onderdelen b en f zijn gedeponeed bij het handelsregister alsmede, telkens binnen zes maanden na de balansdatum of binnen een maand na een geoorloofde latere openbaarmaking, de stukken of vertalingen, genoemd in de onderdelen d en e.

Uit de weergegeven voorwaarde blijkt dat er – ter vervanging van de in de wettelijke regeling van art. 2:394 BW voorgeschreven openbaarmaking van de jaarrekening met bestuursverslag door het depot bij het handelsregister – openbaarmaking van de instemmingsverklaring(en) (=b), de hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring (=f) en de geconsolideerde stukken met controleverklaring (=d en e) door deponering bij het handelsregister is voorgeschreven.

6.3.1 *Openbaar te maken stukken*

De depotvoorwaarde is een constitutief vereiste voor het gebruik van het groepsregime door de groepsrechtspersoon. Uit de bewoordingen blijkt dat voor de geconsolideerde jaarrekening met bestuursverslag en overige gegevens een uiterste termijn van depot is opgenomen en voor de instemmingsverklaring(en) en de hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring niet.

De bewoordingen laten tevens zien dat voor het openbaar maken geen relatie is gelegd met de wijze van openbaarmaking als bedoeld in art. 2:394 BW (jo. Hrgw 2007 en Hrgb 2008). Het bepaalde in art. 2:394 BW komt er op neer

dat openbaarmaking moet geschieden door het depot van de jaarrekening bij het handelsregister binnen acht dagen na de vaststelling van de jaarrekening en als de vaststelling (nog) niet heeft plaatsgevonden uiterlijk twee maanden na het verstrijken van de – zonodig verlengde¹⁰ – opmaaktermijn.¹¹ In elk geval moet uiterlijk twaalf maanden na afloop van het boekjaar openbaarmaking door het depot bij het handelsregister plaatsvinden,¹² behoudens verleende ontheffing¹³ in welk geval een afschrift van de ontheffingsbeschikking bij het handelsregister op grond van art. 2:394 lid 5 BW moet worden gedeponereerd zonder dat daaromtrent een termijn is gesteld, respectievelijk behoudens vrijstelling van openbaarmakingsplicht als bedoeld in art. 2:398 lid 9 BW in welk geval een accountantsverklaring omtrent de toepassing van dit lid bij het handelsregister moet worden gedeponereerd zonder dat een band met art. 2:394 BW is gelegd.¹⁴

Als een groepsrechtspersoon bevoegd is tot het gebruik van het groepsregime, geldt art. 2:394 BW niet voor hem.¹⁵

6.3.1.1 Instemmingsverklaring(en)

Anders dan onder de vroegere WJO¹⁶ is openbaarmaking van de instemmingsverklaringen voorgeschreven. Hoewel de ratio voor het openbaar maken van de instemmingsverklaring(en) niet uit de parlementaire geschiedenis blijkt, ligt voor de hand dat openbaarmaking is voorgeschreven opdat belanghebbenden bij de jaarrekening van de groepsrechtspersoon de mogelijkheid hebben om te verifiëren dat alle aandeelhouders hebben ingestemd met het gebruik van het groepsregime.

Zoals ik in paragraaf 6.1.1 heb opgemerkt, heeft de openbaarmakingsverplichting als bijkomend (nadelig) effect dat extern bekend wordt wie de

10. Verlenging is niet mogelijk voor NV's en BV's wier effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt, behoudens de uitzonderingen genoemd in art. 5:25g leden 2 en 3 Wft.

11. Met een bijzondere regeling voor vennootschappen wier effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt als bedoeld in de Wft (art. 2:394 lid 8 BW).

12. Art. 2:394 lid 3 BW.

13. Ontheffing voor het opmaken van de jaarrekening is niet mogelijk voor NV's en BV's wier effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt als bedoeld in de Wft.

14. Hier is geen termijn gesteld maar als de verklaring ontbreekt, moet volgens, afhankelijk wat van toepassing is, het micro jaarrekeningregime dan wel het kleine jaarrekeningregime worden gedeponereerd.

15. Art. 2:403 lid 3 BW.

16. Onder de WJO mocht van het groepsregime geen gebruik worden gemaakt door ondernemingen die openbaarmakingsplichtig waren. Het toepassen van het groepsregime en het in dat kader verlenen van instemming was daarom enkel een interne aangelegenheid, waardoor het ontbreken van een openbaarmakingseis niet vreemd was. Tot 1984 kon de instemming bovendien ook mondeling worden verleend; in dat licht is het ontbreken van een openbaarmakingseis logisch.

aandeelhouders zijn, terwijl in het handelsregister de namen van aandeelhouders normaliter alleen openbaar worden wanneer sprake is van enig aandeelhouder-schap. Een praktisch alternatief om de identiteit van (die) aandeelhouders niet openbaar te maken is een wettelijke bepaling waarin is voorgeschreven dat het bestuur van de groepsrechtspersoon in een bij het handelsregister te deponeren verklaring moet verklaren dat alle instemmingen zijn verkregen.^{17 18}

6.3.1.2 Hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring

Evenals onder het vroegere art. 38a WJO is de openbaarmaking van de 403-aansprakelijkstellingsverklaring voorgeschreven. Hierdoor is voor eenieder kenbaar dat en op welke wijze en in welke vorm een andere maatschappij zich voor verplichtingen van de groepsrechtspersoon hoofdelijke aansprakelijk heeft gesteld.

De openbaarmakingsverplichting moet in samenhang worden gezien met het voor de 403-aansprakelijkstellingsverklaring geldende schriftelijkheidsvereiste. Een schriftelijke verklaring voorkomt discussies in de situatie dat betrokken partijen van mening verschillen over de vraag of een moedermaatschappij aansprakelijk is uit hoofde van een aansprakelijkstellingsverklaring en daarmee samenhangende bewijsrechtelijke problemen. In aanvulling daarop is evenwel een deponeringsplicht nodig, namelijk om te voorkomen dat er bijvoorbeeld uiteenlopende verklaringen in omloop komen en onenigheid ontstaat welke verklaring gelding heeft. Bovendien staat door het depot vast dát de verklaring is gedeponneerd.

Het depot vervangt het informeren van alle (potentiële) schuldeisers van de rechtspersoon over de aansprakelijkstelling en om die reden is het constitutieve karakter van het depot gerechtvaardigd. Omdat de aansprakelijkstellingsverklaring ongericht van aard is en zich uitstrekt tot degenen die gerechtigd zijn tot eventuele vorderingen op de groepsrechtspersoon, is het veelal praktisch onmogelijk elke potentiële schuldeiser bij voorbaat in te lichten.

In paragraaf 5.3.1.1 kwam aan de orde of aan de aansprakelijkstellingsvoorwaarde ook kan worden voldaan door een 403-aansprakelijkstellingsverklaring die in een ander geschrift is begrepen. Zoals ik eerder heb opgemerkt blijkt uit de wettelijke regeling geen vormvereiste. Naar mijn mening is er niets op tegen de hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring in de geconsolideerde jaarrekening op te nemen. Als de geconsolideerde jaarrekening binnen de termijn van rechtsgeldig gebruik van het groepsregime is gedeponneerd, is daarmee aan het openbaarmakingsvereiste voldaan.

17. Beckman 1995 (diss.), p. 388.

18. Hetgeen in overeenstemming is met de wijze waarop de openbaarmakingsvoorwaarde in de Ierse vrijstellingsregeling is verwerkt.

HOOFDSTUK 6

Aan een dergelijke benadering zou niettemin – in bepaalde omstandigheden – het bepaalde in art. 2:403 lid 1 onder g BW in de weg hebben kunnen staan, althans, tot 1 januari 2014. In art. 2:403 lid 1 onder g BW was voorgeschreven dat de aansprakelijkstellingsverklaring en de geconsolideerde jaarrekening moeten worden neergelegd bij het kantoor van het handelsregister waar de rechtspersoon is ingeschreven, met dien verstande dat is toegestaan dat de geconsolideerde jaarrekening wordt neergelegd bij het kantoor van het handelsregister waar de moedermaatschappij is ingeschreven, onder verwijzing daarvan bij het kantoor van het handelsregister waar de rechtspersoon is ingeschreven. Wanneer de groepsrechtspersoon en de moedermaatschappij bij hetzelfde kantoor zijn ingeschreven, levert dat geen probleem op. Wanneer er sprake is van twee verschillende kantoren en er gebruik is gemaakt van de hiervoor omschreven keuze, zou in bovengenoemde benadering strikt genomen niet zijn voldaan aan de eisen van art. 2:403 BW. Vanaf de inwerkingtreding van de Wet KvK per 1 januari 2014 zijn de (destijds 12) kantoren van het handelsregister samengevoegd tot één handelsregister, waardoor een onderscheid tussen kantoren niet langer relevant is.

De in art. 2:403 lid 1 onder g BW aanvankelijk opgenomen bewoordingen ‘zijn neergelegd ten kantore van het handelsregister’¹⁹ zijn bij de Wet KvK gewijzigd in ‘gedeponeerd bij het handelsregister’.²⁰ De reden voor deze wijziging is in de kamerstukken toegelicht met de woorden dat de term ‘neerleggen’ niet passend meer is omdat deze associatie oproept met papieren stukken en omdat bepaalde rechtspersonen nog enkel elektronisch kunnen deponeren.²¹

Ook onder de vroegere regeling was de formulering ‘bij het kantoor van het handelsregister waar de rechtspersoon is ingeschreven’ niet relevant en zou het niet voldoen aan die eis geen gevolg moeten hebben (gehad). Door de aanpassing van de Hrgw 1996 tot de Hrgw 2007 is er vanaf 1 juli 2008 één handelsregister, dat (destijds) werd gehouden door de verschillende kamers,²² zodat deponering al bij ieder kantoor rechtsgeldig zou kunnen hebben plaatsgehad. In de memorie van toelichting bij voorstel van de Hrgw 2007²³ is daar nadrukkelijk op gewezen: ‘(...) onder het nieuwe register kunnen alle zaken zoals inschrijvingen, deponering van bescheiden, het doorgeven van wijzigingen worden gemeld bij een willekeurige kamer’.

Door de inwerkingtreding van de huidige Wet KvK staat buiten twijfel dat er feitelijk en juridisch één handelsregister is – dat als zodanig in geheel via internet benaderbaar is – en ook slechts één Kamer van Koophandel. Er staat naar mijn mening dus niets in de weg om als de hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring in de geconsolideerde jaarrekening is opgenomen, het depot ervan ook aan te merken als een depot in de zin van art. 2:403 lid 1 onder g BW.

Als een gedeponeerde verklaring van hoofdelijke aansprakelijkstelling, naar achteraf blijkt, afkomstig is van een onbevoegd persoon respectievelijk voorzien is van een vervalste handtekening van een onbevoegd persoon dan

19. *Stb.* 2013, 507.

20. Wet van 9 december 2015, *Stb.* 2016, 150, inwerkingtreding 1 juli 2016.

21. Wetsvoorstel 34 262, nr. 3, MvT. p. 19.

22. Wet van 22 maart 2007, houdende regels omtrent een basisregister van ondernemingen en rechtspersonen, *Stb.* 2007, 153.

23. *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 656, nr. 3, MvT, p. 23 – 24.

wel is gegeven door een bestuurder buiten zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid,²⁴ is van een rechtshandeling van de moedermaatschappij inhoudende een hoofdelijke aansprakelijkstelling uit hoofde van art. 2:403 BW geen sprake.²⁵ In dat geval kan daarom het groepsregime voor de betrokken groepsrechtspersoon niet aan de orde zijn. Een moedermaatschappij die er achter komt dat een dergelijke verklaring uit haar naam is gedeponerd, vaak doordat een schuldeiser van de groepsrechtspersoon een beroep doet op de verklaring, kan daarom niet tot intrekking van die verklaring overgaan. Zij moet dan aan de Kamer van Koophandel verzoeken de inschrijving in het handelsregister te wijzigen. Als de Kamer van Koophandel afwijzend beslist, kan zij omdat sprake is van een besluit in de zin van de Awb, bezwaar maken en zonodig beroep instellen.²⁶

Een omstandigheid die in geval van een valse hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring moet worden betrokken is of bij het handelsregister is na te gaan of de verklaring al dan niet bevoegd is ondertekend. Wanneer de moedermaatschappij aannemelijk kan maken dat de verklaring niet van haar afkomstig is, respectievelijk dat degene die de verklaring heeft ondertekend niet bevoegd was om de moedermaatschappij te binden, zijn er goede gronden voor het standpunt dat de schuldeiser niet af had mogen gaan op de verklaring. Dit laat onverlet dat de groepsrechtspersoon en de moedermaatschappij verantwoordelijkheid hebben voor de juiste voorstelling van zaken van hun gegevens bij het handelsregister. Daarom mag van hen verwacht worden dat zij met enige regelmaat hun dossiers op juistheid onderzoeken.²⁷

Een reële waarborg ter voorkoming van deponering van een 403-verklaring door een onbevoegd persoon zou kunnen zijn een verplichte verschijning in persoon voor te schrijven, zodat de Kamer van Koophandel de rechtsgeldigheid van de aangeboden hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring kan beoordelen. Zo'n regeling verhoudt zich slecht met de meer passieve en lijdelijke rol die in algemene zin aan de Kamer van Koophandel is opgedragen. Een passende maatregel zou zijn een voorschrift dat verplicht tot ondertekening van de 403-verklaring verplicht met legalisering van de handtekening(en) dan wel verplicht tot depot van een authentiek afschrift van de 403-verklaring. Overigens kan de problematiek van een valse hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring,

24. In de laatstgenoemde situatie kan de groepsrechtspersoon de statutaire beperking in de vertegenwoordigingsbevoegdheid tegenwerpen aan de schuldeiser die zich voor betaling tot hem heeft gewend, mits deze ten tijde van de 403-aansprakelijkstellingsverklaring is ingeschreven in het handelsregister en openbaar is gemaakt (artt. 24 en 25 Hrgw 2007).

25. Zie voor andere situaties Beckman 1995 (diss.), p. 466 – 467.

26. Als bepaald in art. 38 lid 1 jo. art. 35 Hrgw 2007 jo. art. 4 jo. art. 5 Hrgb 2008.

27. Zoals kan worden afgeleid uit r.o. 4.4 van het arrest van het Gerechtshof Amsterdam (OK) 27 juni 1996, JOR 1996/84 (*Van der Lugt/Vastgoed Nederland*).

HOOFDSTUK 6

van een door een onbevoegde ondertekende verklaring, of van een verklaring van een bestuurder buiten zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid niet aan de orde komen indien een dergelijke verklaring als afzonderlijk geschrift binnen de gedeponeerde geconsolideerde jaarrekening zou zijn opgenomen.

6.3.1.3 Geconsolideerde stukken met accountantsverklaring

De openbaarmakingsvoorwaarde laat er geen misverstand over bestaan dat de geconsolideerde jaarrekening met bijbehorende accountantsverklaring en het bestuursverslag van de uit hoofde van art. 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijke maatschappij openbaar moet zijn gemaakt. De bepaling biedt geen ruimte voor het depot van alleen een geconsolideerde balans met toelichting²⁸ of van een geconsolideerde jaarrekening zonder accountantsverklaring, ook al zou deze maatschappij daartoe gerechtigd zijn voor haar eigen stukken.

6.3.2 Openbaarmakingsplichtige

De wetgever laat zich er in art. 2:403 BW niet over uit wie gehouden is tot deponering bij het handelsregister over te gaan. Vaststaat in ieder geval dat voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime door de tot een groep van een andere maatschappij behorende rechtspersoon die deponering moet hebben plaatsgevonden. Daar sprake is van één handelsregister maakt dit voor de geconsolideerde stukken niet uit aangenomen dat die andere maatschappij onder Nederlands recht valt. Het kan echter ook gaan om een onder het recht van een andere lidstaat vallende maatschappij. Om die reden ligt het voor de hand uitdrukkelijk te bepalen dat het de groepsrechtspersoon is die voor deponering bij het handelsregister moet zorgdragen. Dit geldt ook voor de instemmings- en hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring(en). Daardoor wordt bereikt dat al deze stukken in het dossier van de groepsrechtspersoon zijn opgenomen.

6.3.3 Wijze van openbaarmaking

Over de wijze van openbaarmaking van de te deponeren stukken is niets specifiek bepaald anders dan dat deponering bij het handelsregister moet plaatsvinden. Door het gebruik van het woord deponeren is daaronder begrepen elektronische deponering.²⁹ Het zou mijns inziens voor de hand hebben gelegen als aansluiting zou zijn gezocht met het bepaalde in art. 2:394 BW over openbaarmaking van de jaarrekening met bestuursverslag en overige gegevens in de

28. Zie *Kamerstukken II* 1987/88, 19 813, nr. 8, p. 12. Voor moedermaatschappijen in de andere lidstaten is er geen mogelijkheid om bij openbaarmaking de geconsolideerde jaarrekening te beperken tot een geconsolideerde balans met toelichting.

29. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 262, nr. 3, MvT, p. 19.

vorm als voor openbaarmaking voorgeschreven,³⁰ omdat de in het groepsregime openbaar te maken stukken het depot van de jaarrekening met bestuursverslag en overige gegevens van de groepsrechtspersoon vervangen. Indirect wordt dat natuurlijk wel bereikt doordat als de deponering van de vervangende stukken achterwege zou blijven, niet voldaan is aan alle voorwaarden voor het gebruik van het groepsregime. De consequentie is dat als gehandeld is alsof de voorwaarden van het groepsregime wel zijn nageleefd, art. 2:394 BW wordt geschonden. Aldus is sprake van een strafrechtelijk delict (art. 1 4° WED), is er voor degene die belang heeft bij openbaarmaking, de mogelijkheid een rechtsvordering tot openbaarmaking van de eigen stukken van de groepsrechtspersoon in te stellen (art. 2:394 lid 7 BW), en is er voor bestuurders en commissarissen van de groepsrechtspersoon het risico op verzwaarde aansprakelijkheid in geval van faillissement.

Als de in art. 2:403 BW vereiste openbaar te maken stukken bij het handelsregister zijn gedeponiseerd moet bij NV's en BV's daarvan mededeling worden gedaan in de Staatscourant.³¹ De openbaar te maken documenten hebben eerst werking jegens derden wanneer volledig aan die tweeledige bekendmakingsverplichting is voldaan.³² Hierover is in art. 25 lid 1 Hrgw 2007 bepaald: 'Op een feit dat door inschrijving of deponering moet worden bekendgemaakt, kan tegenover derden die daarvan onkundig waren geen beroep kan worden gedaan zolang de inschrijving of deponering en, voor zover van toepassing, de in artikel 24 Hrgw bedoelde mededeling niet hebben plaatsgevonden'.

6.3.4 *Te hanteren taal bij openbaarmaking*

Daar de geconsolideerde jaarrekening moet zijn gesteld of vertaald in het Nederlands, dan wel voor zover stelling of vertaling in het Nederlands niet heeft plaatsgevonden, in het Frans, Duits of Engels én het bestuursverslag en de accountantsverklaring moeten zijn gesteld of vertaald in dezelfde taal als de geconsolideerde jaarrekening, moeten deze stukken of vertalingen zijn gedeponeerd. Er is geen voorschrift dat vereist dat de vertalingen moeten zijn gewaarmerkt voor eensluidend afschrift.

Ten aanzien van de instemmingsverklaringen en hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring is geen taaleis geformuleerd.

30. Deponering is in beginsel vormvrij. Op basis van art. 19a lid 1 Hrgw 2007 is bij Besluit elektronische deponering handelsregister bepaald dat deponering van de jaarrekening voor de aldaar in art. 2 genoemde rechtspersonen deponering nog slechts mogelijk is met behulp van een voorgeschreven elektronisch format, te weten SBR.

31. Art. 3a lid 1 Handelsregisterregeling. Als de publicatie betrekking heeft op een Europese NV (SE), respectievelijk een Europese coöperatieve vennootschap (SCE) is in art. 3a lid 2 Handelsregisterregeling aangewezen het Publicatieblad van de Europese Unie.

32. Art. 24 jo. 25 Hrgw 2007.

6.3.5 *Uiterste tijdstip van openbaarmaking*

Omtrent de termijn waarbinnen deze stukken moeten zijn gedeponneerd is alleen voor de geconsolideerde jaarrekening met bestuursverslag en accountantsverklaring bepaald dat depot binnen zes maanden na de balansdatum van de geconsolideerde jaarrekening of binnen een maand na een geoorloofde latere openbaarmaking van de geconsolideerde jaarrekening moet hebben plaatsgevonden. Met dit laatste wordt beoogd rekening te houden met gevallen van langere termijnen van openbaarmaking dan zes maanden, bijvoorbeeld door verleend uitstel voor het opmaken van de jaarrekening of door een langere termijn in de wetgeving van een andere lidstaat.

6.3.6 *Handelsregister*

Het handelsregister dient (onder meer) ter bevordering van de rechtszekerheid in het economisch verkeer³³ en wordt gehouden door de Kamer van Koophandel.³⁴ Het is aldus de Kamer van Koophandel die de gedeponneerde stukken inschrijft in het handelsregister. De Kamer van Koophandel is niet verantwoordelijk voor de feitelijke juistheid van de in het handelsregister op te nemen gegevens.³⁵ De Kamer van Koophandel is gehouden te onderzoeken of een opgave ter inschrijving afkomstig is van iemand die daartoe bevoegd is en of de opgave juist is en kan daartoe nadere bewijsstukken vragen.³⁶ Zij kan de inschrijving weigeren.³⁷ De Kamer van Koophandel is qua expertise en deskundigheid alsmede capaciteit niet ingericht of uitgerust om ingediende stukken steeds op juistheid (op inhoudelijke wijze) te toetsen. Vanuit een oogpunt van crediteurenbescherming zou een verplichting de aangeboden stukken en de aanbieder te toetsen – en bij het niet voldoen aan de relevante wettelijke verplichtingen het weigeren daarvan – gewenst kunnen zijn.

Indien een (potentiële) schuldeiser van de groepsrechtspersoon de instemmingsverklaring(en) wil bekijken, inzage wenst van de hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring en/of van de geconsolideerde jaarrekening met bestuursverslag en accountantsverklaring kan hij zich wenden tot de Kamer van Koophandel. Tegen een bepaalde vergoeding – die de administratiekosten niet mag overschrijden³⁸ – wordt op elektronisch verzoek inzicht in of een

33. Art. 2 onder a Hrgw 2007.

34. Art. 2 onder a jo. art. 3 lid 1 jo. lid 1 onder i. Hrgw 2007. De Kamer van Koophandel is een zelfstandig bestuursorgaan.

35. Art. 19 lid 1 Hrgw 2007.

36. In art. 40 Hrgw 2007 is voorgescreven dat de Kamer van Koophandel gehouden is om ‘maatregelen te treffen die ertoe strekken te waarborgen dat het handelsregister juist, actueel en volledig is’. Zie ook art. 19 Hrgw 2007 jo. art. 4 Hrgb 2008.

37. Art. 19 onder f Hrgw 2007 jo. art. 5 Hrgb 2008.

38. Art. 16 lid 4, derde alinea Richtlijn 1132/2017/EU.

afschrift van de gedeponeerde stukken verstrekt, indien gewenst in elektronische vorm. In het geval dat het groepsregime niet wordt gebruikt kan een (potentiële) schuldeiser volstaan met het opvragen van de jaarrekening van de groepsrechtspersoon.

In de praktijk blijkt (elektronische) toegang tot de hiervoor genoemde gedeponeerde stukken niet steeds mogelijk. Het geheel via elektronische weg raadplegen en eventueel opvragen van afschriften van uittreksels, handels-historie, concernstructuren en de gedeponeerde (enkelvoudige) jaarrekening van de groepsrechtspersoon is (doorgaans) via een standaardmodule mogelijk. Dat geldt niet voor de instemmingsverklaring(en), de hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring en de geconsolideerde jaarrekening met bestuursverslag en accountantsverklaring. Om inzage in of afschrift van die stukken te verkrijgen is een telefonisch of schriftelijk verzoek nodig.

6.3.7 Kosten inzage en afschriften bij handelsregister

Over de vergoeding voor inzage in of afschriften van de bij het handelsregister gedeponeerde gegevens die de administratiekosten niet mag overschrijden is in art. 50 lid 1 Hrgw 2007 bepaald dat een bij of krachtens AMvB te bepalen vergoeding verschuldigd is, welke kan variëren naar de wijze van inzage of verstrekking van gegevens en de hoeveelheid gegevens. In het relevante Financieel besluit handelsregister 2014³⁹ en de Financiële regeling handelsregister 2014⁴⁰ is niet opgenomen dat de vergoeding maximaal gelijk mag zijn aan de administratiekosten.

Op basis van het Tarievenoverzicht KvK per 1 januari 2019 is de vergoeding voor het in elektronische vorm opvragen van de jaarrekening van een groepsrechtspersoon EUR 3,05. Als er gebruik wordt gemaakt van het groepsregime zal een (potentiële) schuldeiser (om vast te kunnen stellen of ten aanzien van een groepsrechtspersoon wordt voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van het groepsregime) (i) de ‘deponeringen’ van een groepsrechtspersoon moeten inzien (dat kost EUR 2,30), (ii) de instemmingsverklaring(en) moeten opvragen (dat kost EUR 15), (iii) de aansprakelijkstellingsverklaring moeten opvragen (dat kost EUR 15) en (iv) de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij moeten opvragen (dat kost EUR 3,05). Het is aannemelijk dat het alsdan verschuldigde totaalbedrag (EUR 35,35) de administratiekosten (ver) overschrijdt.

Vanuit de gedachte dat schuldeisers dienen te worden gecompenseerd voor het verminderde inzicht als gevolg van het gebruik van het groepsregime ligt het betalen van een vergoeding niet voor de hand en (de drempel van) een telefonisch of schriftelijk verzoek evenmin. Er zou rechtstreeks (elektronisch) en gratis toegang tot die stukken moeten zijn. Aan het gebruik van het groepsregime zijn bepaalde consequenties verbonden, waaronder het bieden van compensatie aan externe betrokkenen, meer in het bijzonder schuldeisers.

39. *Stb.* 2014, 70.

40. *Stcrt.* 2018, 59505.

HOOFDSTUK 6

Mijns inziens zou er een uitzondering moeten gelden op het in de unitaire richtlijnen geformuleerde uitgangspunt dat voor het verkrijgen van een volledig of gedeeltelijk afschrift (hetzij op papier, hetzij langs elektronische weg) een vergoeding gevraagd mag worden, althans zou moeten worden bepaald dat die kosten gelijk moeten zijn aan het bedrag dat een (potentiële) schuldeiser kwijt zou zijn als de groepsrechtspersoon wel een jaarrekening gedeponereerd zou hebben.

6.4 Afsluitende conclusie

De instemmingsverklaring(en), de 403-aansprakelijkstellingsverklaring en de geconsolideerde jaarrekening met bestuursverslag en accountantsverklaring moeten openbaar zijn voor elk boekjaar waarover de vrijstelling gewenst wordt. In de openbaarmakingsvoorwaarde ontbreekt een koppeling met de systematiek van openbaarmaking als bepaald in art. 2:394 BW. Ook is niet bepaald of de 403-groepsrechtspersoon dan wel de 403-aansprakelijke maatschappij de genoemde stukken openbaar moet maken. Naar mijn mening is het wenselijk voor het depot aansluiting te zoeken bij het bepaalde in art. 2:394 BW en te bepalen dat de groepsrechtspersoon de openbaarmakingsplichtige is.

Om te voorkomen dat het nakomen van de openbaarmakingsverplichting als nadelig effect met zich brengt dat de identiteit van de aandeelhouders, leden of vennoten van de groepsrechtspersoon tegen hun zin in openbaar wordt, zou de praktische oplossing als opgenomen in de Ierse wetgeving aanbeveling verdienen. Er zou dan bepaald moeten worden dat het bestuur van de 403-groepsrechtspersoon moet verklaren dat alle instemmingen zijn verkregen en dat de groepsrechtspersoon deze bestuursverklaring moet deponeren.

De wettelijke regeling waarborgt onvoldoende dat een gedeponeerde 403-verklaring daadwerkelijk van de consoliderende maatschappij afkomstig is. Daardoor is het (doen) deponeren van een valse verklaring niet uitgesloten. Ook indien de regeling zou worden aangevuld in die zin dat de 403-verklaring moet zijn ondertekend door degene die daartoe bevoegd is, blijft misbruik mogelijk, onder meer door vervalsing van een handtekening. Een reële waarborg voor het voorkomen van misbruik die mijns inziens gerechtvaardigd is, wordt bereikt door bepalen dat het moet gaan om gelegaliseerde handtekeningen dan wel een authentiek afschrift van de 403-verklaring.

De wetgever heeft nagelaten behoorlijk te waarborgen dat de schuldeisers en andere externe betrokkenen van de 403-groepsrechtspersoon inzage in, dan wel afschrift van, de voor toepassing van het groepsregime openbaar te maken stukken kunnen krijgen. In de unitaire regeling is bepaald dat dit steeds tegen een redelijke vergoeding mogelijk moet zijn. Die waarborg is in de relevante uitvoeringsmaatregelen niet opgenomen. Voorts zou er bij het gebruik

OPENBAARMAKINGSVOORWAARDE

van het groepsregime een verdergaande waarborg moeten zijn voor de hoogte van de te betalen vergoeding, in die zin dat de openbaar te maken stukken verkrijgbaar zijn tegen een vergoeding die niet meer mag bedragen dan het bedrag dat verschuldigd zou zijn als de jaarrekening van de groepsrechtspersoon zonder gebruikmaking van art. 2:403 BW wel openbaar zou zijn gemaakt.

Hoofdstuk 7. Groepsregime

In de voorgaande hoofdstukken heb ik de afzonderlijke noodzakelijke voorwaarden voor het gebruik van het groepsregime door een groepsrechtspersoon onderzocht, waarbij ik bij elke afzonderlijke voorwaarde buiten beschouwing heb gelaten de vervulling van de andere voorwaarden. Pas als alle voorwaarden zijn vervuld, ontstaat voor de tot een groep toetredende of reeds behorende rechtspersoon als omschreven in art. 2:360 BW;

- de bevoegdheid om voor de inrichting van zijn jaarrekening af te wijken van het daarover bepaalde in Titel 9 Boek 2 BW; en
- gelden van rechtswege niet;
 - (i) de in Titel 9 Boek 2 BW voorziene bepalingen betreffende de inrichting van het bestuursverslag, en van de overige gegevens;
 - (ii) de in Titel 9 Boek 2 BW voorziene bepalingen betreffende accountantscontrole;
 - (iii) de in Titel 9 Boek 2 BW voorziene bepalingen over openbaarmaking van de jaarrekening, het bestuursverslag en de overige gegevens op de in de wet voorgeschreven wijze; en
- is er voor het bestuur van de rechtspersoon geen verplichting om het bestuursverslag voor aandeelhouders ten kantore van de rechtspersoon ter inzage te leggen.¹

Het vraagstuk dat hierbij opkomt en door mij wordt onderzocht is tot welk tijdstip de tot deze groep toegetreden of reeds behorende rechtspersoon rechtsgeldig zou kunnen besluiten om alsnog voor zijn jaarrekening, bestuursverslag en overige gegevens over een of meer verstreken boekjaren over te gaan tot het gebruik van het groepsregime (paragraaf 7.1).

De tot een groep behorende rechtspersoon die de bevoegdheid tot het gebruik van het groepsregime heeft, kan die bevoegdheid in beginsel verliezen als aan ten minste een van de constitutieve voorwaarden niet langer wordt voldaan, maar het hoeft niet indien binnen de groep op een ander niveau de relevante voorwaarden worden vervuld. Het kan natuurlijk ook zijn dat in groepsverband besloten is om niet langer het groepsregime te doen gebruiken

1. En impliciet ook geen verplichting voor de rechtspersoon om het bestuursverslag en de overige gegevens vanaf de oproep voor de jaarvergadering op zijn kantoor aanwezig te doen zijn.

in verband met bijvoorbeeld de aansprakelijkheidsrisico's. In dat geval komt het door mij te onderzoeken vraagstuk op ingaande welk boekjaar weer aan de gebruikelijke vereisten van Titel 9 Boek 2 BW moet worden voldaan (paragraaf 7.2).

De bevoegdheid van een rechtspersoon tot het gebruik van het groepsregime gaat verloren zodra hij de groep verlaat, in welk geval het vraagstuk opkomt ingaande welk boekjaar hij weer moet voldoen aan de gebruikelijke eisen van Titel 9 Boek 2 BW. Vaak zal deze rechtspersoon weer toetreden tot een andere groep waarbinnen over het al dan niet gebruiken van het groepsregime door de rechtspersoon eigen besluitvorming zal plaatsvinden. Als besloten wordt tot het gebruik van het groepsregime, komt het vraagstuk op of aaneensluitend gebruik tot de mogelijkheden behoort (paragraaf 7.3).

De moedermaatschappij respectievelijk voormalige moedermaatschappij zal in de regel haar 403-aansprakelijkstelling willen intrekken indien aan ten minste een van de andere constitutieve voorwaarden voor het gebruik van het groepsregime door de groepsrechtspersoon respectievelijk voormalige groepsrechtspersoon niet meer is voldaan als ook in de situatie dat zij voor de toekomst geen aansprakelijkheidsrisico's voor deze rechtspersoon wenst te lopen. Als zij tot intrekking van de 403-aansprakelijkstelling is overgegaan of anderszins deze aansprakelijkheid heeft beëindigd, blijft zij wel hoofdelijk aansprakelijk voor schulden uit rechtshandelingen van haar groepsrechtspersoon of voormalige groepsrechtspersoon die zijn verricht vóór de werking van de intrekking of beëindiging anderszins. Deze uit de 403-aansprakelijkstelling resterende hoofdelijke aansprakelijkheid kan door een voormalige moedermaatschappij onder bepaalde voorwaarden voor haar vroegere groepsrechtspersoon worden beëindigd (paragraaf 7.4).

Een op de Nederlandse regeling toegespitste afsluitende conclusie, mede in het licht van de unitaire regeling heb ik in paragraaf 7.5 opgenomen.

7.1 Eerste cumulatieve voldoening voorwaarden groepsregime

Een al dan niet tot een groep van een andere maatschappij behorende rechtspersoon als omschreven in art. 2:360 BW moet voor elk boekjaar zijn jaarrekening met bestuursverslag en overige gegevens in overeenstemming met het bepaalde in Titel 9 Boek 2 BW inrichten, laten controleren en op de voorgescreven wijze openbaar maken. Als die rechtspersoon behoort tot de groep van een andere maatschappij of toetreedt tot die groep is er in beginsel de mogelijkheid om voor een of meer boekjaren gebruik te maken van het groepsregime, behoudens de situatie dat hij een organisatie van openbaar belang is of anderszins op grond van sectorale of andere bijzondere wetgeving² van het gebruik

2. Bijvoorbeeld art. 2 Regeling verslaggeving WTZi.

van het groepsregime is uitgesloten. Is daarvan geen sprake dan kan op enig moment aan de orde komen het gebruik van het groepsregime door de tot een groep behorende rechtspersoon. Het dan opkomende vraagstuk is voor welk boekjaar voor het eerst van het groepsregime gebruik kan worden gemaakt. Deze kwestie kan ook opkomen nadat het boekjaar waarover het gebruik van het groepsregime wordt overwogen, al is verstreken of soms al geruime tijd is verstreken. In dat geval is het vraagstuk tot wanneer na het verstrijken van het boekjaar alsnog besloten kan worden tot het bevoegd gebruik van het groepsregime met betrekking tot dat boekjaar (zie paragraaf 7.1.2). Tevens komt de vraag op welke rechtsmiddelen een belanghebbende heeft om vast te stellen dat rechtmatig het groepsregime wordt benut (zie paragraaf 7.1.3). Alvorens deze vragen aan de orde te stellen, laat ik eerst het systeem van de EU richtlijn jaarrekeningen zien (zie paragraaf 7.1.1).

7.1.1 EU richtlijn jaarrekeningen

In de unitaire regeling is de vrijstelling gekoppeld aan de vervulling van alle in die regeling gestelde voorwaarden met betrekking tot elk boekjaar dat van de vrijstelling gebruik wordt gemaakt. Als voor een bepaald boekjaar aan de gestelde voorwaarden is voldaan, is er voor dat boekjaar vrijstelling. Dit betekent dat de akkoordverklaring van alle aandeelhouders er moet zijn, dat de garantverklaring van de moederonderneming met betrekking tot de door de dochteronderneming aangegane verplichtingen er moet zijn, dat de in overeenstemming met Richtlijn 2013/34/EU ingerichte geconsolideerde jaarrekening er moet zijn met daarin verwerkt de dochteronderneming en de melding daarin van het gebruik van de vrijstelling, en dat de dochteronderneming de akkoordverklaring(en), de garantverklaring en de geconsolideerde jaarrekening met bestuursverslag en controleverklaring openbaar moet hebben gemaakt op de wijze als voorzien in de wetgeving van een lidstaat in overeenstemming met Richtlijn 2017/1132/EU.

Daar de voorgeschreven openbaarmaking een substituut vormt voor de openbaarmaking van de eigen stukken van de dochteronderneming zal uiterlijk twaalf maanden na afloop van het boekjaar aan alle voorwaarden moeten zijn voldaan. Dit wordt onderstreept door het bepaalde in Richtlijn 2013/34/EU over de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur ter zake het naleven van de in Richtlijn 2013/34/EU opgenomen voorschriften en over de aansprakelijkheid van bestuurders wegens schending van deze voorschriften.³

3. Art. 33 Richtlijn 2013/34/EU.

7.1.2 Uiterste tijdstip voor gebruik groepsregime

Over het genoemde vraagstuk bestaat in de Nederlandse doctrine geen eenstemmigheid. De standpunten met betrekking tot het uiterste tijdstip dat aan alle voorwaarden voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime over het verstreken boekjaar moet zijn voldaan, variëren van het uiterste tijdstip dat de jaarrekening over het boekjaar moet zijn opgemaakt, tot het uiterste tijdstip dat de jaarrekening over dat boekjaar op in de wet voorziene wijze openbaar moet zijn gemaakt, met daarbinnen nog diverse nuances.

Afhankelijk van de rechtsvorm is de maximale termijn waarbinnen de jaarrekening na afloop van het boekjaar moet zijn opgemaakt en ter inzage voor de aandeelhouders respectievelijk leden moet zijn gelegd vijf dan wel zes maanden. In gevallen van bijzondere omstandigheden kan deze opmaaktermijn worden verlengd, met een maximum van vijf respectievelijk vier maanden. Bij maximaal uitstel komt de maximale termijn voor het opmaken neer op tien maanden na afloop van het boekjaar.⁴ Dit betekent dat als uitgegaan mag worden van het maximum, uiterlijk tot tien maanden na afloop van het boekjaar tot gebruik van het groepsregime over dat boekjaar kan worden overgegaan, uiteraard mits dan ook aan alle voorwaarden voor het gebruik is voldaan. Dit brengt onder meer mee dat als de geconsolideerde jaarrekening over het verstreken boekjaar er is zonder dat de gegevens van de rechtspersoon daarin zijn verwerkt, het gebruik van het groepsregime niet geoorloofd is. Hetzelfde geldt indien de jaarrekening van de rechtspersoon al is vastgesteld zonder dat vóór dat moment aan de instemmingsvoorwaarde is voldaan.

Het uiterste tijdstip dat een jaarrekening moet worden openbaar gemaakt op de in de wet voorziene wijze hangt samen met het al dan niet vastgesteld zijn van de jaarrekening en het al dan niet verleend zijn van uitstel, maar is twaalf maanden na afloop van het boekjaar. Is de jaarrekening vastgesteld dan moet openbaarmaking binnen acht dagen na vaststelling plaatsvinden,⁵ maar maximaal uiterlijk twaalf maanden na afloop van het boekjaar.⁶ Is de jaarrekening nog niet vastgesteld, dan moet openbaarmaking plaatsvinden binnen twee maanden na de – zonodig verlengde – opmaaktermijn,⁷ aangenomen dat intussen geen vaststelling heeft plaatsgevonden in welk geval de eerder daarover genoemde regel geldt, maar in elk geval uiterlijk twaalf maanden na afloop van het boekjaar.⁸

4. In de situatie dat Titel 9 Boek 2 BW van overeenkomstige toepassing is op fbv's, is de maximale termijn na verlenging elf maanden (art. 5 lid 2 Wfbv).

5. Art. 2:394 lid 1 BW.

6. Art. 2:394 lid 3 BW.

7. Art. 2:394 lid 2 BW.

8. Art. 2:394 lid 3 BW.

Het voorgaande bracht Koning⁹ destijds tot de opvatting dat uiterlijk acht dagen na het verstrijken van de tweemaandstermijn als bedoeld in art. 2:394 lid 2 BW aan de aansprakelijkstellingsvoorwaarde moet zijn voldaan, omdat zonder het gebruik van het groepsregime uiterlijk acht dagen na de genoemde termijn openbaarmaking bij het handelsregister had moeten plaatsvinden. Zouden er toch bijzondere omstandigheden zijn die uitstel van het opmaken rechtvaardigen – hetgeen zijns inziens zelden het geval zal zijn – dan zou aan de aansprakelijkstellingsvoorwaarde moeten zijn voldaan uiterlijk acht dagen na het verstrijken van de tweemaandstermijn na de verlengde opmaaktermijn.¹⁰ Aannemelijk lijkt in deze opvatting¹¹ dat als de jaarrekening al is vastgesteld terwijl nog niet aan de instemmingsvoorwaarde is voldaan, het gebruik van het groepsregime over het verstreken boekjaar niet meer mogelijk is.

Een andere zienswijze – die meer past bij het standpunt dat het gaat om het tijdstip dat de jaarrekening over het boekjaar moet zijn opgemaakt – is dat voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime ten tijde van het vaststellen van de jaarrekening aan alle voorwaarden moet zijn voldaan omdat de algemene vergadering alvorens over de vaststelling te besluiten, zich moet kunnen vergewissen dat voldaan is aan de voorwaarden. Beckman¹² gaat hiervan uit onder verwijzing naar het constitutieve karakter van de voorwaarde. Aldus wordt er in deze visie van uitgegaan dat tot het vaststellingsmoment tot het gebruik van het groepsregime over het verstreken boekjaar nog kan worden overgegaan, aangenomen dat dan ook aan alle andere voorwaarden is voldaan. Wel is als de vaststelling geschiedt vóór de openbaarmaking van de geconsolideerde stukken, de instemmingsverklaring(en) en de 403-verklaring, impliciet daaraan verbonden de voorwaarde dat deze stukken openbaar moeten zijn gemaakt uiterlijk op het moment dat zonder het gebruik van het groepsregime de jaarrekening met bijbehorende stukken openbaar had moeten worden gemaakt.

Daar de vaststelling van de jaarrekening zelf geen constitutief vereiste is voor het gebruik van het groepsregime, kan zolang geen vaststelling heeft plaatsgevonden, op elk moment besloten worden tot het gebruik van dit regime, mits steeds aan alle voorwaarden vanaf dat moment is voldaan. Omdat evenwel uiterlijk twaalf maanden na afloop van het verslagjaar in elk geval het depot van de jaarrekening met bestuursverslag en overige gegevens in de voor openbaarmaking bestemde vorm moet plaatsvinden, ligt het in de rede dat zolang geen vaststelling heeft plaatsgevonden, tot twaalf maanden na afloop van het boekjaar van de regeling gebruik kan worden gemaakt mits uiteraard alle voorwaarden vanaf dat moment zijn vervuld.¹³

9. Koning 1991, p. 29. Ook Kiersch is deze opvatting toegedaan, T&C Ondernemingsrecht 2018, art. 2:403 BW, daarvan aant. 1.

10. Maar aan te nemen niet later dan de termijn bedoeld in art 2:394 lid 3 BW.

11. Deze opvatting wordt verdedigd door Houwen e.a. 1993 (diss.), p. 840 – 841.

12. Beckman 2010, p. 254.

13. Zie ook Asser/Maeijer & Kroeze 2015 (2-I*), nr. 583.

Als uiterlijk twaalf maanden na de afloop van het boekjaar de geconsolideerde stukken en de verklaringen er niet liggen, staat vast dat de rechtspersoon in strijd met art. 2:394 BW heeft gehandeld. De schending van art. 2:394 lid 3 BW is een economisch delict (art. 1 4° WED). Voorts kan iedere belanghebbende de naleving als bedoeld in art. 2:394 lid 7 BW bij de gewone rechter vorderen. Tevens is er in geval van faillissement van de rechtspersoon voor diens bestuurders en commissarissen sprake van verzwaarde aansprakelijkheid voor het boedeltekort.¹⁴ Overigens zullen in de regel de geconsolideerde stukken er wel liggen vanwege de op de moedermaatschappij rustende eigen openbaarmakingsplicht uit hoofde van art. 2:394 BW. Zou evenwel door de moedermaatschappij zijn volstaan met het depot van een geconsolideerde balans met toelichting dan is in dat geval niet aan de consolidatievoorwaarde voor het gebruik van het groepsregime voldaan.

Als een belanghebbende de naleving van art. 2:394 BW vordert, komt de vraag op of de rechtspersoon alsnog tot het depot van de bij het handelsregister ontbrekende stukken als bedoeld in art. 2:403 lid 1 onder g BW kan overgaan, meer in het bijzonder tot het depot van de instemmingsverklaring(en) en de 403-verklaring, of wellicht indien van toepassing, een afschrift van de ontheffingsbeschikking betreffende het opmaken, overleggen en vaststellen van de jaarrekening. Dit laatste zou denkbaar kunnen zijn doordat de moedermaatschappij zodanig in problemen is gekomen dat een 403-verklaring achterwege blijft of de 403-aansprakelijkstelling blijkt te zijn ingetrokken, en/of dat consolidatie niet meer mogelijk is. Als dit laatste buiten beschouwing wordt gelaten, zou het standpunt kunnen worden ingenomen dat als de instemmingsverklaring(en) en de 403-verklaring er wél zijn, het gebrek onverwijld kan worden geheeld door alsnog tot het depot van deze stukken over te gaan. Ik acht een dergelijk standpunt niet onredelijk, mits uiteraard die verklaringen er ook daadwerkelijk zijn op het tijdstip dat de twaalfmaandstermijn verstreek en in geval van een vastgestelde jaarrekening, de instemmingsverklaring(en) er uiterlijk op het vaststellingsmoment waren, evenals de 403-verklaring. Dit neemt natuurlijk niet weg dat art. 2:394 BW is geschonden.

7.1.3 *Toets op rechtmatig gebruik groepsregime*

Een bij de jaarrekening van een 403-rechtspersoon belanghebbende kan zich afvragen of deze rechtspersoon voldoet aan de voorwaarden tot bevoegd gebruik van het groepsregime. Voor dit doel is van belang dat er een uiterst tijdstip is voor de vaststelling dat aan alle voorwaarden voor rechtsgeldig

14. Art. 2:241 jo. 2:248 lid 2 respectievelijk 2:259 BW (BV), art. 2:131 jo. 2:138 lid 2 respectievelijk art. 2:149 BW (NV) en op grond van de schakelbepalingen van art. 2:50a BW (commerciële vereniging), art. 2:53a BW (coöperatie en ovm) en art. 2:300a BW (commerciële stichting). Art. 2:248 BW is op een niet onder het recht van een lidstaat vallende fbv van overeenkomstige toepassing in geval van uitkeringen aan aandeelhouders, inkoop van eigen aandelen en kapitaalvermindering met terugbetaling (art. 4 lid 1 Wfbv).

gebruik van het groepsregime is voldaan. Doorgaans zal overigens waarneembaar zijn dat aan de voorwaarden is voldaan doordat de instemmingsverklaring (en), de 403-verklaring en de geconsolideerde stukken met accountantsverklaring moeten zijn gedeponneerd in het handelsregister. Meer in het bijzonder geldt dit voor de instemmingsverklaring(en) die er voor elk jaar dat het groepsregime wordt benut, moeten zijn en voor de geconsolideerde jaarrekening waarin de financiële gegevens van de 403-groepsrechtspersoon moeten zijn verwerkt voor elk jaar dat het groepsregime wordt benut. De 403-verklaring zal in de regel voor meerjarig gebruik zijn gedeponneerd. Wat niet altijd waarneembaar is, is of de instemming(en) is (zijn) verkregen vóór de vaststelling van de jaarrekening en ook niet of vaststelling heeft plaatsgevonden, maar het laatste staat als zodanig geen rechtsgeldig gebruik van het groepsregime in de weg.

Waar het aan kan schorten is dat in werkelijkheid de rechtspersoon niet tot de groep van de consoliderende maatschappij behoort,¹⁵ dat delen van de geconsolideerde jaarrekening kunnen zijn weggelaten,¹⁶ dat niet altijd waarneembaar is of de financiële gegevens van de betrokken rechtspersoon op geconsolideerde wijze zijn verwerkt,¹⁷ dat de accountantsverklaring ontbreekt¹⁸ en/of dat uit de 403-verklaring zodanige beperkingen blijken dat niet voldaan is – althans in ieder geval in de visie van een belanghebbende – aan de aansprakelijkstellingsvoorwaarde. De vraag die dan opkomt, is welke rechtsmiddelen een belanghebbende ten dienste staan.

Het meest voor de hand ligt als antwoord dat hij zich tot de jaarrekening-rechter kan wenden, in casu de Ondernemingskamer. Voor de instelling van een dergelijke procedure gelden termijnen. Deze termijnen zijn:

- als het om een vastgestelde jaarrekening gaat, twee maanden na de vaststelling, en
- als het om een opgemaakte jaarrekening gaat, twee maanden na depot.

Daar bij gebruikmaking van het groepsregime het laatste niet aan de orde is, gaat het om het eerste. Het probleem is echter dat niet zeker is of de jaarrekening is vastgesteld en als die wél is vastgesteld, wanneer die vaststelling heeft plaatsgevonden. Dit zal er dan vaak toe leiden dat als een dergelijke procedure wordt geëntameerd, deze afstuit op het termijnverloop. Een belanghebbende zou

15. Bijvoorbeeld een joint venture die gepresenteerd wordt als groepsrechtspersoon zonder dat te zijn.

16. Bijvoorbeeld omdat de moedermaatschappij meent te kunnen volstaan met een geconsolideerde balans met toelichting wegens haar geringe omvang.

17. Te denken is aan het gescheiden depot van de lijst van geconsolideerde belangen of het niet afzonderlijk blijken dat voor deze rechtspersoon een 403-aansprakelijkstelling is afgegeven.

18. Vanwege de – naar mijn mening onjuiste – zienswijze dat de controle niet verplicht is gelet op de geringe omvang van de moedermaatschappij.

natuurlijk als zij de overtuiging heeft dat niet is voldaan aan de voorwaarden, ook een procedure tot openbaarmaking van de jaarrekening kunnen instellen. Die procedure wordt bij de rechtbank van de woonplaats van de rechtspersoon gevoerd. Het is dan een niet-gespecialiseerde rechter die moet oordelen of de gedeponeerde stukken al dan niet toereikend zijn voor het gebruik van het groepsregime. Gesteld dat de betrokken rechtbank tot het oordeel komt dat de voorwaarden niet op correcte wijze zijn vervuld, zal hij de vordering tot depot toewijzen. De rechtspersoon kan vanzelfsprekend weer in beroep gaan. Als de rechtspersoon tot openbaarmaking overgaat, zal het doorgaans de summier ingerichte jaarrekening zijn die openbaar wordt gemaakt. Als die jaarrekening nog niet is vastgesteld, hetgeen op de jaarrekening zou moeten worden aangekend, zou alsnog het oordeel van de jaarrekeningrechter kunnen worden ingeroepen. Deze rechter zal zich vermoedelijk dan ook zelfstandig buigen over de vraag of cumulatief tijdig aan de voorwaarden is voldaan. Als bij openbaarmaking blijkt dat de jaarrekening wel is vastgesteld, zal er in de regel geen toegang zijn tot de jaarrekeningrechter omdat dan zal blijken dat de termijn om tijdig een procedure in te stellen is verlopen. Dit was in de wetgeving tot 2006 anders, toen ook voor vastgestelde jaarrekeningen gold dat tot twee maanden na het depot ervan een jaarrekeningprocedure mogelijk was.

Mijn conclusie is dan ook dat een belanghebbende ontoereikende rechtsmiddelen heeft om in rechte te toetsen of een rechtspersoon de bevoegdheid tot het gebruik van het groepsregime heeft verkregen. Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn te verlangen dat voor het gebruik van het groepsregime door de externe groepsaccountant een openbaar te maken verklaring wordt afgelegd waaruit blijkt dat aan de voorwaarden van art. 2:403 BW is voldaan.

Het belang dat aan alle voorwaarden is voldaan, kan ook in geval van faillissement van de rechtspersoon betekenis hebben. Als zou blijken dat niet aan alle voorwaarden voor rechtsgeldig gebruik is voldaan, althans in de zienswijze van de curator, kan hij diens bestuurders en commissarissen wegens schending van art. 2:394 BW aansprakelijk (pogen te) stellen. Het is dan de rechter van de woonplaats van deze rechtspersoon die hierover een oordeel moet geven.

7.2 Beëindiging groepsregime bij continuering groepsband

Ook als een rechtspersoon bevoegd is tot het gebruik van het groepsregime en daartoe ook is overgegaan, kan niettemin nadien besloten worden om niet langer van het groepsregime gebruik te maken, of kan nadien de groepsrechtspersoon in een situatie komen dat voortgezet gebruik van het groepsregime niet mogelijk is.¹⁹ Dit laatste kan aan de orde komen indien de rechtspersoon

19. Bijvoorbeeld als deze door een juridische fusie of door een splitsing verdwijnt of is omgezet in een niet onder Titel 9 Boek 2 BW vallende rechtspersoon (zie hoofdstuk 8).

aandeelhouders heeft die niet tot de groep behoren. Als een dergelijke aandeelhouder zijn instemming voor een boekjaar niet meer geeft, houdt het gebruik van het groepsregime op, zelfs als aan de overige voorwaarden is voldaan. Ook andere factoren kunnen belemmeringen voor voortgezet gebruik opleveren zoals het abusievelijk vergeten van de verklaring van instemming door de groepsaandeelhouder(s), het abusievelijk niet verwerken van de financiële gegevens van de rechtspersoon in de geconsolideerde jaarrekening van de hoofdelijk aansprakelijke maatschappij, het niet doen controleren van de geconsolideerde stukken, het hanteren van niet-toegestane talen en het niet of onvolledig dan wel niet tijdig deponeren van de voor depot bestemde stukken. Ook komt het gebruik van het groepsregime tot een einde als de maatschappij die zich uit hoofde van art. 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld, haar aansprakelijkstelling intrekt of anderszins beëindigt.

Het vraagstuk dat in deze gevallen optreedt, is met ingang van welk boekjaar de gebruikelijke regels van Titel 9 Boek 2 BW weer moeten worden nageleefd en welk omvangafhankelijk jaarrekeningregime dan in aanmerking komt (paragraaf 7.2.2.), en als hierover discussie ontstaat, welke rechtsmiddelen een belanghebbende heeft om de juistheid hiervan te toetsen (paragraaf 7.2.3). Alvorens hierop in te gaan, sta ik kort stil bij het systeem van de EU richtlijn jaarrekeningen (paragraaf 7.2.1).

7.2.1 *EU richtlijn jaarrekeningen*

Daar in de unitaire regeling de vrijstelling is gekoppeld aan de vervulling van alle in de regeling gestelde voorwaarden met betrekking tot dat boekjaar, houdt het niet voldoen aan ten minste één van de voorwaarden uiterlijk twaalf maanden na afloop van dat boekjaar in dat vrijstelling over dat boekjaar niet mogelijk is.

In de richtlijn is de vrijstellingsmogelijkheid er voor een dochteronderneming. Als de relatie moeder- en dochteronderneming intact blijft, kan elk jaar opnieuw worden gezien of al dan niet van de vrijstelling gebruik wordt gemaakt. Als in een volgend jaar geen gebruik wordt gemaakt van de vrijstelling, wordt aan de hand van het balanstotaal, de netto-omzet en het gemiddeld personeelsbestand beoordeeld wat het in acht te nemen omvangafhankelijk jaarrekeningregime is.²⁰

Bij de jaarlijkse beoordeling of al dan niet van de vrijstelling gebruik wordt gemaakt, kan ook aan de orde komen dat een tussenliggende moedermaatschappij de garantstellende maatschappij zal zijn in plaats van de uiteindelijke of andere tussenliggende maatschappij of omgedraaid dat in plaats van een

20. Art. 3 Richtlijn 2013/34/EU.

tussenliggende houdstermaatschappij de uiteindelijke moedermaatschappij de garantstellende moedermaatschappij moet zijn. In het kader van de vrijstellingsregeling moet de garantstellende maatschappij in elk geval tevens de consoliderende maatschappij zijn,²¹ hetgeen onverlet laat dat ook op andere niveaus binnen de groep zoals omschreven in EU richtlijn jaarrekeningen consolidatie moet plaatsvinden behoudens vrijstelling van consolidatie of de bevoegdheid om daarvan af te zien.²²

7.2.2 *Het eerste Titel 9-boekjaar na beëindiging groepsregime*

In de gevallen dat een vereiste instemming ontbreekt, een niet-toegestane taal is gehanteerd, de financiële gegevens van de groepsrechtspersoon buiten de consolidatie zijn gelaten of sprake is van het niet, niet tijdig of niet volledig deponeren van de de jaarrekening van de groepsrechtspersoon vervangende stukken, is het duidelijk dat voor dat jaar de groepsrechtspersoon niet bevoegd is tot het gebruik van het groepsregime. Als wel eerder de 403-verklaring is gedeponneerd, hetgeen waarschijnlijk is omdat een 403-verklaring doorgaans voor meerjarig gebruik is, loopt de daarin vervatte hoofdelijke aansprakelijkstelling normaliter door zolang geen intrekking ervan heeft plaatsgevonden en als wel intrekking heeft plaatsgevonden, tot het moment dat jegens schuldeisers op deze intrekking beroep kan worden gedaan. Het risico dat een 403-aansprakelijkstelling wordt vergeten is wel aanwezig in alle gevallen dat de beëindiging van het groepsregime intreedt doordat aan een van de andere constitutieve vereisten niet langer wordt voldaan. Ik verwijs naar mijn opmerkingen over ‘vergeten intrekking’ in paragraaf 7.3.2.

Het kan natuurlijk ook zo zijn dat de 403-aansprakelijke maatschappij niet langer bereid is om de risico’s die verbonden zijn aan de in de 403-verklaring opgenomen aansprakelijkstelling blijvend te dragen. De achtergrond kan ook zijn dat de huidige moedermaatschappij binnen de groep een tussenhoudstermaatschappij is en dat vanwege het toch al consolideren op hoger niveau binnen de groep besloten is de 403-aansprakelijkstelling op dat hogere niveau te doen plaatsvinden. De maatschappij die niet langer de 403-aansprakelijke maatschappij wil zijn, zal haar 403-aansprakelijkstelling willen intrekken of anderszins doen beëindigen. Er is evenwel geen voorschrift over het tijdstip waarop de intrekking dan moet plaatsvinden. Ten aanzien van het intrekken van die hoofdelijke aansprakelijkstelling is in art. 2:404 lid 1 BW de volgende voorziening opgenomen:

21. In Duitsland komt de uitleg voor dat ook een cascadesysteem mogelijk is (zie paragraaf 5.2.3).

22. Zie paragraaf 4.1.2.

Een in artikel 403 bedoelde aansprakelijkstelling kan worden ingetrokken door deponering van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister.

Er wordt in deze bepaling niet geformuleerd dat de 403-aansprakelijkstelling wordt ingetrokken door het depot van een daartoe strekkende verklaring, maar 'kan worden ingetrokken'. Aldus is het intrekken van de 403-aansprakelijkstelling door depot van de intrekkingverklaring een van de vormen waarmee de 403-aansprakelijkstelling voor alle schulden uit toekomstige rechtshandelingen van de rechtspersoon kan worden beëindigd. Zoals de formulering laat zien is sprake van een generieke vorm van beëindiging van toekomstige hoofdelijke aansprakelijkheid. Ook toereikende tot beëindiging van voortgezette aansprakelijkheid strekkende clausules in 403-verklaringen hebben een generiek karakter. Een specifieke vorm van beëindiging voor toekomstige aansprakelijkheid is het rechtstreeks informeren van de rechthebbenden op de uit de rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende vorderingsrechten jegens die rechtspersoon. Het rechtstreeks informeren kan de aansprakelijkheid jegens die rechthebbenden voor de toekomst uitsluiten maar zolang er geen gedeponeerde intrekkingverklaring is, kunnen niettemin anderen die uit nieuwe rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende vorderingsrechten jegens de rechtspersoon hebben, een beroep doen op de 403-verklaring.

Als de 403-aansprakelijkstelling is ingetrokken door depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister, werkt de intrekking vanaf het moment dat daarop voor de uit rechtshandelingen met de groepsrechtspersoon voortvloeiende schulden een beroep kan worden gedaan. Dit blijkt uit art. 2:404 lid 2 BW waarin is bepaald:

Niettemin blijft de aansprakelijkheid bestaan voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen welke zijn verricht voordat jegens de schuldeiser een beroep op de intrekking kan worden gedaan.

Deze woordkeuze laat zien dat de aansprakelijkheid die uit hoofde van art. 2:403 BW is ontstaan, voor de schulden uit rechtshandelingen die zijn aangegaan tot het moment dat de intrekking door depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister werkt, door de intrekking niet wordt beëindigd. Deze niet-beëindigde aansprakelijkheid wordt aangeduid als de overblijvende of resterende hoofdelijke aansprakelijkheid van de maatschappij die haar in de door haar gegeven 403-verklaring belichaamde 403-aansprakelijkstelling heeft ingetrokken door deponering van een daartoe strekkende verklaring. Ik noem deze kortweg restaansprakelijkheid. Deze ten behoeve van de voormalige 403-rechtspersoon geldende restaansprakelijkheid moet de moedermaatschappij uit hoofde van art. 2:376 BW in haar jaarrekening als onderdeel van de waarborgverplichtingen vermelden. Deze restaansprakelijkheid kan nog toenemen omdat de restaansprakelijkheid ook betrekking kan hebben op duurovereenkomsten en andere langdurige overeenkomsten van de voormalige 403-rechtspersoon van vóór de werking van de intrekking. Zij zal afnemen naar gelang

restaanspraken verjaren, restaanspraakgerechtigden van hun afspraken afstand doen, de voormalige 403-rechtspersoon zijn verplichtingen nakomt, dan wel voldoening van restaanspraken plaatsvindt. In het laatste geval heeft de moedermaatschappij regres op de voormalige 403-rechtspersoon.

Daar de intrekking van een 403-aansprakelijkstelling door depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister voor (potentiële) schuldeisers van grote betekenis is of kan zijn, komt het mij gewenst voor dat hiervan onverwijld bekendheid wordt gegeven. Ik kan mij daarom voorstellen dat er naast het vereiste depot van de intrekkingsverklaring bij het handelsregister, een verplichting komt dat bekendmaking van deze intrekking ook moet geschieden op de website van de moedermaatschappij en op die van de betrokken rechtspersoon.

Ten aanzien van de intrekking door depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister merk ik op dat als de intrekking betreft een NV, BV, SE met statutaire zetel in Nederland, een SCE met statutaire zetel in Nederland dan wel een andere bij AMvB aangewezen rechtspersoon of vennootschap²³ op de Kamer van Koophandel de zorg rust om hiervan zo spoedig mogelijk mededeling te doen in een door haar verzorgd publicatieblad of ander even doeltreffend instrument dat ten minste het gebruik omvat van een systeem dat in chronologische volgorde via een centraal elektronisch platform toegang tot de openbaar gemaakte informatie biedt. Jegens een schuldeiser die onkundig is van de intrekking, komt in dat geval de maatschappij die haar 403-aansprakelijkstelling heeft ingetrokken, eerst een beroep op de werking van het depot van de intrekkingsverklaring toe nadat deze mededeling heeft plaatsgevonden. Een schuldeiser die aantoonst dat hij onmogelijk kennis heeft kunnen nemen van deze mededeling, kan zich erop beroepen dat hij van hetgeen bekend is gemaakt, onkundig is, mits dit beroep plaatsvindt binnen vijftien dagen nadat de mededeling heeft plaatsgevonden. Als een schuldeiser op andere wijze van de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling of van de beëindiging anderszins op de hoogte is, geldt dat vanaf dat moment jegens hem een beroep op de intrekking kan worden gedaan ongeacht of het depot van de intrekkingsverklaring heeft plaatsgevonden en – indien van toepassing – de Kamer van Koophandel de daaromtrent vereiste mededeling heeft gedaan. De bewijslast van deze wetenschap indien de schuldeiser de wetenschap van intrekking ontkent, rust op de voormalige 403-aansprakelijke maatschappij.²⁴

Niet uit te sluiten is dat in de 403-verklaring al bij voorbaat is opgenomen dat de daarin opgenomen aansprakelijkstelling (1) haar werking verliest voor de door de 403-rechtspersoon aangegane rechtshandelingen die na het laatste

23. Art. 24 lid 2 Hrgw 2007, jo. art. 25 Hrgw jo. art. 52 Hrgb 2008 jo. art. 3a Handelsregisterregeling.

24. Art. 25 lid 1 jo. art. 24 Hrgw 2007.

boekjaar dat van de regeling gebruik is gemaakt, zijn aangegaan of (2) haar werking verliest voor rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon die zijn aangegaan na het depot van de eerstvolgende in overeenstemming met Titel 9 Boek 2 BW ingerichte jaarrekening in de voor openbaarmaking bestemde vorm bij het handelsregister, tezamen met indien van toepassing, het bestuursverslag en overige gegevens (waaronder ook de accountantsverklaring).

In het *eerste* geval is al bij voorbaat intrekking in de verklaring gestipuleerd. De redenering zou kunnen zijn dat in die situatie schuldeisers bedacht kunnen zijn op beëindiging van het groepsregime. Deze redenering berust op de gedachte dat schuldeisers continue de 403-verklaring kunnen raadplegen. Dat is niet het geval. Schuldeisers hebben geen onbelemmerde toegang tot de 403-verklaring. Tot deze stukken is geen (elektronische) toegang via een standaardmodule mogelijk. Om daarin inzage of een afschrift daarvan te verkrijgen is een telefonisch of schriftelijk verzoek nodig en is een vergoeding²⁵ verschuldigd. Dit bezwaar zou er niet zijn als zou zijn bepaald dat bij gebruik van het groepsregime de 403-verklaring steeds kosteloos voor schuldeisers toegankelijk is (of tegen een vergoeding die gelijk is aan de vergoeding voor de toegang tot de gedeponeerde jaarrekening als er geen gebruik wordt gemaakt van het groepsregime). Reeds vanwege het gebrek aan onbelemmerde toegang acht ik de hier bedoelde 403-verklaring voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime onvoldoende. Daarnaast acht ik het hanteren van een dergelijke 403-verklaring ontoereikend voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime omdat schuldeisers hierdoor afhankelijk zijn van het gedrag van de 403-aansprakelijke maatschappij met als consequentie dat zij ingaande de aanvang van het nieuwe boekjaar geen dekking voor nieuwe rechtshandelingen hebben uit hoofde van de in de 403-verklaring opgenomen aansprakelijkstelling. Het laatstgenoemde bezwaar zou er natuurlijk niet zijn als zoals in het *tweede* geval, zou zijn bepaald dat de aangegane rechtshandelingen onder de aansprakelijkheid blijven vallen tot het moment dat de jaarrekening over een nieuw boekjaar in overeenstemming met Titel 9 Boek 2 BW wordt ingericht, gecontroleerd en openbaargemaakt (tezamen met het bestuursverslag en de overige gegevens). Dat past in de unitaire regeling en lijkt ook te sporen met de wijze waarop die is geïnterpreteerd door de Ierse en de Duitse wetgever, maar verdraagt zich niet goed met de Nederlandse regeling, althans niet in mijn 'ten minste'-uitleg van het dekkingsbereik.

Als het depot van de verklaring van de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling gedurende het boekjaar plaatsvindt, is het evident dat in elk geval over het lopende boekjaar de jaarrekening conform de toepasselijke regels zonder het gebruik van het groepsregime moet worden ingericht, met indien van toepassing, het bestuursverslag en de overige gegevens (waaronder de

25. Op basis van het Tarievenoverzicht KvK per 1 januari 2019 EUR 15.

accountantsverklaring). Die toepasselijke regels hangen wel af van de omvang van de rechtspersoon en het daarmee verbonden jaarrekeningregime.²⁶ Anders dan in de EU richtlijn jaarrekeningen is de vaststelling daarvan niet altijd even eenvoudig. Dit komt omdat in de formulering van de grootte-criteria voorkomt het zinsdeel ‘op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata’. Daardoor is niet duidelijk of de cijfers over het laatst vrijgestelde jaar moeten worden herrekend alsof Titel 9 Boek 2 BW wel van toepassing was geweest. Gelet op de unitaire regeling zou het alleen moeten gaan om de cijfers over het eerste jaar na het vrijgestelde jaar. Ook is de wettelijke regeling niet duidelijk over de in de jaarrekening ter vergelijking op te nemen cijfers. Daarbij gaat het om de vraag of die cijfers alsdan mogen worden weggelaten dan wel volstaan kan worden met cijfers uit de laatste vrijgestelde jaarrekening dan wel om naar Titel 9 Boek 2 BW herrekenende cijfers.

Een vraagstuk dat eveneens opkomt is wat rechtens geldt bij intrekking gedurende het lopende jaar voor het jaar dat daaraan voorafgaat. De vraag is dan of het groepsregime nog kan worden benut, vanwege de intrekking van de aansprakelijkstelling door een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister in het lopende boekjaar. Aangenomen dat nog geen depot van de vervangende stukken over dat jaar heeft plaatsgevonden, kan er twijfel ontstaan of voor dat jaar van het groepsregime gebruik kan worden gemaakt. In een redenering dat de 403-verklaring er nog steeds ligt en de intrekking pas werkt voor het lopende boekjaar, kan over het voorafgaande boekjaar van het groepsregime gebruik worden gemaakt aangenomen dat aan de andere voorwaarden wordt voldaan, voor zover zij nog niet zijn vervuld. Van deze opvatting ga ik hierna uit. Niettemin wijs ik erop dat ook de opvatting voorkomt dat intrekking van de aansprakelijkstelling gelijk wordt gesteld met het niet meer werken van de 403-verklaring, en dat er daardoor feitelijk geen 403-verklaring meer is zodat van het groepsregime geen gebruik meer kan worden gemaakt op het moment dat uiterlijk aan alle voorwaarden moet zijn voldaan. Als in die opvatting de jaarrekening over het voorafgaande boekjaar is vastgesteld op een tijdstip dat vóór het intrekkingsmoment ligt, zijn er uiteenlopende opvattingen over het gebruik van het groepsregime over het voorafgaande jaar, variërend van dat ook in die situatie voor dat jaar het groepsregime niet meer mogelijk is²⁷ met als consequentie dat de algemene vergadering van de groepsrechtspersoon tot herroeping van de vaststelling moet overgaan, tot het standpunt dat in elk geval de vastgestelde jaarrekening, ook al is die summier ingericht, moet worden gedeponneerd.²⁸ In de situatie dat zonder het groepsregime het bestuursverslag en de overige gegevens (waaronder accountantsverklaring) vereist zijn, zullen deze stukken in overeenstemming met de eisen van Titel 9 Boek 2 BW moeten worden ingericht en worden gedeponneerd.

26. Artt. 2:395a – 398 BW.

27. Houwen e.a. (diss.) 1993, p. 842 – 843.

28. Koning 1991, p. 29.

De voormelde problematiek over het ingangstijdstip van de gebruikelijke regels zou worden vermeden, en ook meer passen in de unitaire regeling zoals ik in paragraaf 5.1.1 heb opgemerkt, indien in de wettelijke regeling zou zijn vastgelegd dat de 403-aansprakelijkstelling kan worden ingetrokken op zijn vroegst een jaar na het laatste gebruik van het groepsregime door deze rechtspersoon.

In de eerstvolgende geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij na de intrekking, dan wel in haar afzonderlijk gedeponeerde tot deze geconsolideerde jaarrekening behorende lijst van geconsolideerde maatschappijen en overige belangen (art. 2:414 BW) zal de moedermaatschappij bij de opgaaf over de voormalige 403-rechtspersoon niet meer vermelden dat er voor deze rechtspersoon een 403-aansprakelijkstelling is. Vooral bij groepen van aanzienlijke omvang zal het achterwege laten van die opgaaf niet gauw opvallen. Om die reden zou het naar mijn mening gewenst zijn dat uit informatieoogpunt van de intrekking expliciet melding in deze geconsolideerde jaarrekening wordt gemaakt, dan wel als van de intrekking een afzonderlijke mededeling op de website van de moedermaatschappij heeft plaatsgevonden, een verwijzing daarnaar in de geconsolideerde jaarrekening.

In strikte zin is ook sprake van beëindiging van het gebruik van het groepsregime indien binnen de groep waartoe de rechtspersoon behoort, is besloten om de 403-verklaring niet langer door de uiteindelijke consoliderende moedermaatschappij te laten afgeven maar op groepsdeelniveau door de tussenhoudstermaatschappij tot wier groepsdeel de rechtspersoon behoort.²⁹ In die situatie zal de moedermaatschappij haar 403-aansprakelijkstelling intrekken en zal de tussenhoudstermaatschappij de vereiste 403-verklaring afgeven. Voor het bereiken van rechtsgeldig voortgezet gebruik van het groepsregime zal de tussenhoudstermaatschappij wel een geconsolideerde jaarrekening moeten opstellen met daarin op geconsolideerde wijze verwerking van de financiële gegevens van de rechtspersoon, zal er een zodanige afstemming tussen de nieuwe hoofdelijke aansprakelijkstelling van de tussenhoudstermaatschappij en de werking van de intrekking moeten zijn dat aansluitend gebruik van het groepsregime mogelijk is, zal van de tussenhoudstermaatschappij de geconsolideerde jaarrekening met bestuursverslag en accountantsverklaring moeten worden gedeponeerd en zullen de nieuwe 403-verklaring en de instemmingsverklaring(en) van de rechtstreekse aandeelhouders moeten worden gedeponeerd. Zou de aansluiting in aansprakelijkstellingen niet goed zijn dan ontstaat de situatie dat over het tussenliggende jaar het groepsregime niet voor gebruik in aanmerking komt.

29. Dit geldt natuurlijk ook als besloten wordt het groepsregime niet op groepsdeelniveau toe te passen maar op uiteindelijk moedermaatschappijniveau.

7.2.3 *Toets op juist eerste Titel 9-boekjaar*

Als een belanghebbende van oordeel is dat voor een te laat boekjaar de gebruikelijke regels van Titel 9 Boek 2 BW worden gehanteerd en/of van oordeel is dat voor dat boekjaar een onjuist omvangafhankelijk jaarrekeningregime is gebruikt, staan hem weinig rechtsmiddelen ter toetsing daarvan ter beschikking. Het zal al niet gemakkelijk zijn om vast te stellen of de gebruikelijke regels al niet eerder hadden moeten worden gehanteerd, reeds omdat de wettelijke regeling niet erg duidelijk is. Als een belanghebbende niettemin de juistheid van het boekjaar waarin de gebruikelijke regels moeten worden toegepast, wil toetsen, zal hij de openbaarmakingsvordering van art. 2:394 lid 7 BW moeten instellen. Als de uitkomst daarvan voor hem positief is, zou hij als de jaarrekening nog niet is vastgesteld, tot twee maanden na het depot ervan een jaarrekeningvordering kunnen instellen. Is de jaarrekening vastgesteld, dan zal hij moeten constateren dat normaliter de termijn om de jaarrekeningprocedure te entameren, verstreken is.

7.3 Beëindiging groepsregime door verbreking groepsband

Als een rechtspersoon die tot een groep behoort en bevoegd is tot het gebruik van het groepsregime, uit deze groep treedt, kan hij niet langer bevoegd gebruik maken van het groepsregime, behoudens toetreding tot een nieuwe groep mits binnen die nieuwe groep het gebruik van het groepsregime door deze rechtspersoon mogelijk wordt gemaakt. Nagegaan zal moeten worden of in die situatie aansluitend gebruik van het groepsregime door de rechtspersoon mogelijk is. Als de rechtspersoon niet tot een nieuwe groep toetreedt, is het vraagstuk vanaf welk boekjaar moeten de gebruikelijke regels van Titel 9 Boek 2 BW moeten worden gehanteerd. Deze vraagstukken onderzoek ik in paragraaf 7.3.2 en aansluitend welke rechtsmiddelen aan een belanghebbende ten dienste staan indien hij van oordeel is dat ten onrechte aansluitend van het groepsregime gebruik wordt gemaakt respectievelijk voor een te laat jaar weer de gebruikelijke regels van Titel 9 Boek 2 BW zijn gehanteerd (paragraaf 7.3.3). Daaraan voorafgaand maak ik nog een korte opmerking in relatie tot de EU richtlijn jaarrekeningen (paragraaf 7.3.1.).

7.3.1 *EU richtlijn jaarrekeningen*

Als uitgegaan wordt van de tekst van de regeling in de EU richtlijn jaarrekeningen, geldt dat als de betrokken dochteronderneming in de loop van een boekjaar haar band met een moederonderneming verbreekt en ook met elke andere moederonderneming uit dezelfde groep in de zin van deze richtlijn, vaststaat dat voor dat boekjaar de vrijstellingsregeling niet meer benut kan worden. Alsdan zijn de gebruikelijke regels weer van toepassing rekening houdende

met de omvang van de dochteronderneming op de wijze als in de EU richtlijn jaarrekeningen is vastgelegd.³⁰

Zou in de loop van dat boekjaar de ex-dochteronderneming dochteronderneming worden van een andere moedermaatschappij buiten haar oude groep (in de zin van de richtlijn), dan is er geen beletsel voor voortgezet gebruik van de vrijstellingsregeling. Zou de toetreding tot de nieuwe groep pas in het nieuwe boekjaar plaatsvinden, dan kan in het jaar dat zij ex-dochtermaatschappij werd, van de vrijstelling geen gebruik worden gemaakt, reeds omdat de oude moedermaatschappij haar voormalige dochteronderneming niet zal mogen consolideren. Bovendien zal zij normaal gesproken ook niet gauw en in elk geval niet zonder meer instemmen met het gebruik van de vrijstelling voor dat jaar (en later). Voor het tussenliggende jaar dat de vrijstelling niet kon worden benut, gelden de gebruikelijke regels rekening houdende met de omvang van de onderneming op de wijze als in de EU richtlijn jaarrekeningen is vastgelegd.

7.3.2 *Eerste toepassing reguliere Titel 9-regels*

De groepsband kan zijn verbroken doordat alle aandelen in de rechtspersoon zijn overgedragen aan een derde dan wel een zodanig belang dat de betrokken rechtspersoon niet langer heeft te gelden als groepsrechtspersoon. Het is evident dat de ex-moedermaatschappij als die nog een belang blijft houden in haar voormalige groepsrechtspersoon niet met het gebruik van het groepsregime door deze rechtspersoon zal instemmen, behoudens in de situatie dat zij als minderheidsaandeelhouder een vervangende waarborg krijgt (bijvoorbeeld door een door de nieuwe moedermaatschappij af te geven 403-verklaring). De verbreking van de groepsband heeft tot gevolg dat de ex-groepsrechtspersoon reeds daarom geen gebruik kan maken van het groepsregime. Dat betekent dat deze ex-groepsrechtspersoon voor dat jaar de gebruikelijke regels van Titel 9 Boek 2 BW moet toepassen, rekening houdende met de omvangsmaatstaven en de daarmee verbonden jaarrekeningregimes.³¹ Dezelfde onduidelijkheden als uiteengezet in paragraaf 7.2.2 spelen hier. Voor de voormalige moedermaatschappij betekent de verbreking van de groepsband dat zij niet langer de financiële gegevens van haar ex-groepsmaatschappij op geconsolideerde wijze in haar geconsolideerde jaarrekening zal en mag verwerken, waardoor ook aan die voorwaarde voor het bevoegd gebruik van het groepsregime niet langer is voldaan. De voormalige moedermaatschappij zal om die reden normaal gesproken ook haar 403-aansprakelijkstelling intrekken.

Over de wijze waarop intrekking kan plaatsvinden en de werking ervan en over de wenselijkheid tot bekendmaking van de intrekking en de werking ervan op de website van de maatschappij die tot intrekking is overgegaan en op de

30. Art. 3 Richtlijn 2013/34/EU.

31. Artt. 2:395a – 398 BW.

website van de rechtspersoon voor wie de 403-aansprakelijkstelling is ingetrokken, verwijs ik naar hetgeen ik in paragraaf 7.2.2 heb opgemerkt. Op de voormalige moedermaatschappij blijft de restaansprakelijkheid (behoudens verjaring) voor vorderingsrechten jegens de voormalige 403-rechtspersoon rusten. Deze restaansprakelijkheid moet zolang deze er is, door de voormalige moedermaatschappij in haar jaarrekening als onderdeel van de waarborgverplichtingen (art. 2:376 BW) worden opgegeven.

Hoewel te verwachten is dat als een rechtspersoon voor wie een 403-aansprakelijkstelling geldt, uit de groep treedt, de 403-aansprakelijkstelling wordt ingetrokken, komt het nogal eens voor dat de maatschappij die zich aldus aansprakelijk heeft gesteld, vergeet deze aansprakelijkstelling in te trekken. De consequentie is dat de aansprakelijkstelling zoals die uit de 403-verklaring blijkt, blijft doorlopen (behoudens verjaring). Een schuldeiser van de voormalige groepsrechtspersoon zal zich voor de voldoening van schulden die opkomen uit na de verbreking van de groepsband door deze rechtspersoon aangegane rechtshandelingen, niet alleen kunnen wenden tot deze rechtspersoon maar evenzeer vanwege de doorlopende hoofdelijke aansprakelijkstelling tot de voormalige moedermaatschappij. Als een schuldeiser zich aldus voor betaling tot de voormalige moedermaatschappij wendt, zal deze moedermaatschappij ervoor moeten zorgen dat de schuldeiser wordt voldaan. Doordat de schuldeiser de voormalige moedermaatschappij aanspreekt, wordt de laatstgenoemde er op geattendeerd dat zij haar hoofdelijke aansprakelijkstellingsverklaring voor deze voormalige groepsrechtspersoon vergeten is in te trekken. Zij zal zoals redelijkerwijze is te verwachten, alsnog tot de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling overgaan en zo spoedig mogelijk de procedure tot beëindiging van de na de werking van de intrekking resterende hoofdelijke aansprakelijkheid in werking zetten (zie paragraaf 7.4). Als een schuldeiser reeds voordien de moedermaatschappij om de voldoening van zijn vordering uit een rechtshandeling van de voormalige groepsrechtspersoon heeft verzocht, kan de moedermaatschappij als inmiddels intrekking van de 403-aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden evenals beëindiging van de restaansprakelijkheid, betaling niet weigeren met een beroep op deze intrekking en beëindiging. Een beroep op strijd met redelijkheid en billijkheid zoals in de rechtspraak wel als motivering is gebruik om het standpunt van de moedermaatschappij af te wijzen,³² is daarvoor niet nodig. Voor de andere schuldeisers geldt dat hun 403-aanspraak jegens de moedermaatschappij blijft doorlopen tot de werking van de intrekking en blijft voortbestaan als restaansprakelijkheid behoudens verjaring respectievelijk beëindiging van die restaansprakelijkheid.

32. Zie Rechtbank Rotterdam 15 april 1999, *JOR* 1999/119; *Ondernemingsrecht* 1999/50, m.nt. Winter (*Lely/Netagco*).

Soms wordt wel het standpunt ingenomen dat een beroep op de 403-verklaring als vergeten is die in te trekken, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.³³ Als van belang zijnde factoren deels ontleend aan de jurisprudentie³⁴ worden wel genoemd³⁵ de wetenschap van een schuldeiser van de voormalige groepsrechtspersoon dat de groepsband is verbroken, de schulden zijn na de verbreking van de groepsband ontstaan uit nadien aangegane rechtshandelingen, het niet meer consolideren in de geconsolideerde jaarrekening van de maatschappij die vergeten is de hoofdelijke aansprakelijkstelling in te trekken, het door de ex-groepsrechtspersoon weer openbaar maken van een jaarrekening naar de eisen van Titel 9 Boek 2 BW, het toetreden van de ex-groepsrechtspersoon tot een nieuwe groep, het gaat om schuldeisers die deel uitmaken van die nieuwe groep, en het binnen het nieuwe groepsverband voor deze rechtspersoon afleggen van een 403-verklaring. Ik acht het rekening houden met deze omstandigheden in beperkte mate aanvaardbaar, voor zover het gaat om aansprakelijkheid die de restaansprakelijkheid overschrijdt. Ik denk dan vooral aan een situatie dat het gaat om schuldeisers die behoren tot de nieuwe groep waartoe de rechtspersoon is toegetreden en daardoor wetenschap hebben of geacht worden te hebben dat de groepsband met de voormalige groep is verbroken. Het is niet uit te sluiten dat in het uittredingsjaar de ex-groepsrechtspersoon op een zodanig moment tot een nieuwe groep is toegetreden dat deze zijn gebruik van het groepsregime kan continueren. Dit vergt dan wel dat in de relatie tot de nieuwe moedermaatschappij aan alle voorwaarden voor het bevoegd gebruik van het groepsregime moet zijn voldaan.

Een vraagstuk is er evenwel voor het boekjaar dat ligt voor het uittredingsjaar. Het kan zijn dat op dat moment de jaarrekening over dat jaar nog niet is opgemaakt en de ex-moedermaatschappij haar 403-aansprakelijkstelling door een daartoe strekkende verklaring op de voet van art. 2:404 lid 1 BW heeft ingetrokken op het moment dat de rechtspersoon haar groep heeft verlaten. De vraag die dan opkomt, is of voor dat jaar de jaarrekening nog met gebruikmaking van het groepsregime kan worden opgesteld. In de redenering dat de verklaring er nog steeds is en de intrekkingverklaring alleen de in de verklaring opgenomen aansprakelijkstelling vanaf het jaar van intrekking voor het gebruik van het groepsregime doet eindigen, moet de vraag positief worden beantwoord. Van dit standpunt ga ik uit. Als het intrekken van de aansprakelijkstelling gelijk wordt gesteld met het daardoor vervallen van de 403-verklaring moet de vraag ontkennend worden beantwoord. Als deze laatste redenering wordt gevolgd, kan het groepsregime alleen dan nog worden benut als de voormalige moedermaatschappij vooralsnog afziet van intrekking. Dit ligt echter niet in de rede.

33. Zie Rechtbank Utrecht 10 november 2010, *JOR* 2011/6, m.nt. Bartman; *Ondernemingsrecht* 2010/149, m.nt. Beckman (*Houdstermaatschappij G.T. Lekkerkerker*).

34. Zie Gerechtshof Amsterdam (OK) 30 september 2010, *JOR* 2010/306, m.nt. Bartman; *Ondernemingsrecht* 2010/148, m.nt. Beckman (*JLL/BosGijze c.s.*).

35. A.G.S. Nass 2013, p. 477.

In dat geval moet de ex-groepsrechtspersoon alsnog over het boekjaar voorafgaand aan het jaar van uittreding uit de groep voor zijn jaarrekening met bestuursverslag en overige gegevens geheel aan de regels van Titel 9 Boek 2 BW voldoen, met inachtneming van de daarin opgenomen vereisten die samenhangen met de omvang en de bedrijfsaard. Zou op het moment van intrekking wel de vaststelling van de jaarrekening over het boekjaar dat ligt voor het uittredingsjaar, hebben plaatsgevonden, dan zal die vastgestelde jaarrekening openbaar moet worden gemaakt, tezamen met indien van toepassing, het bestuursverslag en de overige gegevens, beide ingericht overeenkomstig Titel 9 Boek 2 BW.

Een enkele keer wordt als standpunt ingenomen dat als de rechtspersoon tot een nieuwe groep toetreedt en binnen die groep ook besloten wordt tot het gebruik van het groepsregime door deze rechtspersoon, de nieuwe maatschappij die zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld uit hoofde van art. 2:403 BW, dan ook tot consolidatie moet overgaan van de financiële gegevens van deze rechtspersoon over het boekjaar voorafgaand aan de toetreding.³⁶ Daargelaten dat de oude moedermaatschappij al gehouden is tot deze consolidatie, is de nieuwe moedermaatschappij niet gerechtigd tot een dergelijke consolidatie omdat de rechtspersoon over dat jaar niet tot haar groep heeft behoord.³⁷ Aansluitend gebruik van het groepsregime is dan niet mogelijk.

7.3.3 *Toets op juist gebruik/eerste Titel 9-boekjaar*

Een belanghebbende die van oordeel is dat voor een onjuist boekjaar voor het eerst de Titel 9-regels weer worden gehanteerd, en/of van oordeel is dat voor dat boekjaar een onjuist omvangafhankelijk jaarrekeningregime is gebruikt, respectievelijk van oordeel is dat bij groepswisseling sprake is van een onjuist voortgezet gebruik van het groepsregime, heeft feitelijk maar weinig mogelijkheden om daar iets tegen te doen. Zoals ik in paragraaf 7.2.3 al heb opgemerkt is het voor een belanghebbende lastig zich daarover een oordeel te vormen en is hij genoodzaakt een openbaarmakingsprocedure te entameren alvorens hij een jaarrekeningprocedure kan instellen, met dien verstande dat indien de desbetreffende jaarrekening reeds is vastgesteld, de geldende termijn voor instelling van een jaarrekeningprocedure doorgaans zal zijn verstreken.

7.4 Beëindiging restaansprakelijkheid

Als de 403-aansprakelijkstelling is ingetrokken door depot van een daartoe strekkende verklaring of anderszins is beëindigd blijft de aansprakelijkheid uit hoofde van art. 2:403 BW bestaan voor alle schulden uit de rechtshandelingen

36. Zie Bartman 2019.

37. Zie Beckman 2019, p. 189 in zijn naschrift op Bartman 2019.

die zijn verricht voordat op deze intrekking of beëindiging anderszins een beroep kan worden gedaan. Deze restaansprakelijkheid kan er zijn zowel bij continuering van de groepsband (paragraaf 7.2) als bij verbreking van de groepsband (paragraaf 7.3). Zij blijft bestaan zolang die schuld niet is afgewikkeld (behoudens verjaring). Een schuldeiser die een dergelijke restaanspraak jegens de restaansprakelijke maatschappij als waarborg heeft, zal zich als zijn uit een rechtshandeling van de rechtspersoon voortvloeiende vordering op deze rechtspersoon door deze niet wordt voldaan, voor voldoening tot de maatschappij met restaansprakelijkheid wenden. Ook kan hij als het om een opeisbare verplichting gaat, zich terstond wenden tot deze maatschappij.

Als een maatschappij met restaansprakelijkheid door een schuldeiser met restaanspraak wordt aangesproken, is zij gehouden de restaanspraak van deze schuldeiser te honoreren. Heeft voldoening plaatsgevonden, dan kan deze maatschappij wel regres nemen op de rechtspersoon wiens schuld zij heeft voldaan.

Alleen bij verbreking van de groepsband voorziet onze wetgeving in de mogelijkheid tot beëindiging van deze resterende hoofdelijke aansprakelijkheid (paragraaf 7.4.2). Het kan zijn dat een schuldeiser van de rechtspersoon van oordeel is dat de maatschappij met de restaansprakelijkheid ten onrechte deze aansprakelijkheid heeft beëindigd of poogt te beëindigen. Dan komt als vraagstuk op welke rechtsmiddelen die schuldeiser ten dienste staan (paragraaf 7.4.3). Alvorens op de beëindigingsproblematiek in te gaan, sta ik eerst beknopt stil bij de EU richtlijn jaarrekeningen (paragraaf 7.4.1).

7.4.1 EU richtlijn jaarrekeningen

In de unitaire regeling komt beëindiging van de garantstelling voor de aangegane verplichtingen bij verbreking van de moeder-/dochterband niet aan de orde. De gestelde garantie betreft alle aangegane verplichtingen van de dochteronderneming. Zou na het jaar waarover van de vrijstelling gebruik wordt gemaakt, de moeder-/dochterband tussen de moederonderneming en de dochteronderneming worden verbroken, dan zal voor dat jaar geen gebruik van de vrijstelling kunnen worden gemaakt. De door deze moederonderneming gestelde garantie zou in mijn opvatting moeten doorlopen voor alle door de voormalige dochteronderneming aangegane verplichtingen tot het tijdstip dat over dat jaar hetzij een jaarrekening wordt openbaar gemaakt hetzij opnieuw van de vrijstelling gebruik wordt gemaakt doordat zij tot de groep van een andere moederonderneming is toegetreden en de voorwaarden van die vrijstelling in het nieuwe moeder-/dochterverband zijn vervuld. Voor de op dat moment niet-afgewikkelde verplichtingen voorziet de richtlijn niet in een voor de lidstaten te treffen beëindigingsregeling. Omdat in de richtlijn de aard van de garantstelling niet is omschreven, acht ik het niet in strijd met de richtlijn als een lidstaat een dergelijke regeling in zijn wetgeving opneemt mits aan de gegarandeerden in plaats van de garantstelling gelijkwaardige waarborgen worden geboden.

HOOFDSTUK 7

7.4.2 *Beëindigingsvoorwaarden en -procedure voor de restaansprakelijkheid*

Onze wetgever heeft in art. 2:404 lid 3 - 6 BW een regeling voor de beëindiging van de resterende hoofdelijke aansprakelijkheid opgenomen. Deze regeling is zo geconstrueerd dat de resterende aansprakelijkheid jegens een schuldeiser van de rechtspersoon uit wiens rechtshandeling de schuld is voortgevloeid, pas wordt beëindigd nadat de in art. 2:403 lid 3 genoemde vier voorwaarden zijn vervuld. Deze voorwaarden komen neer op:

- a. de rechtspersoon behoort niet meer tot de groep;
- b. mededeling van het voornemen tot beëindiging ligt ten minste twee maanden lang ter inzage bij het handelsregister;
- c. verloop van ten minste twee maanden na de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad dat en waar de mededeling ter inzage ligt;
- d. geen verzet, geen tijdig verzet, ingetrokken verzet dan wel bij onherroepelijk rechterlijke uitspraak ongegrondverklaring van het verzet tegen het beëindigingsvoornemen.

Alvorens hier op in te gaan, merk ik op dat meermaals in de praktijk is gebleken dat deze beëindigingsprocedure al in gang wordt gezet voordat de groepsband is verbroken.³⁸ De achtergrond hiervan is dat een 403-aansprakelijke maatschappij, vooruitlopend op de verbreking van de groepsband met een tot haar groep behorende rechtspersoon op eenzelfde moment de 403-aansprakelijkstelling wil intrekken en de restaansprakelijkheid wil opheffen, bijvoorbeeld omdat al bekend is dat de rechtspersoon uit de groep treedt of omdat er een faillissement voor de rechtspersoon wordt voorzien. Of die mogelijkheid er is, hangt af van de uitleg van het moment dat de eerste voorwaarde moet zijn vervuld. Zou worden aangenomen dat de verbreking van de groepsband ook kan geschieden tijdens of uiterlijk op het moment dat nog verzet kan worden gedaan, dan is de gelijktijdige intrekking en beëindiging wel te effectueren.³⁹ In rechte is in een vonnis van de rechtbank Rotterdam⁴⁰ indirect ondersteuning voor deze uitleg te vinden.⁴¹ Indien aangenomen wordt dat de procedure van art. 2:404 lid 3 BW pas een aanvang kan nemen nadat de groepsband met de rechtspersoon is

38. Zie onder meer Rechtbank Rotterdam 30 september 2014, *JOR* 2014/326, m.nt. Loesberg (*Pergen/Eneco*). Zie voorts HR 31 maart 2017, *NJ* 2018/26, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2017/221, m.nt. De Haan; *Ondernemingsrecht* 2017/91, m.nt. Van Dooren (*SNS/Proper-tize*).

39. Zie Snijder-Kuipers/Eliëns 2014 p. 1179, Van Wijngaarden 2006/II, p. 619, Bartman/Dorresteyn/Olaerts 2016, p. 210, Ten Voorde 2011, p. 198 en Van Zoest 2016.

40. Rechtbank Rotterdam 29 september 2015, *JOR* 2015/295, m.nt. Bartman (*Iemants/Hertel*).

41. Uit dit vonnis blijkt dat de voorwaarden b en c eerder zijn vervuld dan a. De rechtbank verbindt daaraan dat alleen de voorwaarde d nog ter beoordeling voorligt (r.o. 4.6).

verbroken, is de beoogde gelijktijdige intrekking van de 403-aansprakelijkstelling en beëindiging van de restaansprakelijkheid niet te bereiken.⁴² Naar mijn mening wijst de structuur van de beëindigingsregeling op de tweede zienswijze en wordt daarmee meer recht gedaan aan de bescherming van die schuldeisers voor wie de restaansprakelijkheid geldt. Om elke discussie hierover weg te nemen zou de redactie van art. 2:404 lid 3 BW kunnen worden aangepast door de aanhef te laten luiden: ‘Voor een rechtspersoon die niet meer tot de groep behoort, wordt de overblijvende aansprakelijkheid ten opzichte van de schuldeiser beëindigd indien de volgende voorwaarden zijn vervuld’ (hierna volgen dan de voorwaarden die in lid 3 onder b – d zijn opgesomd).

De regeling laat zien dat de beëindiging van de restaansprakelijkheid per schuldeiser voor wiens vordering nog resterende hoofdelijke aansprakelijkheid bestaat, wordt gezien. Schuldeisers aan wie de aankondiging tot beëindiging van de restaansprakelijkheid is ontgaan, raken hun restaanspraak jegens de restaansprakelijke maatschappij stilzwijgend kwijt. Dat die aankondiging over het hoofd kan worden gezien, is niet zo verwonderlijk omdat er verschillende landelijk verspreide dagbladen zijn⁴³ en niet eenieder al deze bladen leest, daargelaten dat ook niet duidelijk is wat onder een landelijk verspreid dagblad moet worden verstaan.⁴⁴ Buitenlandse schuldeisers zullen in de regel dergelijke bladen niet lezen en daardoor verstoken blijven van de aankondiging. Voor de schuldeisers die de aankondiging niet hebben gezien, zijn er dan ook onvoldoende waarborgen voor behoud van hun restaanspraken of verkrijging van vervangende waarborgen. In rechte is overigens – in het kader van een hoger beroep in een verzetprocedure – wel eens geoordeeld dat onder omstandigheden een enig crediteur persoonlijk op de hoogte van het voornemen tot beëindiging van de restaansprakelijkheid moet worden gesteld, waarbij is overwogen dat bij wetenschap over het bestaan van (aanzienlijke) vorderingen van de crediteur en de omstandigheid dat die crediteur de enige crediteur is een verplichting tot afzonderlijk informeren voortvloeit uit de redelijkheid en billijkheid.⁴⁵

De schuldeiser met een restaanspraak jegens de restaansprakelijke maatschappij die de aankondiging van de voorgenomen beëindiging niet is ontgaan, zal er naar mijn mening verstandig aan doen zowel zich voor voldoening tot deze restaansprakelijke maatschappij te wenden als tegen de voorgenomen

42. Zie Beckman 1995 (diss.), p. 344 – 345; Asser/Maeijer & Kroeze 2015 (2-I*), nr. 585; en Beckman 2017/2018 Sdu commentaar Ondernemingsrecht art. 2:404 BW, C.2, p. 1701; Schepel, 2016; Kiersch 2018, aantekeningen 2 en 3 op art. 2:404 BW.

43. Bosschma/Wezeman 2016/2017, p. 720 merken op dat in de literatuur wel wordt aangenomen dat als landelijk verspreide dagbladen worden aangemerkt NRC Handelsblad, de Telegraaf, de Volkskrant, Algemeen Dagblad en Trouw. Of Het Financieele Dagblad ook daaronder valt, achten zij discutabel.

44. Gerechtshof Amsterdam (OK) 29 juli 1993, *NJ* 1994/132 (*Teeuwissen/Teletrade*); zie ook Rechtbank Rotterdam, 29 september 2015, *JOR* 2015/295, m.nt. Bartman (*Iemants/Hertel*) en Rechtbank Rotterdam 30 september 2014, *JOR* 2014/326, m.nt. Loesberg (*Pergen/Eneco*).

45. Gerechtshof Amsterdam (OK) 29 juli 1993, *NJ* 1994/132 (*Teeuwissen/Teletrade*), r.o. 6.2.

beëindiging verzet te doen. Als de restaansprakelijke maatschappij tot voldoening overgaat, zal verzet tegen de voorgenomen opheffing geen zin hebben. Als de restaansprakelijke maatschappij niet tot voldoening is overgegaan, bijvoorbeeld omdat de restaansprakelijke maatschappij betwist dat er een vordering op de voormalige rechtspersoon bestaat, kan de schuldeiser zolang er geen procedure tot beëindiging van de restaansprakelijkheid in gang is gezet en zelfs als die procedure al loopt, een tot voldoening strekkende procedure instellen bij de rechtbank van de woonplaats van deze maatschappij. In die procedure kan dan over de gegrondheid van de vordering worden geoordeeld. Gelet op de duur van een dergelijke bodemprocedure kan de termijn voor verzet tegen de voorgenomen beëindiging zijn verlopen indien daarin geoordeeld zou worden dat de vordering van de schuldeiser gegrond is. Om die reden zal degene die stelt schuldeiser te zijn, tegen een voorgenomen beëindiging ook verzet willen doen. Het verzet moet worden gedaan bij de rechtbank van de woonplaats van de voormalige groepsrechtspersoon (art. 2:404 lid 5 BW) tot twee maanden na de aankondiging van het voornemen tot beëindiging in een landelijk verspreid dagblad. In die procedure zal logischerwijze bij betwisting van zijn schuldeiserschap niet van hem mogen worden verlangd dat hij zijn vorderingen substantieert maar mag wel van hem worden verwacht dat hij het bestaan van zijn vordering enigszins plausibel maakt. De Hoge Raad heeft hierover in cassatie geoordeeld dat de rechter in een geval waarin het bestaan en de omvang van de vordering wordt betwist, het verzet gegrond dient te verklaren, tenzij en voor zover hij de vordering onmiskenbaar ongegrond acht.⁴⁶

In de verzetprocedure zal door een schuldeiser betwist kunnen worden onder meer dat de groepsband is verbroken, dat de aankondiging van het voornemen tot opheffing niet heeft plaatsgevonden en/of dat het medium waarin de aankondiging is gepubliceerd, geen landelijk verspreid dagblad is. Het is dan de verzetrechter die zich hierover zal moeten uitlaten, met hogerberoepsmogelijkheid bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam. Als de verzetrechter tot het oordeel komt dat aan een of meer van de constitutieve vereisten ter zake van verbroken groepsband, nederlegging mededeling van beëindigingsvoornemens en/of aankondiging landelijk verspreid dagblad niet is voldaan, wordt de resterende hoofdelijke aansprakelijkheid niet beëindigd en zou mijns inziens de verzetrechter de schuldeiser niet ontvankelijk moeten verklaren omdat de resterende hoofdelijke aansprakelijkheid van de voormalige moedermaatschappij is blijven bestaan.⁴⁷ In de procedure Teeuwissen/Teletrade heeft de verzetrechter merkwaardig genoeg het verzet gegrond beoordeeld

46. HR 31 maart 2017, *NJ* 2018/26, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2017/221, m.nt. De Haan; *Ondernemingsrecht* 2017/91, m.nt. Van Dooren (*SNS/Propertize*), r.o. 5.1.6.

47. Zie ook annotator Timmerman naar aanleiding van de uitspraak van Gerechtshof Amsterdam (OK) 29 juli 1993, *TVVS* 1993, 84 (*Teeuwissen/Teletrade*). Zie ook Schepel 2016.

vanwege het niet landelijk verspreide karakter van de krant waarin de aankondiging heeft plaatsgevonden. In hoger beroep heeft de hoger beroepsrechter het verzet eveneens gegrond beoordeeld wegens strijd met redelijkheid en billijkheid en heeft in een overweging ten overvloede opgenomen dat de krant waarin de bekendmaking is opgenomen, geen landelijk verspreid dagblad is. Naar mijn mening kan in dit soort gevallen de schuldeiser zich zonder meer voor voldoening tot de voormalige moedermaatschappij wenden en als deze niet tot voldoening overgaat, tot de rechtbank van de woonplaats van de moedermaatschappij. Ook in de procedure *Lely/Netagco* heeft de verzetrechter het verzet toegewezen met bevestiging in hoger beroep en verlangd dat een vervangende waarborg wordt gesteld.⁴⁸

Daargelaten het niet voldoen aan de constitutieve vereisten zal de schuldeiser in zijn verzet verlangen dat voor hem zekerheid wordt gesteld of een andere waarborg wordt gegeven dat zijn vordering waarvoor restaansprakelijkheid loopt, wordt voldaan op straffe van gegrondverklaring van het verzet. Bij die zekerheid kan worden gedacht aan bijvoorbeeld pand of hypotheek. Tevens kan aan persoonlijke waarborgen worden gedacht zoals borgtocht, bankgarantie e.d. Wel is in de wettelijke regeling de mogelijkheid opgenomen dat die zekerheid of andere waarborg niet behoeft te worden verschaft omdat de schuldeiser al genoeg zekerheden of andere waarborgen voor zijn vordering heeft. Daarnaast kan de vermogenstoestand van de voormalige groepsrechtspersoon voldoende waarborg zijn. Bij die vermogenstoestand kan naar mijn mening ook van belang zijn of deze voormalige groepsrechtspersoon tot een nieuwe groep is toegetreden in welk kader er een nieuwe 403-aansprakelijkstelling kan zijn afgegeven.

Het voorgaande laat zien dat de ten opzichte van de schuldeiser voor zijn vordering op de ex-groepsrechtspersoon bestaande restaansprakelijkheid van de maatschappij die de 403-aansprakelijkstelling voor deze ex-groepsrechtspersoon heeft ingetrokken, verdwijnt, indien de schuldeiser

- de aankondiging van het voornemen tot beëindiging in een landelijk verspreid dagblad is ontgaan;
- hoewel de aankondiging gezien hebbende, te laat in verzet is gekomen;
- tijdig in verzet is gekomen maar dit verzet heeft ingetrokken;
- tijdig in verzet is gekomen maar dat dit verzet ongegrond is verklaard.

De termijn waarbinnen verzet moet worden gedaan, is een fatale termijn, zodat de rechter de te laat in verzet gekomen schuldeiser niet ontvankelijk moet verklaren. Niettemin is in rechte een keer geoordeeld dat aan de restaansprakelijke maatschappij geen beroep op termijnoverschrijding toekomt wegens misbruik van recht omdat zij er welbewust op aangestuurd heeft dat de

48. Rechtbank Rotterdam 15 april 1999, *JOR* 1999/119; *Ondernemingsrecht* 1999/50, m.nt. Winter (*Lely/Netagco*).

verzettermijn zou verstrijken voordat de enig crediteur over de voorgenomen beëindiging zou worden geïnformeerd.⁴⁹

In de situatie dat een verzet ongegrond wordt verklaard (het genoemde vierde geval), moet hetzij aan de schuldeiser een andere toereikende waarborg zijn gegeven, hetzij bij hem al een voldoende waarborg moeten zijn, hetzij de vermogenstoestand van de rechtspersoon voor hem voldoende waarborg zijn.

Wordt voor de schuldeiser geen zekerheid gesteld of hem een andere waarborg gegeven, én verloopt een door de rechter omschreven termijn waarbinnen aan de schuldeiser een door de rechter omschreven waarborg moet worden gegeven, dan moet de rechter het verzet gegrond verklaren. Deze gegrondverklaring brengt mee dat de restaansprakelijkheid van de maatschappij die de 403-aansprakelijkstelling heeft ingetrokken tegenover de schuldeiser voor zijn vordering op de ex-groepsrechtspersoon blijft bestaan, behoudens verjaring.

7.4.3 *Toets op verbreking groepsband*

Een schuldeiser van de rechtspersoon voor wiens vordering de maatschappij die de 403-aansprakelijkstelling heeft ingetrokken, restaansprakelijk is, kan zich behoudens verjaring zolang voldoening door de rechtspersoon niet heeft plaatsgevonden overeenkomstig de voor die vordering geldende betalingscondities voor de voldoening van zijn restaanspraak wenden tot deze moedermaatschappij. De restaansprakelijkheid van deze maatschappij vervalt als aan de in art. 2:404 lid 3 BW genoemde voorwaarden is voldaan. Een schuldeiser die het verzet is ontgaan, zou hiermee kunnen worden geconfronteerd indien hij zich voor voldoening wendt tot de maatschappij waartegen hij meent een aanspraak wegens restaansprakelijkheid van deze maatschappij te hebben. Hij zou tot het oordeel kunnen komen dat ten onrechte de resterende hoofdelijke aansprakelijkheid in een verzetprocedure is beëindigd omdat de groepsband niet verbroken bleek. Naar mijn mening is in die situatie de resterende hoofdelijke aansprakelijkheid niet beëindigd omdat als vaststaat dat de groepsband niet is verbroken uit hoofde van de wet die beëindiging (behoudens verjaring) niet mogelijk is. De schuldeiser zal in een procedure bij de rechtbank van de woonplaats van de maatschappij met de restaansprakelijkheid zijn stelling dat de groepsband niet is verbroken, bij betwisting ook moeten onderbouwen. Gelet op de mogelijke bewijsproblemen acht ik het gewenst dat deze bewijslast wordt omgedraaid. Ik merk in dit verband op dat in een eventuele verzetprocedure van een andere schuldeiser het al dan niet verbreken van de groepsband in het geheel niet aan de orde hoeft te zijn geweest.

Het zou aan een schuldeiser die wel in verzet is gegaan pas na afloop van de verzetprocedure kenbaar kunnen worden dat de groepsband niet is verbroken. Naar mijn mening geldt dan hetzelfde als voor de schuldeiseres die de verzetprocedure is ontgaan.

49. Rechtbank Rotterdam 30 september 2014, *JOR* 2014/326, m.nt. Loesberg (*Pergen/Eneco*).

7.5 Afsluitende conclusie

Op basis van onze wetgeving staat vast dat tot het eerste gebruik van het groepsregime over een verstreken boekjaar kan worden overgegaan tot het moment van vaststelling van de jaarrekening, mits dan ook aan alle andere voorwaarden voor het gebruik van het groepsregime is voldaan. Zolang geen vaststelling heeft plaatsgevonden, kan op elk moment tot het gebruik van het groepsregime worden besloten, mits vanaf het moment dat daartoe wordt overgegaan, aan alle voorwaarden is voldaan. Als restrictie geldt hierbij dat dit moment maximaal twaalf maanden na afloop van het boekjaar ligt, aangezien binnen die termijn het depot van de jaarrekening met bestuursverslag en overige gegevens (waaronder de accountantsverklaring) in de voor openbaarmaking bestemde vorm moet plaatsvinden. Een adequate procedure waarin op verzoek van een belanghebbende getoetst kan worden of, respectievelijk dat, aan alle voorwaarden voor rechtsgeldig gebruik van het groepsregime is voldaan, ontbreekt. Naar mijn mening verdient het aanbeveling in de wet te bepalen dat de accountant die de geconsolideerde stukken van de 403-aansprakelijke maatschappij controleert, een verklaring moet afleggen waaruit blijkt dat voldaan is aan de voorwaarden voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime door de 403-groepsrechtspersoon.

In de situatie dat het gebruik van het groepsregime wordt beëindigd met continuering van de groepsband en de consoliderende maatschappij tijdens het boekjaar tot de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling overgaat door het depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister dan wel in de 403-verklaring een toereikende clause heeft opgenomen die ertoe strekt de werking van de 403-verklaring vanzelf gedurende het boekjaar te doen eindigen, zal de jaarrekening over het lopende boekjaar voor het eerst weer volgens de toepasselijke regels van Titel 9 Boek 2 BW moeten worden ingericht en openbaar gemaakt met indien van toepassing, het bestuursverslag en de overige gegevens (waaronder de accountantsverklaring). De in de bestaande wetgeving opgesloten onduidelijkheid over het toepasselijk omvangregime na de intrekking van de 403-verklaring is er niet als zou worden aangesloten bij de unitaire regeling.

Clausules die ertoe strekken dat de 403-verklaring haar werking verliest ingaande het laatste boekjaar dat het groepsregime is toegepast dan wel ingaande het depot van de eerstvolgende in overeenstemming met Titel 9 Boek 2 BW ingerichte jaarrekening, acht ik onvoldoende voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime omdat er alsdan geen dekking is voor rechtshandelingen die zijn aangegaan na de aanvang van het nieuwe boekjaar. Dat bezwaar kan worden ondervangen door in overeenstemming met de unitaire vrijstellingsregeling in onze wetgeving voor te schrijven dat het gebruik van het groepsregime vereist dat er aansprakelijkheid is tot het moment dat de jaarrekening over een nieuw boekjaar weer in overeenstemming met Titel 9 Boek 2 BW is ingericht, gecontroleerd en openbaargemaakt.

Of het groepsregime bij intrekking gedurende het boekjaar ook over het voorgaande jaar nog steeds kan worden gebruikt, is in onze wetgeving onduidelijk vanwege de betekenis die moet worden toegekend aan de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling door het depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister. Ik ga er wel van uit dat dit gebruik mogelijk is, maar de onduidelijkheid erover wordt vermeden als in de wettelijke regeling aansluiting wordt gezocht bij de unitaire regeling en wordt vastgelegd dat de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling door het depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister op haar vroegst mogelijk is een jaar na het laatste gebruik van het groepsregime. Het is bovendien wenselijk dat in de eerstvolgende geconsolideerde jaarrekening na intrekking expliciet van de intrekking door depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister melding wordt gemaakt.

Voor een belanghebbende zijn er nauwelijks waarborgen om na te gaan of na de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling door het depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister voor het juiste boekjaar de vereiste regels van Titel 9 Boek 2 BW weer worden toegepast.

Geconstateerd moet worden dat dezelfde onduidelijkheden en het gebrek aan waarborgen voor een juiste toepassing van de jaarrekeningregels na de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling door het depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister ook bestaan bij beëindiging van het groepsregime met verbreking van de groepsband. Een adequate toets voor een belanghebbende om na te gaan dat de groepsband is verbroken, ontbreekt. Ook als de rechtspersoon van groep wisselt, zijn er voor deze rechtspersoon maar heel beperkte mogelijkheden tot geoorloofd voortgezet gebruik van het groepsregime en ontbreken voor belanghebbenden de mogelijkheden om op adequate wijze vast te stellen dat op geoorloofde wijze voortgezet gebruik van het groepsregime plaatsvindt.

Het is gelet op de betekenis van de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling voor (potentiële) schuldeisers van belang dat de intrekking maatschappij van het depot van de daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister ook onverwijld mededeling doet op haar website en dat hiervan tevens mededeling wordt gedaan op de website van de rechtspersoon.

De regeling omtrent beëindiging van de resterende hoofdelijke aansprakelijkheid na de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling door het depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister is niet aan te merken als een waarborg die de Nederlandse regeling gelijkwaardig doet zijn aan de unitaire regeling, met name ook omdat een schuldeiser zonder wetenschap ervan zijn restaanspraak kwijt kan zijn. Een gelijkwaardige regeling vereist in ieder geval een wijziging van de wettelijke regeling in die zin dat buiten kijf staat dat de procedure tot beëindiging van de resterende hoofdelijke aansprakelijkheid pas kan worden ingesteld nadat tussen de maatschappij die de

403-aansprakelijkstelling heeft ingetrokken en de rechtspersoon ten behoeve van wie de 403-aansprakelijkstelling was afgegeven, de groepsband is verbroken, en dat in de verzetprocedure vastligt dat de bewijslast ter zake van de verbreking van de groepsband ligt bij de maatschappij met restaansprakelijkheid.

Veel van mijn gesignaleerde bezwaren zouden wegvallen bij een vrijstellingsregeling die qua structuur meer zou aansluiten bij de unitaire regeling.

Hoofdstuk 8. Groepsregime bij juridische fusie, splitsing en omzetting

Het vermogen van de 403-rechtspersoon kan om binnen de groep moverende redenen door middel van een juridische fusie of een splitsing overgaan op een andere maatschappij¹ binnen de groep, al dan niet gepaard gaande met daaraan voorafgaand een wijziging van de rechtsvorm van deze rechtspersoon. Ook kan door een juridische fusie of door een splitsing, al dan niet voorafgaand met een wijziging van de rechtsvorm van de 403-rechtspersoon, het vermogen van deze rechtspersoon buiten de groep worden gebracht door overgang van het vermogen op een buiten de groep staande verkrijgende maatschappij.

Het kan ook zo zijn dat het vermogen van de 403-aansprakelijke maatschappij door middel van een fusie of een splitsing overgaat op een al dan niet tot de groep behorende verkrijgende maatschappij, al dan niet gepaard gaande met een wijziging van de rechtsvorm van de 403-aansprakelijke maatschappij.

In paragraaf 8.1 ga ik na welke problematiek in relatie tot het groepsregime verbonden is aan de door een juridische fusie verdwijnende 403-rechtspersoon respectievelijk verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij. In paragraaf 8.2 komen de vraagstukken aan de orde die in relatie tot het groepsregime verband houden met een door splitsing verdwijnende 403-rechtspersoon respectievelijk met een voortbestaande splitsende 403-rechtspersoon alsmede met een door splitsing verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij respectievelijk met een voortbestaande splitsende 403-aansprakelijke maatschappij. Daarna sta ik in relatie tot het groepsregime kort stil bij de wijziging van de rechtsvorm van een 403-rechtspersoon respectievelijk een 403-aansprakelijke maatschappij. Een afsluitende conclusie neem ik op in paragraaf 8.4.

8.1 Fusie

Een rechtspersoon die bevoegd gebruik maakt van het groepsregime kan in de situatie komen dat *hetzij* hijzelf *hetzij* zijn 403-aansprakelijke maatschappij door een juridische fusie ophoudt te bestaan.

1. De term maatschappij gebruik ik als een neutrale term teneinde verwarring te voorkomen met de rechtspersoon die van het groepsregime gebruik maakt. De hoofdregel is dat de verkrijgende maatschappij en de verdwijnende maatschappij dezelfde rechtsvorm hebben.

Als de 403-rechtspersoon door een juridische fusie ophoudt te bestaan, is hij in deze fusie de verdwijnende maatschappij. Zijn vermogen gaat onder algemene titel over op een verkrijgende maatschappij. Daardoor vervalt vanzelf het gebruik van het groepsregime. Wel blijft als vraagstuk over of het groepsregime nog kan worden gebruikt voor het tijdvak van vóór de fusie en wat de consequentie is voor de 403-aansprakelijkheid van de 403-aansprakelijke maatschappij of als de 403-aansprakelijkstelling door deze maatschappij vóór de fusie is ingetrokken, voor de restaansprakelijkheid. Deze vraagstukken komen aan de orde in paragraaf 8.1.1.

Als de 403-aansprakelijke maatschappij door een juridische fusie ophoudt te bestaan, is zij in deze fusie de verdwijnende maatschappij. Haar vermogen gaat onder algemene titel over op de verkrijgende maatschappij. Dit vermogen kan bestaan uit of mede omvatten aandelen in de 403-rechtspersoon dan wel aandelen in een rechtspersoon die aandelen houdt in de 403-rechtspersoon.² Door de overgang komen de aandelen in de 403-rechtspersoon dan wel de aandelen in de rechtspersoon die de aandelen in de 403-rechtspersoon houdt, bij de verkrijgende maatschappij.³ De 403-rechtspersoon is geen partij in de juridische fusie.⁴ Van belang is of door het verdwijnen van de 403-aansprakelijke maatschappij het groepsregime voor de 403-rechtspersoon al dan niet behouden kan blijven en wat er met de 403-aansprakelijkstelling van de verdwijnende 403-rechtspersoon gebeurt dan wel als deze vóór deze fusie is ingetrokken, waar de restaansprakelijkheid van de verdwijnende maatschappij blijft en of deze beëindigd kan worden. Deze vraagstukken komen aan de orde in paragraaf 8.1.2.

8.1.1 In fusie verdwijnende 403-rechtspersoon

Als in een juridische fusie de 403-rechtspersoon de verdwijnende maatschappij is, houdt deze 403-rechtspersoon op te bestaan en gaat zijn vermogen onder algemene titel over op de verkrijgende maatschappij. Een dergelijke fusie kan binnen een groep plaatsvinden, in welk geval over groepsfusie wordt gesproken. Het vermogen kan ook overgaan op een verkrijgende maatschappij die niet behoort tot de groep waartoe de 403-aansprakelijke maatschappij behoort.

Bij een groepsfusie kan worden gedacht aan een moeder-/100%-dochter-groepsfusie (zie paragraaf 8.1.1.1) en een zusterfusie van maatschappijen met dezelfde 100%-aandeelhoudende moedermaatschappij (zie paragraaf 8.1.1.2). Deze kan tevens worden gerealiseerd door een driehoeksfusie (zie paragraaf

-
2. Zelfs is het denkbaar dat ook middellijk gezien in de 403-rechtspersoon geen aandelen worden gehouden omdat een groepsband ook kan bestaan zonder enig aandelenbezit. Ik ga hierna wel van aandelenbezit uit.
 3. Behoudens de situatie dat als de verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij rechtstreeks de aandelen in de 403-rechtspersoon houdt en de verkrijgende maatschappij de 403-rechtspersoon is.
 4. Tenzij de 403-rechtspersoon de verkrijgende maatschappij is.

8.1.1.4). De fusie met een buiten de groep staande verkrijgende maatschappij heeft tot gevolg dat aandeelhouders van de verdwijnende 403-rechtspersoon aandeelhouder worden van de verkrijgende maatschappij (zie paragraaf 8.1.1.3). Ook kan een dergelijke fusie tot stand komen via een driehoeksfusie (zie paragraaf 8.1.1.4).

Als in het kader van een juridische fusie vóór het fusiemoment intrekking van de door de 403-aansprakelijke maatschappij gestelde 403-aansprakelijkheid plaatsvindt, is er vanaf het moment dat deze intrekking werkt, alleen nog aansprakelijkheid voor de schulden uit de tot dat moment door de 403-rechtspersoon verrichte rechtshandelingen. Deze restaansprakelijkheid kan alleen worden beëindigd indien de groepsband is verbroken, met andere woorden indien de voormalige 403-rechtspersoon niet meer behoort tot de groep van de voormalige 403-aansprakelijke maatschappij of waartoe deze behoort. Daar de groepsband vóór de fusie niet is verbroken kan in ieder geval tot het fusiemoment van beëindiging van de restaansprakelijkheid geen sprake zijn. Na het fusiemoment is van belang of de verkrijgende maatschappij al dan niet deel uitmaakt van de groep waartoe de voormalige 403-aansprakelijke maatschappij behoorde. Is dit wél het geval dan kan na de fusie de restaansprakelijkheid niet worden beëindigd.

Als vóór de juridische fusie geen intrekking van de 403-aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden, wordt een enkele keer wel eens de opvatting verdedigd dat als de 403-rechtspersoon door deze fusie verdwijnt de groepsband met de 403-aansprakelijke maatschappij wordt verbroken, ook al is de verkrijgende maatschappij een andere groepsmaatschappij.⁵ De gedachte hierachter is dat van een groepsband alleen kan worden gesproken bij rechtspersonen en vennootschappen maar niet als het gaat om afzonderlijke vermogensbestanddelen. De consequentie van dit standpunt is dat na het van kracht worden van de fusie na de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling, de restaansprakelijkheid door de 403-aansprakelijke maatschappij kan worden beëindigd.

Naar mijn mening wordt in de weergegeven opvatting van een onjuiste gedachtegang uitgegaan. Het argument dat van een groepsband alleen kan worden gesproken bij rechtspersonen en vennootschappen maar niet bij afzonderlijke vermogensbestanddelen berust op een misverstand betreffende het begrip groep. Een groep vormt een organisatorische verwevenheid van rechtspersonen en vennootschappen (art. 2:24b BW). De organisatorische verwevenheid is gebaseerd op aandelenbezit, lidmaatschap, het zijn van vennoot en/of feitelijke relaties en heeft betrekking op allerlei ondernemingsactiviteiten en daaraan gerelateerde werkzaamheden. Als daarbinnen verschuivingen optreden door overdracht⁶ of overgang van vermogen verandert daardoor de groep niet. In de situatie dat een 403-aansprakelijke maatschappij haar aandelenbezit in een

5. Van Wijngaarden 2006/II, p. 620.

6. Bijvoorbeeld door overdracht van aandelenbezit of activa van een groepsmaatschappij aan een andere groepsmaatschappij.

403-rechtspersoon overdraagt – dus een overdracht van een vermogensbestanddeel – aan een andere maatschappij binnen de groep waartoe zij behoort, wordt de groepsband niet verbroken, met als consequentie dat na de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling de restaansprakelijkheid bij de 403-aansprakelijke maatschappij blijft zonder beëindigingsmogelijkheid. Het is dan vreemd dat als het vermogen van de 403-rechtspersoon door een fusie overgaat op een verkrijgende groepsmaatschappij, de restaansprakelijkheid van de 403-aansprakelijke maatschappij wél zou kunnen worden beëindigd. Op soortgelijke wijze geldt hetzelfde als een 403-rechtspersoon al zijn vermogensbestanddelen onder bijzondere titel zou overdragen aan een andere maatschappij binnen de groep waartoe de 403-aansprakelijke maatschappij behoort. Ook in dat geval blijft de restaansprakelijkheid bij de 403-aansprakelijke maatschappij zonder beëindigingsmogelijkheid. Het is daarom voor mij evident dat de groepsband niet wordt verbroken als de 403-rechtspersoon in een juridische fusie de verdwijnende maatschappij is en de verkrijgende maatschappij tot dezelfde groep behoort als de 403-aansprakelijke maatschappij.

8.1.1.1 Moeder-/dochtergroepsfusie

Als in een juridische fusie de 403-groepsrechtspersoon wiens aandelen volledig door de 403-aansprakelijke maatschappij worden gehouden, de verdwijnende maatschappij is en de 403-aansprakelijke maatschappij de verkrijgende maatschappij, is door het van kracht worden van de fusie het vermogen van de verdwenen 403-groepsrechtspersoon onder algemene titel overgegaan op de 403-aansprakelijke maatschappij. Hierdoor vervallen op dat moment de aandelen die de 403-aansprakelijke maatschappij houdt in het kapitaal van de 403-groepsrechtspersoon en daarmee het geplaatste kapitaal van de 403-groepsrechtspersoon. De activa, schulden en overige verplichtingen van de 403-groepsrechtspersoon zijn vanaf dit moment eigen activa, schulden en overige verplichtingen van de 403-aansprakelijke maatschappij.

Doordat de 403-groepsrechtspersoon op het fusiemoment is verdwenen, kan het groepsregime in ieder geval vanaf dat moment niet meer aan de orde zijn. Wel blijft als vraagstuk over of het groepsregime voor de jaarrekeningen van de 403-groepsrechtspersoon over het tijdvak van vóór het fusiemoment nog kan worden gebruikt. Het laatste boekjaar van de 403-groepsrechtspersoon eindigt op het tijdstip met ingang waarvan zijn financiële gegevens in de jaarrekening van de 403-aansprakelijke maatschappij over het fusiejaar zijn verwerkt (art. 2:321 lid 1 BW). Als dit ingangstijdstip de eerste dag van het fusiejaar is – wat wel zo praktisch is – is het boekjaar dat voorafgaat aan het fusiejaar, het laatste boekjaar. Voor dat jaar kan door de 403-groepsrechtspersoon tot het fusiemoment van het groepsregime gebruik worden gemaakt, mits alle voorwaarden zijn vervuld. Als in het fusiejaar vóór het fusiemoment direct na het depot van de in het kader van art. 2:403 BW vereiste stukken, tot intrekking van de 403-aansprakelijkstelling wordt overgegaan, wordt zodra de

intrekking werking heeft, de 403-aansprakelijkheid van de 403-aansprakelijke maatschappij de restaansprakelijkheid. Deze restaansprakelijkheid kan niet worden beëindigd omdat van verbreking van de groepsband geen sprake is. Deze restaansprakelijkheid zal op het fusiemoment ter hoogte van de niet-voldane schulden uit rechtshandelingen waarvoor de restaansprakelijkheid nog bestaat, eigen aansprakelijkheid van de 403-aansprakelijke maatschappij worden. Hoewel de schulden uit de door de 403-groepsrechtspersoon tot het fusiemoment vanaf het begin van het fusiejaar aangegane rechtshandelingen buiten deze restaansprakelijkheid vallen, worden zij niettemin als zij op het fusiemoment niet zijn afgewikkeld, op dat moment ook eigen schulden van de 403-aansprakelijke maatschappij.

Als het ingangstijdstip van verwerking van de financiële gegevens van de 403-groepsrechtspersoon bij de verkrijgende maatschappij in het fusiejaar ligt, is het boekjaar van de 403-rechtspersoon dat vooraf gaat aan het fusiejaar, niet het laatste boekjaar maar het voorlaatste boekjaar van de 403-groepsrechtspersoon. Het over dat jaar opgemerkte blijft evenwel gelden. Voor het laatste boekjaar dat dan loopt van de aanvang van het fusiejaar tot het tijdstip van verwerking van de financiële gegevens van de 403-groepsrechtspersoon in de jaarrekening van de verkrijgende maatschappij – een tijdstip dat in geen geval later kan liggen dan het fusiemoment – kan het groepsregime voor de 403-groepsrechtspersoon worden benut als de intrekking van de 403-aansprakelijkheid niet in dat korte boekjaar plaatsvindt en overigens over dat boekjaar ook aan de andere voorwaarden voor het gebruik van het groepsregime wordt voldaan. De verplichtingen met betrekking tot de jaarrekening van de verdwenen 403-rechtspersoon rusten op de verkrijgende 403-aansprakelijke maatschappij.

De 403-verklaring biedt dekking voor de voldoening van alle schulden uit de tot het fusiemoment door de 403-groepsrechtspersoon aangegane rechtshandelingen. De omvang van deze 403-aansprakelijkheid wijzigt niet meer omdat de 403-rechtspersoon is verdwenen. Daar de schulden en overige verplichtingen van de 403-rechtspersoon ingaande de fusie eigen schulden en overige verplichtingen van de 403-aansprakelijke maatschappij zijn geworden, is daarin begrepen het deel dat onder de 403-aansprakelijkheid valt. Er is derhalve voor dat deel sprake van samenvatting.

In het kader van de voorgenomen fusie is er een verzetrecht voor de schuldeisers van de fuserende rechtspersonen, gericht op vervangende zekerheid (art. 2:316 BW). Het gaat dan om de schuldeisers van de te verdwijnen 403-groepsrechtspersoon en die van de 403-aansprakelijke maatschappij (waaronder ook vallen de schuldeisers met 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij respectievelijk bij intrekking vóór de fusie de schuldeisers met restaanspraak jegens die maatschappij). Naar het mij voorkomt zal de vermogenstoestand van de verkrijgende 403-aansprakelijke maatschappij na de fusie (waarin begrepen de activa en schulden van de 403-groepsrechtspersoon)

niet minder waarborg bieden dat de vordering van de in verzet gekomen schuldeisers zal worden voldaan, dan er voordien is.⁷ Er zal daarom ook niet gauw een grond voor toewijzing van het verzet zijn.

8.1.1.2 Zustergrupsfusie

Als in een juridische fusie de 403-groepsrechtspersoon wiens aandelen volledig door de 403-aansprakelijke maatschappij worden gehouden, de verdwijnende maatschappij is en een andere groepsmaatschappij die 100%-dochtermaatschappij is van de maatschappij die alle aandelen houdt in de 403-groepsrechtspersoon, de verkrijgende rechtspersoon, is door het van kracht worden van de fusie het vermogen van de 403-groepsrechtspersoon onder algemene titel overgegaan op de verkrijgende zustermaatschappij (= 100%-dochtermaatschappij van de 403-aansprakelijke maatschappij). Hierdoor vervallen op dat moment de aandelen die de 403-aansprakelijke maatschappij houdt in het kapitaal van de 403-groepsrechtspersoon en daarmee het geplaatste kapitaal van de 403-groepsrechtspersoon. De activa, schulden en overige verplichtingen van de verdwijnende 403-groepsrechtspersoon zijn vanaf dat moment eigen activa, schulden en overige verplichtingen van de zustermaatschappij geworden.

Doordat de 403-groepsrechtspersoon op het fusiemoment is verdwenen, kan in elk geval het groepsregime vanaf dat moment niet meer aan de orde zijn. Wel blijft de vraag over of het groepsregime voor de jaarrekeningen van de 403-groepsrechtspersoon voor het tijdvak van vóór het fusiemoment nog kan worden gebruikt. Als de financiële gegevens van de verdwijnende 403-groepsrechtspersoon ingaande het fusiejaar worden verwerkt in de jaarrekening van de verkrijgende zustermaatschappij, is het laatste boekjaar van de verdwijnende 403-groepsrechtspersoon het jaar dat voorafgaat aan het fusiejaar. Voor dat jaar kan door de 403-groepsrechtspersoon het groepsregime nog worden gebruikt indien vóór het fusiemoment aan alle vereisten voor een rechtsgeldig gebruik is voldaan. Als nadien maar vóór het fusiemoment de 403-aansprakelijkstelling wordt ingetrokken wordt de 403-aansprakelijkheid nadat de intrekking werking heeft gekregen, restaansprakelijkheid. De schulden uit tot het fusiemoment door de 403-groepsrechtspersoon aangegane rechtshandelingen vallen erbuiten. Deze schulden worden als zij op het fusiemoment nog niet zijn afgewikkeld, op dat moment als onderdeel van de vermogensovergang onder algemene titel eigen schulden van de zustermaatschappij.

Als het ingangstijdstip van de verwerking van de financiële gegevens van de 403-groepsrechtspersoon bij de verkrijgende zustermaatschappij in het fusiejaar ligt, is het boekjaar dat voorafgaat aan het fusiejaar niet het laatste

7. Zie ook Rechtbank 's-Gravenhage 21 februari 2019, *JIN* 2019/67, m.nt. Loesberg, r.o. 4.8 waar de rechtbank overweegt dat bij beoordeling van een verzet tegen een fusie niet doorslaggevend is of er minder waarborg is, en ook dat als er minder waarborg is, dat niet (zonder meer) betekent dat alsdan het verzet gegrond wordt verklaard.

boekjaar van de 403-groepsrechtspersoon maar het voorlaatste. Het over dat jaar opgemerkte blijft evenwel gelden. Het laatste boekjaar is dan gelijk aan het vóór het fusiemoment liggende gedeelte van het fusiejaar waarover de financiële gegevens van de 403-groepsrechtspersoon niet zijn verwerkt bij de zustermaatschappij. Over dat laatste korte boekjaar kan het groepsregime worden benut, indien de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling in dat korte jaar achterwege blijft. De verplichtingen met betrekking tot de jaarrekening van de verdwenen 403-rechtspersoon rusten op de verkrijgende zustermaatschappij (art. 2:321 lid 2 BW).

De omvang van de schulden waaraan de 403-verklaring dekking biedt, is gelijk aan de omvang op het fusiemoment, daar op dat moment de 403-rechtspersoon is verdwenen. Deze schulden zijn begrepen in het vermogen dat onder algemene titel op de zustermaatschappij is overgegaan, en zijn daardoor eigen schulden van de zustermaatschappij geworden. Degenen die jegens de 403-aansprakelijke maatschappij een 403-aanspraak hebben, zijn tevens de schuldeisers van de zustermaatschappij geworden.⁸

In het kader van de voorgenomen juridische fusie is er een verzetrecht voor schuldeisers van de 403-groepsrechtspersoon en van de schuldeisers van de zustermaatschappij, gericht op vervangende zekerheid (art. 2:316 BW). Ik merk hierover op dat dit verzet wordt afgewezen indien de in verzet gegane schuldeiser niet aannemelijk heeft gemaakt dat de vermogenstoestand van de zustermaatschappij na de fusie minder waarborg zal bieden dat zijn vordering zal worden voldaan en dat niet voldoende waarborgen zijn verkregen. Ten minste een van de te fuseren rechtspersonen moet voor iedere schuldeiser die dat verlangt, zekerheid stellen of aan hem een andere waarborg geven tenzij de schuldeiser al voldoende waarborgen heeft of de vermogenstoestand van de zustermaatschappij na de fusie niet minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan, dan er voordien is. Met name een schuldeiser van de zustermaatschappij ziet de kring van schuldeisers groter worden en wel met schuldeisers die een 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij hadden. Dit zal voor hen aanleiding kunnen zijn te verlangen dat zij een soortgelijke waarborg krijgen. Die waarborg zou er al zijn indien ten behoeve van de zustermaatschappij door de 403-aansprakelijke maatschappij ook een 403-verklaring is afgelegd met het oog op het gebruik van het groepsregime door de zustermaatschappij.

8.1.1.3 Fusie buiten groepsverband

Juridische fusie is een instrument dat tevens gebruikt kan worden voor vermogensovergang tussen niet tot dezelfde groep behorende rechtspersonen. Als in dat kader een 403-groepsrechtspersoon ophoudt te bestaan en zijn

8. Het mogelijk uiteenlopen van de vordering op de 403-rechtspersoon en de 403-aanspraak komt in hoofdstuk 9 ter sprake.

vermogen overgaat op een buiten de groep van de 403-aansprakelijke maatschappij staande verkrijgende maatschappij, staat vast dat op het fusiemoment de groepsband is verbroken en dat de verbreking van de groepsband vanaf dat moment continuering van het groepsregime door deze rechtspersoon verhindert. Het kan nu natuurlijk wel zo zijn dat de verkrijgende maatschappij deel uitmaakt van een andere groep waarbinnen het voor de verkrijgende maatschappij mogelijk is gemaakt om van art. 2:403 BW gebruik te maken. Dit vereist wel dat de verkrijgende rechtspersoon een rechtspersoon moet zijn als omschreven in art. 2:360 BW⁹ en eenzelfde rechtsvorm als de verdwijnende rechtspersoon moet hebben.

De 403-aansprakelijke maatschappij die haar 403-aansprakelijkstelling verzuimt in te trekken, blijft voor de schulden uit de tot het fusiemoment aangegane rechtshandelingen van haar voormalige 403-rechtspersoon aansprakelijk. De schuldeisers van de vorderingen uit deze rechtshandelingen behouden hun 403-aanspraak jegens haar. Daar de voormalige 403-rechtspersoon op het fusiemoment is verdwenen, zijn er na het fusiemoment geen rechtshandelingen meer waaruit schulden voortvloeien die binnen het dekkingsbereik van de 403-verklaring vallen. De 403-aansprakelijke maatschappij die er later achter komt dat zij haar 403-verklaring niet heeft ingetrokken, zal daar dan alsnog toe overgaan, althans als zij wil bereiken dat haar aansprakelijkheid wordt beëindigd. Door de intrekking wordt zodra die werkt, de 403-aansprakelijkheid voor zover deze inmiddels niet is verminderd, restaansprakelijkheid. Omdat de groepsband is verbroken kan de beëindigingsprocedure van art. 2:404 lid 3 e.v. BW in gang worden gezet (zie paragraaf 7.4).

De gebruikelijke situatie is natuurlijk dat de 403-aansprakelijke maatschappij vóór het fusiemoment tot de intrekking van haar 403-aansprakelijkstelling zal overgaan, en wel op een zodanig moment vóór de fusie dat ingaande de fusie de intrekking jegens de schuldeisers van de 403-groepsrechtspersoon voor de schulden die uit rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeien werkt. In deze situatie ligt het niet erg voor de hand dat de verwerking van de financiële gegevens van de verdwijnende 403-rechtspersoon ingaande het begin van het fusiejaar bij de verkrijgende maatschappij zal plaatsvinden, hoewel wel tot die mogelijkheid zou kunnen worden besloten.¹⁰ Over het jaar voorafgaande aan het fusiejaar maar vóór het fusiemoment wordt voor de jaarrekening van de te verdwijnen rechtspersoon van het groepsregime gebruik gemaakt. Als het korte boekjaar erna eindigt op het fusiemoment en op dat moment of vlak erna de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling plaatsvindt, hangt het gebruik van het groepsregime ervan af of aan alle voorwaarden voor het gebruik van

9. Dan wel een niet onder het recht van een lidstaat vallende fbv, een SE met statutaire zetel in Nederland dan wel een SCE met statutaire zetel in Nederland.

10. Zoals in die gevallen dat overeengekomen is dat op het fusiemoment geacht wordt de bedrijfsvoering vanaf het begin van het fusiejaar voor rekening en risico van de verkrijgende maatschappij plaats te vinden.

het groepsregime wordt voldaan op het uiterste moment dat de jaarrekening over dat korte boekjaar zonder toepassing van het groepsregime zou moeten worden gedeponereerd. Een complicatie hierbij is dat de jaarrekeningverplichtingen voor de tijdvakken vóór het fusiemoment op de verkrijgende maatschappij zijn komen te rusten.

Voorafgaande aan de fusie hebben de schuldeisers van de 403-rechtspersoon en van de verkrijgende maatschappijen een verzetrecht, gericht op vervangende zekerheid (art. 2:316 BW). Ik verwijs naar mijn eerdere opmerkingen in paragrafen 8.1.1.1 en 8.1.1.2.

8.1.1.4 Driehoeksfusie al dan niet binnen groepsverband

Als in een juridische fusie de 403-rechtspersoon wiens aandelen door de 403-aansprakelijke maatschappij gehouden worden,¹¹ de verdwijnende maatschappij is en zijn aandeelhouders aandeelhouder zijn geworden van een groepsmaatschappij die alle aandelen¹² houdt in het kapitaal van de verkrijgende maatschappij, is door het van kracht worden van de fusie het vermogen van de verdwenen 403-groepsrechtspersoon onder algemene titel overgegaan op de verkrijgende maatschappij. Hierdoor vervallen op dat moment de aandelen die de 403-aansprakelijke maatschappij in het kapitaal van de 403-rechtspersoon houdt en daarmee het geplaatste kapitaal van de 403-rechtspersoon. De activa, schulden en overige verplichtingen van de 403-rechtspersoon zijn vanaf dat moment eigen activa, schulden en overige verplichtingen van de verkrijgende maatschappij geworden.

Doordat de 403-rechtspersoon op het fusiemoment is verdwenen, kan het groepsregime in ieder geval vanaf dat moment niet meer aan de orde zijn. De 403-aansprakelijke maatschappij die haar 403-aansprakelijkstelling op het fusiemoment niet heeft ingetrokken, blijft de 403-aansprakelijkheid houden voor alle schulden uit de tot het fusiemoment aangegane rechtshandelingen van de door de fusie verdwenen rechtspersoon. Als zij later alsnog tot intrekking van haar 403-aansprakelijkstelling overgaat, wordt vanaf het moment dat de intrekking werkt, de 403-aansprakelijkheid die kan zijn afgenomen, restaansprakelijkheid. Normaliter zal de intrekking vóór of uiterlijk op het fusiemoment plaatsvinden, met in ieder geval als voorkeur dat de intrekking uiterlijk werkt op het fusiemoment. Aldus wordt de 403-aansprakelijkheid restaansprakelijkheid. Ten aanzien van het gebruik van het groepsregime voor de boekjaren vóór het fusiemoment geldt hetzelfde als opgemerkt in paragrafen 8.1.1.2 en 8.1.1.3.

11. De 403-aansprakelijke maatschappij zou ook al voordien aandeelhouder van de groepsmaatschappij kunnen zijn.

12. Alleen of samen met een andere groepsmaatschappij.

De restaansprakelijkheid kan worden beëindigd als de groepsband is verbroken. Daarvan is geen sprake als de 403-aansprakelijke maatschappij en de groepsmaatschappij tot eenzelfde groep behoren. Dit geldt ook in de situatie dat door toekenning van aandelen in het kapitaal van de groepsmaatschappij aan de aandeelhouders van de verdwenen 403-rechtspersoon (waaronder dus de 403-aansprakelijke maatschappij) de 403-aansprakelijke maatschappij is toegetreden tot de groep waartoe de groepsmaatschappij behoort respectievelijk de groepsmaatschappij die de aandelen in haar kapitaal heeft toegekend aan de 403-aansprakelijke maatschappij en andere aandeelhouders van de verdwenen 403-rechtspersoon toetreedt tot de groep van de 403-aansprakelijke maatschappij, in beide gevallen indien niet vóór het fusiemoment de 403-verklaring is ingetrokken.

In het kader van de voorgenomen fusie hebben de schuldeisers van de verdwijnende 403-rechtspersoon en van de verkrijgende rechtspersoon een verzetrecht, gericht op vervangende zekerheid (art. 2:316 BW). Dit verzetrecht is er ook indien de 403-aansprakelijkstelling is ingetrokken in welk geval de 403-aanspraak geworden is tot een restaanspraak, maar alleen in de situatie dat de groepsband is verbroken.

8.1.2 *In fusie verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij*

Het is mogelijk dat de 403-aansprakelijke maatschappij degene is die in een juridische fusie de verdwijnende maatschappij is. De rechtspersoon ten behoeve van wie de 403-verklaring is afgegeven blijft bestaan en is als zodanig niet een van de fuserende maatschappijen behoudens het geval dat de 403-rechtspersoon de verkrijgende maatschappij is.

Als de 403-aansprakelijke maatschappij op het fusiemoment ophoudt te bestaan, gaat haar vermogen onder algemene titel over op de verkrijgende maatschappij. Tot dat vermogen behoren haar in het kapitaal van de 403-rechtspersoon gehouden aandelen.¹³ Daardoor komt de 403-rechtspersoon – rechtstreeks dan wel middellijk¹⁴ – te hangen onder de verkrijgende maatschappij.

Voor de 403-aansprakelijke maatschappij is van belang of door de fusie als van tevoren geen intrekking van de 403-aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden, de verklaring geacht wordt te zijn gegeven door de verkrijgende maatschappij. Daaromtrent bestaan verschillende zienswijzen. In de ene zienswijze¹⁵ gaat de door de 403-aansprakelijke maatschappij gestelde 403-aansprakelijkheid op het fusiemoment als deel van het vermogen van de

13. Of de aandelen van een andere groepsmaatschappij die aandelen in het kapitaal van de 403-rechtspersoon houdt.

14. In de situatie bedoeld in de vorige voetnoot.

15. Beckman 1995 (diss.), p. 617.

403-aansprakelijke maatschappij onder algemene titel over op de verkrijgende maatschappij. De achtergrond van deze opvatting is dat de gestelde 403-aansprakelijkheid betreft zowel de schulden uit de tot het fusiemoment door de 403-rechtspersoon aangegane rechtshandelingen (= 403-aanspraak van rechtshabbers van vorderingsrechten jegens de 403-rechtspersoon uit de tot het fusiemoment aangegane rechtshandelingen van deze 403-rechtspersoon) als schulden voor de nadien aangegane rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon. Door de fusie gaat de 403-aansprakelijkstelling die belichaamd is in de 403-verklaring, over op de verkrijgende maatschappij. Om die reden is een nieuwe door de verkrijgende maatschappij af te geven 403-verklaring voor de rechtspersoon niet vereist. Als de verkrijgende maatschappij deel uitmaakt van een andere groep dan waartoe de 403-aansprakelijke maatschappij behoorde, zal als continuering in het gebruik van het groepsregime voor de 403-rechtspersoon door de verkrijgende maatschappij wordt gewenst, wél een nieuwe 403-verklaring noodzakelijk zijn. In dat geval is alleen de 403-aansprakelijkheid van de verdwenen 403-aansprakelijke maatschappij overgegaan op de verkrijgende maatschappij, dan wel als de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden, de daarvoor in de plaats tredende restaansprakelijkheid.

In de andere zienswijze wordt ervan uitgegaan dat als continuering van het groepsregime wordt beoogd, ongeacht of er al dan niet sprake is van verbreking van de groepsband, de verkrijgende maatschappij een nieuwe verklaring voor de rechtspersoon moet afgeven omdat verplichtingen van een verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij uit hoofde van een 403-verklaring niet voor overgang vatbaar zijn. Raaijmakers en Van der Sangen¹⁶ baseren dit standpunt op het arrest Akzo/ING en meer in het bijzonder op de overweging dat een 403-verklaring een eenzijdige verklaring is die niet als afhankelijk recht overgaat.¹⁷ Portengen/Crouwers¹⁸ komen tot dit standpunt door aansluiting bij de algemeen aanvaarde uitzonderingen op het beginsel dat een overgang onder algemene titel inhoudt dat ‘alles mee over gaat’. Als gronden voor het uitzonderen van bepaalde vermogensbestanddelen en/of rechtsverhoudingen noemen zij de wet, statuten, de partijbedoeling of de bijzondere aard van de rechtsbetrekking. Daar van een wettelijke uitzondering voor de 403-verklaring geen sprake is, gaat het om de overige uitzonderingen. Zij achten de aard van de rechtsbetrekking – tussen de 403-aansprakelijke maatschappij, de 403-rechtspersoon en de verkrijgende maatschappij – die het gevolg is van de 403-verklaring, zodanig bijzonder dat deze een uitzondering rechtvaardigt op het uitgangspunt dat bij fusie alle vermogensbestanddelen en rechtsbetrekkingen overgaan op de verkrijgende rechtspersoon. Het eenzijdige karakter van de verklaring wijst er volgens hen op dat de verklaring een wilsuiking is die ‘moeilijk (...) geacht (kan worden)’ over te gaan. Vanwege de mogelijkheid van intrekking

16. Raaijmakers/Van der Sangen 2003, aantekening bij art. 2:316.

17. Hoge Raad 28 juni 2002, *NJ* 2002/447. Ik kom op dit arrest terug in paragraaf 9.3.

18. Portengen/Crouwers 2005, p. 42 – 43.

van de verklaring achten de auteurs het ‘niet logisch’ dat fusie een bescherming biedt die er bij intrekking onder normale omstandigheden niet is.

Hiertegenover stelt Verbrugh dat eventuele uitzonderingen op de overgang onder algemene titel in relatie tot de overgang of overdraagbaarheid van de 403-verklaring niet relevant zijn.¹⁹ Het gaat naar zijn mening om de vraag of de door de 403-aansprakelijke maatschappij gegeven 403-verklaring als gevolg van de fusie geduid en behandeld mag worden alsof deze door de verkrijgende maatschappij is gedeponereerd. Naar zijn mening gaat de 403-verklaring wel over op de verkrijgende maatschappij. Hij merkt daarbij op dat het niet ter zake doet of de verklaring – een eenzijdige, niet tot een bepaalde partij gerichte rechtshandeling – een afhankelijk recht is of niet. Hij noemt ter onderbouwing van zijn standpunt als eerste argument dat bij een fusie niet enkel vermogen overgaat, maar ook de rechtspositie van de verdwijnende vennootschap door de verkrijgende maatschappij wordt voortgezet. De rechtspositie die de verdwenen 403-aansprakelijke maatschappij reeds heeft aanvaard, te weten 403-aansprakelijkheid voor schulden van de 403-rechtspersoon op basis van de 403-verklaring, gaat over op de verkrijgende maatschappij. Voorts noemt Verbrugh als voorbeeld van het gevolg van een fusie dat in een lopende procedure de verkrijgende maatschappij moet worden gedagvaard. Het door Portengen/Crouwers genoemde argument dat de verklaring aan de 403-aansprakelijke maatschappij gebonden is omdat die op ieder moment kan worden ingetrokken en daarom ‘bescherming’ (= het mee over gaan) niet logisch lijkt, is naar zijn mening niet overtuigend en in feite ook niet relevant omdat ook de verkrijgende maatschappij de 403-verklaring op ieder gewenst moment kan intrekken. Bovendien, zo merkt hij op, duurt de aansprakelijkheid van de 403-aansprakelijke maatschappij jegens schuldeisers op het moment van de fusie onverminderd voort nadat de fusie heeft plaatsgevonden, omdat die verplichtingen dan rusten op de verkrijgende maatschappij. Het door Verbrugh genoemde tweede argument is dat degene die de fusie aangaat, dezelfde is die de 403-verklaring heeft afgegeven en voorts dat de verkrijgende maatschappij door vrijwillig de fusie aan te gaan heeft ingestemd met voortzetting van de 403-verklaring.

Overigens merkt Verbrugh terecht op dat over de rechtsgevolgen uit de 403-verklaring zijns inziens geen twijfel bestaat. Als de 403-verklaring wordt geacht te werken als 403-verklaring van de verkrijgende maatschappij heeft de fusie verder geen invloed op de werking van de verklaring en als de 403-verklaring niet mee overgaat, gaat de aansprakelijkheid van de 403-aansprakelijke maatschappij op het fusiemoment wel over op de verkrijgende maatschappij, evenals dit het geval is als de 403-aansprakelijke maatschappij de 403-verklaring vóór de fusie intrekt; dan gaat de restaansprakelijkheid over.²⁰

19. Verbrugh 2007 (diss.), p. 100 – 101.

20. Verbrugh 2007 (diss.), p. 101.

Naast de kwestie of als de 403-aansprakelijkstelling niet vóór de fusie is ingetrokken, de 403-verklaring en de daarin belichaamde aansprakelijkstelling al dan niet onder algemene titel op de verkrijgende maatschappij overgaat, is er ook als vraagpunt als de 403-aansprakelijkstelling niet vóór de fusie is ingetrokken, of als de verkrijgende maatschappij buiten de groep staat van de verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij of waartoe deze behoorde, de groepsband met de 403-rechtspersoon al dan niet wordt verbroken. Over dit door Verbrugh²¹ opgeroepen vraagpunt merkt hij op dat formeel de groepsband is verbroken maar dat er ook veel voor te zeggen is dat dit niet zo is. Hij wijst er op dat de verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij opgaat in de verkrijgende maatschappij, de verkrijgende maatschappij de moedermaatschappij wordt van de 403-rechtspersoon, en de 403-verklaring met daarin belichaamd de 403-aansprakelijkstelling is overgegaan op de verkrijgende maatschappij. Het belang hiervan ligt, aldus Verbrugh in de mogelijkheid om na de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling de restaansprakelijkheid al dan niet te beëindigen. Hoewel ik de gedachtegang als zodanig wel begrijp, meen ik dat sprake is van een misverstand. Het gaat hier om de situatie dat vóór de fusie niet tot de intrekking van de aansprakelijkstelling is overgegaan. Als dan nu wel tot intrekking zou worden overgegaan, geschiedt die intrekking door de verkrijgende maatschappij. Die verkrijgende maatschappij heeft door de juridische fusie in haar groep de 403-rechtspersoon gekregen. Als zij dan tot intrekking zou overgaan, blijft die 403-rechtspersoon deel uitmaken van haar groep waaruit volgt dat de restaansprakelijkheid niet kan worden beëindigd.

8.1.2.1 Omgekeerde moeder/dochterfusie

Als in een groepsfusie de 403-aansprakelijke maatschappij de verdwijnende maatschappij is en haar volledige 403-groepsrechtspersoon de verkrijgende maatschappij, is door het van kracht worden van de fusie het vermogen van de verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij onder algemene titel overgegaan op de 403-groepsrechtspersoon. De aandeelhouder(s) van de 403-aansprakelijke maatschappij wordt (worden) aandeelhouders van de verkrijgende 403-groepsrechtspersoon; de activa, schulden en overige verplichtingen van de 403-aansprakelijke maatschappij zijn nu eigen activa, schulden en overige verplichtingen van de 403-groepsrechtspersoon geworden, met dien verstande dat de door de 403-aansprakelijke maatschappij gehouden aandelen in de 403-groepsrechtspersoon vervallen, evenals de 403-aanspraken jegens de 403-aansprakelijke maatschappij van de rechthebbenden van de uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende vorderingsrechten jegens de 403-rechtspersoon.

21. Verbrugh 2007 (diss.), p. 104.

Doordat de 403-aansprakelijke maatschappij op het fusiemoment is verdwenen, is vanaf dat moment het groepsregime voor de verkrijgende 403-groepsrechtspersoon niet aan de orde. Wel blijft als vraagstuk over of het groepsregime voor de jaarrekening van deze rechtspersoon over het tijdvak van vóór het fusiemoment nog kan worden gebruikt. Het laatste boekjaar van de 403-aansprakelijke maatschappij eindigt op het tijdstip met ingang waarvan haar financiële gegevens in de jaarrekening van de verkrijgende 403-rechtspersoon zijn verwerkt (art. 2:321 lid 1 BW). Als de verwerking bij de 403-rechtspersoon geschiedt ingaande de aanvang van het fusiejaar, is het laatste boekjaar van de 403-aansprakelijke maatschappij het boekjaar dat voorafgaat aan het fusiejaar. Haar jaarrekening over dat boekjaar moet worden ingericht, gecontroleerd en openbaar gemaakt in overeenstemming met Titel 9 Boek 2 BW. Als de 403-aansprakelijke maatschappij de op haar rustende voorwaarden voor het gebruik van het groepsregime door de 403-groepsrechtspersoon heeft vervuld en ook de overige voorwaarden van art. 2:403 BW zijn nageleefd, kan door de 403-groepsrechtspersoon voor dat boekjaar (dus het jaar dat aan het fusiejaar vooraf gaat) van het groepsregime gebruik worden gemaakt.

Zou de verwerking van de financiële gegevens van de 403-aansprakelijke maatschappij op een later ingangstijdstip bij de 403-groepsrechtspersoon plaatsvinden, dan is het laatste boekjaar van de 403-aansprakelijke maatschappij gelijk aan het tijdvak tussen de aanvang van het fusiejaar en het verwerkings-tijdstip bij de verkrijgende 403-groepsrechtspersoon. Is het verwerkingstijdstip het fusiemoment dan is het laatste boekjaar van de 403-aansprakelijke maatschappij het tijdvak in het fusiejaar dat eindigt op het fusiemoment. Haar jaarrekening over het korte boekjaar moet, evenals die over tijdvakken van daarvoor, conform de eisen van Titel 9 Boek 2 BW worden ingericht, gecontroleerd en openbaar gemaakt. Is daarvan op het fusiemoment nog geen sprake dan rusten vanaf het fusiemoment de verplichtingen daaromtrent op de verkrijgende 403-groepsrechtspersoon (art. 2:321 lid 2 BW).

Het gebruik van het groepsregime over het fusiejaar door de 403-rechtspersoon is niet mogelijk. Deze jaarrekening moet conform het bepaald in Titel 9 Boek 2 BW worden ingericht, gecontroleerd en openbaar gemaakt. Door de fusie zijn van de verkrijgende 403-rechtspersoon de activa omvangrijker geworden evenals de netto-omzet, zij het dat de mate waarin afhangt van het ingangstijdstip van verwerking van de financiële gegevens van de 403-aansprakelijke maatschappij. Of de werknemers in aantallen of in fte's toenemen hangt ervan af of er ook werknemers bij de 403-aansprakelijke maatschappij werkzaam waren. De hogere getallen kunnen van invloed zijn op het door de rechtspersoon voor zijn jaarrekening te hanteren omvangafhankelijk jaarrekeningregime.

In de fase vóór de fusie hebben de schuldeisers van de 403-aansprakelijke maatschappij waartoe ook behoren zij die een 403-aanspraak jegens de maatschappij hebben, en de schuldeisers van de 403-groepsrechtspersoon verzetrecht. Als een tijdig in verzet gegane schuldeiser niet aannemelijk heeft gemaakt dat de vermogenstoestand van de verkrijgende 403-groepsrechtspersoon na de fusie minder waarborg zal bieden dat zijn vordering zal worden voldaan, en dat niet voldoende waarborgen zijn verkregen, wordt het verzet afgewezen. Voor een schuldeiser die dat verlangt, moet zekerheid worden gesteld of moet aan hem een andere waarborg worden gegeven, tenzij de schuldeiser al voldoende waarborgen heeft of de vermogenstoestand van de verkrijgende 403-groepsrechtspersoon na de fusie niet minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan, dan er voordien is (art. 2:316 lid 1 BW).

Over de positie van de schuldeisers na de fusie is als zodanig weinig concreets te zeggen aangezien een en ander afhankelijk is van het overgegangene vermogen en het bij de 403-groepsrechtspersoon aanwezige vermogen. Verbrugh²² wijst er op dat de positie van de schuldeisers van de 403-aansprakelijke maatschappij als gevolg van een fusie waarschijnlijk zal verbeteren. Deze schuldeisers kunnen zich na de fusie verhalen op het gezamenlijke vermogen van het gefuseerde geheel, terwijl zij voorafgaand aan de fusie moesten toestaan dat ook de schuldeisers van de 403-groepsrechtspersoon het recht hadden zich te verhalen op het vermogen van de 403-aansprakelijke maatschappij. De positie van de schuldeisers van de 403-rechtspersoon gaat er ogenschijnlijk op achteruit, omdat zij voorafgaand aan de fusie zich konden verhalen op twee debiteuren en na de fusie op nog maar één. De auteur merkt op dat van een achteruitgang niettemin beperkt sprake zal zijn; het vermogen van het gefuseerde geheel zal in beginsel een grotendeels gelijke waarborg bieden. Het vermogen van het gezamenlijke geheel zal niet groter zijn geworden indien het enige bezit van de 403-aansprakelijke maatschappij haar aandelenbelang in de 403-groepsrechtspersoon was.

8.1.2.2 Omgekeerde moeder/andere dochtergroepsfusie

Als in een groepsfusie de 403-aansprakelijke maatschappij (met daaronder een 100%-403-groepsrechtspersoon) de verdwijnende maatschappij is en de verkrijgende maatschappij een tot de groep van de 403-aansprakelijke maatschappij behorende andere 100%-dochtermaatschappij, is door het van kracht worden van de juridische fusie het vermogen van de verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij onder algemene titel overgegaan op die andere dochtermaatschappij. De activa, schulden en overige verplichtingen van de 403-aansprakelijke maatschappij zijn nu eigen activa, schulden en overige verplichtingen van de andere dochtermaatschappij geworden. De consequentie

22. Verbrugh 2007 (diss.), p. 99.

is dat de 403-groepsrechtspersoon onder de verkrijgende andere dochtermaatschappij is komen te hangen. De in de 403-verklaring van de 403-aansprakelijke maatschappij belichaamde hoofdelijke aansprakelijkstelling is in de door mij gedeelde opvatting dat de 403-aansprakelijkstelling overgaat op de verkrijgende maatschappij, de 403-aansprakelijkstelling van die andere dochtermaatschappij geworden.

Het laatste boekjaar van de 403-aansprakelijke maatschappij hangt af van het tijdstip met ingang waarvan haar financiële gegevens in de jaarrekening van de verkrijgende andere dochtermaatschappij worden verwerkt. Als dit ingangstijdstip de aanvang van het fusiejaar is, is het jaar voorafgaand aan het fusiejaar het laatste boekjaar van de 403-aansprakelijke maatschappij. De jaarrekening van de 403-aansprakelijke maatschappij moet voor dat jaar aan alle vereisten voldoen waaronder een geconsolideerde jaarrekening met daarin verwerkt de financiële gegevens van de 403-rechtspersoon. Als deze jaarrekening er niet is vóór de fusie, rust de verplichting tot opstelling ervan op de verkrijgende zustermaatschappij van de 403-rechtspersoon (art. 2:321 lid 2 BW). Als de voor het gebruik van het groepsregime geldende overige voorwaarden voor dat jaar eveneens in acht zijn genomen, kan voor dat jaar door de 403-groepsrechtspersoon het groepsregime worden gebruikt. Ook over het boekjaar in het fusiejaar kan door de 403-rechtspersoon van het groepsregime gebruik worden gemaakt, omdat de andere dochtermaatschappij door de fusie de 403-aansprakelijk rechtspersoon is geworden mits ook de andere voorwaarden worden vervuld.

Zou vóór de fusie de 403-aansprakelijke maatschappij haar 403-aansprakelijkstelling hebben ingetrokken, dan zou voor het boekjaar van de 403-rechtspersoon in het fusiejaar door deze van het groepsregime geen gebruik kunnen worden gemaakt tenzij de verkrijgende andere dochtermaatschappij zich uit hoofde van art. 2:403 BW aansprakelijk stelt, en uiteraard ook de andere voorwaarden worden vervuld.

Indien de financiële gegevens van de verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij in het fusiejaar worden verwerkt in de jaarrekening van de verkrijgende andere dochtermaatschappij, is het laatste boekjaar van de verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij gelijk aan het tijdvak tussen de aanvang van het fusiejaar en het tijdstip van verwerking bij de verkrijgende andere dochtermaatschappij. Voor het aan het fusiejaar voorafgaande boekjaar en dit korte boekjaar in het fusiejaar kan eveneens het groepsregime worden benut tenzij de 403-aansprakelijkstelling vóór het fusiemoment zou zijn ingetrokken. In dat geval kan als continuering van het groepsregime wordt gewenst, de andere dochtermaatschappij toch tot afgifte van een 403-verklaring overgaan; uiteraard moet ook aan de andere voorwaarden tijdig worden voldaan.

Voor de fusie hebben de schuldeisers van de 403-aansprakelijke maatschappij (waartoe ook zij behoren met een 403-aanspraak) en de schuldeisers van de andere dochtermaatschappij een verzetrecht. Ik verwijs naar hetgeen ik in paragraaf 8.1.1.2 hierover heb opgemerkt. Degenen met een 403-aanspraak

jegens de 403-aansprakelijke maatschappij respectievelijk restaanspraak na intrekking van de 403-aansprakelijkstelling hebben na de fusie die aanspraak jegens de andere dochtermaatschappij. Voor hen zal de fusie in wezen daarom weinig veranderen, zij het dat van belang is de financiële positie van de verkrijgende andere dochtermaatschappij. De schuldeisers van de verkrijgende andere dochtermaatschappij krijgen door de fusie er schuldeisers bij. Daar staat tegenover dat de activa van de verkrijgende andere dochtermaatschappij toenemen doordat zij de activa van de 403-aansprakelijke maatschappij onder algemene titel door de fusie heeft verkregen. Tot die activa behoren de activa bestaande uit de – rechtstreeks of middellijk gehouden – aandelen in de 403-rechtspersoon.

8.1.2.3 Fusie buiten groepsverband

Als in een juridische fusie met een buiten de groep staande verkrijgende maatschappij de 403-aansprakelijke maatschappij op het fusiemoment ophoudt te bestaan, gaat op dat moment haar vermogen onder algemene titel over op de buiten haar groep staande verkrijgende maatschappij. Het vermogen van de verkrijgende maatschappij neemt toe met het vermogen van de verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij. Tot dat vermogen behoort, dan wel dit vermogen bestaat alleen uit, de tot dan door de 403-aansprakelijke maatschappij gehouden aandelen in de 403-groepsrechtspersoon.²³ De 403-rechtspersoon komt daardoor onder de verkrijgende maatschappij te hangen. Afhankelijk van het aldus verkregen aandelenbelang zal de 403-rechtspersoon een 100%-rechtspersoon dan wel een minder dan 100%-rechtspersoon van de verkrijgende maatschappij zijn. De aandeelhouders van de 403-aansprakelijke maatschappij zijn door de fusie aandeelhouders van de verkrijgende maatschappij geworden. Alhoewel niet uit te sluiten is dat door de uitbreiding van het aandelenkapitaal van de verkrijgende maatschappij, de omvang van de aan de aandeelhouders van de verdwijnende 403-aansprakelijke rechtspersoon toe te kennen aandelen kan bewerkstelligen dat toch een groepsband ontstaat, ga ik er van uit dat dit niet het geval is.

Als de financiële gegevens van de 403-aansprakelijke maatschappij bij de verkrijgende maatschappij ingaande het fusiejaar worden verwerkt, is het boekjaar dat voorafgaat aan het fusiejaar het laatste boekjaar van de verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij. Als de verwerking pas geschiedt in de loop van het fusiejaar, eindigt het laatste boekjaar op het moment dat de verwerking in dat jaar bij de verkrijgende maatschappij plaatsvindt. Daar de verkrijgende maatschappij buiten de groep van de verdwijnende maatschappij

23. Dan wel aandelen in een of meer rechtspersonen die de aandelen in de 403-rechtspersoon houden.

staat respectievelijk niet behoort tot de groep waartoe de verdwijnende maatschappij behoort, is het meest waarschijnlijk dat het laatste boekjaar zal eindigen op het fusiemoment.

Als in de loop van het fusiejaar – uiterlijk op het fusiemoment – besloten is tot de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling, is over het jaar voorafgaande aan de fusie voor de 403-rechtspersoon het groepsregime nog steeds mogelijk, mits ook de andere voorwaarden zijn vervuld. Door de intrekking zal de restaansprakelijkheid van de verdwijnende maatschappij als gevolg van de fusie restaansprakelijkheid worden van de verkrijgende maatschappij. Deze restaansprakelijkheid kan wel worden beëindigd omdat de verkrijgende maatschappij buiten de groep van de verdwijnende maatschappij staat. Het is natuurlijk mogelijk dat de verkrijgende maatschappij na de fusie een 403-verklaring aflegt voor haar door de fusie verworven rechtspersoon met het oogmerk van het gebruik van het groepsregime door deze rechtspersoon over het fusiejaar. Voor zover deze rechtspersoon tevens niet tot de groep behorende aandeelhouders kent, zullen die ook met het gebruik van het groepsregime moeten instemmen.

Zou de 403-aansprakelijkstelling niet vóór het fusiemoment zijn ingetrokken, dan gaat de 403-aansprakelijkheid van de verdwijnende 403-aansprakelijkstelling maatschappij over op de verkrijgende buiten de groep staande maatschappij. Daar de 403-rechtspersoon na het fusiemoment deel is gaan uitmaken van de groep van de verkrijgende maatschappij, kan de 403-aansprakelijkstelling die door de fusie geacht wordt te zijn afgelegd door de verkrijgende maatschappij voor voortgezet gebruik van het groepsregime worden gehanteerd, met dien verstande dat ook de andere voorwaarden tijdig moeten zijn of worden vervuld. Als dit voortgezette gebruik niet wordt gewenst, zal de verkrijgende maatschappij de door de fusie op haar overgegangene 403-aansprakelijkstelling moeten intrekken. Vanaf het moment dat deze intrekking werkt, wordt de 403-aansprakelijkheid restaansprakelijkheid die niet kan worden beëindigd.

Voor het tot op vervangende zekerheid gerichte verzetrecht van schuldeisers in het tijdvak van de fusie verwijs ik in de eerste plaats naar hetgeen ik daarover in de voorgaande paragrafen heb opgemerkt. Als voorafgaand aan de fusie de 403-aansprakelijkstelling is ingetrokken, hebben de schuldeisers met restaanspraken als de procedure tot beëindiging van de restaansprakelijkheid vóór de fusie is ingesteld, niet alleen uit hoofde van art. 2:404 lid 3 e.v. BW een verzetmogelijkheid jegens de maatschappij die de 403-verklaring heeft ingetrokken,²⁴ maar ook een verzetrecht uit hoofde van art. 2:316 BW.²⁵ Het verzetrecht uit hoofde van art. 2:316 BW komt ook toe aan de andere schuldeisers

24. Ná de fusie is hiervoor in de plaats getreden de verkrijgende maatschappij, omdat door de fusie de restaansprakelijkheid op haar is overgegaan. Als de procedure tot beëindiging van deze restaansprakelijkheid vóór de fusie nog niet was ingesteld, kan na de fusie de verkrijgende maatschappij daartoe overgaan.

25. Zie over deze samenloop Verbrugh 2007 (diss.), p. 103.

van de verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij en de schuldeisers van de verkrijgende maatschappij.

8.1.2.4 Driehoeksfusie al dan niet binnen groepsverband

Als in een juridische fusie de 403-aansprakelijke maatschappij de verdwijnende maatschappij is en de aandeelhouders van de 403-aansprakelijke maatschappij aandeelhouder worden van een groepsmaatschappij die alle aandelen²⁶ houdt van de verkrijgende maatschappij, is vanaf het moment dat de fusie van kracht is, het vermogen van de 403-aansprakelijke maatschappij onder algemene titel overgegaan op de verkrijgende maatschappij. Hierdoor komen als de 403-aansprakelijke maatschappij rechtstreeks aandelen houdt in het kapitaal van de 403-groepsrechtspersoon, deze aandelen bij de verkrijgende maatschappij. Deze is dan meerderheidsaandeelhouder of 100%-aandeelhouder van de 403-rechtspersoon geworden.²⁷ Voorts is door de vermogensovergang onder algemene titel als voor de fusie niet tot de intrekking van de 403-verklaring is overgegaan, de 403-aansprakelijkstelling bij de verkrijgende maatschappij gekomen of als vóór de fusie de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling wél heeft plaatsgevonden, vanaf het werkingsmoment ervan de restaansprakelijkheid. De restaansprakelijkheid kan worden beëindigd als door de fusie de groepsmaatschappij die de aandelen houdt in de verkrijgende maatschappij, en de verkrijgende maatschappij geen deel uitmaken van dezelfde groep als waartoe de verdwenen 403-aansprakelijke maatschappij behoorde.

Als de verkrijgende maatschappij en de groepsmaatschappij die de aandelen in deze maatschappij houdt, geen deel uitmaken van de groep van de verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij of van de groep waartoe deze behoort, zal uiterlijk op of kort voor het fusiemoment de 403-aansprakelijkstelling worden ingetrokken. Dit is geen beletsel om voor het boekjaar van de 403-rechtspersoon dat aan het fusiejaar voorafgaat, het groepsregime door de 403-rechtspersoon te laten gebruiken. Voor het boekjaar dat valt in het fusiejaar is dit niet mogelijk, tenzij de verkrijgende maatschappij²⁸ voor de rechtspersoon een 403-verklaring afgeeft. In dat geval is voor dat boekjaar het groepsregime door de rechtspersoon wel mogelijk als tijdig ook aan de andere voorwaarden wordt voldaan. Voor zover deze rechtspersoon ook andere buiten de groep staande aandeelhouders kent, zullen die wel met het gebruik moeten instemmen.

26. Alleen of samen met een groepsmaatschappij.

27. Indien de aandelen in een 403-groepsrechtspersoon worden gehouden door een tussenliggende maatschappij komen de aandelen in de tussenliggende maatschappij bij de verkrijgende maatschappij en hangt de 403-groepsrechtspersoon middellijk onder de verkrijgende maatschappij.

28. Of een andere maatschappij uit de groep waartoe de verkrijgende maatschappij behoort.

Als de 403-aansprakelijkstelling niet voor het fusiemoment is ingetrokken, is de 403-aansprakelijkheid overgegaan op de verkrijgende maatschappij waardoor als tijdig alle voorwaarden voor het gebruik van het groepsregime zijn vervuld, continuering van het gebruik van het groepsregime tot de mogelijkheden behoort. Als dat niet wordt gewenst, moet de verkrijgende maatschappij tot de intrekking overgaan en rust op haar vanaf het moment dat de intrekking werkt, de restaansprakelijkheid die dan niet kan worden beëindigd.

Voor het op vervangende zekerheid gerichte verzetrecht van schuldeisers in het tijdvak vóór de fusie verwijs ik naar hetgeen ik daarover in de voorgaande paragrafen heb opgemerkt. Als voorafgaand aan de fusie de 403-verklaring is ingetrokken, hebben de schuldeisers met restaanspraken als de procedure tot beëindiging van de restaansprakelijkheid vóór de fusie is ingesteld, niet alleen uit hoofde van art. 2:404 lid 3 e.v. BW een verzetmogelijkheid jegens de maatschappij die de 403-verklaring heeft ingetrokken,²⁹ maar ook een verzetrecht uit hoofde van art. 2:316 BW.³⁰ Dit laatste verzetrecht komt ook toe aan de andere schuldeisers van de verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij en de schuldeisers van de verkrijgende maatschappij.

8.2 Splitsing

Een rechtspersoon die rechtmatig gebruik maakt van het groepsregime kan in de situatie komen waarin hetzij hij door zuivere splitsing ophoudt te bestaan en zijn vermogen onder algemene titel wordt verkregen door twee of meer andere maatschappijen, hetzij hij niet ophoudt te bestaan maar zijn vermogen of een deel ervan wordt afgesplitst en onder algemene titel overgaat op een of meer andere maatschappijen waarvan ten minste één aandelen in haar kapitaal toekent aan de aandeelhouders van de 403-groepsrechtspersoon of waarvan ten minste één bij de splitsing door de splitsende 403-groeprechtspersoon wordt opgericht. Het is ook mogelijk dat de 403-aansprakelijke maatschappij ophoudt te bestaan waarbij haar vermogen door twee of meer andere maatschappijen wordt verkregen dan wel dat zij wel blijft bestaan maar haar vermogen geheel of gedeeltelijk wordt afgesplitst dat onder algemene titel overgaat op een of meer andere maatschappijen waarvan ten minste één aandelen in haar kapitaal toekent aan de aandeelhouders van de 403-aansprakelijke maatschappij of waarvan ten minste één bij de splitsing door de splitsende 403-aansprakelijke maatschappij wordt opgericht.

29. De ingezette procedure wordt als die vóór de fusie niet is afgelopen, voortgezet door de verkrijgende maatschappij aangezien de restaansprakelijkheid op haar is overgegaan. Als die procedure voor de fusie niet is ingezet, kan de verkrijgende maatschappij deze alsnog instellen.

30. Zie over samenloop Verbrugh 2007 (diss.), p. 103.

De vraagstukken die verband houden met de situatie dat de 403-rechtspersoon de verdwijnende maatschappij is, komen ter sprake in paragraaf 8.2.1 en 8.2.2 en die verband houden met de 403-rechtspersoon als voortbestaande splitsende maatschappij in paragraaf 8.2.3. De vraagstukken die verband houden met de 403-aansprakelijke maatschappij als verdwijnende maatschappij komen ter sprake in paragrafen 8.2.4 en 8.2.5 en de voortbestaande splitsende maatschappij in paragraaf 8.2.6.

8.2.1 *Verdwijnende 403-rechtspersoon door zuivere splitsing*

Als de 403-rechtspersoon bij zuivere splitsing ophoudt te bestaan, is zijn vermogen onder algemene titel overgegaan op twee of meer andere maatschappijen. Aandeelhouders van de 403-rechtspersoon worden aandeelhouders van de verkrijgende maatschappijen.

De verkrijgende maatschappijen zijn aansprakelijk voor de nakoming van de verbintenissen van de gesplitste 403-rechtspersoon ten tijde van de splitsing (art. 2:334t lid 1 BW). Als het gaat om ondeelbare verbintenissen, zijn de verkrijgende maatschappijen elk voor het geheel aansprakelijk (art. 2:334 lid 2 BW). Als het gaat om deelbare verbintenissen is de verkrijgende maatschappij waarop de verbintenis is overgegaan voor het geheel aansprakelijk; voor elke andere rechtspersoon is de aansprakelijkheid beperkt tot de waarde van het bij splitsing verkregen vermogen (art. 2:334t lid 3 BW). Andere verkrijgende maatschappijen waarop de verbintenis niet is overgegaan, zijn niet tot nakoming gehouden voordat de maatschappij waarop de verbintenis is overgegaan in de nakoming van die verbintenis tekort is geschoten (art. 2:334t lid 4 BW). Tevens is bepaald dat op de aansprakelijkheid de bepalingen betreffende hoofdelijke verbondenheid van toepassing zijn (art. 2:334t lid 5 BW).³¹

Doordat de 403-rechtspersoon op het splitsingsmoment is verdwenen, komt het groepsregime vanaf dat moment niet meer aan de orde. Het boekjaar van de splitsende 403-rechtspersoon eindigt met ingang van het boekjaar waarvan de financiële gegevens betreffende zijn vermogen zijn verantwoord in de jaarrekening van de verkrijgende maatschappijen. Is dat ingaande het jaar van de splitsing dan is het laatste boekjaar van de 403-rechtspersoon het jaar dat voorafgaat aan het jaar van de splitsing. Voor dat jaar kan voor de 403-rechtspersoon nog gebruik worden gemaakt van het groepsregime mits aan alle voorwaarden is voldaan. Als de verwerking van de gegevens van de splitsende 403-rechtspersoon bij de verkrijgende maatschappijen geschiedt in de loop van het splitsingsjaar, eindigt het laatste boekjaar op het moment van die verwerking. Als dit moment bijvoorbeeld het splitsingsmoment is, is het laatste boekjaar van de 403-rechtspersoon gelijk aan het jaar dat loopt van het begin van het splitsingsjaar tot het splitsingsmoment. Voor dit korte boekjaar is het groepsregime wel mogelijk indien de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling

31. Het gaat om Afdeling 2 van Titel 1 Boek 6 BW.

direct ná het splitsingsmoment plaatsvindt en aan de andere voorwaarden wordt voldaan. Door de intrekking wordt de 403-aansprakelijkheid van de 403-aansprakelijke maatschappij restaansprakelijkheid. Als de verkrijgende maatschappijen en de 403-aansprakelijke maatschappij niet tot dezelfde groep behoren kan de voormalige 403-aansprakelijke maatschappij gebruik van de mogelijkheid tot beëindiging van de restaansprakelijkheid.

Wederpartijen bij rechtsverhoudingen met de splitsende 403-rechtspersoon en de verkrijgende maatschappijen (behoudens die bij splitsing zijn opgericht) hebben een verzetrecht ter zake van de voorgenomen splitsing wegens strijd met hetgeen over het overgaan van de rechtsverhouding in de wettelijke regeling is bepaald of als een verlangde waarborg niet is gegeven, met in het laatste geval opgaaf van de verlangde waarborg.³² Als de wederpartij niet aannemelijk maakt dat de verkrijgende maatschappij na de splitsing minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan en dat van de maatschappij niet voldoende waarborgen zijn verkregen, wordt het verzet afgewezen. Iedere schuldeiser van de splitsende 403-rechtspersoon en de verkrijgende maatschappij kan voor zijn vordering zekerheid verlangen of een andere waarborg voor de voldoening van zijn vordering tenzij de schuldeiser voldoende waarborgen heeft of de vermogenstoestand van de rechtspersoon die na de splitsing zijn schuldenaar zal zijn, niet minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan, dan er voordien is.

8.2.2 *Verdwijvende 403-rechtspersoon bij driehoekssplitsing*

Als in een splitsing de 403-rechtspersoon wiens aandelen door de 403-aansprakelijke maatschappij gehouden worden, de verdwijvende maatschappij is en zijn aandeelhouders aandeelhouder zijn geworden van een groepsmaatschappij die alle aandelen³³ houdt in het kapitaal van de verkrijgende maatschappij, is door het van kracht worden van de splitsing het vermogen van de verdwenen 403-rechtspersoon onder algemene titel overgegaan op de verkrijgende maatschappij. Hierdoor vervallen op dat moment de aandelen die de 403-aansprakelijke maatschappij in het kapitaal van de 403-rechtspersoon houdt en daarmee het geplaatste kapitaal van de 403-rechtspersoon. De activa, schulden en overige verplichtingen van de 403-rechtspersoon zijn vanaf dat moment eigen activa, schulden en overige verplichtingen van de verkrijgende maatschappij geworden.

De aansprakelijkheid als bedoeld in art. 2:334t BW (zie paragraaf 8.2.1) geldt niet voor de groepsmaatschappij die de aandelen heeft toegekend.

Doordat de 403-rechtspersoon op het splitsingsmoment is verdwenen, kan het groepsregime in elk geval vanaf dat moment niet aan de orde zijn. Wel blijft over de vraag of het groepsregime voor de jaarrekening van de 403-rechtspersoon over tijdvakken van vóór het splitsingsmoment nog kan worden gebruikt.

32. Artt. 2:334f, 334k en 334l BW

33. Alleen of samen met een andere groepsmaatschappij.

Daar het antwoord op die vraag niet verschilt van hetgeen ik in paragraaf 8.2.1 heb opgemerkt, verwijs ik daarnaar.

Ik merk nog op dat als de 403-aansprakelijke maatschappij en de groepsmaatschappij die de aandelen in de verkrijgende maatschappij houdt, tot dezelfde groep behoren, de restaansprakelijkheid na de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling niet kan worden beëindigd. Dit geldt ook in de situatie dat door de toekenning van aandelen in het kapitaal van de groepsmaatschappij aan de aandeelhouders van de verdwenen 403-rechtspersoon (waaronder dus de 403-aansprakelijke maatschappij) de 403-aansprakelijke maatschappij is toegetreden tot de groep waartoe de groepsmaatschappij behoort respectievelijk de groepsmaatschappij die de aandelen in haar kapitaal heeft toegekend aan de 403-aansprakelijke maatschappij en andere aandeelhouders van de verdwenen 403-rechtspersoon, toetreedt tot de groep van de 403-aansprakelijke maatschappij, in beide gevallen indien niet vóór het splitsingsmoment de 403-aansprakelijkstelling is ingetrokken.

8.2.3 *Voortbestaande splitsende 403-rechtspersoon*

Als het vermogen of een deel ervan van een bij de splitsing voortbestaande 403-rechtspersoon onder algemene titel wordt verkregen door een of meer andere maatschappijen waarvan ten minste één aandelen toekent aan de aandeelhouders van de 403-rechtspersoon of waarvan ten minste één bij de splitsing door de splitsende 403-rechtspersoon wordt opgericht, is sprake van afsplitsing. De voortbestaande splitsende 403-rechtspersoon blijft rechtstreeks of indirect³⁴ hangen onder de 403-aansprakelijke maatschappij. De groepsband tussen de voortbestaande splitsende 403-rechtspersoon en de 403-aansprakelijke maatschappij wordt niet verbroken.

De 403-aansprakelijke maatschappij kan wel haar 403-aansprakelijkstelling intrekken vlak vóór de afsplitsing. Vanaf het werkingsmoment van de intrekking heeft de intrekken de maatschappij restaansprakelijkheid. Er is dan een situatie die overeenkomt met beëindiging van het groepsregime met continuering van de groepsband (zie paragraaf 7.2). Deze aansprakelijkheid kan vanwege het voortbestaan van de groepsband niet worden beëindigd. Wel kan het voorkomen dat van de voortbestaande splitsende 403-rechtspersoon bij de splitsing een deel van zijn uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden onder algemene titel is overgegaan op een verkrijgende maatschappij die buiten de groep staat waartoe de 403-aansprakelijke maatschappij en de 403-rechtspersoon behoren. In dat geval blijft de restaansprakelijkheid bij de 403-aansprakelijke maatschappij en is de schuld ten aanzien waarvan die restaansprakelijkheid bestaat feitelijk buiten de groep gebracht.

Of de 403-aansprakelijke maatschappij de 403-aansprakelijkstelling voor de afsplitsing zal intrekken ligt niet zonder meer voor de hand omdat dan door

34. Als de aandelen via een of meer andere groepsmaatschappijen worden gehouden.

de voortbestaande splitsende 403-rechtspersoon reeds door die intrekking geen gebruik kan worden gemaakt van het groepsregime voor het jaar waarin de intrekking plaatsvindt.

Voor de aansprakelijkheid tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing en het daarbij bepaalde over ondeelbare en deelbare verbintenissen (art. 2:334t BW) verwijs ik naar het opgemerkte hierover in paragraaf 8.2.1. Daaraan voeg ik toe dat de aansprakelijkheid voor nakoming van verbintenissen en voor de aansprakelijkheid voor verbintenissen ook op de voortbestaande gesplitste 403-rechtspersoon rust.

Voorts hebben wederpartijen bij rechtsverhoudingen en schuldeisers die een waarborg verlangen de verzetrechten die ik in paragraaf 8.2.1 heb genoemd.

8.2.4 *Verdwijvende 403-aansprakelijke maatschappij bij zuivere splitsing*

Als de 403-aansprakelijke maatschappij bij zuivere splitsing ophoudt te bestaan, is haar vermogen onder algemene titel overgegaan op twee of meer verkrijgende andere maatschappijen. De 403-rechtspersoon is zelf geen partij in de splitsing. Aandeelhouders van de 403-aansprakelijke maatschappij worden aandeelhouders van de verkrijgende maatschappij. Door de splitsing gaan de aandelen³⁵ in het kapitaal van de 403-rechtspersoon als de 403-aansprakelijke maatschappij deze rechtstreeks houdt,³⁶ over op één of meer verkrijgende maatschappijen. Ook de 403-aansprakelijkheid gaat over op de verkrijgende maatschappij die daarvoor is aangewezen als deze niet voor het splitsingsmoment is ingetrokken. Als wel tot de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling is overgegaan, komt de restaansprakelijkheid bij de aangewezen verkrijgende maatschappij.

Als de financiële gegevens betreffende het vermogen van de verdwijvende 403-aansprakelijke maatschappij ingaande het jaar van de splitsing bij de verkrijgende maatschappijen zijn verwerkt, is het boekjaar vóór het jaar van de splitsing het laatste boekjaar van de verdwijvende 403-aansprakelijke maatschappij. Als de verwerking geschiedt bij de verkrijgende maatschappijen ingaande een tijdstip in het splitsingsjaar, is het laatste boekjaar gelijk aan het tijdvak vanaf de aanvang van het splitsingsjaar tot het moment van verwerking. Het uiterste tijdstip van verwerking is het splitsingsmoment.

Als de 403-aansprakelijkstelling voor de 403-rechtspersoon niet voor de splitsing is ingetrokken, en ook na de splitsing in het splitsingsjaar niet is ingetrokken, blijft voor de 403-rechtspersoon het gebruik van het groepsregime mogelijk, mits ook aan de andere voorwaarden wordt voldaan. Als tot de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling in het jaar van de splitsing wordt

35. Het gaat natuurlijk alleen om de aandelen die de 403-aansprakelijke maatschappij heeft. Dat kan 100% zijn, maar ook minder.

36. Deze aandelen kunnen ook middellijk worden gehouden, in welk geval de aandelen in de rechtspersoon die de aandelen in de 403-rechtspersoon houdt, op de verkrijgende maatschappij(en) overgaan.

overgegaan, kan voor dat jaar door de 403-rechtspersoon geen gebruik van het groepsregime worden gemaakt tenzij de maatschappij aan wie de aandelen in de groepsmaatschappij zijn overgedragen, zich uit hoofde van art. 2:403 BW aansprakelijk stelt.

Voor de in art. 2:334t BW omschreven aansprakelijkheid tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing en het daarbij bepaalde over ondeelbare en deelbare verbintenissen en voor het verzetrecht van wederpartijen bij een rechtsverhouding en van schuldeisers ter zake van verlangde waarborgen verwijs ik naar het opgemerkte in paragraaf 8.2.1.

8.2.5 *Verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij bij driehoekssplitsing*

Als in een splitsing de 403-aansprakelijke maatschappij de verdwijnende maatschappij is en de aandeelhouders van de 403-aansprakelijke maatschappij aandeelhouder worden van een groepsmaatschappij die alle aandelen³⁷ houdt van de verkrijgende maatschappij, is vanaf het moment dat de splitsing van kracht is, het vermogen van de 403-aansprakelijke maatschappij onder algemene titel overgegaan op de verkrijgende maatschappij. Hierdoor komen als de 403-aansprakelijke maatschappij rechtstreeks aandelen houdt in het kapitaal van de 403-rechtspersoon, deze aandelen bij de verkrijgende maatschappij. Deze is dan aandeelhouder van de 403-rechtspersoon geworden.³⁸ Voorts is door de vermogensovergang onder algemene titel als geen intrekking vóór de splitsing heeft plaatsgevonden, de 403-aansprakelijkheid bij de verkrijgende maatschappij gekomen of als vóór de splitsing wél intrekking van de 403-aansprakelijkheid heeft plaatsgevonden, vanaf het werkingsmoment van de intrekking, de restaansprakelijkheid. De restaansprakelijkheid kan worden beëindigd als door de splitsing de groepsmaatschappij die de aandelen houdt in de verkrijgende maatschappij, en de verkrijgende maatschappij geen deel uitmaken van dezelfde groep als waartoe de verdwenen 403-aansprakelijke maatschappij behoorde.

Voor het antwoord op de vraag of door de 403-rechtspersoon nog gebruik van het groepsregime kan worden gemaakt verwijs ik naar paragraaf 8.2.4.

De in art. 2:334t BW omschreven aansprakelijkheid tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing en het daarbij bepaalde over ondeelbare en deelbare verbintenissen (zie paragraaf 8.2.1) rust op de verkrijgende maatschappijen maar niet op de groepsmaatschappij die de aandelen toekent. Voor het verzetrecht van wederpartijen bij

37. Alleen of samen met een groepsmaatschappij.

38. Indien de aandelen in een 403-rechtspersoon worden gehouden door een tussenliggende maatschappij komen de aandelen in de tussenliggende maatschappij bij de verkrijgende maatschappij en hangt de 403-rechtspersoon middellijk onder de verkrijgende maatschappij.

een rechtsverhouding en van schuldeisers ter zake van verlangde waarborgen verwijs ik naar het daarover opgemerkte in paragraaf 8.2.1.

8.2.6 *Voortbestaande splitsende 403-aansprakelijke maatschappij*

Als de 403-aansprakelijke maatschappij tot afsplitsing overgaat, is zij de voortbestaande splitsende maatschappij. Het kan zijn dat bij haar achterblijft de 403-aansprakelijkheid en de door haar gehouden aandelen in het kapitaal van de 403-rechtspersoon. In dat geval blijft de verhouding tussen haar en de 403-rechtspersoon ongewijzigd. Het is mogelijk dat de voortbestaande splitsende 403-aansprakelijke maatschappij haar 403-verklaring intrekt, in welk geval de 403-aansprakelijkheid restaansprakelijkheid wordt. Deze restaansprakelijkheid kan niet worden beëindigd omdat de groepsband is blijven bestaan. Of tot intrekking zal worden overgegaan, hangt af van de vraag of het gewenst wordt dat door de 403-rechtspersoon het groepsregime wordt gecontinueerd.

Het is ook mogelijk dat de 403-aansprakelijke maatschappij de aandelen in de 403-rechtspersoon onder algemene titel laat overgaan op een of meer verkrijgende maatschappijen, al dan niet met de 403-aansprakelijkheid. Als de 403-aansprakelijkheid is afgesplitst, behoeft de maatschappij waaraan de 403-aansprakelijkheid is afgesplitst, niet perse de maatschappij te zijn die aandelen in de 403-rechtspersoon onder algemene titel heeft verkregen. In dat geval hangt het af van de verkrijgende maatschappij of het groepsregime door de 403-rechtspersoon kan worden benut. Als de 403-aansprakelijkstelling achterblijft bij de voortbestaande splitsende 403-aansprakelijke maatschappij zal deze direct na het afsplitsen tot intrekking ervan overgaan. Het moment waarop hangt mede af van het gewenste gebruik van het groepsregime door de 403-rechtspersoon over diens boekjaar in het jaar van de splitsing.

Vanaf het moment dat de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling door de voortbestaande splitsende 403-aansprakelijke maatschappij werkt, is de 403-aansprakelijkheid restaansprakelijkheid geworden die blijft voortbestaan omdat de groepsband niet is verbroken. Als de 403-aansprakelijkheid respectievelijk bij de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling vóór de splitsing, de restaansprakelijkheid is overgegaan op een verkrijgende maatschappij, zou die verkrijgende maatschappij tot de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling kunnen overgaan. De 403-aansprakelijkheid respectievelijk de restaansprakelijkheid kan worden beëindigd indien de verkrijgende maatschappij en de oorspronkelijke 403-aansprakelijke maatschappij geen deel uitmaken van dezelfde groep.

Voor de aansprakelijkheid tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing en het daarbij bepaalde over ondeelbare en deelbare verbintenissen (art. 2:334t BW) verwijs ik naar het

daarover opgemerkte in paragraaf 8.2.1. Hetgeen is opgemerkt over de aansprakelijkheid van de verkrijgende rechtspersoon geldt eveneens voor de voortbestaande splitsende maatschappij. Ook voor de verzetrechten verwijs ik naar het daarover opgemerkte in paragraaf 8.2.1.

8.3 Omzetting van rechtsvorm

Om uiteenlopende redenen kan het gewenst zijn om de rechtsvorm van een 403-rechtspersoon of een 403-aansprakelijke maatschappij te wijzigen.³⁹ De achtergrond kan onder meer zijn dat in het kader van een juridische fusie of een splitsing een rechtsvormwijziging gewenst is. De hoofdregel bij juridische fusie respectievelijk een splitsing is dat de fuserende maatschappijen respectievelijk de partijen bij een splitsing dezelfde rechtsvorm moeten hebben. Als de rechtsvormen niet gelijk zijn, kan dezelfde vorm worden bereikt door deze eerst om te zetten op de voet van art. 2:18 BW, met inachtneming voor een BV of NV van het bepaalde in artt. 2:71 en 72 respectievelijk 2:181 – 183 BW. Door de omzetting verandert de rechtspersoon niet.

8.3.1 *Rechtsvormwijziging 403-rechtspersoon*

Een rechtspersoon die bevoegd is tot gebruik van het groepsregime, moet een rechtsvorm hebben als omschreven in art. 2:360 BW.⁴⁰ Als zijn huidige rechtsvorm wijzigt in een rechtsvorm als omschreven in art. 2:360 BW⁴¹ verandert er uit dien hoofde voor de bevoegdheid tot gebruik van het groepsregime niets. Als omzetting zou geschieden in een andere rechtsvorm waarvoor Titel 9 Boek 2 BW niet geldt,⁴² houdt het gebruik van het groepsregime op. Dit brengt mee dat reeds voor het boekjaar waarin de omzetting plaatsvindt, het groepsregime niet kan worden gebruikt. Dit geldt ook voor de jaren voorafgaand aan het jaar van omzetting indien op het omzettingsmoment nog niet aan alle vereisten voor het gebruik van het groepsregime is voldaan.

De 403-aansprakelijke maatschappij kan als de 403-rechtspersoon is omgezet in een rechtsvorm waarin continuering van het groepsregime niet mogelijk is, tot de intrekking van haar 403-aansprakelijkstelling besluiten. Zou zij niet tot intrekking overgaan, dan blijft zij wel aansprakelijk voor de

39. Zie Snijder-Kuijpers 2010 (diss.).

40. Dan wel in een rechtsvorm met daarin overeenkomstige toepassing van Titel 9 Boek 2 BW zonder uitsluiting van art. 2:403 BW.

41. Of daaraan gelijk te stellen rechtsvorm.

42. Bijvoorbeeld omzetting in een niet onder Titel 9 Boek 2 BW vallende stichting of vereniging. Ook is te denken aan een coöperatie die wordt omgezet in een Eesv (art. 8 lid 1 Uitvoeringswet Eesv), en aan een fusie waarin een 403-rechtspersoon in de rechtsvorm van een NV of BV verdwijnt in een verkrijgende kapitaalvennootschap, opgericht naar het recht van een andere lidstaat.

schulden uit de rechtshandelingen van de rechtspersoon wiens rechtsvorm is omgezet. Als zij tot intrekking besluit, kan zij dat doen vóór dan wel ná de omzetting van de rechtsvorm. Door de intrekking ontstaat voor deze maatschappij restaansprakelijkheid die niet kan worden beëindigd zolang zij en de rechtspersoon met gewijzigde rechtsvorm tot dezelfde groep behoren.

Ten aanzien van een voorgenomen omzetting van een NV in bepaalde rechtsvormen, niet zijnde een BV, en van een BV in bepaalde rechtsvormen, niet zijnde een NV, hebben schuldeisers van de NV respectievelijk BV een verzetrecht (art. 2:71 lid 2 jo. art. 2:100 BW respectievelijk art. 2:182 BW). Het verzet van een tijdig in verzet gekomen schuldeiser wordt afgewezen indien hij niet aannemelijk heeft gemaakt dat als gevolg van de omzetting twijfel omtrent de voldoening van zijn vordering gewettigd is en dat de vennootschap onvoldoende waarborgen heeft gegeven voor de voldoening van zijn vordering. Voor iedere schuldeiser die dat verlangt, moet de vennootschap zekerheid stellen of hem een andere waarborg geven voor de voldoening van zijn vordering tenzij hij voldoende waarborgen heeft of zekerheid biedt dat de vordering zal worden voldaan.

8.3.2 *Rechtsvormwijziging 403-aansprakelijke maatschappij*

De omzetting kan ook voor de 403-aansprakelijke maatschappij aan de orde komen. De 403-aansprakelijke maatschappij zal in de regel een rechtsvorm hebben die in art. 2:360 BW wordt genoemd.⁴³ Als deze 403-aansprakelijke maatschappij van rechtsvorm verandert en de nieuwe rechtsvorm eveneens in art. 2:360 BW wordt genoemd, verandert er niets. Zij blijft de 403-aansprakelijkheid houden in geval van continuering van het groepsregime.

Zou omzetting in een rechtsvorm plaatsvinden die verhindert dat voor de 403-rechtspersoon aan de vereisten voor het gebruik van het groepsregime wordt voldaan,⁴⁴ eindigt voor de 403-rechtspersoon het gebruik van het groepsregime. Dit geldt reeds voor het jaar waarin de omzetting plaatsvindt en mogelijk ook voor voorgaande jaren indien ten tijde van de omzetting nog niet alle voorwaarden voor het gebruik van het groepsregime waren vervuld. De maatschappij wier rechtsvorm is omgezet, zal normaliter uiterlijk tot vóór het omzettingstijdstip tot de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling overgaan. Als zij daartoe nog niet is overgegaan zal zij dat erna doen. Nadat de intrekking werkt, is de 403-aansprakelijkheid restaansprakelijkheid geworden. Deze kan niet worden beëindigd omdat de omzetting als zodanig niet de groepsband doet verbreken.

43. Het hoeft niet want het kan gaan om een maatschappij (=rechtspersoon of vennootschap) naar het recht van een andere lidstaat.

44. Bijvoorbeeld omzetting in een niet onder Titel 9 Boek 2 BW vallende vereniging of stichting.

8.4 Afsluitende conclusie

Daar de hoofdregel voor een juridische fusie respectievelijk een splitsing is dat de fuserende respectievelijk splitsende partijen dezelfde rechtsvorm moeten hebben, kan het gewenst zijn de rechtsvorm van de verdwijnende dan wel verkrijgende maatschappij aan te passen. De verdwijnende maatschappij in het kader van een juridische fusie respectievelijk een splitsing kan zijn de 403-rechtspersoon dan wel de 403-aansprakelijke maatschappij.

Als een 403-rechtspersoon in het kader van een juridische fusie respectievelijk een splitsing de verdwijnende maatschappij is, is vanaf dat moment het groepsregime niet meer aan de orde. Voor de boekjaren van de 403-rechtspersoon tot het fusie- respectievelijk splitsingstijdstip, is het gebruik van het groepsregime voor de 403-groepsrechtspersoon in beginsel wél mogelijk, waarbij evenwel van invloed is met ingang van welk tijdstip de financiële gegevens van de 403-rechtspersoon bij de verkrijgende maatschappij zijn verwerkt en of al dan niet tot de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling is overgegaan, en zo ja, wanneer. De na de werking van de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling overblijvende aansprakelijkheid – de restaansprakelijkheid – kan alleen worden beëindigd indien er geen groepsband is of ontstaat tussen de 403-aansprakelijke rechtspersoon, de verkrijgende maatschappij en in geval van driehoeksfusie/-splitsing de aandelentoeënnende groepsmaatschappij. De zienswijze dat als een 403-rechtspersoon de verdwijnende maatschappij is, daardoor altijd op het fusie-/splitsingsmoment de groepsband is verbroken, miskent dat als overgang van vermogen binnen een groep plaatsvindt, daardoor de groep niet wijzigt.

Als in het kader van een juridische fusie respectievelijk een splitsing een 403-aansprakelijke maatschappij de verdwijnende maatschappij is, blijft de 403-rechtspersoon bestaan en is deze 403-rechtspersoon ook geen partij in deze fusie (tenzij de 403-rechtspersoon de verkrijgende maatschappij is) respectievelijk geen partij in deze splitsing. Als in het fusie- respectievelijk splitsingsjaar vóór het fusie- respectievelijk splitsingsmoment tot de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling is overgegaan, kan het groepsregime voor het laatste boekjaar als dit valt in het jaar van de fusie respectievelijk splitsing niet meer worden benut. De na de werking van de intrekking overblijvende aansprakelijkheid gaat voor zover nog aanwezig op het fusie-respectievelijk splitsingsmoment, over op de verkrijgende maatschappij. Beëindiging ervan is alleen mogelijk als er geen groepsband is.

Als niet tot intrekking is overgegaan, gaat de 403-aansprakelijkstelling over op de verkrijgende maatschappij. De zienswijze dat verplichtingen uit hoofde van een 403-verklaring van een verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij niet kunnen overgaan op een verkrijgende maatschappij omdat zij niet voor overgang vatbaar zijn, deel ik niet aan gezien de 403-aansprakelijkstelling als een eigen verplichting van de verdwijnende maatschappij deel uitmaakt van haar onder algemene titel overgegangene vermogen. Als na de vermogensovergang de

HOOFDSTUK 8

verkrijgende maatschappij waarop de 403-aansprakelijkstelling is overgegaan, besluit deze in te trekken, kan zij de restaansprakelijkheid niet beëindigen omdat door de verkrijging de 403-rechtspersoon deel is gaan uitmaken van haar groep respectievelijk van de groep waartoe zij behoort.

Als sprake is van een voortbestaande splitsende 403-rechtspersoon, wordt de groepsband met de 403-aansprakelijke maatschappij niet verbroken en kan de 403-rechtspersoon gebruik blijven maken van het groepsregime, behoudens de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling vlak voor de afsplitsing. De restaansprakelijkheid kan evenwel niet worden beëindigd.

Als de 403-aansprakelijke maatschappij de maatschappij is die tot afsplitsing overgaat, verandert er niets indien zij de aandelen in de 403-rechtspersoon en de 403-verklaring zelf houdt. De 403-aansprakelijkstelling kan zij natuurlijk intrekken in welk geval de 403-aansprakelijkheid restaansprakelijkheid wordt. Ook is het mogelijk dat de aandelen in de 403-rechtspersoon en/of de 403-verklaring worden afgesplitst. Het is dan de maatschappij waaraan is afgesplitst, die bepaalt of continuering van het groepsregime tot de mogelijkheden behoort.

Hoofdstuk 9. Schuldeiserspositie

In de voorgaande hoofdstukken is het groepsregime geanalyseerd vanuit het jaarrekeningperspectief zonder specifiek in te gaan op de civielrechtelijke betekenis van een door een maatschappij afgegeven 403-verklaring en van de restaansprakelijkheid na werking van de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling. In dit hoofdstuk gaat het om de civielrechtelijke duiding van de 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij die toekomt aan een rechthebbende op een uit een rechtshandeling van de 403-rechtspersoon voortvloeiend vorderingsrecht jegens die rechtspersoon. Alvorens daarop in te gaan (paragraaf 9.2), ga ik eerst beknopt in op de hoofdelijkheid als bedoeld in Afdeling 2 van Titel 1 Boek 6 BW (paragraaf 9.1). De civielrechtelijke duiding die de Hoge Raad aan de 403-aansprakelijkstelling geeft, is van wezenlijk belang en komt daarom aan de orde in paragraaf 9.3. Daarna geef ik een overzicht in enkele hoofdlijnen van enige andere opvattingen over wat de duiding in die opvattingen zou moeten zijn (paragraaf 9.4). De consequenties en de eventuele complicaties ten aanzien van de 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij onderzoek ik in paragraaf 9.5. Bij de na de werking van de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling achterblijvende restaanspraak jegens de restaansprakelijke maatschappij sta ik kort stil in paragraaf 9.6. In paragraaf 9.7 komt dan in enkele hoofdlijnen ter sprake het regres dat de 403-aansprakelijke maatschappij respectievelijk de restaansprakelijke maatschappij heeft op de 403-rechtspersoon respectievelijk de rechtspersoon die hoofdschuldenaar is, indien door haar 403-aanspraken dan wel restaanspraken zijn gehonoreerd. Een afsluitende conclusie neem ik in paragraaf 9.8 op.

9.1 Hoofdelijke aansprakelijkheid Boek 6 BW

Het doel waarvoor hoofdelijke aansprakelijkheid wordt gecreëerd, is wel omschreven als: ‘de schuldeiser in een betere verhaalspositie brengen’.¹ Het belangrijkste kenmerk van hoofdelijkheid is met die omschrijving in overeenstemming: verschillende schuldenaren zijn ieder tot voldoening van de gehele prestatie verplicht. De schuldeiser heeft ten opzichte van de verschillende

1. Ophof 1987, p. 4.

schuldenaren recht op nakoming van het geheel. Het risico dat één van de schuldenaren niet in staat is de vordering van de schuldeiser te voldoen wordt afgewenteld op de overige hoofdelijk verbonden schuldenaren die ieder afzonderlijk voor de nakoming van het geheel kunnen worden aangesproken. Nakoming door één der schuldenaren bevrijdt ook de hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren ten opzichte van de schuldeiser, zodat de schuldeiser nooit méér dan het bedrag dat hij te vorderen heeft, kan ontvangen. Als gevolg van de betaling door één van de schuldenaren gaat de verbintenis in haar geheel teniet.

Hoofdelijkheid is aan de orde wanneer sprake is van pluraliteit van schuldenaren: één prestatie is door twee of meer schuldenaren verschuldigd. Hoofdelijke verbondenheid van een schuldenaar houdt in dat hij jegens de schuldeiser aansprakelijk is voor de nakoming van het geheel dat de gezamenlijke schuldenaren aan de schuldeiser verschuldigd zijn.² Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid (in beginsel) uitgegaan wordt van de zelfstandigheid van de vorderingsrechten.³

9.1.1 *Hoofdelijke verbondenheid voor eenzelfde prestatie*

Uit art. 6:6 lid 2 BW blijkt onder meer dat hoofdelijke verbondenheid er voor schuldenaren is indien uit een rechtshandeling voortvloeit dat ieder ten aanzien van eenzelfde schuld voor het geheel aansprakelijk is.⁴ Een schuldeiser heeft alleen baat bij de hoofdelijke verbondenheid van een ander indien die ander solvabel is. Een (potentiële) schuldeiser zal daarom in de regel willen (kunnen) vaststellen of die ander inderdaad solvabel is. Dit is niet altijd mogelijk. In groepsverhoudingen kan hoofdelijke verbondenheid van verschillende (groeps)maatschappijen een significante verbetering van zekerheid voor de schuldeiser met zich brengen, met name bij faillissement van de (volledige) groep omdat hij op basis van art. 136 lid 1 Fw bij ieder van de hoofdelijke schuldenaren zijn volledige vordering kan indienen.⁵

Als de hoofdelijkheid eenmaal is overeengekomen of gesteld, kan de schuldeiser zich binnen de grenzen van hetgeen is vastgelegd vanaf het opeisbaarheidsmoment voor betaling tot ieder van de hoofdelijke schuldenaren wenden. Hij is in beginsel vrij te kiezen tot welke schuldenaar hij zich voor nakoming

2. Art. 6:7 lid 1 BW.

3. Parlementaire geschiedenis, Boek 6 BW, p. 95.

4. A-G Rank-Berenschot merkt op (conclusie A-G 1 maart 2019; ECLI:NL:PHR:2019:189) dat in art. 18 WvK de huidige formule 'hoofdelijk verbonden' in het kader van de invoering van Boek 6 BW in de plaats is gekomen van de formulering 'hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk' om de terminologie aan te passen aan (thans) art. 6:6 BW (onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1982/83, 17 896, nr. 3, MvT, p. 12-13). Zie ook Tervoort 2013 (diss.), p. 22.

5. Jonkers 2018, p. 165 – 166.

wendt en in welke volgorde, behalve als dienaangaande afwijkende afspraken zijn gemaakt. Deze vrijheid is een wezenlijk kenmerk van hoofdelijkheid,⁶ maar is niet onbegrensd. De Hoge Raad heeft overwogen dat wanneer één van de hoofdelijke debiteuren aanbiedt de gehele verschuldigde prestatie te verrichten, de schuldeiser dat niet kan afwijzen.⁷ Daarnaast zijn er wettelijke uitzonderingen op het kenmerk van keuzevrijheid en kan contractueel een aanspreekvolgorde worden overeengekomen.⁸ Een wettelijk bepaalde⁹ respectievelijk een contractueel overeengekomen dan wel uit een andere rechtshandeling voortvloeiende aanspreekvolgorde duid ik aan met de term subsidiariteit.¹⁰

Een hoofdelijke schuldenaar die tot betaling wordt aangesproken, wil natuurlijk wel vaststellen dat de schuld waarvoor hij wordt aangesproken ook daadwerkelijk bestaat. Indien hij een schuld voldoet zonder dat er grond is voor betaling, komt die betaling voor zijn eigen risico en zal hij het (ten onrechte) betaalde bedrag van de schuldeiser moeten terugvorderen.

Verjaring van het vorderingsrecht van de schuldeiser heeft niet tot gevolg dat de verbintenis teniet gaat, maar levert een persoonlijk verweermiddel tegen toewijzing van de vordering op; verjaring ontnemt de afdwingbaarheid in rechte. Het is mogelijk dat het recht van een schuldeiser om nakoming jegens één schuldenaar te vorderen is geëindigd, terwijl de schuldeiser ten opzichte van een andere schuldenaar een stuitingshandeling heeft verricht en het recht om nakoming te vorderen jegens die andere schuldenaar (daarom) voortduurt.

9.1.2 Benaderingen van hoofdelijkheid

Omdat van de zijde van de hoofdelijke schuldenaren hun verbintenissen nauw met elkaar zijn verbonden en vanuit de optiek van de schuldeiser hij tegenover elke schuldenaar een zelfstandig recht op nakoming heeft, is er discussie over de vraag of het bij hoofdelijkheid gaat om één verbintenis met meer schuldenaren (uniteitsleer) dan wel om evenveel verbintenissen als schuldenaren (pluraliteitsleer). Een eenduidig antwoord hierop is in onze wetgeving niet gegeven.

-
6. Zie bijvoorbeeld HR 2 november 2001, *NJ* 2002/24 (*Riva/Zannis*); HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004/317; HR 18 oktober 2001; *NJ* 2002/612, m.nt. Zwemmer (*Schaap/Wooncompagnie*).
 7. HR 9 januari 1931, *NJ* 1931/378 (*Kolfschoten q.q./Slager Heijs*), bevestigd in HR 2 november 2001, *NJ* 2002/24 (*Riva/Zannis*).
 8. Rechtbank Utrecht 17 augustus 2005, *JOR* 2005/258 (*ABN Amro/Van Voorst*) (r.o. 4.3: 'Daarbij (...) is in beginsel geen sprake van een aanspreekvolgorde of subsidiariteit, tenzij dat uitdrukkelijk is overeengekomen').
 9. Bijvoorbeeld de aansprakelijkheid bij een Eesv (zie paragraaf 5.3.1.2).
 10. Koops 2010 (diss.), p. 369 duidt deze vorm van subsidiariteit aan met de term 'uitwinningssubsidiariteit'.

Voor beide benaderingen zijn er aanknopingspunten in de wettelijke regeling. De tekst van art. 6:6 lid 2 BW wijst op de uniteitsleer vanwege de hoofdelijke verbondenheid ten aanzien van eenzelfde schuld, terwijl de tekst van art. 6:102 BW de pluraliteitsleer lijkt te indiceren vanwege het feit dat aansprakelijkheid voor eenzelfde schade nog niet inhoudt aansprakelijkheid voor dezelfde schuld. In de doctrine wordt er ook verdeeld over gedacht. Van Boom¹¹ is van oordeel dat het gebrek aan eenduidigheid op zich reeds voldoende grond is om aan te nemen dat nooit sprake kan zijn van een werkelijke uniteit. Hij merkt tevens op dat de uniteitsleer in ieder geval niet de heersende leer is geworden. In Asser/Hartkamp & Sieburgh laten de auteurs weten het meest voor de pluraliteitsleer te voelen.¹² Zij wijzen er (onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis) op dat de wet ervan uitgaat dat de vorderingsrechten van de schuldeiser tegen de schuldenaren zelfstandig zijn, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit.¹³ Zij noemen ter ondersteuning van hun voorkeur het feit dat de schuldeiser over elk van de vorderingsrechten afzonderlijk kan beschikken door een overdracht of door een afstand om baat of om niet. Andere argumenten zijn de omstandigheid dat het verzuim van de ene schuldenaar niet het verzuim van de andere schuldenaar inhoudt, dat een schuldenaar zich niet kan beroepen op verweermiddelen die enkel een medeschuldenaar betreffen en dat de vorderingen op verschillende tijdstippen kunnen verjaren.¹⁴

Hijma merkt op dat de wet niet voorziet in een antwoord op de vraag of bij hoofdelijkheid één verbintenis bestaat met meer schuldenaren of zoveel verbintenissen als er schuldenaren zijn.¹⁵ De auteur stelt zich op het standpunt dat de wetgever heeft geopteerd voor een tussenoplossing waarbij de zelfstandigheid van de rechtsbetrekkingen in het geval van hoofdelijkheid centraal staat¹⁶ en noemt ter onderbouwing van zijn benadering dat de schuldeiser zijn vordering op één van de debiteuren aan een derde kan overdragen (cederen) en dat de verweermiddelen van één debiteur niet tevens voor zijn mededebiteuren gelden. Hijma merkt voorts op dat ondanks het zelfstandige karakter van de hoofdelijke rechtsverhouding in Afdeling 2 van Titel 1 Boek 6 BW evenwel een aantal koppelingen tussen schuldeisers en hoofdelijke schuldenaren (externe relatie) en hoofdelijke schuldenaren onderling (interne relatie) is opgenomen. Asser/Hartkamp & Sieburgh benadrukken dat ongeacht de duiding van hoofdelijkheid (één verbintenis met verschillende schuldenaren of evenveel verbintenissen als schuldenaren) het uitgangspunt van hoofdelijkheid altijd blijft dat alle schuldenaren verplicht zijn tot dezelfde prestatie.¹⁷

11. Van Boom 1999 (diss.), p.11 en 2016, p. 19.

12. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2016 (6-I), nr. 100.

13. Parlementaire geschiedenis, Boek 6 BW, p. 95.

14. Vgl. HR 28 mei 1999, *RvdW* 1998, 88.

15. Hijma 2005, nr. 310.

16. Parlementaire Geschiedenis, Boek 6 BW, p. 95.

17. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2016 (6-I), nr. 100.

9.2 Hoofdelijke aansprakelijkheid voor schuld 403-rechtspersoon

Uit de parlementaire geschiedenis is af te leiden dat beoogd is te bepalen dat de 403-aansprakelijke maatschappij zich door de 403-verklaring hoofdelijk verbindt voor de nakoming van de uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortkomende verbintenissen in die zin dat als die verbintenissen er zijn, de betrokken schuldeisers van de 403-rechtspersoon zich voor de nakoming van die verbintenissen ook tot de 403-aansprakelijke maatschappij kunnen wenden.¹⁸ Hieruit blijkt dat de 403-verklaring een ongericht karakter heeft en zich uitstrekt tot al degenen die de rechthebbenden zijn op de eventuele uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende vorderingsrechten jegens de 403-rechtspersoon zonder nadere duiding van wie die rechthebbenden zijn. Ook kan uit het voorgaande worden afgeleid dat de 403-verklaring dient als generieke waarborg voor de nakoming van de verbintenissen uit rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon.

De uit de parlementaire geschiedenis blijkende bedoeling en de genoemde kenmerken passen in de (tekst van de) unitaire vrijstellingsregeling¹⁹ en verhouden zich mijns inziens ook goed tot de functie die de 403-aansprakelijkstelling in het economisch handelsverkeer heeft, namelijk om schuldeisers compensatie te bieden voor het niet openbaar zijn van de jaarrekening van de schuldenaar (= de 403-rechtspersoon).

Ik ga hierna achtereenvolgens in op het moment dat de 403-aansprakelijkheid ontstaat (paragraaf 9.2.1), de verhouding tot de schuldeisers van de 403-rechtspersoon (paragraaf 9.2.2), de nakomingsverplichting van de 403-aansprakelijke maatschappij (paragraaf 9.2.3) en de civielrechtelijke duiding van de 403-verklaring (paragraaf 9.2.4).

9.2.1 *Het ontstaansmoment van de 403-aansprakelijkheid*

Er zijn verschillende opvattingen over welke rechtshandeling de 403-aansprakelijkheid doet ontstaan. Van der Grinten vroeg zich af of de 403-verklaring moest worden geduid als een aanbod tot aansprakelijkstelling, welk aanbod door de aanvaarding van de crediteuren de aansprakelijkheid doet ontstaan,²⁰ dan wel of de verklaring reeds de aansprakelijkheid doet ontstaan. Deze auteur acht het eerste het beste passen binnen het wettelijk systeem, maar wijst erop dat Hartkamp – Asser/Hartkamp II, nr. 80 – aanneemt dat de eenzijdige 403-verklaring de verbintenis doet ontstaan. Hij merkt nog op dat de 403-verklaring gewoonlijk een rechtshandeling om niet zal zijn, van enige tegenprestatie van de schuldeisers is in de regel geen sprake.²¹

18. Wetsvoorstel 10 689, MvT, 8 juni 1970, p. 14 – 15.

19. Zie ook paragraaf 5.1.

20. Van der Grinten 1990, p. 25.

21. Van der Grinten 1990, p. 27.

Houwen²² is van oordeel dat het deponeren van de 403-verklaring civiel-rechtelijk kan worden gekwalificeerd als een eenzijdige ongerichte rechtshandeling om niet die een verbintenis in het leven roept en verwijst daarbij naar Hartkamp²³ en Beckman.²⁴ Er is immers, zo vervolgt hij, sprake van een op rechtsgevolg gerichte wil die zich door de verklaring heeft geopenbaard. Voor dit rechtsgevolg – de hoofdelijke aansprakelijkheid – is niet vereist dat de verklaring wordt gericht tot één of meer bepaalde andere personen; en ook is voor de werking van de verklaring niet vereist dat zij de schuldeiser(s) van de 403-rechtspersoon heeft bereikt. De auteur merkt op dat een nadere wilsuiting van de schuldeiser van de 403-rechtspersoon derhalve niet van node is om de gebondenheid van de 403-aansprakelijke maatschappij te bewerkstelligen. Hij vermag niet in te zien dat binnen het wettelijke systeem de duiding van aanbod met aanvaarding door de schuldeisers het beste binnen het wettelijk systeem zou passen.²⁵

Volgens Wibier ontstaat door het ‘enkele’ deponeren van de 403-verklaring geen vorderingsrecht voor schuldeisers van de 403-rechtspersoon jegens de 403-aansprakelijke maatschappij.²⁶ Daarvoor moet naar zijn mening de eenzijdige aansprakelijkstellingsverklaring van de 403-aansprakelijke maatschappij eerst worden geaccepteerd door de schuldeisers van de 403-rechtspersoon. De auteur merkt op dat voor gebondenheid van de 403-aansprakelijke maatschappij jegens een schuldeiser van de 403-rechtspersoon een *conditio sine qua non* is dat de desbetreffende schuldeiser op de hoogte is van de inhoud van de gedeponeerde 403-verklaring. Deze stelling baseert Wibier op het beginsel van contractvrijheid en het daaruit volgende autonomiebeginsel. In dat kader past het volgens de auteur niet om het bestaan van een dergelijke aanspraak aan te nemen zonder dat schuldeisers hun zogenoemde wilsrecht hebben uitgeoefend. Van der Kraan neemt in navolging van Wibier eenzelfde standpunt in.²⁷ Volgens de laatstgenoemde auteur moet onderscheid worden gemaakt tussen een wilsrecht van de schuldeiser – waarvan sprake is in de periode voorafgaand aan acceptatie van de 403-verklaring van de 403-aansprakelijke maatschappij – en een aanspraak van de schuldeiser – die eerst ontstaat nadat de 403-aansprakelijke maatschappij door de schuldeiser is aangesproken. Ook Booms²⁸ gaat uit van de opvatting dat uit het afleggen van een eenzijdige verklaring op zichzelf geen afdwingbare verbintenissen voortvloeien ten gunste van degene die de verklaring ontvangt, maar (hoogstens) een wilsrecht om deze verbintenissen te doen

22. Houwen e.a. 1993 (diss.) p. 828 – 829.

23. Asser/Hartkamp 1992 (4-I), nr. 51 en Asser/Hartkamp 1989 (4-II), nr. 80.

24. Beckman 1987, p. 527 – 528.

25. Houwen e.a. 1993 (diss.) p. 829.

26. Wibier 2008, p. 182.

27. Van der Kraan 2013, p. 156 – 157, 2015, p. 18 – 21.

28. Booms 2019 (diss.), p. 434 – 436.

ontstaan. Hij spreekt over potentiële gebondenheid aan wilsrechten die nog niet zijn uitgeoefend. Hij ziet de 403-verklaring als een aanbod dat door eenieder die aan de omschreven kwaliteit voldoet, kan worden geaccepteerd. Hij merkt hierbij wel op dat of nu de bron van de verbintenis die op de garant rust om tot betaling over te gaan een eenzijdige rechtshandeling is dan wel een overeenkomst doordat de begunstigde een door de garant verschaft wilsrecht inroept, in elk geval kwalitatief de begunstigde moet zijn omschreven. Daarnaast zo merkt hij op, is hoe dan ook vereist dat op de één of andere wijze duidelijk wordt aan de garant dat betaling wordt verlangd.

Uit het wettelijke systeem vloeit naar mijn mening voort dat door het afgeven en deponeren van een 403-verklaring de maatschappij die de verklaring aflegt (de 403-aansprakelijke maatschappij) zich daarmee eenzijdig aansprakelijk stelt voor alle uit rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende vorderingsrechten jegens de 403-rechtspersoon. Op het moment dat een dergelijk vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon ontstaat, ontstaat uit hoofde van de 403-verklaring hoofdelijke aansprakelijkheid voor de 403-aansprakelijke maatschappij. Is deze verklaring na het ontstaan van het vorderingsrecht afgegeven, dan ontstaat deze hoofdelijke aansprakelijkheid vanaf het moment van deponeering bij het handelsregister. Vanaf het moment dat de hoofdelijke aansprakelijkheid ontstaat, verkrijgt de rechthebbende op het vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon de 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij.

De bezwaren tegen het ontstaan van een aanspraak enkel door het afgeven en deponeren van de 403-verklaring door de moedermaatschappij deel ik niet. De door Wibier genoemde contractsvrijheid staat er niet aan in de weg dat schuldeisers vanwege de door de 403-aansprakelijke maatschappij afgegeven en gedeponeerde 403-verklaring een uitbreiding van hun verhaalsmogelijkheden ontvangen. Het argument van Van der Kraan dat het ontstaan van een 403-aanspraak voor de schuldeiser van de 403-rechtspersoon jegens de 403-aansprakelijke maatschappij zonder dat deze door de schuldeiser is aangesproken de ‘onwenselijke situatie’ oplevert ‘dat de 403-aansprakelijke maatschappij in de positie verkeert om vervolgens tot nakoming van de op haar rustende verplichting over te gaan’²⁹ overtuigt evenmin. Zij interpreteren de tekst van art. 2:403 BW mijns inziens niet juist. In de wettelijke regeling is niet bepaald dat schuldeisers de eenzijdige, ongerichte aansprakelijkstelling moeten aanvaarden. Er hoeven zelfs nog geen schuldeisers te zijn. Op grond van art. 2:403 BW gaat het louter om hoofdelijke verbondenheid en aansprakelijkheid voor de uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende schulden. Het verschil in benadering kan onder meer van belang zijn in de situatie dat de 403-aansprakelijke maatschappij faillieert op een tijdstip waarop deze schuldeiser de 403-verklaring nog niet heeft geaccepteerd. In de ‘wilsrecht-benadering’

29. Van der Kraan 2015, p. 18.

gaat het in dat geval om een toekomstige vordering die haar grondslag vindt in een rechtsverhouding van vóór het faillissement³⁰ die in overeenstemming met art. 131 Fw moet worden geverifieerd voor haar waarde op de dag der faillietverklaring.

Ik merk nog op dat er aansprakelijkheid kan zijn van de maatschappij die de hoofdelijke aansprakelijkheid stelt zonder dat de afgegeven aansprakelijkstelling is gedeponereerd.³¹ Tot 1984 geschiedde de aansprakelijkstelling door middel van depot bij het handelsregister. In onze wetgeving gaat het thans om twee constitutieve (gescheiden) voorwaarden: de aansprakelijkstelling en openbaarmaking daarvan door depot bij het handelsregister. Deponering van de aansprakelijkstellingsverklaring is aldus een vereiste om bevoegd gebruik te kunnen maken van het groepsregime (de openbaarmakingsvoorwaarde³²).³³ Dat ligt voor de hand omdat pas na de bekendmaking van de aansprakelijkstelling op objectieve wijze is vast te stellen dat de 403-verklaring is gegeven en schuldeisers van de 403-rechtspersoon eerst dan (kunnen) weten dat er een 403-verklaring is. Uit arresten van de Hoge Raad waarin hij is verzocht om te oordelen over de (aard en reikwijdte van de) 403-verklaring (zie paragraaf 9.3), blijkt dat hij belang toekent aan de deponering van de 403-verklaring. Hij overweegt dat schuldeisers een recht ontlenen aan de tekst van de *gedeponeerde* 403-verklaring.

Het is denkbaar dat er een aansprakelijkstelling is afgegeven door een 403-aansprakelijke maatschappij uit hoofde waarvan die maatschappij aansprakelijk is jegens een schuldeiser van de 403-rechtspersoon in verband met een uit een rechtshandeling van die 403-rechtspersoon voortvloeiende schuld, maar dat de 403-verklaring (nog) niet is gedeponereerd bij het handelsregister. Dit kan ook aan de orde zijn in geval van faillissement, bijvoorbeeld in de situatie dat de 403-verklaring is afgegeven aan de 403-rechtspersoon maar dat deze die 403-verklaring ten onrechte niet heeft gedeponereerd bij het handelsregister. In voornoemde gevallen is niet voldaan aan de voorwaarden voor het rechtsgeldig gebruik van het groepsregime maar kan er evenwel bekendmaking van de 403-verklaring op andere wijze dan door middel van depot van het handelsregister hebben plaatsgevonden in welk geval de 403-aansprakelijke maatschappij hoofdelijke aansprakelijk kan zijn.

30. Zie HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, *JOR* 2018/254, m.nt. Faber en Vermunt; *AA* 2018/0720, m.nt. Wibier (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*).

31. Voor een casus waarin in een op 9 juli 1999 gedagtekende 403-verklaring is vermeld dat deze is gedeponereerd, met daarbij in de begeleidende brief dat deze werkt vanaf 1998, en waarbij in werkelijkheid het depot pas op 22 februari 2001 heeft plaatsgevonden, is in rechte aangenomen dat beoogd is aan de verklaring onmiddellijke werking toe te kennen, *Rechtbank Den Haag, JOR* 2005/116, m.nt. Harmsen, r.o. 3.2.

32. Zie hoofdstuk 6.

33. Beckman 1995 (diss.), p. 453, noemt ook nog de functie van deponering als middel voor het verstrekken van informatie over de gestelde aansprakelijkheid aan schuldeisers die zich daarop zouden kunnen beroepen.

9.2.2 *Verhouding tot de schuldeisers van de 403-rechtspersoon*

De terminologie die onze wetgever in art. 2:403 lid 1 onder f BW heeft gekozen – ‘(...) hoofdelijk aansprakelijk (...) voor (...) schulden’ – is wat ongelukkig. Op basis van die tekst kan de indruk bestaan dat de 403-aansprakelijke maatschappij enkel verhaalsaansprakelijk is. In dat geval zou een schuldeiser de 403-aansprakelijke maatschappij niet kunnen aanspreken tot nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit de door de 403-rechtspersoon aangegane rechtshandelingen, maar alleen verhaal kunnen nemen op het vermogen van de 403-aansprakelijke maatschappij voor de nadelige gevolge van het niet-nakomen door de 403-rechtspersoon. Daar blijktens de parlementaire geschiedenis beoogd is te bepalen dat de 403-aansprakelijke maatschappij zich door de 403-verklaring hoofdelijk verbindt voor de nakoming van de uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortkomende verbintenissen, in die zin dat als die verbintenissen er zijn, de betrokken schuldeisers van de 403-rechtspersoon zich voor nakoming van die verbintenissen ook tot de 403-aansprakelijke maatschappij kunnen wenden. Het kan gaan om betaling van een geldsom, maar evengoed om het leveren van een goed of het verrichten van een dienst. Ook kan ten opzichte van de schuldeiser zijn overeengekomen dat de 403-rechtspersoon (persoonlijk) gehouden is tot nakoming van de verbintenis uit hoofde van de rechtshandeling en de 403-aansprakelijke maatschappij (enkel) tot betaling van een geldsom. Onjuist is evenwel wat de voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam³⁴ overwoog over de 403-aansprakelijke maatschappij: dat deze geen partij is bij de raamovereenkomsten en derhalve niet rechtstreeks jegens de (schuldeiser van de 403-rechtspersoon) aansprakelijk is voor de nakoming van de uit die overeenkomsten voortvloeiende verplichtingen van de (403-rechtspersoon) en dat de 403-verklaring dit niet anders maakt nu die slechts ziet op de aansprakelijkstelling van de (403-aansprakelijke maatschappij) en uit de verklaring geenszins kan worden afgeleid dat de (403-aansprakelijke maatschappij) de aansprakelijkheid van alle verbintenissen op zich neemt.³⁵ Een soortgelijk onjuist oordeel blijkt uit een vonnis van de rechtbank Gelderland³⁶ waarin is overwogen dat voor een veroordeling van de desbetreffende 403-aansprakelijke maatschappij tot nakoming in verband met een afvalverwerkingsovereenkomst geen grond is, omdat ‘(de 403-aansprakelijke maatschappij) zich (...) alleen hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor schulden van (de 403-rechtspersoon), en niet zonder meer ook voor de

34. Rechtbank Rotterdam 24 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10454, r.o. 4.2, *Ondernemingsrecht* 2014/31, m.nt. Beckman (*Vodafone/KPN*).

35. De annotator merkt op dat het erop lijkt dat de inmiddels ruime rechtspraak op het gebied van art. 2:403 BW aan partijen/voorzieningenrechter voorbij is gegaan.

36. Rechtbank Gelderland (vzr) 19 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4157, r.o. 4.8.

nakoming door (de 403-rechtspersoon) van primaire verplichtingen'. De rechtbank noemt als tweede argument voor de afwijzing van de 403-vordering: '(de 403-aansprakelijke maatschappij) (heeft) onbetwist (...) aangevoerd dat zij een holding is en geen afvalverwerkingsactiviteiten ontplooit en dat zij dus niet in staat is de overeenkomst met (de schuldeiser van de 403-rechtspersoon) na te komen'.

Evenals Beckman³⁷ meen ik dat de onduidelijkheid in de wettekst die leidt tot voornoemde onjuiste uitleg zou zijn voorkomen wanneer de wetgever de tekst van art. 2:403 BW had laten aansluiten bij de terminologie van Afdeling 2 van Titel 1 Boek 6 BW en te kiezen voor de term verbintenis. Wanneer in de tekst zou zijn opgenomen dat hoofdelijkheid is vereist voor verbintenissen waartoe de 403-rechtspersoon zich heeft verbonden, kan er geen twijfel over bestaan dat de 403-aansprakelijke maatschappij die hoofdelijkheid aanvaardt, door een schuldeiser kan worden aangesproken tot nakoming dan wel, indien dat niet aan de orde is, tot (aanvullende of vervangende) schadevergoeding.

9.2.3 *Nakomingsverplichting van de 403-aansprakelijke maatschappij*

Het hoofdelijke schuldenaarschap van de 403-aansprakelijke maatschappij brengt mee dat een schuldeiser zich kan melden bij deze maatschappij met het verzoek tot de voldoening van zijn 403-aanspraak. Het is echter aan de schuldeiser van de 403-rechtspersoon om te bepalen tot wie hij zich voor de voldoening zal wenden. Dat kan zijn naar zijn keuze de 403-rechtspersoon en/of de 403-aansprakelijke maatschappij. Wanneer de schuldeiser zich voor de voldoening wendt tot de 403-aansprakelijke maatschappij, kan deze die voldoening niet afwijzen met het verweer dat de 403-rechtspersoon eerst moet worden aangesproken. Zowel de 403-aansprakelijke maatschappij als de 403-rechtspersoon zijn schuldenaar. Van een bepaalde aanspreekvolgorde is geen sprake, tenzij dat uitdrukkelijk uit de 403-verklaring blijkt³⁸ of is overeengekomen.³⁹ Er is voor de schuldeiser van de 403-rechtspersoon een 403-aanspraak wanneer vaststaat dat zijn vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon voortvloeit uit een door deze rechtspersoon aangegane rechtshandeling. Wanneer in die rechtsverhouding een opschortende tijdsbepaling (bijvoorbeeld een betalingstermijn van dertig dagen) is overeen gekomen, geldt dat ook voor de 403-aanspraak.

In rechtspraak is overwogen⁴⁰ dat een 403-aansprakelijke maatschappij de 403-aanspraak kan afweren en de schuldeiser kan verzoeken eerst verhaal te zoeken bij zijn contractpartij, de 403-rechtspersoon. Aan dat verzoek hoeft

37. Beckman 1995 (diss.), p. 472.

38. Zie paragraaf 5.3.2.2.

39. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Utrecht 17 augustus 2015, *JOR* 2005/258 (*ABN Amro/Van Voorst*), r.o. 4.3.

40. Zie Rechtbank Rotterdam 24 januari 2012, *JOR* 2012/165, m.nt. Bertrams.

de schuldeiser geen gehoor te geven. De schuldeiser mag de nakoming door een ander dan de hem uitgekozen schuldenaar evenwel niet afwijzen. Uiteraard moet de 403-aansprakelijke maatschappij in de gelegenheid worden gesteld

de rechtsgrond van de aanspraak vast te stellen en ook of de vordering op de 403-rechtspersoon niet al is voldaan. Daartoe zal de schuldeiser de 403-aansprakelijke maatschappij een redelijke termijn moeten geven zodat de 403-aansprakelijke maatschappij de 403-rechtspersoon om informatie kan verzoeken over het bestaan en de omvang van de op hem bestaande vordering. Ook zal de 403-aansprakelijke maatschappij zich moeten (kunnen) vergewissen van eventuele verweren die de 403-rechtspersoon ter zake van deze vordering heeft.

De 403-aansprakelijke maatschappij zal (doorgaans) niet beschikken over documentatie waaruit de verschuldigdheid van het gevorderde blijkt. Wanneer de groepsband tussen de 403-aansprakelijke maatschappij en de 403-rechtspersoon voortduurt kan de benodigde informatie gewoonlijk eenvoudig worden verkregen. Indien er sprake is van een verbreking van de groepsband en de maatschappij tot wier groep de rechtspersoon behoorde, vergeten is tot intrekking van de 403-verklaring over te gaan, is dat veelal minder makkelijk. In dit soort gevallen rust op een schuldeiser mogelijk een (verderstrekkende) verplichting tot onderbouwing van zijn 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij.

Indien is geconstateerd dat sprake is van een bestaande verplichting waartegen geen verweermiddelen kunnen worden ingebracht, moet vast komen te staan dat degene die zich voor voldoening van de 403-aanspraak heeft gewend tot de 403-aansprakelijke maatschappij, de rechthebbende is van het vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon. Een schuldeiser kan een 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij hebben verkregen doordat hij een vorderingsrecht overgedragen heeft gekregen van de schuldeiser van de 403-rechtspersoon. Van een dergelijke overdracht hoeft de 403-rechtspersoon niet op de hoogte te zijn. Om die reden is het aan de schuldeiser om aan te tonen dat deze de rechthebbende is van het vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon onder overlegging aan de 403-aansprakelijke maatschappij van een document waaruit blijkt dat de vordering waarvan voldoening wordt gevorderd, voortvloeit uit een door de 403-rechtspersoon verrichte rechtshandeling dan wel door het tonen van een afschrift van een akte van cessie (al dan niet met overlegging van een vastlegging van een in dat kader gedane mededeling). Ook zal duidelijk moeten zijn dat de vordering niet al door de 403-rechtspersoon is voldaan.

Wanneer de schuldeiser zijn gerechtigdheid heeft aangetoond en een redelijke termijn voor het verifiëren van het bestaan en de omvang van de vordering is verstreken, is de 403-aansprakelijke maatschappij gehouden met inachtneming van de condities waaronder het vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon is ontstaan, tot voldoening aan de schuldeiser over te gaan. Indien de 403-aansprakelijke maatschappij na daartoe te zijn aangesproken door

de schuldeiser een schuld uit een rechtshandeling van de 403-rechtspersoon voldoet, ontstaat vanaf dat moment een regresvordering op de 403-rechtspersoon.⁴¹

Indien de 403-aansprakelijke maatschappij niet tot betaling overgaat, zijn de regels omtrent ingebrekestelling en het intreden van verzuim als bepaald in Boek 6 BW onverkort van toepassing. Van een situatie als genoemd in art. 6:83 BW of als overwogen in relevante rechtspraak waarin zonder ingebrekestelling sprake is van verzuim, is naar mijn mening geen sprake. Dat is enkel anders wanneer de 403-aansprakelijke maatschappij en schuldeiser overeen zijn gekomen dat de vordering wordt voldaan onder de titel van vervangende schadevergoeding⁴² of indien specifieke omstandigheden daartoe aanleiding geven: de opsomming van gevallen waarin verzuim intreedt zonder ingebrekestelling in art. 6:83 BW is niet limitatief. Dat niet-limitatieve karakter is meermaals bevestigd door de Hoge Raad.⁴³

9.2.4 *Civielrechtelijke duiding van de 403-aansprakelijkstelling*

Op basis van het voorgaande is mijn conclusie dat in art. 2:403 BW de aansprakelijkstelling niet meer inhoudt dan dat de 403-aansprakelijke maatschappij hoofdelijk aansprakelijk is voor voldoening van de vorderingen van schuldeisers van de 403-rechtspersoon. Méér invulling is door de wetgever niet gegeven, althans niet anders dan dat uit art. 6:6 lid 2 BW blijkt dat als uit een rechtshandeling voortvloeit dat als schuldenaren ten aanzien van eenzelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn, zij hoofdelijk zijn verbonden. Dit betekent naar mijn mening dat er verschillende mogelijkheden zijn om de 403-aansprakelijkstelling nader te duiden met name waar het gaat om de aard van de hoofdelijke aansprakelijkheid. Daaronder zou ook kunnen vallen een hoofdelijke aansprakelijkheid sui generis.

Hoofdelijke aansprakelijkheid in overeenstemming met hetgeen daaromtrent in Afdeling 2 van Titel 1 Boek 6 BW is bepaald, wordt gekenmerkt door het ontbreken van subsidiariteit en accessoiriteit. Dit brengt mee dat de 403-aansprakelijkheid in die uitleg een rechtstreeks, generiek, niet-afhankelijk karakter heeft en een zelfstandige verbintenis van de 403-aansprakelijke maatschappij inhoudt indien uit een door de 403-rechtspersoon verrichte rechtshandeling een schuld op de 403-rechtspersoon voortvloeit. Toch lijkt de vraag gewettigd of de bepalingen in Boek 6 BW die vooral lijken toegespitst te zijn op gerichte specifieke rechtshandelingen waarbij meer dan één schuldenaar zich terstond of later hoofdelijk verbindt, in het kader van art. 2:403 BW geëigend

41. Zie paragraaf 9.7.

42. Zie art. 6:83 sub b BW.

43. Zie bijvoorbeeld: HR 19 mei 2000; *NJ* 2000/603, m.nt. Snijders; HR 6 oktober 2000, *NJ* 2000/691 (*Rowi/Verzicht*); HR 12 september 2003; *NJ* 2004/36; en HR 23 maart 2007, *NJ* 2007/176 (*Brocacef/Simons*).

zijn, omdat het in de laatstgenoemde bepaling gaat om een aansprakelijkheidskader met ongericht generiek karakter. De verklaring kan in ieder geval niet anders worden verstaan dan dat onder het dekkingsbereik van de gestelde aansprakelijkheid vallen:

- alle schulden uit aangegane rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon, en
- alle schulden uit in de toekomst aan te gane rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon.

Als de 403-aansprakelijkheid wordt gesteld, hoeven er in het geheel geen rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon te zijn (geweest), maar evenzeer kan het zijn dat er geen schulden uit rechtshandelingen zijn omdat de 403-rechtspersoon deze verbintenissen is nagekomen. Dit laat zien dat het gaat om een aansprakelijkheidskader ter vergemakkelijking van het economisch verkeer tussen de 403-rechtspersoon en derden. Op grond van de bij het handelsregister openbaargemaakte 403-verklaring wordt geacht dat zij weten dat er voor hun nakomingsrecht een waarborg bestaat in die zin dat op en vanaf het moment dat de verbintenis uit die rechtshandeling ontstaat, de maatschappij die de 403-verklaring heeft gegeven, zich hoofdelijk verbindt voor de nakoming van de uit rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende verbintenissen van de 403-rechtspersoon.

Ik kan daarom begrijpen dat er kritiek is op een uitleg à la Boek 6 BW. In de opvatting van veel auteurs die deze uitleg afwijzen, zou de 403-aanspraak wel een accessoir (afhankelijk) en de 403-aansprakelijkheid wel een subsidiair karakter moeten hebben en zijn er verschillende alternatieven voor een andere uitleg voorgesteld of varianten binnen de hoofdelijkheid geopperd. Alvorens daarop in te gaan (zie paragraaf 9.4), ga ik eerst in op de uitleg van de Hoge Raad (paragraaf 9.3).

9.3 Hoofdelijke 403-aansprakelijkheid: uitleg Hoge Raad

De 403-aansprakelijkheid is door de Hoge Raad tot op heden uitgelegd als rechtstreekse hoofdelijke aansprakelijkheid die zelfstandige verbintenissen in de zin van Boek 6 BW met zich brengt.⁴⁴ Deze duiding geeft hij voor het eerst in het arrest Akzo/ING.⁴⁵ Zijn beoordeling in vier arresten nadien gewezen

44. Wibier 2008, p. 182 acht deze formulering minder gelukkig, omdat daaruit ten onrechte zou kunnen worden afgeleid dat onmiddellijk na het ontstaan van de vordering op de 403-rechtspersoon van rechtswege ook een vordering op de 403-aansprakelijke maatschappij ontstaat. Ook Booms 2019 (diss.), p. 435 (noot 17) merkt op dat uit 'rechtstreekse' niet voortvloeit dat daardoor verbintenissen ontstaan: een rechtstreekse aansprakelijkheid is iets anders dan dat een aansprakelijkheid zonder verdere vereisten bestaat.

arresten (UWV/Econcern,⁴⁶ SNS,⁴⁷ Bia Beheer⁴⁸ en TPB/Eneco⁴⁹) is daarmee steeds in overeenstemming. Ik wijs er op dat in al deze procedures een 403-verklaring ter beoordeling werd voorgelegd die in overeenstemming is met de tekst van art. 2:403 lid 1 onder f BW. Ik geef hierna beknopt de casusposities weer alsmede de relevante overwegingen.

9.3.1 Arrest HR Akzo/ING

De aanleiding voor het arrest Akzo/ING⁵⁰ was de door ING op grond van art. 2:404 lid 3 e.v. BW ingestelde verzetprocedure in verband met de voorgenomen beëindiging van de aansprakelijkheid die resteerde na de werking van de intrekking ten gevolge van een door Akzo bij het handelsregister gedeponeerde verklaring tot intrekking van de 403-aansprakelijkstelling. Aan de Hoge Raad is in cassatie op het arrest van de Ondernemingskamer⁵¹ ter beoordeling voorgelegd of ING als pandhouder van een schuld voortvloeiende uit een rechtshandeling van de rechtspersoon die hoofdschuldenaar is, te duiden is als een schuldeiser die verzet kan instellen tegen de door Akzo beoogde beëindiging van haar restaansprakelijkheid.

De Hoge Raad overweegt dat een schuldeiser geen recht kan ontlelen aan art. 2:403 BW, maar enkel aan de gedeponeerde 403-verklaring.⁵² Bij de beoordeling wat de verklaring in een concreet geval inhoudt dient deze te worden uitgelegd, waarbij de aard van de verklaring leidend is. Daarnaast kan de strekking van de verklaring zoals die in het kader van Titel 9 Boek 2 BW is te interpreteren, een rol spelen bij de uitleg van de betekenis van de verklaring in een bepaald geval. Bij het vaststellen van de inhoud of reikwijdte van de verklaring in een concreet geval is naar het oordeel van de Hoge Raad het uitgangspunt

-
45. HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447, m.nt. Maeijer; *JOR* 2002/136, m.nt. Bartman; *Ondernemingsrecht* 2002/15, m.nt. Beckman (*Akzo/ING*). Zie ook de beschouwingen ter zake het arrest ING/Akzo van De Neve 2002, Pors 2002, De Kluiver 2002, Schoordijk 2003 en Bartman 2004.
 46. HR 11 april 2014, *NJ* 2014/309, m.nt. Van Schilfgaarde; *Ondernemingsrecht* 2014/83, m.nt. Beckman; *JOR* 2014/199, m.nt. Van Dooren (*UWV/Econcern*).
 47. HR 16 juni 2015, *NJ* 2015/361, m.nt. Van Schilfgaarde en Winter; *JOR* 2015/140, m.nt. Josephus Jitta; *Ondernemingsrecht* 2015/97, m.nt. Beckman (*SNS*).
 48. HR 3 april 2015, *NJ* 2015/255, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2015/191, m.nt. Faber en Vermunt; *Ondernemingsrecht* 2015/66, m.nt. Beckman; *TvI* 2015/53, m.nt. Blommaert en Linders (*Bia Beheer*). Zie ook Bartman 2015.
 49. HR 19 juni 2015 ECLI:NL:HR:2015:1691 (*TPB/Eneco*), zie voor het arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage 18 maart 2014 ECLI:NL:HR:2014:892, *JOR* 2015/93, m.nt. Bartman.
 50. En het vonnis van de Rechtbank Arnhem (1 februari 2001, *JOR* 2001/88) en het arrest van het Gerechtshof Amsterdam (OK) (31 juli 2001, *JOR* 2001/170, m.nt. Bartman) die daarvooraf aan gingen.
 51. Gerechtshof Amsterdam (OK) 31 juli 2001, *JOR* 2001/170, m.nt. Bartman.
 52. R.o. 3.4.6.

dat de verklaring beoogt door middel van een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling rechtstreekse aansprakelijkheid⁵³ van de depone-rende 403-aansprakelijke maatschappij in het leven te roepen. Daarbij geldt dat schuldeisers enkel aan de tekst van de gegeven en openbaar gemaakte 403-verklaring rechten kunnen ontleen en nadrukkelijk niet aan art. 2:403 BW. Niet leidend bij de uitleg is de omstandigheid dat als gevolg van het deponeren van een 403-verklaring schuldeisers worden beschermd tegen een vermindering van de financiële informatieverstrekking op het niveau van de hoofdschuldenaar. Een 403-verklaring is naar het oordeel van de Hoge Raad⁵⁴ geen overeenkomst van borgtocht: ‘(...) dat het oordeel van de Ondernemingskamer dat Akzo Nobel in een positie is komen te verkeren “als had zij zich ten behoeve van de dochter (...) jegens de contractant tot borg gesteld”, (kan) geen stand (...) houden. Voor zover de Ondernemingskamer dit oordeel heeft gebaseerd op een uitleg van de door Akzo Nobel afgelegde verklaring, is haar oordeel in het licht van de bewoordingen ervan die niets omtrent borgtocht inhouden, onbegrijpelijk. Voor zover de Ondernemingskamer dit oordeel heeft gebaseerd op de strekking van artikel 2:403, berust haar oordeel op een onjuiste rechtsopvatting, nu hoofdelijke aansprakelijkheid, ook in het kader van deze bepaling, niet op één lijn kan gesteld kan worden met borgtocht’.

Ook het oordeel van de Ondernemingskamer dat een eenzijdige rechtshandeling van hoofdelijke aansprakelijkheid – de 403-verklaring – een afhankelijk recht in het leven roept, wijst de Hoge Raad af⁵⁵ en verwerpt hij de door de Ondernemingskamer aangenomen gelijkstelling van de 403-verklaring met borg op basis van het argument dat hoofdelijke aansprakelijkheid niet op één lijn kan worden gesteld met borgtocht.⁵⁶ De Hoge Raad volgt hiermee de A-G.⁵⁷ Ook met zijn kwalificatie van de 403-verklaring (een eenzijdige, ongerichte rechtshandeling waaruit rechtstreeks hoofdelijke aansprakelijkheid voortvloeit) volgt de Hoge Raad de A-G⁵⁸ die verwijst naar Hartkamp,⁵⁹ Houwen⁶⁰ en Van der Heijden/Van der Grinten.⁶¹

De Hoge Raad concludeert voorts dat ING geen verzet kan instellen, omdat zij niet is een ‘schuldeiser voor wiens vordering nog aansprakelijkheid loopt’ als omschreven in art. 2:404 lid 5 BW, maar een pandhouder van een dergelijke vordering.⁶²

53. R.o. 3.4.3.

54. R.o. 3.4.6.

55. R.o. 3.4.5.

56. R.o. 3.4.6.

57. Conclusie A-G 28 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE4663, onderdeel 2.20, met dien verstande dat de A-G de 403-verklaring duidt als ‘een eenzijdig (ongerichte) rechtshandeling die de aansprakelijkstelling doet ontstaan’.

58. R.o. 2.29.

59. Asser/Hartkamp 2000 (4-I).

60. Houwen e.a. 1993 (diss.), p. 829.

61. Van der Heijden/Van der Grinten 1992, p. 559.

62. R.o. 3.5.3.

9.3.2 *Arresten HR na Akzo/ING*

In de procedure tussen UWV en Econcern komt aan de orde of de schulden uit hoofde van een door een schuldenaar verrichte rechtshandeling waaraan een voorrecht is verbonden, tevens als bevoorrecht hebben te gelden ten opzichte van een uit hoofde van een 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijke maatschappij. Het door de schuldeiser ingenomen standpunt dat uit de strekking van het groepsregime zou blijken dat een voorrecht in de verhouding tussen hem en de 403-rechtspersoon (ook) in de verhouding tussen hem en de 403-aansprakelijke maatschappij zou gelden, is afgewezen.⁶³ De Hoge Raad overweegt dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat voorrechten alleen ontstaan uit de wet en nu er geen wettelijke bepaling is die aan een vordering uit hoofde van een 403-verklaring een voorrecht verbindt, de vordering van de schuldeiser op de hoofdelijk aansprakelijke maatschappij niet bevoorrecht is en voorts dat daaraan niet af doet het standpunt van de schuldeiser dat die vordering een accessoir en subsidiair karakter heeft en evenmin zijn stelling dat het zou gaan om een nevenrecht.⁶⁴ Een nadere duiding van het belang of de aanvaardbaarheid van deze stellingen geeft de Hoge Raad niet.

In het kader van de onteigening van SNS gaat de Hoge Raad⁶⁵ – naar aanleiding van het door verschillende schuldeisers ingestelde beroep tegen de SNS beschikking – in op de door de Ondernemingskamer overwogen uitleg en de duiding van de 403-verklaring.⁶⁶ De Ondernemingskamer overweegt dat de rechtsgevolgen van de 403-verklaring moeten worden vastgesteld door de objectieve uitleg daarvan.⁶⁷ Daarbij geldt volgens de Ondernemingskamer als uitgangspunt dat de 403-verklaring niet de strekking heeft verdere aansprakelijkheid te aanvaarden dan voor de werking van het groepsregime noodzakelijk is en dat dit betekent dat een achterstelling die betrekking heeft op de schuld van de 403-rechtspersoon ten opzichte van de schuldeiser doorwerkt in de vordering van die schuldeiser ten opzichte van de 403-aansprakelijke maatschappij uit hoofde van de 403-verklaring.⁶⁸ Volgens de Hoge Raad⁶⁹ heeft de Ondernemingskamer de juiste uitlegmaatstaf aangelegd. Ter onderbouwing van dat oordeel overweegt hij dat de 403-verklaring een niet tot een bepaalde partij gerichte, eenzijdige rechtshandeling is, dat bij een dergelijke rechtshandeling per definitie derden geen invloed hebben op haar bewoordingen en dat de overwegingen die ten grondslag liggen aan de wijze waarop de betrokken bepalingen

63. Ook in eerste instantie, zie: Rechtbank Midden-Nederland 30 januari 2013, *JOR* 2013/70, m.nt. Van Dooren; *Ondernemingsrecht* 2013/48, m.nt. Nass.

64. R.o. 3.3.2.

65. R.o. 4.34.3 e.v.

66. Gerechtshof Amsterdam (OK) 11 juli 2013, *JOR* 2013/250, m.nt. Josephus Jitta; *Ondernemingsrecht* 2013/110, m.nt. Beckman.

67. R.o. 6.60.

68. R.o. 6.61 jo. 6.72.

69. R.o. 4.32 – 4.35.

zijn geredigeerd, voor die derden niet kenbaar zijn.⁷⁰ De Ondernemingskamer heeft die maatstaf naar het oordeel van de Hoge Raad evenwel onjuist toegepast; een objectieve uitleg breng niet met zich dat de 403-verklaring niet de strekking heeft verdere aansprakelijkheid te aanvaarden dan voor het gebruik van het groepsregime noodzakelijk is. In het kader van de duiding van de aard van de hoofdelijke aansprakelijkheid is verder van belang dat de Hoge Raad overweegt dat⁷¹ een tussen de schuldeiser en de 403-rechtspersoon overeengekomen achterstellingsbeding geen invloed heeft op het verhaal van die schuldeiser op het vermogen van de 403-aansprakelijke maatschappij die geen partij is bij het achterstellingsbeding. Terzijde merk ik op dat de Hoge Raad⁷² ten onrechte in zijn overwegingen over de betekenis van de 403-verklaring opmerkt dat deze moet worden begrepen tegen de achtergrond dat ‘zij dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van een geconsolideerde jaarrekening’. Dit is niet juist. De verhouding ligt omgedraaid. Of al dan niet geconsolideerd moet worden hangt af van de bepalingen over consolidatieplicht en -kring. Als geconsolideerd moet worden, moet de maatschappij die gehouden is tot consolidatie, de in de consolidatie op te nemen rechtspersoon daarin op geconsolideerde wijze verwerken. Als deze rechtspersoon tot de groep van deze consoliderende maatschappij behoort en van het groepsregime gebruik wil maken, moet de consoliderende maatschappij zich uit hoofde van art. 2:403 BW aansprakelijk stellen.

In de procedure die ten grondslag ligt aan het arrest *Bia Beheer* is aan de Hoge Raad ter beoordeling voorgelegd op welke wijze de op grond van de 403-verklaring gestelde aansprakelijkheid in civielrechtelijke zin moet worden geïd. In deze casus heeft een schuldeiser zich voor voldoening van zijn uit een rechtshandeling van de 403-rechtspersoon voortvloeiend vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon gewend tot de 403-rechtspersoon en de 403-aansprakelijke maatschappij, althans tot de curatoren die in verband met het faillissement van die maatschappijen zijn benoemd. Tussen de curator van de 403-rechtspersoon en de schuldeiser wordt een vaststellingsovereenkomst gesloten waarin is overeengekomen dat tegen betaling van een geldsom partijen over en weer afzien van vorderingen. Ondanks deze overeenkomst wendt de schuldeiser zich voor het niet-voldane deel tot de 403-aansprakelijke maatschappij. Deze maatschappij stelt zich op het standpunt dat de schuldeiser door middel van de overeenkomst met de 403-rechtspersoon ook afstand heeft gedaan van de 403-aanspraak. De Hoge Raad gaat hierin niet mee.⁷³ Hij herhaalt zijn overweging uit het arrest *Akzo/ING* dat hoofdelijke aansprakelijkheid, ook die in het kader van art. 2:403 BW, niet op één lijn kan

70. R.o. 6.60: overeenkomstig HR 20 september 2004, *NJ* 2005/493, m.nt. Du Perron; *JOR* 2004/157, m.nt. SCJK; *Ondernemingsrecht* 2004/62, m.nt. F.J. Grapperhaus (*DSM/Fox*).

71. R.o. 4.34.4.

72. R.o. 4.34.1.

73. R.o. 3.6.2.

worden gesteld met borgtocht. Op basis van het met betrekking tot hoofdelijke aansprakelijkheid bepaalde in art. 6:7 lid 1 BW heeft de schuldeiser een zelfstandige verbintenis ten opzichte van de 403-aansprakelijke maatschappij waarvan zelfstandig nakoming kan worden gevorderd.

De procedure tussen TPB en Eneco gaat over de vraag of een vordering van een schuldeiser op de 403-rechtspersoon is verjaard, en zo ja, of een vordering jegens de 403-aansprakelijke maatschappij (daarom) ook is verjaard. Een beoordeling van de verjaringskwestie hangt direct samen met het karakter van de 403-aanspraak. De 403-aansprakelijke maatschappij heeft niet als verweer gevoerd dat deze een zelfstandig karakter heeft en de verjaring van die aanspraak (daarom) niet afhankelijk is van de verjaring van de vordering op de 403-rechtspersoon. De 403-aansprakelijke maatschappij neemt die afhankelijkheid zelfs als uitgangspunt. Het gerechtshof⁷⁴ gaat daarin mee; uit zijn beoordeling blijkt dat de vordering op de 403-rechtspersoon is verjaard en daarom de 403-aanspraak ook, ofschoon het gerechtshof⁷⁵ wel verwijst naar de overweging van de Hoge Raad in het arrest Akzo/ING dat een 403-verklaring een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling is op grond waarvan rechtstreekse aansprakelijkheid van de hoofdelijk aansprakelijke maatschappij ontstaat. Die verwijzing is niet goed te plaatsen, omdat de Hoge Raad op grondslag van die overweging afhankelijkheid tussen de verschillende vorderingen afwijst.⁷⁶ TPB heeft cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het gerechtshof, met (onder meer) als cassatiemiddel dat hij ten onrechte miskend heeft dat uit het gegeven dat de verjaringstermijn voor een vordering jegens de 403-rechtspersoon is verstreken nog niet volgt dat ook de 403-aanspraak is verjaard. A-G Timmerman⁷⁷ concludeert tot verwerping van het cassatieberoep, onder overweging gevend, met behulp van art. 81 lid 1 RO. Ten aanzien van de voornoemde cassatieklacht merkt de A-G op dat die klacht ongegrond is omdat het gerechtshof in de desbetreffende overweging heeft toegelicht dat het de stellingen van de 403-aansprakelijke maatschappij aldus begrijpt dat deze zich beroept op verjaring van de 403-aanspraak en dat dat beroep naar het oordeel van het gerechtshof gegrond is. De Hoge Raad volgt A-G Timmerman en verworpt het cassatieberoep op grond van art. 81 lid 1 RO.

74. Gerechtshof 's-Gravenhage 18 maart 2014, *JOR* 2015/93, m.nt. Bartman (*TPB/Eneco*).

75. R.o. 8.

76. Booms 2019 (diss.), p. 437 – 438 merkt op dat niet door de rechter is beslist dat de vordering op de 403-rechtspersoon en de 403-aanspraak gelijktijdig verjaren maar dat de rechter zich bij de gezamenlijk opvatting van partijen heeft aangesloten. Zijns inziens zou als dit punt daadwerkelijk beslist zou worden, geoordeeld worden dat verschillende verjaringsmomenten zouden gelden.

77. Conclusie A-G 17 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:523.

9.3.3 Kernoverwegingen en strekking 403-verklaring

Uit de beschikbare arresten van de Hoge Raad leid ik als kernoverwegingen af dat

- schuldeisers geen recht kunnen ontleen aan art. 2:403 BW, maar enkel aan de desbetreffende 403-verklaring, en dat de reikwijdte daarvan door uitleg wordt vastgesteld waarbij de tekst van de 403-verklaring leidend is en de strekking tevens een rol speelt;
- de 403-verklaring een eenzijdige ongerichte rechtshandeling tot aanvaarding van een generieke hoofdelijke aansprakelijkheid is (en geen overeenkomst van borgtocht) die zelfstandige verbintenissen in het leven roept (en geen afhankelijk(e) recht(en) in de zin van art. 3:7 jo. art. 3:82 BW).

Met inachtneming van de beschikbare parlementaire geschiedenis van het groepsregime verbind ik aan de *eerste* kernoverweging de conclusie dat de 403-verklaring moet worden uitgelegd op basis van een objectieve maatstaf. Die opvatting is in de doctrine algemeen aanvaard. Spierings merkt op dat de in het arrest Akzo/ING gehanteerde objectieve maatstaf in lijn is met de cao-norm zoals die geldt in het overeenkomstenrecht.⁷⁸ Deze maatstaf is door de Hoge Raad geïntroduceerd⁷⁹ als maatstaf voor de uitleg van een overeenkomst die rechtsgevolgen met zich brengt voor derden, terwijl die derden niet betrokken zijn bij de totstandkoming daarvan. De ratio van de maatstaf is gelegen in de bescherming van die derden. Er zijn volgens de auteur voldoende aanknopingspunten om deze cao-norm analoog toe te passen, namelijk (i) omdat door de Hoge Raad niet is uitgesloten dat de cao-norm ook op andere rechtsverhoudingen dan overeenkomsten wordt toegepast en (ii) omdat de 403-verklaring een ongericht en openbaar karakter heeft. De toepassing van de cao-norm leidt tot een primair taalkundige uitleg, zij het op basis van objectieve maatstaven, waarin de bewoordingen van de 403-verklaring zoals die redelijkerwijs zullen worden begrepen door derden in beginsel leidend zullen zijn bij de uitleg daarvan in een concreet geval. Die grammaticale uitleg heeft volgens de auteur voorrang – in die zin dat de strekking van de 403-verklaring van ondergeschikt belang is – en verwijst ter onderbouwing naar de eerdergenoemde uitspraken van de rechtbank Arnhem,⁸⁰ het gerechtshof Amsterdam⁸¹ en het gerechtshof

78. Spierings 2016 (diss.), p. 225 noemt HR 17 september 1993, *NJ* 1994/173, m.nt. Stein (*Gerritse/Has*) (zie ook de annotatie van Stein onder HR 24 september 1993, *NJ* 1994/174), r.o. 3.3 en HR 20 september 2004, *NJ* 2005/493, m.nt. Du Perron; *JOR* 2004/157, m.nt. SCJK; *Ondernemingsrecht* 2004/62, m.nt. F.J. Grapperhaus (*DSM/Fox*), r.o. 4.4.

79. In het arrest *Gerritse/Has*, *NJ* 1994/173, m.nt. Stein.

80. Rechtbank Arnhem 10 oktober 2002, *JOR* 2003/31, m.nt. Bartman (*Resila/Spectro*).

81. Gerechtshof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, *JOR* 2010/93 en 2010/94, m.nt. Bartman (*Hoeveholding*).

's-Hertogenbosch.⁸² In de laatstgenoemde procedure ging het om een geschil over de omvang van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de 403-aansprakelijke maatschappij en betrok het gerechtshof 's-Hertogenbosch nadrukkelijk in zijn overweging dat in de tekst van de relevante 403-verklaring geen beperking was opgenomen.⁸³

Spierings⁸⁴ richt zich verder op de overweging van de Hoge Raad dat de 403-verklaring een eenzijdige ongerichte verbintenisscheppende rechtshandeling is en stelt zich de vraag waarom de Hoge Raad voor deze kwalificatie heeft gekozen.⁸⁵ Als mogelijke reden noemt de auteur dat de Hoge Raad duidelijk wilde maken wat de 403-verklaring in ieder geval niet is: een (overeenkomst van) borgtocht. De auteur noemt een aantal mogelijkheden. Zo had de Hoge Raad kunnen overwegen dat het niet nakomen van een toezegging uit hoofde van een 403-verklaring een onrechtmatige daad oplevert of het duiden van de 403-verklaring als contractuele verplichting, niet zijnde een overeenkomst van borgtocht. In deze laatste variant zou deponering van de 403-verklaring moeten worden beschouwd als een aanbod van de moedermaatschappij. Aanvaarding door de schuldeiser vindt dan plaats op het moment dat deze een rechtshandeling aangaat met de 403-rechtspersoon.⁸⁶ De 403-verklaring wordt dan geduid als een geschrift waarbij de adressanten en schuldeisers weliswaar niet kunnen worden aangemerkt als partijen, maar wel gebonden zijn aan het geschrift, terwijl zij geen invloed hebben kunnen uitoefenen op de totstandkoming en niet in een individueel geval kunnen afwijken van het document.⁸⁷

In het arrest Akzo/ING overweegt de Hoge Raad dat de strekking van een 403-verklaring los staat van de tekst van die verklaring, met dien verstande dat de strekking in ieder geval niet de inhoud van de verklaring kan bepalen.⁸⁸ Onder die strekking wordt in ieder geval begrepen het doel dat de wetgever beoogt te bereiken met het groepsregime en meer in het bijzonder met de aansprakelijkstellingsvoorwaarde, mede gezien vanuit de unitaire regeling, zoals ik in paragraaf 1.3 aan de orde heb gesteld. Uit de aangehaalde arresten

82. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 april 2009, *JOR* 2009/160, m.nt. Bartman (*Inalfa Industries*).

83. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 mei 2009, *JOR* 2009/279, m.nt. Bartman (*Inalfa Industries*).

84. Spierings 2016 (diss.), p. 220.

85. Leber 2017 (diss.), p. 352 ziet in deze kwalificatie een ondersteuning van haar opvatting dat een tot een kredietverstrekker gerichte letter of comfort geduid kan worden als een gerichte eenzijdige rechtshandeling.

86. In de opvattingen van Wibier (2008), Van der Kraan (2012) en Booms 2019 (diss.) – zie paragraaf 9.2.1 – vindt de aanvaarding van het aanbod plaats door het kenbaar maken dat voldoening door de 403-aansprakelijke maatschappij wordt verlangd.

87. Spierings 2012, p. 87.

88. Zie r.o. 3.4.2.

blijkt dat de Hoge Raad die strekking uitlegt (i) tegen de achtergrond dat de 403-verklaring in onze wetgeving dient als een van de voorwaarden voor het gebruik van de geconsolideerde jaarrekening,⁸⁹ en compenserende waarborgen biedt aan de (potentiële) crediteuren van de hoofschuldenaar die als gevolg van de vrijstelling niet kunnen afgaan op de volledige enkelvoudige jaarrekening van de 403-rechtspersoon,⁹⁰ (ii) met inachtneming van het uit de unitaire vrijstellingsregeling blijkende oogmerk dat de 403-aansprakelijke maatschappij aansprakelijk is voor verbintenissen van de 403-rechtspersoon.⁹¹

Wibier merkt op dat naast de tekst van de verklaring en de strekking van het groepsregime bij de uitleg van de 403-verklaring ook moet worden betrokken de doelstelling die de 403-aansprakelijke maatschappij met de aansprakelijkstelling nastreeft.⁹² De auteur stelt zich op het standpunt dat vanwege die doelstelling de 403-verklaring een niet overdraagbare vordering oplevert en dat enkel een schuldeiser van de 403-rechtspersoon zich op basis van art. 2:403 BW voor voldoening van zijn vordering tot de 403-aansprakelijke maatschappij kan wenden.⁹³

De in de eerste alinea van deze paragraaf als *tweede* genoemde kernoverweging is in de doctrine herhaaldelijk ter discussie gesteld. Gepoogd is om tot alternatieve duidingen van de 403-aansprakelijkheid te komen waardoor subsidiaire hoofdelijkheid en een afhankelijke 403-aanspraak worden bewerkstelligd (zie paragraaf 9.4.1) dan wel binnen de duiding van de Hoge Raad tot afwijkende hoofdelijkheidsvarianten (zie paragraaf 9.4.2). Voor de diverse bepleiters ervan is hiervoor ruimte gelet op de parlementaire geschiedenis, de wettekst en de functie van de 403-verklaring en is daartoe ook reden, omdat de uitleg van de Hoge Raad (praktische) complicaties oplevert bij nakoming van de 403-aanspraak en andere daarmee verband houdende aspecten (zie paragraaf 9.5).

89. HR 28 juni 2002 (*Akzo/ING*), r.o. 4.3.2. Mijn inziens te lezen als: dat de door de consoliderende maatschappij af te geven en te deponeren 403-verklaring in onze wetgeving één van de noodzakelijke voorwaarden is voor het gebruik van de vrijstellingsregeling. Zie mijn opmerkingen in paragraaf 9.3.2.

90. HR 16 juni 2015 (*SNS*), r.o. 4.32.2, waarin de Hoge Raad overweegt dat de door de Ondernemingskamer gehanteerde ‘uitleg-maatstaf’ waarin de Ondernemingskamer (onder meer) dit uitgangspunt betreft, de juiste is.

91. HR 11 april 2014 (*UWV/Econcern*), r.o. 3.4.2.

92. Wibier 2008, p. 183.

93. Wibier acht zijn interpretatie enigszins op gespannen voet met r.o. 3.5.4 waarin de Hoge Raad lijkt uit te gaan van de mogelijkheid een pandrecht te vestigen op de 403-aanspraak.

9.4 Hoofdelijke 403-aansprakelijkheid: andere opvattingen

Zoals ik aan het slot van paragraaf 9.2.4 heb opgemerkt, heb ik wel begrip voor de kritiek op de uitleg van de Hoge Raad. Veel van de kritische kanttekeningen hangen samen met bezwaren tegen het ontbreken van afhankelijkheid en het niet-subsidiaire karakter van de 403-aanspraak. De in dat kader voorgestelde alternatieven hebben veelal een borgtochtachtig karakter. Enkele hoofdlijnen hiervan komen in paragraaf 9.4.1 ter sprake. Voorts is te denken aan een benadering waarin het karakter van de 403-aansprakelijkstelling – een niet tot een bepaalde partij gerichte eenzijdige rechtshandeling waarmee de 403-aansprakelijke maatschappij aansprakelijkheid aanvaardt voor de uit rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende schulden, ongeacht wie de schuldeiser van die vordering is – een rechtvaardiging vormt voor een enigszins andere benadering dan respectievelijk invulling van de in Boek 6 BW geregelde hoofdelijkheid. Daarop ga ik in paragraaf 9.4.2 in.

9.4.1 *Borgtochtachtige opvattingen*

De voorstanders van een civielrechtelijke duiding van de 403-verklaring als een vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid met kenmerken van borgtocht baseren hun opvattingen op de praktische knelpunten en de ongewenste rechtsgevolgen die de zienswijze van de Hoge Raad met zich brengt. Onder meer Schoordijk,⁹⁴ Bartman,⁹⁵ De Neve⁹⁶ en ook Wibier⁹⁷ en Faber⁹⁸ hebben zich (sterk) uitgesproken voor zo'n benadering van de 403-verklaring. Naar het oordeel van deze (en andere auteurs⁹⁹) leiden met name de voor hoofdelijkheid in de zin van Afdeling 2 van Titel 1 Boek 6 BW kenmerkende zelfstandigheid van verbintenissen en ontbrekende subsidiariteit bij toepassing van het groepsregime tot problemen. De argumentatie van de voorstanders van de, wat ik maar korthedshalve noem, borgtochtachtige opvattingen, komt er op neer dat vanwege de ratio en de strekking van het groepsregime borgtocht de meest aangewezen vorm is van hoofdelijke aansprakelijkheid in het kader van het groepsregime.

94. Schoordijk 2003.

95. Bartman 2004 en Bartman/Dorresteyn/Olaerts 2016.

96. De Neve 2002.

97. Wibier 2008.

98. In zijn annotatie bij Gerechtshof 's-Gravenhage 6 februari 2007, *JOR* 2007/103 en in zijn annotatie (samen met Vermunt) bij Hoge Raad 3 april 2015, *JOR* 2015/191 (*Bia Beheer*).

99. Zie S. Timmerman/De Winter (2013), Bertrams (in zijn annotatie bij Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012, *JOR* 2012/165 (*Lentink/Eikendal q.q.*)), Rongen 2012 (diss.) en Biemans 2011 (diss.).

Biemans noemt twee argumenten waarom de Hoge Raad het vorderingsrecht jegens de moedermaatschappij als een vorm van borgtocht had moeten duiden.¹⁰⁰ *Ten eerste* past de bij borgtocht behorende subsidiariteit in de visie van de auteur goed bij het rechtskarakter van de 403-verklaring. De auteur merkt verder op dat subsidiariteit past in het groepsregime omdat de aansprakelijkheid van de 403-aansprakelijke maatschappij dient ter ondersteuning en versterking van de vordering jegens de 403-rechtspersoon.¹⁰¹ *Ten tweede* zou een duiding als borgtocht een versimpeling van het rechtskarakter van de 403-verklaring met zich brengen. De aanspraak op basis van de 403-verklaring zou afhankelijk zijn van de vordering op de 403-rechtspersoon en de vorderingen zouden steeds in één hand blijven. Het laatstgenoemde argument is een veelgenoemde reden ter onderbouwing van de borgtochtachtige opvattingen.

Schoordijk¹⁰² is uiterst kritisch over de wijze waarop de Hoge Raad hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van een 403-verklaring benadert. Volgens deze auteur moet borgtocht worden gezien als een vorm ('modulatie') van hoofdelijk schuldenaarschap; hij stelt zich op het standpunt dat de wettelijke regeling ruimte biedt voor de gedachte dat de hoofdelijke aansprakelijkheid als bepaald in art. 2:403 BW de vorm van een overeenkomst van borgtocht zou kunnen aannemen. Daartoe is volgens Schoordijk ook reden, omdat overduidelijk is dat de 403-aansprakelijke maatschappij zich als hoofdelijk schuldenaar verbindt en overduidelijk is dat hij niet draagplichtig is. Die omstandigheid rechtvaardigt volgens deze auteur de toepassing van beschermende bepalingen die in de wettelijke regeling omtrent borgtocht zijn opgenomen. De auteur merkt op dat het 'onbegrijpelijk' is dat de Hoge Raad aan het hoofdelijk schuldenaarschap van de 403-aansprakelijke maatschappij geen accessoir karakter verbindt, zoals in geval van borgtocht.¹⁰³ De uitkomst van de zienswijze van de Hoge Raad is dat de 403-aansprakelijke maatschappij kan worden aangesproken zonder dat eerst de 403-rechtspersoon te kennen heeft gegeven niet te zullen nakomen, hetgeen volgens Schoordijk 'te dwaas voor woorden' is.

Bartman¹⁰⁴ is het eens met Schoordijks bezwaren betreffende de aanspreekvolgorde. Volgens Bartman zou de schuldeiser zich eerst tot de 403-rechtspersoon moeten wenden en pas in tweede instantie als de 403-rechtspersoon in gebreke is gebleven, tot de 403-aansprakelijke maatschappij. Bartman pleit voor het toepassen van afhankelijkheid. Naar analogie met een door borgtocht gedekte vordering zou een vordering van de schuldeiser jegens de 403-aansprakelijke maatschappij afhankelijk moeten zijn van de vordering van de schuldeiser jegens de 403-rechtspersoon en wel in de zin van art. 3:7 BW

100. Biemans 2011 (diss.), p. 306.

101. Biemans 2011 (diss.), p. 308.

102. Schoordijk 2003.

103. Schoordijk heeft het over de verpanding van de 403-verklaring; zonder twijfel bedoelt hij de 403-aanspraak, waarop Bartman (2004) gewezen heeft.

104. Bartman 2004, p. 52.

jo. art. 3:82 BW. Toepassing van deze benadering op Akzo/ING leidt volgens Bartman evenwel niet tot ontvankelijkheid van ING als pandhouder. Daar zou enkel sprake van zijn als de door de auteur bepleite afhankelijkheid met zich zou brengen dat de vestiging van een beperkt recht als een vorm van overdracht moet worden opgevat en de vordering ten aanzien waarvan de pandhouder verhaal wil nemen ten opzichte van de 403-aansprakelijke maatschappij uit hoofde van de 403-verklaring op het moment van vestiging daarvan reeds bestond. Uit de argumentatie van Schoordijk lijkt op te maken dat deze auteur daar wel van uitgaat.

Vanwege de waarborgfunctie van de 403-verklaring is er volgens De Neve¹⁰⁵ reden om aan te nemen dat bij afwezigheid van een vordering jegens de 403-rechtspersoon ook geen aanspraak is jegens de 403-aansprakelijke maatschappij. Hij ziet de 403-aanspraak als een afhankelijk nevenrecht. Volgens Wibier¹⁰⁶ rechtvaardigt het bijzondere karakter van de 403-verklaring een afwijking van een deel van de regels die normaal op hoofdelijke vorderingen van toepassing zijn. De auteur acht het van belang dat het door hem genoemde vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon en de aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij niet in verschillende handen terecht kunnen komen.¹⁰⁷ Dat resultaat kan volgens Wibier worden bereikt door ervan uit te gaan dat de 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij pas ontstaat nadat de 403-rechtspersoon daarop is aangesproken en door aan te nemen dat de bevoegdheid de 403-aansprakelijke maatschappij aan te spreken een niet-zelfstandig overdraagbaar nevenrecht oplevert.¹⁰⁸ Faber¹⁰⁹ is een voorstander van een borgtochtachtige benadering maar wijst de duiding als nevenrecht af.¹¹⁰

Bartman/Dorresteyn/Olaerts merken op dat er niets op tegen is om bij de toepassing van het groepsregime ten aanzien van de aansprakelijkheid contractueel een aanspreekvolgorde af te spreken.¹¹¹ In een 403-verklaring zou bepaald kunnen worden dat een schuldeiser eerst de 403-rechtspersoon moet aanspreken, voordat hij een beroep kan doen op de 403-aansprakelijke maatschappij. De auteurs menen dat de waarborgfunctie van de 403-verklaring daardoor niet wordt aangetast en daartoe bovendien voldoende ruimte biedt. Met die opmerking zal zijn bedoeld dat de functie van de aansprakelijkheid uit hoofde van een 403-verklaring – door de auteurs omschreven als een

105. De Neve 2002, p. 240.

106. Wibier 2008, p. 180.

107. Wibier 2015, p. 783.

108. Wibier 2008, p. 183, 185.

109. Gerechtshof 's-Gravenhage, *JOR* 2007/103, m.nt. Faber, onder 3.2. Een onderbouwing van die voorkeur is in de annotatie niet opgenomen.

110. Hoewel de wet geen uitputtende opsomming van nevenrechten kent, moet volgens Faber worden aangenomen dat een zelfstandige vordering (zoals de 403-aanspraak door de Hoge Raad is uitgelegd) niet als nevenrecht in aanmerking komt.

111. Bartman/Dorresteyn/Olaerts 2016, p. 238.

waarborg voor een verminderd inzicht in de financiële positie van de groeps-rechtspersoon – niet wordt aangetast. Bartman/Dorrestein/Olaerts¹¹² en Bartman¹¹³ zijn een voorstander van subsidiaire hoofdelijkheid en zien de 403-aanspraak als een zelfstandige vordering op de 403-aansprakelijke maatschappij maar met een afhankelijk karakter. Ter onderbouwing van hun opvatting wijzen de auteurs op het sui generis rechtskarakter van de 403-aansprakelijkheid, de parlementaire geschiedenis (zie paragraaf 5.3.2.2) en de tekst van art. 37 van de EU richtlijn jaarrekeningen. Huns inziens is er daarom binnen het kader van art. 2:403 BW ruimte voor 403-aansprakelijkheid met een subsidiair karakter en een afhankelijke 403-aanspraak. Aan deze opvatting ligt als uitgangspunt ten grondslag dat de 403-aanspraak voortvloeit uit de 403-verklaring en dat deze zodanig met elkaar zijn verbonden dat die verhouding overeenkomst vertoont met afhankelijkheid in de zin van art. 3:7 BW jo. 3:82 BW.

9.4.2 *Hoofdelijkheidsvarianten*

Andere opvattingen trachten binnen het kader van de hoofdelijkheid tot een oplossing van de aan de (veronderstelde) uitleg van de Hoge Raad verbonden (praktische) complicaties te komen. Een van die opvattingen is de ‘één vordering/twee schuldenaren’-opvatting (paragraaf 9.4.2.1). Een andere opvatting is wat de bepleiter ervan aanduidt als ‘dynamische 403-aanspraak’ (paragraaf 9.4.2.2).

9.4.2.1 ‘Eén vordering/twee schuldenaren’-opvatting

In deze opvatting¹¹⁴ geldt als uitgangspunt dat als de 403-rechtspersoon een schuld uit een door hem aangegane rechtshandeling heeft, de 403-aansprakelijke maatschappij door de 403-verklaring voor de voldoening van die schuld hoofdelijk aansprakelijk is. De schuldeiser – dus de rechthebbende van het vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon – heeft één vordering, te weten op de 403-rechtspersoon maar door de 403-verklaring een tweede debiteur. Het tweede debiteurschap ontstaat als er een 403-verklaring is op het moment dat de 403-vordering ontstaat, dan wel als na het ontstaan van de 403-vordering de 403-verklaring is afgegeven. Dit laat zien dat als er geen vordering is op de 403-rechtspersoon, er ook geen tweede debiteur is, ook al is er een 403-verklaring, of wordt die later gegeven: voorwaarde voor het tweede debiteurschap is dat de vordering op de 403-rechtspersoon er moet zijn. Een tweede debiteurschap kan daarom niet bestaan of ontstaan zonder vordering op de 403-rechtspersoon. Pas als die vordering ontstaat, kan de rechthebbende op

112. Bartman/Dorrestein/Olaerts 2016, p. 238.

113. Bartman 2004, p. 52.

114. Nass/Nass 2014.

een vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon voor de voldoening van zijn vordering op de 403-rechtspersoon zowel de 403-rechtspersoon aanspreken als de 403-aansprakelijke maatschappij. Het gaat om dezelfde prestatie ten opzichte van de schuldeiser: de 403-rechtspersoon uit hoofde van zijn rechtshandeling en de 403-aansprakelijke maatschappij uit hoofde van haar 403-verklaring.¹¹⁵

Deze opvatting past binnen het wettelijke systeem in die zin dat de kenmerken van hoofdelijkheid worden gerespecteerd: geen subsidiariteit, één prestatie – in verband met de door de 403-rechtspersoon aangegane rechtshandeling – waartoe twee schuldenaren zich hebben verplicht (de 403-rechtspersoon uit hoofde van de aangegane rechtshandeling en de 403-aansprakelijke maatschappij uit hoofde van de 403-verklaring) en bevrijding van de hoofdelijke schuldenaren bij voldoening door één van hen, en is bovendien in lijn met de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Akzo/ING, namelijk in die zin dat de 403-aanspraak geen afhankelijk recht is. Praktische problemen zoals bij een strikte uitleg dat het om Boek 6 BW-hoofdelijkheid gaat, zijn er niet. Ook het afzonderlijk overdragen van de 403-aanspraak kan niet aan de orde komen. In het geval dat de schuld van de 403-rechtspersoon wordt voldaan, bijvoorbeeld door de 403-aansprakelijke maatschappij, kan de schuldeiser geen voldoening van de schuld van de 403-rechtspersoon verlangen.

9.4.2.2 ‘Dynamische 403-aanspraak’¹¹⁶-opvatting

Door Van Dooren¹¹⁷ die de één vordering/twee schuldenaren-opvatting in strijd acht met het *Bia Beheer* arrest,¹¹⁸ worden verschillende varianten binnen de hoofdelijkheid onderscheiden, te weten directe hoofdelijkheid, 403-aanspraak als onafhankelijk nevenrecht¹¹⁹ en dynamische 403-aanspraak.¹²⁰ Onder directe hoofdelijkheid verstaat hij de uitleg van de hoofdelijkheid van de Hoge Raad, althans zoals hij deze interpreteert. De variant onafhankelijk nevenrecht houdt bij hem in dat de 403-aanspraak als een onafhankelijk nevenrecht wordt gezien dat nauw verbonden is met de vordering op de 403-rechtspersoon en deze versterkt.¹²¹ In deze opvatting betekent de overgang van de vordering op de 403-rechtspersoon aan een ander dat ook de 403-aanspraak overgaat en dat

115. Omdat er één vorderingsrecht is, past het strikt genomen niet om in deze opvatting over vordering op de 403-rechtspersoon te spreken en over 403-aanspraak (zijnde een vordering op de 403-aansprakelijke maatschappij).

116. Van Dooren spreekt over ‘dynamische vordering’. Ik heb uit oogpunt van consistentie met mijn woordgebruik 403-vordering vervangen door 403-aanspraak.

117. Van Dooren, 2015, p. 380 – 386.

118. HR 3 april 2015 (*Bia Beheer*).

119. T.a.p. p. 382 – 383.

120. T.a.p. p. 383 – 385.

121. T.a.p. p. 382.

de 403-aanspraak een hoofdelijke schuld van de 403-aansprakelijke maatschappij blijft, en daarmee onafhankelijk bestaat van de vordering op de 403-rechtspersoon.

De opvatting van wat de auteur de ‘dynamische 403-aanspraak’ noemt, brengt mee dat als de vordering op de 403-rechtspersoon wordt overgedragen, de 403-aansprakelijke maatschappij geen schuld meer heeft aan de overdragende partij. Daarom kan de overdragende partij geen beroep doen op de 403-verklaring en is zijn 403-aanspraak verdwenen. Deze verdwijnt uit het vermogen van de overdragende partij. De 403-rechtspersoon heeft wel een schuld aan degene aan wie de vordering op hem is overgedragen. Op grond van de 403-verklaring is de 403-aansprakelijke maatschappij hiervoor aansprakelijk. De 403-aanspraak komt daardoor in het vermogen van de degene aan wie is overgedragen. Deze wisselende 403-aanspraak noemt de auteur de ‘dynamische 403-aanspraak’. Hij merkt hierover wel op dat uit het Bia Beheer arrest is af te leiden dat de Hoge Raad deze opvatting niet volgt, omdat in deze casus de crediteur zijn vordering op de 403-rechtspersoon tegen finale kwijting had geschikt en toch het tekort op zijn vordering kon verhalen op de 403-aansprakelijke maatschappij.¹²²

9.5 Gevolgen en complicaties in verband met uitleg 403-aansprakelijkheid

De gebruikelijke situatie is dat een schuldeiser zich voor voldoening van zijn vordering wendt tot zijn schuldenaar. De voldoening kan geschieden door onder meer betaling, waaronder ook verrekening met een tegenvordering. Wordt de vordering niet voldaan, dan pleegt de schuldenaar wanprestatie. De schuldeiser kan nakoming of ontbinding vorderen al dan niet gepaard gaande met schadevergoeding. In een aantal gevallen zijn er goederenrechtelijke dan wel persoonlijke zekerheden. In dit soort gevallen kan de gestelde zekerheid soelaas bieden. Bij goederenrechtelijke zekerheden is met name te denken aan (derden)pand en (derden)hypotheek, bij persoonlijke zekerheden aan borg, garantie en specifieke hoofdelijkheid. Het kan natuurlijk ook zijn dat zodanig lang wordt gewacht met voldoening dat sprake is van verjaring. De schuldeiser kan dit voorkomen door stuiting. Vindt stuiting niet tijdig plaats dan is de verplichting een rehtens niet afdwingbare verplichting geworden. Ook is het mogelijk dat de schuldeiser en schuldenaar kwijtschelding overeenkomen al dan niet gepaard gaande met een dading. In de situatie dat de schuldenaar failliet gaat, is het voor verhaal vatbare vermogen in de regel geringer dan de omvang van de schuldverplichtingen van de schuldenaar. In dat geval moet dit vermogen worden verdeeld over de schuldverplichtingen, in het normale geval naar evenredigheid met dien verstande dat

122. Hiermee geeft hij aan zijn eigen opvatting een soortgelijk verwijt als aan de ‘één vordering/twee schuldenaren’-opvatting.

de rangorde van verhaalsmogelijkheden van belang kan zijn, zoals bevoorrechte vorderingen, preferente vorderingen en – generiek dan wel specifiek – achtergestelde vorderingen.

Al deze omstandigheden veranderen niet als zodanig indien er een 403-verklaring is. Wel is het zo dat de schuldeisers uit hoofde van rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon een extra waarborg krijgen doordat zij zich uit hoofde van de 403-verklaring voor voldoening ook kunnen wenden tot de 403-aansprakelijke maatschappij. In de uitleg van de Hoge Raad gaat het zoals al eerder is opgemerkt, om een zelfstandige aanspraak en is er geen verplichting voor de schuldeiser om zich eerst tot de 403-rechtspersoon te wenden. Deze duiding kan anders dan of in mindere mate in de andere opvattingen complicaties met zich brengen die zich in de praktijk kunnen manifesteren indien de schuldeiser nakoming wenst (paragraaf 9.5.1), er in de relatie tussen schuldeiser/403-rechtspersoon/403-aansprakelijke maatschappij sprake is van verpanding (paragraaf 9.5.2), cessie (paragraaf 9.5.3), tenietgaan van een aanspraak (paragraaf 9.5.4), kwijtschelding (paragraaf 9.5.5), verjaring (paragraaf 9.5.6), een voorrecht (paragraaf 9.5.7), achterstelling (paragraaf 9.5.8) of onteigening (paragraaf 9.5.9).

9.5.1 403-aanspraak en vordering 403-rechtspersoon

De 403-aanspraak is in de uitleg van de Hoge Raad een zelfstandig vorderingsrecht. Dit brengt mee dat de schuldeiser van een uit rechtshandeling van de 403-rechtspersoon voortvloeiende schuld bevoegd is om zich voor de voldoening van deze schuld naar keuze tot de 403-rechtspersoon en/of de 403-aansprakelijke maatschappij te wenden en zonodig in rechte nakoming dan wel (vervangende) schadevergoeding te vorderen. Ook in de opvatting van het onafhankelijk nevenrecht is de 403-aanspraak een onafhankelijk recht.

De auteurs die de borgtochtachtige benaderingen voorstaan, zien in de uitleg dat sprake is van een onzelfstandig vorderingsrecht een ongerijmdheid; een 403-aansprakelijke maatschappij zal doorgaans een houdstermaatschappij zijn die niet in staat zal zijn de relevante tegenprestatie te leveren. Zij betogen dat een subsidiaire hoofdelijkheid – als bij borgtocht (art. 7:855 lid 1 BW) – beter past omdat de 403-aansprakelijke maatschappij dan eerst gehouden is tot betaling nadat de hoofdschuldenaar in gebreke is gebleven en in dat geval gehouden is tot vervangende schadevergoeding (art. 7:854 BW). In de ‘één vordering/twee schuldenaren’-opvatting is de 403-aanspraak geen afzonderlijk vorderingsrecht, maar een hoofdelijke (en derhalve een niet-subsidiaire) verplichting tot voldoening van de schuld van de 403-rechtspersoon verschuldigde prestatie. In de ‘dynamische 403-aanspraak’-opvatting behoort de 403-aanspraak steeds tot hetzelfde vermogen als waartoe de vordering jegens de 403-rechtspersoon behoort; de 403-aanspraak is in deze opvatting wél een onafhankelijk recht.

9.5.2 403-aanspraak en verpande vordering 403-rechtspersoon

In de uitleg van 403-aansprakelijkheid van de Hoge Raad strekt een gevestigd pandrecht op het vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon zich niet uit tot een pandrecht op de 403-aanspraak (of vice versa). Wil een pandhouder ook rechten jegens de 403-aansprakelijke maatschappij kunnen uitoefenen dan zal ter zake van de 403-aanspraak een afzonderlijk pandrecht moeten worden gevestigd. In strikte zin heeft de Hoge Raad over de mogelijkheid daartoe geen uitspraak gedaan ofschoon HR 28 juni 2002 (*Akzo/ING*), r.o. 3.5.4 wellicht dit wel indiceert: ‘(...) de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid van Akzo Nobel het pandrecht van ING op de vorderingen van ING op de vordering van de ... (voormalige 403-rechtspersoon) in stand laat en er geen pandrecht is gevestigd ten behoeve van ING op vorderingen van ... (voormalige 403-rechtspersoon) op Akzo Nobel’. Als van die mogelijkheid wel wordt uitgegaan, is alleen een pandhouder die ten aanzien van de vordering op de 403-rechtspersoon een pandrecht heeft verkregen, ten aanzien van beide vorderingsrechten (mogelijk) inningsbevoegd geworden. Indien niet ten laste van beide vorderingen een pandrecht wordt gevestigd, kan de situatie zich voordoen dat de schuldeiser de onbezwaarde vordering op enig moment overdraagt aan de derde. In die situatie heeft de schuldeiser (bijvoorbeeld) recht op de vordering jegens de 403-rechtspersoon die is verpand, terwijl de 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij in handen is van de derde (die op zijn beurt de 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij in pand aan een tweede pandhouder kan geven). Gesteld kan dan ook worden dat wanneer de pandhouder slechts ten aanzien van één van beide vorderingen bevoegd is, de rechtsgevolgen daarvan complex zijn.

In de opvatting van het onafhankelijk nevenrecht is er discussie over de vraag of door een pandrecht op de vordering op de 403-rechtspersoon tevens verkregen wordt een pandrecht op de 403-aanspraak.¹²³ Er zijn auteurs die daarvan uitgaan¹²⁴ maar ook auteurs die dit standpunt niet delen.¹²⁵ Niettemin blijft de 403-aanspraak zelfstandig verpandbaar. In de ‘dynamische 403-aanspraak’-opvatting is dit niet het geval; in deze opvatting omvat het pandrecht op de vordering op de 403-rechtspersoon niet het pandrecht op de 403-aanspraak.¹²⁶ De auteurs met de borgtochtachtige opvattingen verdedigen dat een 403-aanspraak afhankelijk moet zijn van de vordering van de schuldeiser jegens de 403-rechtspersoon. In dat geval strekt een gevestigd pandrecht op de vordering jegens de 403-rechtspersoon zich tevens uit tot de 403-aanspraak. In de ‘één vordering/twee schuldenaren’-opvatting spelen de eerder genoemde complicaties niet omdat sprake is van één vordering.

123. Zie hierover Van Dooren 2015, par. 3.4.

124. O.a. Faber 2005 (diss.), p. 282.

125. O.a. Verdaas 2008, p. 291.

126. Van Dooren 2015/72, p. 4.4.

9.5.3 403-aanspraak en gecedeerde vordering 403-rechtspersoon

Ervan uitgaande dat de vordering op de 403-rechtspersoon en de 403-aanspraak zelfstandig overdraagbare vorderingsrechten zijn, is de consequentie van de hoofdelijkheid in de zin van Boek 6 BW dat overdracht van het vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon afzonderlijk kan plaatsvinden van de 403-aanspraak en dat in die situatie de 403-aanspraak achterblijft bij de oorspronkelijke schuldeiser.¹²⁷ De 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij moet door de oorspronkelijke schuldeiser aan de derde worden overgedragen alvorens deze zich voor voldoening ook tot de 403-aansprakelijke maatschappij kan wenden. In de situatie dat de oorspronkelijke schuldeiser de vordering jegens de 403-rechtspersoon overdraagt aan de derde en de 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij houdt, kan de derde alleen nakoming vorderen van de 403-rechtspersoon maar niet van de 403-aansprakelijke maatschappij. Het is alsdan mogelijk dat de derde en de schuldeiser beiden (tegelijk) hun vordering indienen (bij de 403-rechtspersoon respectievelijk de 403-aansprakelijke maatschappij). De 403-aansprakelijke maatschappij ziet zich alsdan geconfronteerd met de vraag aan wie (schuldeiser of derde) zij bevrijdend kan betalen.

Het voorgaande wil natuurlijk niet zeggen dat degene aan wie de vordering op de 403-rechtspersoon is overgedragen, zonder de 403-aanspraak van degene die heeft overgedragen, zich niet voor voldoening tot de 403-aansprakelijke maatschappij zou kunnen wenden. De uit de 403-verklaring voortvloeiende 403-aansprakelijkheid geldt immers jegens degenen die rechthebbenden zijn op de uit rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende vorderingsrechten jegens de 403-rechtspersoon. Dit volgt uit het bepaalde in art. 2:403 lid 1 onder f BW: het gaat om een hoofdelijke aansprakelijkstelling voor de uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende schulden. Hierop wordt ook uitdrukkelijk door Wibier gewezen waar hij opmerkt dat hij er niet aan twijfelt dat degene aan wie is overgedragen, de 403-aansprakelijke maatschappij kan aanspreken, niet omdat de 403-aanspraak aan hem is overgedragen, maar uit eigen hoofde vanwege de gedeponeerde 403-verklaring.¹²⁸ Hij voegt er aan toe dat degene die heeft overgedragen niet langer de bevoegdheid heeft de 403-aansprakelijke maatschappij aan te spreken omdat hij niet langer is te beschouwen als degene tot wie de 403-verklaring zich richt. Ook Booms merkt op dat bij een 403-verklaring uit de wet volgt dat de 403-aansprakelijke maatschappij zich jegens een ieder aansprakelijk moet

127. Zie onder meer Biemans 2011 (diss.), p. 307; Bartman 2015, p. 809; Wibier 2008, par. 3; De Neve 2002, p. 240. Ook Van Dooren 2015, p. 324, komt in wat hij noemt 'directe hoofdelijkheid' tot deze uitleg.

128. Wibier 2008, p. 182.

stellen die de hoedanigheid heeft van een rechthebbende van een vordering op de 403-rechtspersoon, ongeacht aan wie de corresponderende vorderingsrechten toekomen¹²⁹; als de hoedanigheid eindigt kan de aanspraak niet meer worden ingeroepen.¹³⁰

Ik merk nog op dat de Hoge Raad niet heeft overwogen dat een 403-verklaring met zich brengt dat er een afzonderlijk overdraagbare 403-aanspraak is jegens de 403-aansprakelijke maatschappij. Juist door overdracht van de vordering op de 403-rechtspersoon ligt het mijns inziens voor de hand dat de schuldeiser na overdracht van het vorderingsrecht de 403-aanspraak ook niet meer heeft, omdat de 403-verklaring ten doel strekt compensatie te bieden aan rechthebbenden van de vorderingsrechten jegens de 403-rechtspersoon.

In de opvatting van een onafhankelijk nevenrecht gaat de 403-aanspraak bij overdracht van de 403-vordering mee, maar blijft de 403-aanspraak zelfstandig overdraagbaar, omdat art. 6:142 BW toepassing mist.¹³¹ Als de 403-aanspraak als afhankelijk recht zou worden geduid, zou deze tezamen met de vordering jegens de 403-rechtspersoon steeds in één hand zijn en zijn de hiervoor genoemde complicaties niet aan de orde. Dit is ook het geval in de opvatting van Wibier¹³² die ervan uitgaat dat de 403-aanspraak pas ontstaat nadat de 403-aansprakelijke maatschappij daartoe is aangesproken en aanneemt dat de bevoegdheid de 403-aansprakelijke maatschappij aan te spreken een niet-zelfstandig overdraagbaar nevenrecht oplevert. In de ‘dynamische 403-aanspraak’-opvatting, evenals in de ‘één vordering/twee schuldenaren’-opvatting is van afzonderlijk overdragen geen sprake.

9.5.4 403-aanspraak en tenietgaan vordering 403-rechtspersoon

Voldoening van een schuld uit hoofde van een door de 403-rechtspersoon verrichte rechtshandeling betekent dat de verbintenissen van de 403-rechtspersoon en van de 403-aansprakelijke maatschappij jegens die schuldeiser teniet zijn gegaan en dat er niets meer te vorderen is van zowel de 403-rechtspersoon als de 403-aansprakelijke maatschappij. Uit het bepaalde in art. 6:7 lid 2, eerste volzin BW vloeit voort dat het niet uit maakt of er is betaald door de 403-rechtspersoon of door de 403-aansprakelijke maatschappij. Hetzelfde geldt in geval van verrekening (art. 6:7 lid 2, tweede volzin, eerste zinsdeel BW).

Het effect van voldoening is niet anders indien de 403-aanspraak als afhankelijk recht zou worden geduid maar de grondslag is alsdan gelegen in het afhankelijke rechtskarakter. Indien ervan wordt uitgegaan dat er sprake is

129. Booms 2019 (diss.), p. 430 en diens noot 9 op die pagina.

130. Booms 2019 (diss.), p. 444.

131. Van Dooren 2015/72, par. 3.4.

132. Wibier 2008, p. 185.

van één vordering met twee hoofdelijk verbonden schuldenaren, is het effect van voldoening niet anders, omdat door de voldoening van de vordering op de 403-rechtspersoon de schuld is afgewikkeld. Ook in de ‘dynamische 403-aanspraak’-opvatting betekent voldoening van de ene verplichting dat ook de andere teniet is gegaan. In de ‘onafhankelijk nevenrecht’-opvatting waarin de 403-aanspraak zelfstandig overdraagbaar is, geldt hetzelfde, zij het dat een complicatie zou kunnen ontstaan door het zelfstandige karakter van de 403-aanspraak.

9.5.5 403-aanspraak en kwijteschuld vordering 403-rechtspersoon

Een hoofdelijke schuldenaar is bevoegd om namens de overige schuldenaren een aanbod tot afstand om niet van het vorderingsrecht te aanvaarden, voor zover de afstand ook de andere schuldeisers betreft (art. 6:9 lid 1 BW). Als een schuldeiser met een schuldenaar overeenkomt dat hij van zijn vorderingsrecht afstand doet, gaat de verbintenis van die schuldenaar teniet (art. 6:160 lid 1 BW). Niet is in art. 6:7 lid 2 BW bepaald dat als een schuldeiser jegens een hoofdelijke schuldenaar afstand doet van zijn vorderingsrecht, ook de andere schuldenaren zijn bevrijd. De consequentie daarvan is dat als er twee afzonderlijke vorderingsrechten zijn, het doen van afstand dan wel het tenietgaan van één van die twee vorderingen er niet vanzelf (van rechtswege) toe kan leiden dat daarmee ook afstand wordt gedaan van de andere vordering. Daarvoor is nodig dat van beide vorderingen afstand wordt gedaan.

De vraag die zich opdringt, is hoe het zojuist opgemerkte past bij een 403-aansprakelijkstelling. Te denken is aan een finale kwijtschelding tegen een bepaald bedrag verleend door de schuldeiser van deze 403-rechtspersoon aan de 403-rechtspersoon, zoals in *Bia Beheer* (zie paragraaf 9.3.2). Daar de vordering waarvoor de 403-aansprakelijkstelling geldt, teniet is gegaan, zou er geen reden voor de 403-aansprakelijke maatschappij moeten zijn om nog voor de restantschuld aansprakelijk te zijn aangezien er geen schuld meer is.¹³³ De 403-verklaring richt zich immers tot de uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende schulden van de 403-rechtspersoon. Als er geen rechthebbende op een dergelijk vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon is, kan er ook geen 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij zijn; zij vallen daarmee buiten de reikwijdte van de 403-verklaring.¹³⁴ Dit past ook in de opvatting dat als de hoedanigheid van een rechthebbende

133. Zie Beckman in zijn commentaar bij HR 3 april 2015, *Ondernemingsrecht* 2015/66 (*Bia Beheer*).

134. Vergelijk ook het oordeel van het Gerechtshof Amsterdam (OK) 11 juni 2013, r.o. 6.52 waarin zulks in een situatie van onteigening van de vordering op de 403-rechtspersoon werd overwogen (zie paragraaf 9.5.9).

van een uit een rechtshandeling van de 403-rechtspersoon voortvloeiend vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon eindigt, de 403-aanspraak niet meer kan worden ingeroepen.¹³⁵ Hoe logisch het ook is dat er geen reden is nog onder de 403-verklaring te claimen, hetgeen ook het geval is in de opvatting dat er sprake is van één vordering met twee hoofdelijk verbonden schuldenaren alsook in de ‘dynamische 403-aanspraak’-opvatting, de consequentie van de uitleg van de Hoge Raad is dat als de 403-aansprakelijke maatschappij geen partij is in de kwijtschelding, zij voor het kwijtgescholden deel wel aansprakelijk kan worden gehouden.¹³⁶

Ook als een schuldeiser (enkel) afstand doet van zijn 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij, komt als vraagstuk naar voren de wijze waarop een dergelijke afstandverklaring zich verhoudt tot de generieke en eenzijdige aard van de 403-verklaring, zoals in geval van overdracht van de uit een rechtshandeling van de 403-rechtspersoon voortvloeiende vordering op de 403-rechtspersoon aan een derde. De kwestie die dan rijst is of de 403-aansprakelijke maatschappij zich jegens die derde kan beroepen op de afstandverklaring van de oorspronkelijke schuldeiser. Mijns inziens staat de ongerichte generieke aard van de 403-verklaring daaraan in de weg.¹³⁷ De 403-aansprakelijke maatschappij heeft zich door middel van de 403-verklaring als hoofdelijk schuldenaar verbonden voor de schulden van de 403-rechtspersoon die voortvloeien uit door de 403-rechtspersoon aangegane rechtshandelingen, ongeacht wie dat vorderingsrecht houdt.

Indien de 403-aanspraak als afhankelijk recht zou worden geduid (borgtochtachtige opvattingen), gaat de 403-aanspraak teniet door afstandverklaring van de schuldeiser van zijn vordering op de 403-rechtspersoon.

9.5.6 403-aanspraak en verjaarde vordering 403-rechtspersoon

Een vordering uit hoofde van een met de schuldenaar verrichte rechtshandeling kan door verjaring teniet gaan. Indien er twee zelfstandige vorderingen zijn, hebben die elk een eigen verjaringstermijn. Die termijnen kunnen van elkaar verschillen als aangenomen wordt dat de uit een rechtshandeling van de 403-rechtspersoon voortvloeiende vordering op de 403-rechtspersoon en de 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij afzonderlijk van elkaar kunnen worden overgedragen. Maar ook als aangenomen wordt dat die

135. Booms 2019 (diss.), p. 444.

136. Waarvoor zij wel een regresvordering krijgt zodra zij heeft voldaan (zie paragraaf 9.7) maar waaraan zij doorgaans weinig heeft indien de 403-rechtspersoon failliet is.

137. Ten overvloede merk ik op dat als een schuldeiser geen beroep op zijn aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij wil doen, hij zich simpelweg niet voor voldoening tot de 403-aansprakelijke maatschappij zal wenden; van een geformuleerde afstandsverklaring zal in een dergelijke situatie zelden sprake zijn.

gescheiden overdracht niet mogelijk is of als beide vorderingen in één hand blijven, kunnen er verschillende termijnen (en stuitingsmomenten) aan de orde zijn.¹³⁸

In de situatie dat de vordering jegens de 403-rechtspersoon is verjaard en de 403-aanspraak (nog) niet, heeft de schuldeiser de mogelijkheid de 403-aansprakelijke maatschappij uit hoofde van de 403-verklaring voor voldoening aan te spreken. Dit lijkt niet onredelijk omdat de verbintenis van de 403-rechtspersoon nog steeds bestaat maar alleen niet van hem in rechte afdwingbaar is. Vanuit de optiek van de schuldeiser is het alleszins begrijpelijk dat hij alsdan zijn 403-aanspraak, als die nog niet is verjaard, door de 403-aansprakelijke maatschappij gehonoreerd wil zien. Vanuit de waarborgfunctie van de 403-verklaring bezien ligt het evenwel niet erg voor de hand dat er nog wel jegens de 403-aansprakelijke maatschappij kan worden gevorderd. Alleen als zou worden aangenomen dat het mogelijk is dat de vordering jegens de 403-rechtspersoon en de 403-aanspraak in handen zijn van twee verschillende partijen kan dit anders liggen omdat in dat geval de 403-aanspraak niet langer direct verbonden is aan het vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon, althans niet langer in handen van de partijen die waren betrokken bij de rechtshandeling waaruit het vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon is voortgevloeid.

In de opvatting van Booms kan een aan iemand in hoedanigheid verleende garantie¹³⁹ alleen worden ingeroepen door iemand die de hoedanigheid heeft. Als de hoedanigheid van een rechthebbende van een specifiek aangewezen subjectief recht eindigt, kan die garantie niet meer worden ingeroepen. Daarvan is sprake, zo merkt hij op, indien de overeenkomst waaruit de vordering op de 403-rechtspersoon voortvloeit, vernietigd wordt of als deze vordering op de 403-rechtspersoon verjaart.¹⁴⁰ Ook merkt Booms op dat het mogelijk is – ik heb daarop al eerder gewezen – in de 403-verklaring op te nemen dat de 403-aanspraken slechts kunnen ontstaan zolang de vorderingen op de 403-rechtspersoon niet zijn verjaard.

Wanneer de 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij een afhankelijk recht zou zijn zoals in de borgtochtachtige opvattingen, leidt verjaring van de vordering jegens de 403-rechtspersoon tot verjaring van de 403-aanspraak. Stuiting van de verjaringstermijn hoeft in deze opvattingen dan ook alleen bij de 403-rechtspersoon te geschieden. Een stuitinghandeling bij de 403-aansprakelijke maatschappij is in de borgtochtachtige opvattingen niet voldoende om stuiting van de verjaring van de vordering op de 403-rechtspersoon te bewerkstelligen. In de ‘één vordering/twee schuldenaren’-opvatting kan

138. Het kan zijn dat de 403-verklaring op een later moment is gegeven dan het moment waarop de vordering op de 403-rechtspersoon is ontstaan.

139. In de terminologie van Booms is een 403-verklaring een garantie met daarin een aanbod jegens begunstigen in hoedanigheid.

140. Booms 2019 (diss.), p. 444.

zowel de 403-rechtspersoon als de 403-aansprakelijke maatschappij worden aangesproken door de schuldeiser zodat voor ieder van de schuldenaren eigen verjaringstermijnen en stuitingsmomenten kunnen gelden. Dit geldt ook in de ‘onafhankelijk nevenrecht’-opvatting en in de ‘dynamische 403-aanspraak’-opvatting. De 403-aansprakelijke maatschappij kan zich ter afwering van een betalingsverzoek er niet met succes op beroepen dat de vordering op de 403-rechtspersoon is verjaard.

9.5.7 403-aanspraak en bevoorrechte vordering 403-rechtspersoon

Op basis van de wettelijke regeling geldt als uitgangspunt dat de schuldeisers gelijke verhaalsposities hebben. Deze gelijke rang wordt ten gunste van een bepaalde schuldeiser enkel doorbroken op basis van in de wet erkende redenen van voorrang, waaronder voorrechten. Deze voorrechten zijn van betekenis in faillissementssituaties en zijn nader te onderscheiden in die voorrang geven op bepaalde goederen van de schuldenaar (bijvoorbeeld op zaak bevoorrechte vordering wegens bearbeiding van die zaak uit een aannemingsovereenkomst, art. 3:285 lid 1 BW) en die voorrang geven op alle tot het vermogen van de schuldenaar behorende goederen (bijvoorbeeld vordering wegens achterstallig loon op werkgever, art. 3:288 onder e BW). Als een 403-rechtspersoon de desbetreffende schuldenaar is en hij failliet is gegaan, komt als vraagstuk naar voren of een voorrecht in de verhouding 403-rechtspersoon en zijn schuldeiser doorwerkt naar de 403-aansprakelijke maatschappij.

Daarover wordt verschillend gedacht. Zo is in 2005 in rechte wel geoordeeld – waarbij de rechtbank in haar oordeel als uitgangspunt betrok de compensatiegedachte als grondslag voor het groepsregime – dat een wettelijk voorrecht dat is verbonden aan een vordering uit een door een 403-rechtspersoon verrichte rechtshandeling, aan die vordering kleeft zodat een 403-aansprakelijke maatschappij dit ook tegen zich moet laten gelden.¹⁴¹ In een vrijwel identieke casus¹⁴² is in 2010 geoordeeld dat uit art. 2:403 BW slechts volgt dat de 403-aansprakelijke maatschappij aansprakelijk is voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van de 403-rechtspersoon maar niet dat het object van het voorrecht wordt uitgebreid met het vermogen van de 403-aansprakelijke maatschappij.¹⁴³ In een ander vonnis uit 2013 is overwogen dat het wettelijk

141. Rechtbank Haarlem 16 november 2005, *JOR* 2006/27 (*Van der Aa/KPNQwest*).

142. Rechtbank Haarlem 28 juli 2010, *JOR* 2010/264, m.nt. Bartman; *JIN* 2010/697, m.nt. Slaski.

143. R.o. 4.6.

voorrecht zich richt tot de werkgever¹⁴⁴ – in casu de 403-rechtspersoon – en niet tot de 403-aansprakelijke maatschappij en ook omdat voorrechten slechts uit de wet ontstaan.¹⁴⁵ Na ingestelde sprongcassatie op deze uitspraak heeft de Hoge Raad,¹⁴⁶ daarin volgend de conclusie van A-G Timmerman¹⁴⁷, overwogen dat van doorwerking van het voorrecht geen sprake is omdat uit het karakter van de 403-aanspraak niet voortvloeit dat het voorrecht ook is verbonden aan de 403-aanspraak, voorrechten enkel ontstaan uit de wet en aan de 403-aanspraak geen wettelijk voorrecht is verbonden, alsook omdat een richtlijnconforme interpretatie niet vereist dat schulden moeten worden uitgelegd als het gehele pakket van verplichtingen van de 403-rechtspersoon inclusief de daaraan verbonden voorrechten, daar zulks niet blijkt uit de tekst en de strekking van Richtlijn 2013/34/EU. Ook wordt veelal als argument tegen doorwerking genoemd het zelfstandige karakter van de vorderingen op de 403-rechtspersoon en op de 403-aansprakelijke maatschappij.¹⁴⁸

In de doctrine wordt vaak als argument pro doorwerking genoemd de compensatiefunctie van de 403-verklaring. Vanwege die compensatiefunctie wordt ook wel geoordeeld dat een schuldeiser van de 403-rechtspersoon beide hoofdelijke schuldenaren op identieke wijze moet kunnen aanspreken.¹⁴⁹ Voorts wordt in dit kader ook gewezen op art. 3:276 BW waarin is bepaald dat tenzij wet of overeenkomst anders bepalen, een schuldeiser zijn vordering op de goederen van zijn schuldenaar kan verhalen.¹⁵⁰ Als een vordering dan onder de reikwijdte van een 403-verklaring valt, heeft een schuldeiser verhaalsmogelijkheid op alle goederen van de twee schuldenaren. Ook wordt

144. Voor het begrip werkgever bij een vof verwijs ik naar HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:649, *JAR* 2019/128, m.nt. Loesberg; *JOR* 2019/173, m.nt. Faber (en naar de annotatie van Mathey-Bal (*RO* 2018/62) bij de voorafgaande uitspraak van de Rechtbank Overijssel 20 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2748), waarin geoordeeld is dat een arbeidsovereenkomst met een vof moet worden beschouwd als een arbeidsovereenkomst met de gezamenlijke vennoten. Zij zijn dan ook de werkgever (r.o. 3.5.2). De consequentie is dat voorrechten die verbonden zijn aan een met de arbeidsovereenkomst samenhangende vordering op de vof, ook gelden in de faillissementen van de afzonderlijke vennoten, aangezien de verbintenissen uit de arbeidsovereenkomst rusten op de gezamenlijke vennoten en op iedere vennoot afzonderlijk (r.o. 3.6.2).

145. Rechtbank Midden-Nederland 30 januari 2013, *JOR* 2013/70, m.nt. Van Dooren; *Ondernemingsrecht* 2013/48, m.nt. Nass.

146. HR 11 april 2014 (*UWV/Econcern*).

147. Conclusie A-G 14 februari 2014, ECLI:NL:PHR:2014:93.

148. Van Wijngaarden 2006, p. 22 en Slaski in haar noot bij Rechtbank Haarlem 28 juli 2010, *JIN* 2010/697. Zie ook Booms 2019 (diss.), p. 437.

149. Van Dooren in zijn noot bij Rechtbank Midden-Nederland 30 januari 2013, *JOR* 2013/70.

150. Beckman in zijn annotatie bij Rechtbank Haarlem 16 november 2010, *Ondernemingsrecht* 2010/147 (*IPServices/KPNQwest*).

wel als argument aangedragen dat uit de richtlijntekst ('guarantees the commitments entered into by the subsidiary') voortvloeit dat de compenserende werking volledig moet zijn, en derhalve ook voorrechten omvat.¹⁵¹

Naar geldend recht blijkt in elk geval dat de pro argumenten betreffende de doorwerking zowel die inzake de compensatiefunctie als een richtlijnconforme uitleg die voorrechten onder de verplichtingen zouden scharen, niet door de Hoge Raad worden gedeeld. Van een doorbraak van het 'gesloten systeem' van voorrechten is dan ook geen sprake. Daar de wettelijke voorrechten jegens een 403-rechtspersoon niet betreffen verhaal op bepaalde goederen of alle goederen van de 403-aansprakelijke maatschappij maar uitsluitend het verhaal uit de aard van een schuld op goederen van de 403-rechtspersoon, kunnen zij, hoezeer voorrechten kunnen samenhangen met vorderingen uit rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon en de 403-aansprakelijke maatschappij hoofdelijk verbonden is voor de schulden uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon, niet zonder wettelijke voorziening doorwerken naar de 403-aansprakelijke maatschappij.

Ik sluit niet uit dat in de borgtochtachtige opvattingen waar doorgaans van afhankelijkheid wordt uitgegaan, doorwerking wél zou zijn aangenomen. In de 'één vordering/twee schuldenaren'-opvatting is de uitkomst gelijk aan die in het geldend recht. Ik voeg hieraan nog toe dat een doorbreking van de paritas creditorum op het niveau van de 403-rechtspersoon op basis van een wettelijk voorrecht te rechtvaardigen is, maar geen zelfstandige grondslag kan vormen voor doorbreking ervan in de relatie tot de 403-aansprakelijke maatschappij en haar (concurrente, preferente en/of bevoorrechte) schuldeisers.

9.5.8 403-aanspraak en achtergestelde vordering 403-rechtspersoon

Doorbraak van de gelijke rang ten nadele van een bepaalde schuldeiser kan contractueel worden overeengekomen, ook in het kader van de rechtshandeling waaruit een vordering jegens de 403-rechtspersoon voortvloeit. Als aan een vordering op een 403-rechtspersoon een achterstellingsclausule is verbonden, zijn dergelijke vorderingen met inachtneming van de overeengekomen condities in geval van een faillissement van de 403-rechtspersoon achtergesteld ten opzichte van een, meer of alle andere schuldeisers.¹⁵² In de wet is geen bepaling opgenomen waarin de betekenis van het begrip achterstelling is vastgelegd. Het is aan partijen om daaraan invulling te geven. Het staat een schuldeiser vrij genoeg te nemen met een lagere rang waar het aankomt op

151. Bartman in zijn annotatie bij Rechtbank Haarlem 28 juli 2010, *JOR* 2010/264 en Zwemmer in zijn annotatie bij Rechtbank Midden-Nederland 30 januari 2013, *AR Updates arbeidsrecht* 2013/91.

152. Voor een bespreking van het verschijnsel achterstelling zie Wessels 2013.

verhaal. Als een dergelijke achterstelling een meer specifiek karakter heeft, zoals een schuld die alleen achtergesteld is ten opzichte van een specifieke andere schuld, of alleen achtergesteld is voor bijvoorbeeld rentebetalingen, of alleen voor de hoofdsom, is van een generieke achterstelling geen sprake. Een generieke achterstelling maakt de vordering achtergesteld naar hoofdsom, aflossing en rente jegens alle andere schuldeisers. Zij dient doorgaans de versterking van het aansprakelijk vermogen¹⁵³ van de geldlenende maatschappij ter verkrijging van een betere solvabiliteit en weerstand.¹⁵⁴ Het spreekt wel haast vanzelf dat in dit soort situaties verrekening met een vordering op de lenende partij moet zijn uitgesloten ter voorkoming dat in faillissement blijkt dat de versterking illusoir bleek te zijn.

De vraag die opkomt is of de doorbreking van de gelijke rang van de schuldeisers jegens de 403-rechtspersoon tevens geldt jegens de 403-aansprakelijke maatschappij. Alvorens daarop in te gaan merk ik nogmaals op dat achterstellingen alleen van betekenis zijn indien de lenende maatschappij failliet is gegaan. De achtergestelde leningen zijn dan jegens alle andere schuldeisers achtergesteld in de afwikkeling of jegens – bij specifiek achterstellingen – bepaalde schuldeisers. Niet zelden is een overeenkomst waarbij de doorbreking van de gelijke rang van schuldeisers is vastgelegd voor verschillende interpretaties vatbaar. Wanneer enkel overeengekomen is dat een vordering is achtergesteld, is onduidelijk wat daarmee wordt bedoeld. Met een dergelijke afspraak kan zijn bedoeld aan de desbetreffende vordering een bepaalde rang toe te kennen, maar ook om daarmee de voorwaarde(n) van opeisbaarheid van die vordering vast te leggen. In de eerstgenoemde uitleg is sprake van een eigenlijke achterstelling omdat partijen overeenkomen dat de vordering een lagere rang neemt dan de wet die vordering toekent.¹⁵⁵ Die achterstelling betreft verhaal en krijgt pas werking op het moment dat het vermogen van de schuldenaar wordt verdeeld. In de laatstgenoemde uitleg is de afspraak een oneigenlijke achterstelling waarmee is beoogd vast te leggen dat de vordering pas opeisbaar is wanneer de overige vorderingen en/of schuldeisers ten opzichte waarvan de achterstelling geldt, zijn voldaan.

Indien met betrekking tot een vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon een achterstelling is overeengekomen, geldt dat die afspraak pas betekenis heeft in een situatie van faillissement¹⁵⁶ van de 403-rechtspersoon (en, eventueel in het geval van een faillissement van de 403-aansprakelijke maatschappij). Zolang een schuldenaar over voldoende middelen beschikt om schuldeisers

153. Ook wel genoemd garantievermogen of risicodragend vermogen.

154. In termen van een verbetering van de verhouding eigen vermogen + generiek achtergestelde leningen / totaal vermogen.

155. In deze uitleg wordt aansluiting gezocht bij art. 3:277 lid 2 BW.

156. Of liquidatie om andere reden aan de orde is, bijvoorbeeld in verband met ontbinding.

te voldoen, respectievelijk van een faillissement geen sprake is, is de achterstelling zonder betekenis. Ook jegens de 403-aansprakelijke maatschappij komt die achterstelling niet in beeld. Pas als er in het faillissement van de 403-rechtspersoon onvoldoende middelen zijn ter voldoening van de schuldeisers van de 403-rechtspersoon, komt de vraag op of bij een 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij de achterstelling in de relatie tussen de 403-rechtspersoon en zijn schuldeisers van uit rechtshandelingen van hem voortkomende vorderingsrechten doorwerkt. Ook hier geldt natuurlijk dat deze vraag alleen opportuun is in geval van faillissement van de 403-aansprakelijke maatschappij. In die situatie zijn er normaliter onvoldoende middelen om de eigen schuldeisers en die uit hoofde van de 403-aansprakelijkheid te voldoen. Als argument tegen deze doorwerking geldt het zelfstandige karakter van de vordering op de 403-rechtspersoon en van de 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij.¹⁵⁷

Zoals in paragraaf 9.3.2 al naar voren kwam, is het oordeel van de Ondernemingskamer dat de achterstelling in de relatie 403-rechtspersoon en de achtergestelde schuldeisers door de 403-verklaring wél doorwerkt naar de 403-aansprakelijke maatschappij, door de Hoge Raad gecasseerd, aangezien een dergelijke achterstelling geen invloed heeft op het verhaal van de schuldeisers op het vermogen van de 403-aansprakelijke maatschappij. De Hoge Raad heeft hierbij overwogen dat als de 403-aansprakelijke maatschappij de mogelijkheden tot verhaal op haar vermogen door (bepaalde) schuldeisers van de 403-rechtspersoon had willen beperken, dit uit de 403-verklaring, uitgelegd naar objectieve maatstaven, had moeten blijken.¹⁵⁸ Het zou natuurlijk kunnen dat over de doorwerking van een achterstellingsbeding anders moet worden geoordeeld indien in de overeenkomst waaruit de vorderingen op de 403-rechtspersoon zijn voortgekomen, met instemming van de 403-aansprakelijke maatschappij is opgenomen dat de achterstelling tevens werkt ten opzichte van schuldeisers van de 403-aansprakelijke maatschappij in die gevallen dat er sprake is van een faillissement van de 403-rechtspersoon en/of de 403-aansprakelijke maatschappij.

Toepassing van de diverse opvattingen leidt niet tot andere conclusies. Daar achterstellingen alleen van betekenis zijn in geval van faillissement, hebben zij geen betekenis in situaties van continuïteit. Als sprake is van een faillissementssituatie geldt vanuit de veronderstelling dat in de verhouding tussen de schuldeiser van de 403-rechtspersoon en de 403-rechtspersoon een achterstelling is overeengekomen en de 403-aansprakelijke maatschappij daarbij geen partij is en ook niet anderszins is gesteld in de 403-verklaring dat van

157. Zie ook Booms 2019 (diss.), p. 437.

158. Met daarbij de kanttekening van de Hoge Raad, 'daargelaten of daarmee aan de eisen van art. 2:403 BW zou zijn voldaan', HR 16 juni 2015, *NJ* 2015/361 m.nt. Van Schilfgaarde en Winter; *JOR* 2015/140, m.nt. Josephus Jitta; *Ondernemingsrecht* 2015/97, m.nt. Beckman (SNS).

doorwerking in 403-aanspraak naar de 403-aansprakelijke maatschappij geen sprake is, ongeacht of de 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij wordt gezien als een zelfstandig recht, als een afhankelijk recht dan wel als één vordering zoals in de ‘één vordering/twee schuldenaren’-opvatting.

Met het oog op deze problematiek is het voor schuldeisers van de 403-aansprakelijke maatschappij niet onverstandig om in de documentatie ter zake van de rechtsverhouding met die partij een bepaling op te nemen in verband met het gebruik van het groepsregime. Zo kan het wenselijk zijn om in het geval dat een lening wordt verstrekt aan de 403-aansprakelijke maatschappij een informatieverplichting overeen te komen op basis waarvan de 403-aansprakelijke maatschappij verplicht is de schuldeiser te informeren in het geval zij een 403-verklaring geeft en deponeert. Indien een dergelijke gebeurtenis zich voordoet zou vanuit de positie van de schuldeiser idealiter een opeisingsgrond ontstaan.

9.5.9 403-aanspraak en onteigende vordering 403-rechtspersoon

Daar de uit een rechtshandeling van de 403-rechtspersoon voortvloeiende vorderingsrechten en de 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij zelfstandige vorderingen zijn in de zin van Boek 6 BW, zou verwacht worden dat in geval van onteigening beide vorderingen worden onteigend. In het onteigeningsbesluit van de SNS-Bank¹⁵⁹ zijn echter alleen de vorderingen op de 403-rechtspersoon onteigend. De Ondernemingskamer¹⁶⁰ heeft geoordeeld dat de 403-verklaring van de 403-aansprakelijke maatschappij betekent dat de schuldeisers van de 403-rechtspersoon, na de onteigening van hun vorderingen op de 403-rechtspersoon in elk geval ook geen 403-aanspraak meer hebben jegens de 403-aansprakelijke maatschappij uit hoofde van de 403-verklaring. Zij vallen buiten de reikwijdte van de 403-verklaring. Dit is het geval zowel indien wordt uitgegaan van onteigening van de passieve zijde van deze vorderingen (en de 403-rechtspersoon niet langer schuldenaar is) als wanneer wordt uitgegaan van onteigening van de actieve zijde van deze vorderingen (en de aanvankelijke schuldeisers niet langer schuldeisers van de 403-rechtspersoon zijn). A-G Timmerman acht deze redenering van de Ondernemingskamer juist.¹⁶¹ De Hoge Raad verwerpt onder verwijzing naar de gronden in de conclusie van de A-G¹⁶² het hiertegen ingestelde cassatieberoep voor zover de overwegingen van de Ondernemingskamer zouden inhouden dat de Ondernemingskamer zich bevoegd heeft geacht zelfstandig te oordelen

159. Onteigeningsbesluit van 1 februari 2013 van de minister van Financiën, kenmerk FM/2013/213/M.

160. Gerechtshof Amsterdam (OK) 11 juni 2013, r.o. 6.52.

161. Conclusie A-G 10 oktober 2014, ECLI:PHR:2014:1825, onderdeel 10.4.

162. HR 16 juni 2015 (SNS), r.o. 4.30.

dat de 403-aanspraken onteigend zijn dan wel dat de onteigening mede omvat de 403-aanspraak. Het oordeel van de Ondernemingskamer spreekt mij aan. De 403-verklaring richt zich tot de rechthebbenden van de uit rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende vorderingsrechten jegens de 403-rechtspersoon. Als die vorderingsrechten van crediteuren van de 403-rechtspersoon zijn onteigend, zijn zij geen crediteuren meer van de 403-rechtspersoon en zijn zij om die reden geen 403-aanspraakgerechtigden meer jegens de 403-aansprakelijke maatschappij.

Indien wordt uitgegaan van de ‘één vordering/twee schuldenaren’-opvatting, geldt het hiervoor opgemerkte eveneens. Door de onteigening van de vordering is er geen door de 403-rechtspersoon of de 403-aansprakelijke maatschappij verschuldigde prestatie meer jegens degenen wier vorderingsrechten zijn onteigend. Ook in de ‘dynamische 403-aanspraak’-opvatting en in de borgtochtachtige opvattingen is er na onteigening van de vordering jegens een 403-rechtspersoon geen 403-aanspraak meer, zij het dat de grond ervan verschilt. In de ‘dynamische 403-aanspraak’-opvatting verdwijnt de 403-aanspraak uit het vermogen van de onteigende schuldeisers en komt in het vermogen van de onteigenaar; in de borgtochtachtige opvattingen is die aanspraak als afhankelijk recht door onteigening overgegaan op de onteigenaar.

9.6 Restaanspraak

De restaansprakelijkheid van de voormalige 403-aansprakelijke maatschappij is de in haar 403-verklaring begrepen hoofdelijke aansprakelijkheid voor schulden uit rechtshandelingen van de voormalige 403-rechtspersoon die overblijft nadat zij haar 403-aansprakelijkstelling heeft ingetrokken voordat jegens derden een beroep op deze intrekking kan worden gedaan. Anders dan de 403-aansprakelijkheid zonder intrekking kan deze restaansprakelijkheid niet toenemen door verplichtingen uit nieuwe rechtshandelingen, maar wel door later opkomende verplichtingen uit reeds voor de werking van de intrekking door de 403-rechtspersoon aangegane overeenkomsten (waaronder duurovereenkomsten).

De voormalige 403-rechtspersoon wordt in het kader van de restaansprakelijkheid in art. 2:404 lid 5 BW aangeduid met hoofdschuldenaar. Deze terminologie mag geen misverstand oproepen omdat de restaansprakelijke maatschappij (= de maatschappij die haar 403-aansprakelijkstelling heeft ingetrokken) en de rechtspersoon voor wie de restaansprakelijkheid loopt (= de voormalige 403-rechtspersoon) hoofdelijk zijn verbonden ten aanzien van eenzelfde schuld. In essentie is er geen verschil met de 403-aansprakelijkheid. Ook hier kent de restaansprakelijke maatschappij niet specifiek de rechthebbenden van de uit de rechtshandelingen van de voormalige 403-rechtspersoon voortvloeiende vorderingsrechten jegens de voormalige 403-rechtspersoon. Al

hetgeen in de voorgaande paragrafen van dit hoofdstuk aan de orde is gekomen, geldt dan ook voor de restaansprakelijkheid en de restaanspraken van de daartoe gerechtigden.

Ook hier kan de discussie spelen over het moment dat de restaanspraak ontstaat. Daar de 403-aanspraak die voorafgaat aan de restaanspraak, is ontstaan zodra er een uit een rechtshandeling van de 403-rechtspersoon voortvloeiend vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon is, geldt dit logischerwijze eveneens voor de restaanspraak, aangenomen dat het vorderingsrecht nog niet is voldaan. In de door mij niet gedeelde opvatting dat pas een vordering op de aansprakelijke maatschappij ontstaat nadat de schuldeiser van zijn bevoegdheid om betaling te vorderen gebruik maakt, is er pas een restaanspraak jegens de restaansprakelijke maatschappij indien de schuldeiser betaling van de restaansprakelijke maatschappij vordert. Voor de rechtsgevolgen maakt dit niet veel uit. In ieder geval geldt dat als een schuldeiser zijn vorderingsrecht jegens de voormalige 403-rechtspersoon uit de tijd dat die nog een 403-rechtspersoon was, overdraagt aan een ander, die ander de schuldeiser van de 403-rechtspersoon is geworden en uit dien hoofde tevens de restaanspraakgerechtigde. Degene die het vorderingsrecht heeft overgedragen, heeft geen vordering meer op de rechtspersoon en daarmee tevens geen restaanspraak jegens de restaansprakelijke maatschappij.

Als de schuldeiser van de restaansprakelijke maatschappij betaling van zijn restaanspraak wenst en desverzocht zijn gerechtigdheid heeft aangetoond, is de restaansprakelijke maatschappij gehouden tot voldoening. Als hij daartoe niet overgaat, gelden de in het BW opgenomen regels omtrent ingebrekestelling en het intreden van verzuim.¹⁶³ Als de restaansprakelijke maatschappij tot voldoening is overgegaan, ontstaat vanaf dat moment een regresvordering op de rechtspersoon die hoofdschuldenaar is.¹⁶⁴

De restaansprakelijkheid van de restaansprakelijke maatschappij neemt af naar mate de rechtspersoon die hoofdschuldenaar is, zelf de desbetreffende verplichtingen nakomt dan wel kan verminderen door onder meer afstand van de restaanspraak van de restaanspraakgerechtigde jegens de restaansprakelijke maatschappij, door verjaring van de restaanspraak en door nakoming van de restaanspraak jegens de restaanspraakgerechtigden, en kan vervallen door beëindiging van de restaansprakelijkheid.¹⁶⁵ Vermindering van de restaansprakelijkheid is er voorts door verjaring van de vordering jegens de voormalige 403-rechtspersoon in de visie dat sprake is van verval van hoedanigheid,¹⁶⁶ alsmede in de situatie dat in de 403-verklaring is opgenomen dat een dergelijke

163. Zie het opgemerkte in paragraaf 9.2.3.

164. Zie paragraaf 9.7.

165. Zie paragraaf 7.4.

166. Booms 2019 (diss.), p. 444.

verjaring ook de 403-aanspraak doet eindigen.¹⁶⁷ In de ‘één vordering/twee schuldenaren’-opvatting zou de restaansprakelijkheid moeten verminderen door afstand van de vordering jegens de rechtspersoon die hoofdschuldenaar is, evenals in de borgtochtachtige opvattingen.¹⁶⁸ In die borgtochtachtige opvattingen geldt dit bij verjaring van de vordering op de rechtspersoon die hoofdschuldenaar is.¹⁶⁹ Het verval van de restaansprakelijkheid door beëindiging van de restaansprakelijkheid is alleen mogelijk zoals meermaals is opgemerkt indien de restaansprakelijke maatschappij en de rechtspersoon die hoofdschuldenaar is, niet meer tot dezelfde groep behoren.

9.7 Regresaanspraak

De rechthebbende van een uit een rechtshandeling van de 403-rechtspersoon voortvloeiend vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon respectievelijk voormalige 403-rechtspersoon kan zich voor voldoening wenden tot de 403-aansprakelijke respectievelijk restaansprakelijke maatschappij. Deze maatschappij is gelet op haar 403-verklaring tot de nakoming van de uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon respectievelijk voormalige 403-rechtspersoon voortvloeiende verplichtingen gehouden. In geval van intrekking van de 403-aansprakelijkstelling door het depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister blijft die nakomingsverplichting doorlopen voor alle verplichtingen van de (voormalige) 403-rechtspersoon die zijn voortgevloeid uit de door deze tot het moment van werking van de intrekking aangegane rechtshandelingen. Indien en voor zover de 403-aansprakelijke respectievelijk restaansprakelijke maatschappij voor de door haar nagekomen verplichtingen verhaal kan nemen heeft zij een regresvordering. Zolang zij niet tot voldoening is overgegaan, is sprake van een toekomstige regresvordering, zoals door de Hoge Raad is overwogen in zijn arrest *ASR/Achmea*.¹⁷⁰

Of de maatschappij als zij de 403-aanspraak respectievelijk restaanspraak

heeft gehonoreerd, verhaal kan nemen op haar 403-rechtspersoon respectie-

167. Booms 2019 (diss.), p. 438.

168. Zie paragraaf 9.5.5.

169. Zie paragraaf 9.5.6.

170. HR 6 april 2012, *NJ* 2016/196, m.nt. Du Perron; *JOR* 2014/172, m.nt. Faber en Vermunt; *AA*, 2013/36, m.nt. Van Boom (*ASR/Achmea*). Vóór dit arrest werd ook wel aangenomen dat de regresvordering vanaf het moment waarop de hoofdelijke aansprakelijkheid intreedt een bestaande voorwaardelijke vordering is.

velijk voormalige 403-rechtspersoon voor wie zij restaansprakelijk is, hangt er van af of de schuld die zij heeft voldaan haar al dan niet – geheel of gedeeltelijk – aangaat. Hoewel niet uit te sluiten is dat er omstandigheden zijn waaronder mede draagplicht van de betalende maatschappij moet worden aangenomen,¹⁷¹ is de betalende maatschappij in de regel niet de draagplichtige schuldenaar. In de onderlinge verhouding tussen de rechtspersoon en de 403-aansprakelijke respectievelijk restaansprakelijke maatschappij kunnen afwijkende afspraken over de draagplicht zijn vastgelegd, bijvoorbeeld dat de interne draagplicht van de rechtspersoon is beperkt tot een bepaald bedrag, of op nihil wordt gesteld en de maatschappij de draagplicht op zich neemt. Indien en voor zover zij niet de draagplichtig schuldenaar is, heeft zij verhaal op de 403-rechtspersoon respectievelijk rechtspersoon voor wie zij restaansprakelijk is.

Het is natuurlijk denkbaar dat de rechtspersoon voor wie de 403-aansprakelijke respectievelijk restaansprakelijke maatschappij betaald heeft, geen verhaal biedt. Dat is in de situatie dat de schuldeiser er voor kiest de 403-aansprakelijke respectievelijk de restaansprakelijke maatschappij aan te spreken, niet onwaarschijnlijk. Een betalende maatschappij wordt tevens gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser wiens vordering zij heeft voldaan. Dat zij subrogeert in de rechten die de schuldeiser jegens de (voormalige) 403-rechtspersoon te gelde kan maken, levert de 403-aansprakelijke respectievelijk restaansprakelijke maatschappij enkel iets op in de gevallen dat het gaat om rechten die (nog) niet door de schuldeiser zijn ingeroepen. Bijvoorbeeld in het geval dat er door de 403-rechtspersoon voor de desbetreffende vordering van de schuldeiser ook een borgstelling is. De betalende maatschappij kan zich alsdan op de borg verhalen, indien en voor zover de schuldeiser dat niet reeds heeft gedaan (en de borg onvoldoende verhaal heeft geboden zodat zij zich voor het deel van zijn vordering dat door inroeping van de borgstelling niet is voldaan daarenboven heeft gewend tot de 403-aansprakelijke respectievelijk restaansprakelijke maatschappij). Het de facto ontbreken van een regresmogelijkheid en/of de subrogatie in rechten die de facto niets opleveren kan ertoe leiden dat de betalende 403-aansprakelijke respectievelijk restaansprakelijke maatschappij ondanks het ontbreken van een draagplicht feitelijk de gehele schuld zal dragen.

Er zijn situaties denkbaar waarin het niet eenvoudig is te bepalen of een 403-aansprakelijke respectievelijk restaansprakelijke maatschappij regres kan nemen op de 403-rechtspersoon respectievelijk op de rechtspersoon die hoofdschuldenaar is. Bijvoorbeeld in het geval dat de aansprakelijke maatschappij een aanspraak voldoet terwijl de vordering op de rechtspersoon is verjaard en de aansprakelijke maatschappij niet goed is geïnformeerd. Een ander voorbeeld is

171. Bijvoorbeeld indien de 403-rechtspersoon respectievelijk de rechtspersoon voor wie restaansprakelijkheid loopt (hoofdschuldenaar) binnen de groep belast is met het aangaan van verplichtingen ten behoeve van de gehele groep.

het geval dat de aansprakelijke maatschappij een niet-bestaande schuld in verband met een (niet-bestaande) vordering op de 403-rechtspersoon voldoet, of teveel betaalt.¹⁷² Het is aan de aansprakelijke maatschappij om de juistheid van de ingediende aanspraak vast te stellen, zoals ook geldt in situaties waarin het groepsregime geen toepassing meer vindt. Schiet zij daarin tekort en verricht zij daardoor ten onrechte betalingen dan is regres niet aan de orde. Maar ook is te denken aan een situatie dat de curator van de failliete 403-rechtspersoon rechtmatig de huurovereenkomst heeft beëindigd, terwijl in rechte wordt verklaard dat de 403-aansprakelijke maatschappij aansprakelijk is jegens verhuurder voor het niet nakomen van de huurverplichtingen door de 403-rechtspersoon en in verband daarmee wordt veroordeeld tot voldoening van vervangende schadevergoeding.¹⁷³

In het al eerder aan de orde gestelde arrest SNS komt een andere bijzondere situatie aan de orde. Naar aanleiding van de ter beoordeling voorliggende vraag of een achterstelling in de verhouding tussen de schuldeiser en de 403-rechtspersoon doorwerkt in een 403-aanspraak heeft een van de belanghebbenden in een cassatieklacht betoogd dat het achtergestelde karakter van de vordering op de 403-rechtspersoon een verweer is dat de 403-aansprakelijke maatschappij op grond van art. 6:11 lid 1 BW kan voeren tegen een 403-aanspraak. Dit zou betekenen dat de 403-aansprakelijke maatschappij alleen een 403-aanspraak hoeft te voldoen in het geval dat de 403-rechtspersoon alle niet-achtergestelde vorderingen voldoet, waaronder de regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW die de 403-aansprakelijke maatschappij krijgt na betaling van een 403-aanspraak. In deze benadering kan een achtergestelde schuldeiser van de 403-rechtspersoon die geen verhaal vindt bij de 403-rechtspersoon, zich ook niet tot de 403-aansprakelijke maatschappij wenden voor de voldoening van een 403-aanspraak. A-G Timmerman concludeert tot ongegrondverklaring van deze klacht.¹⁷⁴ Hij merkt hierbij op dat het betoog ‘miskent dat art. 6:11 lid 1 BW (...) enkel betrekking heeft op de (interne) relatie tussen hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren, en niet op de (externe) relatie tussen een hoofdelijke schuldenaar en de schuldeiser’ en bovendien dat art. 6:11 lid 1 BW niet bepaalt dat verweermiddelen waarover de ene hoofdelijk schuldenaar beschikt ook door andere hoofdelijke schuldenaren kunnen worden ingeroepen en dat hoofdelijke aansprakelijkheid niet betekent dat de aansprakelijke personen op alle punten een gelijke schuld hebben of dat zij beschikken over dezelfde verweren.¹⁷⁵ De Hoge Raad volgt die conclusie en de motivering en overweegt (ten overvloede) dat ‘de aard van een 403-verklaring (...) zich (daar

172. Zij zal in zo’n geval wegens onverschuldigde betaling het bedrag van degene aan wie zij betaald heeft, moeten zien terug te krijgen.

173. Rechtbank ’s-Gravenhage 2 maart 2005, *JOR* 2005/116, m.nt. Harmsen (*Uni-Invest/Content*).

174. Conclusie A-G 10 oktober 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1825, onderdelen 12.4 – 12.7.

175. Onder verwijzing naar onder meer Van den Boom 1999 (diss.), hoofdstuk 2 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6- I*), nr. 99 – 100.

(...) tegen verzet'. Achter 'een 403-verklaring' voegt de Hoge Raad toe: '(die immers extra zekerheid aan de schuldeiser (verstrekt) voor het geval zijn vordering op de dochtermaatschappij niet voldaan kan worden)'.¹⁷⁶ Over deze nogal subsidiair aandoende woordkeuze, merk ik overigens op dat een 403-verklaring niet zonder meer 'extra zekerheid' voor schuldeisers hoeft mee te brengen.¹⁷⁷

Het kan ook zo zijn dat het de aangesproken maatschappij 'goed' uitkomt om te worden aangesproken door een schuldeiser van de 403-rechtspersoon respectievelijk de rechtspersoon voor wie zij restaansprakelijk is, zoals het geval is indien zij een schuld heeft aan deze rechtspersoon. Zij zal haar schuld aan deze rechtspersoon willen verrekenen met het bedrag dat zij in verband met een 403-aanspraak respectievelijk restaanspraak heeft voldaan. Wanneer deze rechtspersoon in een slechte financiële toestand verkeert, kan zij op deze wijze bewerkstelligen dat een (ook voor haar) belangrijke schuldenaar wordt voldaan zonder dat sprake is van paulianeus handelen. In dit kader is van belang de duiding van de Hoge Raad van de regresvordering van een hoofdelijk schuldenaar als toekomstige vordering. Een regresvordering van de 403-aansprakelijke respectievelijk restaansprakelijke maatschappij die ten tijde van een faillissement toekomstig is, komt alleen voor verrekening met een compensabele tegenvordering van de gefailleerde rechtspersoon in aanmerking indien haar vordering rechtstreeks voortvloeit uit handelingen die vóór de faillietverklaring met de deze rechtspersoon zijn verricht.

9.8 Afsluitende conclusie

Door de Hoge Raad wordt de 403-aansprakelijkheid uitgelegd als de aansprakelijkheid als bedoeld in Afdeling 2 van Titel 1 Boek 6 BW. Als er een uit een rechtshandeling van de 403-rechtspersoon voortvloeiend vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon is, heeft de rechthebbende van dit vorderingsrecht daarop tevens uit hoofde van de 403-verklaring een zelfstandige aanspraak tot voldoening ervan jegens de 403-aansprakelijke maatschappij. Omtrent de civielrechtelijke duiding hiervan dan wel wenselijkheid hiervan, mede gelet op de complicaties die duiding volgens Afdeling 2 van Titel 1 Boek 6 BW zouden kunnen meebrengen, wordt in de doctrine verdeeld gereageerd, uiteenlopend van opvattingen met subsidiaire hoofdelijkheid met borgtochtachtige trekken, tot andere varianten binnen de hoofdelijkheid en gezien de bijzondere aard van de 403-aansprakelijkheid, tot hoofdelijkheid sui generis. Geen van deze

176. R.o. 4.35.2.

177. Zie paragraaf 1.3.

opvattingen is vanuit unitair oogpunt onverenigbaar met hetgeen in het kader van het groepsregime noodzakelijk is.

Naar huidig recht staat in ieder geval vast dat de maatschappij die een tot haar groep behorende rechtspersoon van het groepsregime gebruik wil laten maken, zich hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden uit de rechtshandelingen van die groepsrechtspersoon moet hebben gesteld. Omdat niet louter verhaalsaansprakelijkheid wordt bedoeld, verdient het aanbeveling in de tekst van art. 2:403 lid 1 onder f BW te verduidelijken dat deze maatschappij zich tevens hoofdelijk verbindt voor de nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit de door de 403-rechtspersoon aangegane rechtshandelingen.

Er zijn verschillende opvattingen over wanneer de 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij ontstaat. De 403-verklaring kan worden gezien als de verbintenisscheppende rechtshandeling op grond waarvan voor een rechthebbende van een uit een rechtshandeling van de 403-rechtspersoon voortvloeiend vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon een 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij ontstaat. In termen van aanbod en aanvaarding kan de 403-verklaring ook worden gezien als een aanbod en het aangaan van een rechtshandeling met de 403-rechtspersoon met een daaruit voortvloeiend vorderingsrecht als een aanvaarding. Het aanvaarden kan ook worden gezien als het aanspreken van de 403-aansprakelijke maatschappij om tot voldoening over te gaan in welk geval op dat moment de 403-aanspraak ontstaat. Gelet op het waarborgkarakter van de 403-verklaring is het voor mij toereikend de 403-verklaring te zien als bron van de 403-aanspraak die ontstaat op het moment dat uit een rechtshandeling van de 403-rechtspersoon een vordering jegens de 403-rechtspersoon voortkomt. Deze 403-aanspraak komt toe aan de rechthebbende van dat vorderingsrecht. Of deze rechthebbende al dan niet van de 403-aanspraak gebruik wil maken is aan hem.

De gevolgen en complicaties van de in de jurisprudentie van de Hoge Raad opgesloten rigide uitleg van de 403-aanspraak zijn niet altijd goed te plaatsen en te begrijpen in het licht van de achtergrond van het groepsregime en de 403-aansprakelijkheid die betrekking heeft op een waarborg voor de op de uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende schulden van de 403-rechtspersoon. Ter vermijding van complicaties verdient het aanbeveling in de 403-verklaring duidelijk ten aanzien van de reikwijdte vast te leggen dat de 403-aanspraken alleen gelden voor de rechthebbenden – en onder dezelfde condities – van de uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende vorderingsrechten jegens de 403-rechtspersoon voor zover zij niet zijn kwijtgescholden of verjaard (dan wel: voor de schuldeisers – en onder dezelfde condities – van uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende schulden op deze rechtspersoon voor zover niet kwijtgescholden of verjaard). Een dergelijke verduidelijking tast de toereikendheid van de gestelde aansprakelijkheid voor het gebruik van het groepsregime door de 403-rechts-

persoon niet aan. Dit geldt mijns inziens ook als in de 403-verklaring een aanspreekvolgorde wordt vastgelegd in die zin dat een rechthebbende zich eerst voor voldoening tot de 403-rechtspersoon moet wenden en pas na niet-voldoening onder de bedongen condities tot de 403-aansprakelijke maatschappij.

Omtrent de meest wenselijke benadering van de 403-aanspraak zijn verschillende visies denkbaar. Blijvend binnen de hoofdelijkheid van de 403-aanspraak acht ik de door mij bepleite – in paragraaf 9.4.2.1 beknopt weergegeven – ‘één vordering/twee schuldenaren’-opvatting de meest aangewezen. Er is dan sprake van één vordering jegens de 403-rechtspersoon maar voldoening kan de rechthebbende op die vordering – de schuldeiser – ook van de 403-aansprakelijke maatschappij verlangen. Praktische problemen kunnen er in deze opvatting niet zijn omdat de 403-aanspraak niet afzonderlijk kan worden overgedragen, verpand of beslagen. Ook kan de aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij enkel teniet gaan doordat de vordering op de 403-rechtspersoon wordt voldaan of daarvan afstand wordt gedaan. Een wettelijk voorrecht verbonden aan een vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon werkt niet door in de 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij, achterstellingen die zijn overeengekomen gekomen tussen de schuldeiser en de 403-rechtspersoon evenmin. Enkel met betrekking tot verjaring geldt als geen daartoe uitsluitende bepaling in de 403-verklaring is opgenomen, dat de twee hoofdelijke schuldenaren afzonderlijk worden behandeld; stuiting van verjaring dient ten opzichte van beide medeschuldenaren te geschieden.

Ten aanzien van de restaansprakelijkheid van de restaansprakelijke maatschappij en de restaanspraken van de rechthebbenden van de vorderingsrechten jegens de voormalige 403-rechtspersoon geldt in hoofdzaak hetzelfde als in geval van de 403-aansprakelijkheid van de 403-rechtspersoon en de 403-aanspraken van de rechthebbenden van de vorderingsrechten jegens de 403-rechtspersoon.

De regresproblematiek is voor de 403-aansprakelijke maatschappij en na de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling, voor de restaansprakelijke maatschappij niet verschillend, behoudens wellicht als in het eerste geval de groepsband nog niet is verbroken, omdat dan verhaal mogelijkerwijze makkelijker is te effectueren. Verschil is er niet indien de 403-rechtspersoon respectievelijk de rechtspersoon die hoofdschuldenaar is, failliet gaat.

Hoofdstuk 10. Conclusies, bevindingen en aanbevelingen

Het groepsregime geeft in concernverband aan de tot een groep behorende rechtspersoon als omschreven in art. 2:360 BW de bevoegdheid om als aan een aantal voorwaarden is voldaan, af te wijken van de voor zijn jaarrekening geldende inrichtingsvereisten met alsdan tevens vrijstelling van de inrichtingsvereisten voor het bestuursverslag en de overige gegevens, vrijstelling van accountantscontrole, vrijstelling van openbaarmaking door deponering van de jaarrekening, het bestuursverslag en de overige gegevens bij het handelsregister, en vrijstelling van de ter inzagelegging van het bestuursverslag voor aandeelhouders, leden respectievelijk vennoten.

De argumentatie voor invoering van het groepsregime heb ik paragraaf 1.3 gegeven en besproken. Ik heb laten zien dat het groepsregime in Nederland is te herleiden tot de volgende drie veronderstellingen:

- (i) de geconsolideerde informatie over de groep (in samenhang gezien met de overige voorwaarden die gelden voor bevoegd en rechtmatig gebruik van het groepsregime) biedt voldoende inzicht dan wel komt voldoende tegemoet aan degenen die belang hebben bij de (jaarrekening van de) groepsrechtspersoon (belanghebbenden);
- (ii) de gestelde hoofdelijke aansprakelijkheid (in samenhang gezien met de overige voorwaarden die gelden voor bevoegde toepassing van het groepsregime) biedt de belanghebbenden voldoende waarborg voor hun vordering dan wel komt de belanghebbenden voldoende tegemoet;
- (iii) de gestelde hoofdelijke aansprakelijkheid leidt niet tot een inbreuk op de waarborg van degenen die belang hebben bij de ((geconsolideerde) jaarrekening van de) consoliderende moedermaatschappij.

Met name de eerste twee veronderstellingen zijn terug te vinden in de constitutionele voorwaarden voor de verkrijging van de bevoegdheid om voor de jaarrekening van de groepsrechtspersoon af te wijken van het daaromtrent in Titel 9 Boek 2 BW bepaalde. Daar ik over de juistheid van de veronderstellingen grote twijfel heb, en de vrijstellingsregeling nog al wat onvolkomenheden laat zien – en ook afwijkt van de unitaire regeling en van de op unitaire leest geschoeide regelingen in de drie andere lidstaten – heb ik onderzocht op welke wijze de onvolkomenheden het beste kunnen worden opgeheven en de regeling meer in

de pas met de unitaire regeling kan worden gebracht. Alvorens daarop in paragraaf 10.2 concreter in te gaan, herhaal ik in paragraaf 10.1 mijn conclusies uit de afzonderlijke hoofdstukken. In paragraaf 10.3 formuleer ik een aantal voorstellen tot wetswijziging.

10.1 Overzicht afsluitende conclusies

Ten behoeve van de beantwoording van mijn onderzoeksvraagstelling heb ik allereerst afzonderlijk onderzocht de voornaamste voorwaarden die constituerend zijn voor het groepsregime (hoofdstukken 2 – 6). Daarna heb ik de gecombineerde werking van die voorwaarden onderzocht, wat er geschiedt indien aan een of meer constitutieve voorwaarden niet langer wordt voldaan (hoofdstuk 7) en wat de consequenties zijn in geval van fusie, splitsing en omzetting (hoofdstuk 8). De in hoofdstuk 5 onderzochte aansprakelijkstellingsvoorwaarde heb ik daarbij bezien vanuit de optiek wat die aansprakelijkstelling vanuit jaarrekeningrechtelijk oogpunt ten minste zou moeten inhouden. De wijze waarop de aansprakelijkstelling in het groepsregime vanuit civielrechtelijk oogpunt moet worden geduid heb ik in hoofdstuk 9, met name vanuit de positie van schuldeisers in relatie tot de hoofdelijke schuldenaar met inachtneming van jurisprudentie en doctrine onderzocht. Elk hoofdstuk heb ik afgesloten met conclusies. Daar zij bepalend zijn voor de beantwoording van mijn onderzoeksvraag en voorstellen tot wetswijziging herhaal ik deze in deze paragraaf.

Groepsvoorwaarde (hoofdstuk 2, paragraaf 2.4)

Gelet op de unitaire regeling en de daaraan geconformeerde uitleg in Luxemburg, Ierland en Duitsland acht ik het gewenst dat de Nederlandse vrijstellingsregeling wordt aangepast door het gebruik van de vrijstellingsregeling alleen aan dochtermaatschappijen toe te staan. Daarmee wordt ook het gebruik van het begrip groep in de zin van art. 2:24b BW vermeden, daar in de EU richtlijn jaarrekeningen onder groep wordt verstaan de moederonderneming en al haar dochterondernemingen.

De van de unitaire regeling afwijkende invulling in onze wetgeving is ook verwarrend omdat hiervan het gevolg is dat kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht die dochtermaatschappij zijn van een moedermaatschappij uit een andere lidstaat, geen gebruik kunnen maken van art. 2:403 BW indien tussen hen en die moedermaatschappij niet een groepsrelatie bestaat als bedoeld in art. 2:24b BW. Evenzeer geldt dat kapitaalvennootschappen naar het recht van Luxemburg, Ierland en/of Duitsland die behoren tot de groep in de zin van art. 2:24b BW van een moedermaatschappij die een rechtspersoon is als omschreven in art. 2:360 BW, geen gebruik kunnen maken van de vrijstellingsregeling volgens het toepasselijke rechtstelsel indien zij geen dochtermaatschappij zijn als omschreven in dat toepasselijke rechtstelsel.

Daar de wijze waarop de Nederlandse wetgever personenvennootschappen als omschreven in Richtlijn 2013/34/EU waarvan alle onbeperkt aansprakelijke directe en indirecte vennoten de facto beperkte aansprakelijkheid hebben – contractuele kapitaalvennootschappen – buiten het toepassingsgebied van Titel 9 Boek 2 BW laat, zich slecht verdraagt met art. 38 Richtlijn 2013/34/EU, verdient het aanbeveling de wetgeving aan te passen door te bepalen dat dergelijke vennootschappen eveneens onder Titel 9 Boek 2 BW vallen met in een afzonderlijk wetsartikel de vrijstellingsmogelijkheden als opgenomen in art. 38 Richtlijn 2013/34/EU.

Als het gaat om een joint venture die een rechtspersoon is als omschreven in art. 2:360 BW met daarin samenwerkende partijen die niet tot dezelfde groep als bedoeld in art. 2:24b BW behoren, is deze joint venture geen groepsrechtspersoon van elk van deze partijen en kan er daarom ook niet worden gesproken over een meerzijdige groepsrelatie. De consequentie is dat deze joint venture geen gebruik van art. 2:403 BW kan maken. In de drie andere lidstaten zou die mogelijkheid er alleen zijn indien de joint venture in de in het toepasselijke recht aangewezen rechtsvorm een dochtermaatschappij in de zin van dat recht is.

Instemmingsvoorwaarde (hoofdstuk 3, paragraaf 3.4)

Daar de instemmingsvoorwaarde als achtergrond heeft de bescherming van degenen die in een minderheidspositie tot de rechtspersoon staan, verdient het aanbeveling te bepalen dat ook anderen met vergaderrechten met het gebruik van de regeling moeten instemmen, maar in ieder geval certificaathouders van certificaten die met medewerking van de rechtspersoon zijn uitgegeven.

Anders dan in de unitaire regeling kan van het groepsregime gebruik worden gemaakt zonder dat alle instemmingsgerechtigden met het gebruik ervan hebben ingestemd door niet tot vaststelling van de jaarrekening over te gaan. Ook omdat niet duidelijk is welke aandeelhouders, leden of vennoten naar welk moment met het gebruik van het groepsregime moeten instemmen en op welk moment uiterlijk die instemming gegeven moet zijn, is het gewenst dat hierover duidelijkheid in de regeling komt. Die duidelijkheid is er indien bepaald zou worden dat de instemmingsgerechtigden degenen zijn die aandeelhouder, lid of vennoot zijn op het moment dat over de vaststelling van de jaarrekening wordt beslist dan wel als op het moment dat de jaarrekening gedeponereerd had moeten worden geen vaststelling heeft plaatsgevonden, op dát moment. Daarmee wordt bereikt dat de instemmingen er uiterlijk moeten zijn op de dag waarop zonder gebruikmaking van het groepsregime, de jaarrekening had moeten worden gedeponereerd.

Voor stichtingen die onder Titel 9 Boek 2 BW vallen, moeten de bewoordingen van de instemmingsvoorwaarde worden aangevuld met de zinsnede dat instemming is vereist van al degenen die ten tijde van de vaststelling van de jaarrekening deel uitmaken van het tot vaststelling van de jaarrekening bevoegde orgaan, dan wel als op het moment dat de jaarrekening gedeponereerd had moeten worden, geen vaststelling heeft plaatsgevonden, op dát moment.

Een oplossing voor de complicaties die aan de orde kunnen zijn bij een groot aantal instemmingsgerechtigden zou kunnen worden gevonden door de instemming niet te verlangen van 100% van de instemmingsgerechtigden maar bijvoorbeeld van een grens van 95% te stellen, mij daarbij realiserend dat zulks zonder richtlijnwijziging niet mogelijk is voor onder de richtlijn vallende vennootschappen.

Om te waarborgen dat de instemmingsverklaringen toegankelijk zijn voor de vrij te stellen groepsrechtspersoon en de belanghebbenden bij deze rechtspersoon zou mijns inziens aan de wettelijke regeling een taaleis moeten worden toegevoegd, aansluitend op het vereiste dat geldt voor de geconsolideerde jaarrekening, de accountantsverklaring en het bestuursverslag.

Consolidatievoorwaarde (hoofdstuk 4, paragraaf 4.4)

De drie lidstaten die naast Nederland de vrijstellingsregeling in hun nationale wetgevingen hebben overgenomen, hebben de consolidatievoorwaarde verwerkt in overeenstemming met de unitaire vrijstellingsregeling. Vanwege de hiervan afwijkende Nederlandse regeling sluit deze niet geheel aan op hetgeen hierover in de EU richtlijn jaarrekeningen is bepaald. Dit hangt samen met een andere invulling van de in de consolidatiekring te betrekken maatschappijen waardoor dochtermaatschappijen die niet tot de groep in de zin van art. 2:24b BW behoren, buiten de consolidatie moeten blijven en inconsistent met art. 2:24b BW andere rechtspersonen waarop een overheersende invloed of control kan worden uitgeoefend, wel in de consolidatie moeten worden betrokken. Het zou de vergelijkbaarheid binnen de EU ten goede komen indien de Nederlandse wetgever zou bepalen dat dochtermaatschappijen in elk geval moeten worden geconsolideerd; tegelijkertijd zou dan ook het Nederlandse groepsbegrip van art. 2:24b BW voor toepassing van consolidatiedoeleinden in Titel 9 Boek 2 BW moeten worden uitgesloten. Wel zal dan in ieder geval de consolidatie-uitsluitingsrond ‘ingrijpende en langdurige beperkingen van wezenlijke betekenis in het bestuur over een dochtermaatschappij of in de centrale leiding’ in onze wetgeving (art. 2:407 lid 1 BW) moeten worden opgenomen.

Voorts is het gewenst dat de consolidatievoorwaarde als bepaald in art. 2:403 BW jo. art. 2:406 BW wordt afgestemd op de begripsbepaling van dochteronderneming als omschreven in Richtlijn 2013/34/EU ter voorkoming van de in hoofdstuk 2 al gesignaleerde problematiek dat een rechtspersoon als omschreven in art. 2:360 BW die dochtermaatschappij is van een maatschappij uit een andere lidstaat geen gebruik kan maken van art. 2:403 BW indien hij niet behoort tot de groep in de zin van art. 2:24b BW en dat een moedermaatschappij die rechtspersoon is als omschreven in art. 2:360 BW voor haar groepsmaatschappijen in Luxemburg, Ierland en Duitsland van de vrijstellingsregeling in die landen alleen gebruik kan maken indien deze maatschappijen dochtermaatschappijen naar het toepasselijke recht zijn.

CONCLUSIES, BEVINDINGEN EN AANBEVELINGEN

Evenzeer is het gewenst dat er een voorschrift komt waaruit blijkt dat voor het gebruik van het groepsregime ook een noodzakelijke voorwaarde is dat in de geconsolideerde jaarrekening is vermeld dat en door welke rechtspersonen gebruik wordt gemaakt van het groepsregime.

Aansprakelijkstellingsvoorwaarde (hoofdstuk 5, paragraaf 5.4)

In de unitaire regeling is de invulling van zowel de aard van de waarborg als het dekkingsbereik aan de lidstaten overgelaten. Volstaan is met de duiding garantstelling. Deze is naar haar aard subsidiair. Ten aanzien van het dekkingsbereik geldt in elk geval dat de verplichtingen die in het vrij te stellen/vrijgestelde boekjaar zijn aangegaan onder de garantie moeten vallen, zoals ook in de Ierse wetgeving is bepaald. Uitgaande van de gedachte dat ook degenen die zaken doen in het jaar na het vrijgestelde boekjaar, lijkt mij die invulling van het dekkingsbereik te beperkt. Daarmee is in de Duitse wetgeving wel rekening gehouden. Mijn conclusie is evenwel dat ook dit dekkingsbereik ontoereikend is omdat het meestal nog geruime tijd duurt voordat de eerstvolgende jaarrekening openbaar wordt. Om die reden zou het 'ten minste'-dekkingsbereik ook moeten omvatten de door de dochteronderneming respectievelijk groepsrechtspersoon tot het tijdstip van de openbaarmaking van die jaarrekening aangegane verplichtingen.

Een 403-aansprakelijkstelling met een geringer dekkingsbereik dan hetgeen ik als minimum gewenst acht, is daarom naar mijn mening niet toereikend voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime. Om die reden acht ik in de 403-verklaring opgenomen bijzondere clausules die bewerkstelligen dat het dekkingsbereik minder wordt dan het door mij genoemde gewenste minimum, niet aanvaardbaar. Met een clause waarin een subsidiaire hoofdelijke aansprakelijkheid tot uiting is gebracht, heb ik geen moeite omdat een subsidiair karakter niet strijdig is met de unitaire regeling, dit subsidiaire karakter zich verdraagt met de parlementaire geschiedenis op de 403-verklaring en ook past in een opvatting dat het gaat om een hoofdelijke aansprakelijkheid sui generis.

Bij de besluitvorming over het geven van een 403-verklaring is er mijns inziens grond voor afwijking van de normale bevoegdheidsregel dat het bestuur van de moedermaatschappij het daartoe bevoegde orgaan is. Ter bescherming van de aandeelhouders, leden respectievelijk vennoten van de moedermaatschappij in een rechtsvorm als omschreven in art. 2:360 BW acht ik het gewenst dat ter zake van een bestuursbesluit betreffen het stellen van een 403-aansprakelijkheid voor hen een goedkeuringsrecht zou gelden, te effectueren door in de wettelijke regeling op te nemen dat zij bij meerderheid het stellen van de aansprakelijkheid moeten aanvaarden. Bij structuurrechtspersonen is te denken aan goedkeuring van het bestuursbesluit door de raad van commissarissen. Voor rechtspersonen die organisatie van openbaar belang zijn als bedoeld in art. 2:398 lid 7 BW, is een goedkeuringseis eveneens wenselijk.

In onze wettelijke regeling is geen waarborg begrepen voor de schuldeisers van de 403-aansprakelijke maatschappij die door de gegeven 403-aansprakelijkstellingsverklaring geconfronteerd worden met een achteruitgang in hun verhaalspositie respectievelijk met een vergroot risico op verlies aan werkgelegenheid. Een vorm van schuldeisersbescherming is mijns inziens gerechtvaardigd en kan eenvoudig worden gerealiseerd door de moedermaatschappij te verplichten tot het onverwijld op haar website bekendmaken en bij het handelsregister deponeren van een mededeling dat zij een 403-aansprakelijkstellingsverklaring heeft gegeven met opgaaf van naam en zetel van de rechtspersoon en eventuele bijzondere clausules in de 403-aansprakelijkstellingsverklaring.

Omdat er twijfel bestaat over de vraag of het stellen van hoofdelijke 403-aansprakelijkheid is aan te merken als een voorgenomen besluit dat adviesplichtig is, verdient het vanwege de in potentie ingrijpende betekenis voor de vermogens- en liquiditeitspositie en het risico op verlies aan werkgelegenheid aanbeveling expliciet in art. 25 lid 1 onder j WOR te bepalen dat een dergelijk voorgenomen besluit daaronder valt.

Openbaarmakingsvoorwaarde (hoofdstuk 6, paragraaf 6.4)

De instemmingsverklaring(en), de 403-aansprakelijkstellingsverklaring en de geconsolideerde jaarrekening met bestuursverslag en accountantsverklaring moeten openbaar zijn voor elk boekjaar waarover de vrijstelling gewenst wordt. In de openbaarmakingsvoorwaarde ontbreekt een koppeling met de systematiek van openbaarmaking als bepaald in art. 2:394 BW. Ook is niet bepaald of de 403-groepsrechtspersoon dan wel de 403-aansprakelijke maatschappij de genoemde stukken openbaar moet maken. Naar mijn mening is het wenselijk voor het depot aansluiting te zoeken bij het bepaalde in art. 2:394 BW en te bepalen dat de groepsrechtspersoon de openbaarmakingsplichtige is.

Om te voorkomen dat het nakomen van de openbaarmakingsverplichting als nadelig effect met zich brengt dat de identiteit van de aandeelhouders, leden of vennoten van de groepsrechtspersoon tegen hun zin in openbaar wordt, zou de praktische oplossing als opgenomen in de Ierse wetgeving aanbeveling verdienen. Er zou dan bepaald moeten worden dat het bestuur van de 403-groepsrechtspersoon moet verklaren dat alle instemmingen zijn verkregen en dat de groepsrechtspersoon deze bestuursverklaring moet deponeren.

De wettelijke regeling waarborgt onvoldoende dat een gedeponeerde 403-verklaring daadwerkelijk van de consoliderende maatschappij afkomstig is. Daardoor is het (doen) deponeren van een valse verklaring niet uitgesloten. Ook indien de regeling zou worden aangevuld in die zin dat de 403-verklaring moet zijn ondertekend door degene die daartoe bevoegd is, blijft misbruik mogelijk, onder meer door vervalsing van een handtekening. Een reële waarborg voor het voorkomen van misbruik die mijns inziens gerechtvaardigd is, wordt bereikt door bepalen dat het moet gaan om gelegaliseerde handtekeningen dan wel een authentiek afschrift van de 403-verklaring.

CONCLUSIES, BEVINDINGEN EN AANBEVELINGEN

De wetgever heeft nagelaten behoorlijk te waarborgen dat de schuldeisers en andere externe betrokkenen van de 403-groepsrechtspersoon inzage in, dan wel afschrift van, de voor toepassing van het groepsregime openbaar te maken stukken kunnen krijgen. In de unitaire regeling is bepaald dat dit steeds tegen een redelijke vergoeding mogelijk moet zijn. Die waarborg is in de relevante uitvoeringsmaatregelen niet opgenomen. Voorts zou er bij het gebruik van het groepsregime een verdergaande waarborg moeten zijn voor de hoogte van de te betalen vergoeding, in die zin dat de openbaar te maken stukken verkrijgbaar zijn tegen een vergoeding die niet meer mag bedragen dan het bedrag dat verschuldigd zou zijn als de jaarrekening van de groepsrechtspersoon zonder gebruikmaking van art. 2:403 BW wel openbaar zou zijn gemaakt.

Groepsregime (hoofdstuk 7, paragraaf 7.5)

Op basis van onze wetgeving staat vast dat tot het eerste gebruik van het groepsregime over een verstreken boekjaar kan worden overgegaan tot het moment van vaststelling van de jaarrekening, mits dan aan alle andere voorwaarden voor het gebruik van het groepsregime is voldaan. Zolang geen vaststelling heeft plaatsgevonden, kan op elk moment tot het gebruik van het groepsregime worden besloten, mits vanaf dat moment steeds aan alle voorwaarden is voldaan. Als restrictie geldt hierbij dat dit moment maximaal twaalf maanden na afloop van het boekjaar ligt, aangezien binnen die termijn het depot van de jaarrekening met bestuursverslag en overige gegevens (waaronder de accountantsverklaring) in de voor openbaarmaking bestemde vorm moet plaatsvinden. Een adequate procedure waarin op verzoek van een belanghebbende getoetst kan worden of respectievelijk dat aan alle voorwaarden voor rechtsgeldig gebruik van het groepsregime is voldaan, ontbreekt. Naar mijn mening verdient het aanbeveling in de wet te bepalen dat de accountant die de geconsolideerde stukken van de 403-aansprakelijke maatschappij controleert, een verklaring moet afleggen waaruit blijkt dat voldaan is aan de voorwaarden voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime door de 403-groepsrechtspersoon.

In de situatie dat het gebruik van het groepsregime wordt beëindigd met continuering van de groepsband en de 403-aansprakelijke maatschappij gedurende het boekjaar tot de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling overgaat door depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister dan wel in de 403-verklaring een clause opneemt die ertoe strekt de werking van de 403-verklaring vanzelf gedurende het boekjaar te doen eindigen, zal de jaarrekening over het lopende boekjaar voor het eerst weer volgens de toepasselijke regels van Titel 9 Boek 2 BW moeten worden ingericht en openbaar gemaakt, met indien van toepassing, het bestuursverslag en de overige gegevens (waaronder de accountantsverklaring). De in de bestaande wetgeving opgesloten onduidelijkheid over het toepasselijk omvangregime na de intrekking van de 403-verklaring is er niet als zou worden aangesloten bij de unitaire regeling.

Clausules die ertoe strekken dat de 403-verklaring haar werking verliest ingaande het laatste boekjaar dat het groepsregime is toegepast dan wel ingaande het depot van de eerstvolgende in overeenstemming met Titel 9 Boek 2 BW ingerichte jaarrekening, acht ik onvoldoende voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime omdat er alsdan geen dekking is voor rechtshandelingen die zijn aangegaan na de aanvang van het nieuwe boekjaar. Dat bezwaar kan worden ondervangen door in overeenstemming met de unitaire vrijstellingsregeling in onze wetgeving voor te schrijven dat het gebruik van het groepsregime vereist dat er aansprakelijkheid is tot het moment dat de jaarrekening over een nieuw boekjaar weer in overeenstemming met Titel 9 Boek 2 BW is ingericht, gecontroleerd en openbaargemaakt.

Of het groepsregime bij intrekking gedurende het boekjaar ook over het voorgaande jaar nog steeds kan worden gebruikt, is in onze wetgeving onduidelijk vanwege de betekenis die moet worden toegekend aan de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling door het depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister. Ik ga er van uit dat dit gebruik mogelijk is, maar de onduidelijkheid wordt vermeden als in de wettelijke regeling aansluiting wordt gezocht bij de unitaire regeling en wordt vastgelegd dat de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling door het depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister op haar vroegst mogelijk is een jaar na het laatste gebruik van het groepsregime. Het is bovendien wenselijk dat in de eerstvolgende geconsolideerde jaarrekening na intrekking expliciet van de intrekking door depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister melding wordt gemaakt.

Voor een belanghebbende zijn er nauwelijks waarborgen om na te gaan of na de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling door het depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister voor het juiste boekjaar de vereiste regels van Titel 9 Boek 2 BW weer worden toegepast.

Geconstateerd moet worden dat dezelfde onduidelijkheden en het gebrek aan waarborgen voor een juiste toepassing van de jaarrekeningregels na de intrekking ook bestaan bij beeïndiging van het groepsregime met verbreking van de groepsband. Een adequate toets voor een belanghebbende om na te gaan dat de groepsband is verbroken, ontbreekt. Ook als de rechtspersoon van groep wisselt, zijn er voor deze rechtspersoon maar heel beperkte mogelijkheden tot geoorloofd voortgezet gebruik van het groepsregime en ontbreken voor belanghebbenden de mogelijkheden om op adequate wijze vast te stellen dat op geoorloofde wijze voortgezet gebruik van het groepsregime plaatsvindt.

Het is gelet op de betekenis van de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling voor (potentiële) schuldeisers van belang dat de intrekkende maatschappij van het depot van de daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister ook onverwijld mededeling doet op haar website en dat hiervan tevens mededeling wordt gedaan op de website van de rechtspersoon.

De regeling omtrent beëindiging van de resterende hoofdelijke aansprakelijkheid na de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling door het depot van een daartoe strekkende verklaring bij het handelsregister is niet aan te merken als een waarborg die de Nederlandse regeling gelijkwaardig doet zijn aan de unitaire regeling, met name ook omdat een schuldeiser zonder wetenschap ervan zijn restaanspraak kwijt kan zijn. Een gelijkwaardige regeling vereist in ieder geval een wijziging van de wettelijke regeling in die zin dat buiten kijf staat dat de procedure tot beëindiging van de resterende hoofdelijke aansprakelijkheid pas kan worden ingesteld nadat tussen de maatschappij die de 403-aansprakelijkstelling heeft ingetrokken en de rechtspersoon ten behoeve van wie de aansprakelijkstelling was afgegeven, de groepsband is verbroken, en dat in een verzetprocedure de bewijslast ter zake van de verbreking van de groepsband ligt bij de maatschappij met restaansprakelijkheid.

Veel van mijn gesignaleerde bezwaren zouden wegvallen bij een vrijstellingsregeling die qua structuur meer zou aansluiten bij de unitaire regeling.

Groepsregime bij fusie, splitsing en omzetting (hoofdstuk 8, paragraaf 8.4)

Daar de hoofdregel voor een juridische fusie respectievelijk een splitsing is dat de fuserende respectievelijk splitsende partijen dezelfde rechtsvorm moeten hebben, kan het gewenst zijn de rechtsvorm van de verdwijnende dan wel verkrijgende maatschappij aan te passen. De verdwijnende maatschappij in het kader van een juridische fusie respectievelijk een splitsing kan zijn de 403-rechtspersoon dan wel de 403-aansprakelijke maatschappij.

Als een 403-rechtspersoon in het kader van een juridische fusie respectievelijk een splitsing de verdwijnende maatschappij is, is vanaf dat moment het groepsregime niet meer aan de orde. Voor de boekjaren van de 403-rechtspersoon tot het fusie- respectievelijk splitsingstijdstip, is het gebruik van het groepsregime voor de 403-groepsrechtspersoon in beginsel wél mogelijk, waarbij evenwel van invloed is met ingang van welk tijdstip de financiële gegevens van de 403-rechtspersoon bij de verkrijgende maatschappij zijn verwerkt en of al dan niet tot de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling is overgegaan, en zo ja, wanneer. De na de werking van de intrekking overblijvende aansprakelijkheid – de restaansprakelijkheid – kan alleen worden beëindigd indien er geen groepsband is of ontstaat tussen de 403-aansprakelijke rechtspersoon, de verkrijgende maatschappij en in geval van driehoeksfusie/-splitsing de aandelentoeënnende groepsmaatschappij. De zienswijze dat als een 403-rechtspersoon de verdwijnende maatschappij is, daardoor altijd op het fusie-/splitsingsmoment de groepsband is verbroken, miskent dat als overgang van vermogen binnen een groep plaatsvindt, daardoor de groep niet wijzigt.

Als in het kader van een juridische fusie respectievelijk een splitsing een 403-aansprakelijke maatschappij de verdwijnende maatschappij is, blijft de 403-rechtspersoon bestaan en is deze 403-rechtspersoon ook geen partij in deze fusie (tenzij de 403-rechtspersoon de verkrijgende maatschappij is) respectievelijk geen partij in deze splitsing. Als in het fusie- respectievelijk

splitsingsjaar vóór het fusie- respectievelijk splitsingsmoment tot de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling is overgegaan, kan het groepsregime voor het laatste boekjaar als dit valt in het jaar van de fusie respectievelijk splitsing niet meer worden benut. De na de werking van de intrekking overblijvende aansprakelijkheid gaat voor zover nog aanwezig op het fusie- respectievelijk splitsingsmoment, over op de verkrijgende maatschappij. Beëindiging ervan is alleen mogelijk als er geen groepsband is.

Als niet tot intrekking is overgegaan, gaat de 403-aansprakelijkstelling over op de verkrijgende maatschappij. De zienswijze dat verplichtingen uit hoofde van een 403-verklaring van een verdwijnende 403-aansprakelijke maatschappij niet kunnen overgaan op een verkrijgende maatschappij omdat zij niet voor overgang vatbaar zijn, deel ik niet aan gezien de 403-aansprakelijkstelling als een eigen verplichting van de verdwijnende maatschappij deel uitmaakt van haar onder algemene titel overgegangene vermogen. Als na de vermogensovergang de verkrijgende maatschappij waarop de 403-aansprakelijkstelling is overgegaan, besluit deze in te trekken, kan zij de restaansprakelijkheid niet beëindigen omdat door de verkrijging de 403-rechtspersoon deel is gaan uitmaken van haar groep respectievelijk van de groep waartoe zij behoort.

Als sprake is van een voortbestaande splitsende 403-rechtspersoon, wordt de groepsband met de 403-aansprakelijke maatschappij niet verbroken en kan de 403-rechtspersoon gebruik blijven maken van het groepsregime, behoudens de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling vlak voor de afsplitsing. De restaansprakelijkheid kan evenwel niet worden beëindigd.

Als de 403-aansprakelijke maatschappij de maatschappij is die tot afsplitsing overgaat, verandert er niets indien zij de aandelen in de 403-rechtspersoon en de 403-verklaring zelf houdt. De 403-aansprakelijkstelling kan zij natuurlijk intrekken in welk geval de 403-aansprakelijkheid restaansprakelijkheid wordt. Ook is het mogelijk dat de aandelen in de 403-rechtspersoon en/of de 403-verklaring worden afgesplitst. Het is dan de maatschappij waaraan is afgesplitst, die bepaalt of continuering van het groepsregime tot de mogelijkheden behoort.

Schuldeiserspositie (hoofdstuk 9, paragraaf 9.8)

Door de Hoge Raad wordt de 403-aansprakelijkheid uitgelegd als de aansprakelijkheid als bedoeld in Afdeling 2 van Titel 1 Boek 6 BW. Als er een uit een rechtshandeling van de 403-rechtspersoon voortvloeiend vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon is, heeft de rechthebbende van dit vorderingsrecht tevens uit hoofde van de 403-verklaring een zelfstandige aanspraak tot voldoening ervan jegens de 403-aansprakelijke maatschappij. Omtrent de civielrechtelijke duiding hiervan dan wel wenselijkheid hiervan, mede gelet op de complicaties die duiding volgens Afdeling 2 van Titel 1 Boek 6 BW zouden meebrengen, wordt in de doctrine verdeeld gereageerd, uiteenlopend van opvattingen met subsidiaire hoofdelijkheid met borgtochtachtige trekken, tot andere varianten binnen de hoofdelijkheid en gezien de bijzondere aard van de

403-aansprakelijkheid, tot hoofdelijkheid sui generis. Geen van deze opvattingen is vanuit unitair oogpunt onverenigbaar met hetgeen in het kader van het groepsregime noodzakelijk is.

Naar huidig recht staat in ieder geval vast dat de maatschappij die een tot haar groep behorende rechtspersoon van het groepsregime gebruik wil laten maken, zich hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden uit de rechtshandelingen van die groepsrechtspersoon moet hebben gesteld. Omdat niet louter verhaalsaansprakelijkheid wordt bedoeld, verdient het aanbeveling in de tekst van art. 2:403 lid 1 onder f BW te verduidelijken dat deze maatschappij zich tevens hoofdelijk verbindt voor de nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit de door de 403-rechtspersoon aangegane rechtshandelingen.

Er zijn verschillende opvattingen over wanneer de 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij ontstaat. De 403-verklaring kan worden gezien als de verbintenisscheppende rechtshandeling op grond waarvan voor een rechthebbende van een uit een rechtshandeling van de 403-rechtspersoon voortvloeiend vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon een 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij een ontstaat. In termen van aanbod en aanvaarding kan de 403-verklaring ook worden gezien als een aanbod en het aangaan van een rechtshandeling met de 403-rechtspersoon met een daaruit voortvloeiend vorderingsrecht als een aanvaarding. Het aanvaarden kan ook worden gezien als het aanspreken van de 403-aansprakelijke maatschappij om tot voldoening over te gaan in welk geval op dat moment de 403-aanspraak ontstaat. Gelet op het waarborgkarakter van de 403-verklaring is het voor mij toereikend de 403-verklaring te zien als bron van de 403-aanspraak die ontstaat op het moment dat uit een rechtshandeling van de 403-rechtspersoon een vordering jegens de 403-rechtspersoon voortkomt. Deze 403-aanspraak komt toe aan de rechthebbende van dat vorderingsrecht. Of deze rechthebbende al dan niet van de 403-aanspraak gebruik wil maken is aan hem.

De gevolgen en complicaties van de in de jurisprudentie van de Hoge Raad opgesloten rigide uitleg van de 403-aanspraak zijn niet altijd goed te plaatsen en te begrijpen in het licht van de achtergrond van het groepsregime en de 403-aansprakelijkheid die betrekking heeft op een waarborg voor de op de uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende schulden van de 403-rechtspersoon. Ter vermijding van complicaties verdient het aanbeveling in de 403-verklaring duidelijk ten aanzien van de reikwijdte vast te leggen dat de 403-aanspraken alleen gelden voor de rechthebbenden – en onder dezelfde condities – van de uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende vorderingsrechten jegens de 403-rechtspersoon voor zover zij niet zijn kwijtgescholden of verjaard (dan wel: voor de schuldeisers – en onder dezelfde condities – van uit de rechtshandelingen van de 403-rechtspersoon voortvloeiende schulden op deze rechtspersoon voor zover niet kwijtgescholden of verjaard). Een dergelijke verduidelijking tast de toereikendheid van de gestelde aansprakelijkheid voor het gebruik van het groepsregime door de 403-rechtspersoon niet aan. Dit geldt mijns inziens ook als in de 403-verklaring

een aanspreekvolgorde wordt vastgelegd in die zin dat een rechthebbende zich eerst voor voldoening tot de 403-rechtspersoon moet wenden en pas na niet-voldoening onder de bedongen condities tot de 403-aansprakelijke maatschappij.

Omtrent de meest wenselijk benadering van de 403-aanspraak zijn verschillende visies denkbaar. Blijvend binnen de hoofdelijkheid van de 403-aanspraak acht ik de door mij bepleite – in paragraaf 9.4.2.1 beknopt weergegeven – ‘één vordering/twee schuldenaren’-opvatting de meest aangewezen. Er is dan sprake van één vordering jegens de 403-rechtspersoon maar voldoening kan de rechthebbende op die vordering – schuldeiser – ook van de 403-aansprakelijke maatschappij verlangen. Praktische problemen kunnen er in deze opvatting niet zijn omdat de 403-aanspraak niet afzonderlijk kan worden overgedragen, verpand of beslagen. Ook kan de aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij enkel teniet gaan doordat de vordering op de 403-rechtspersoon wordt voldaan of daarvan afstand wordt gedaan. Een wettelijk voorrecht verbonden aan een vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon werkt niet door in de 403-aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij, achterstellingen die zijn overeengekomen gekomen tussen de schuldeiser en de 403-rechtspersoon evenmin. Enkel met betrekking tot verjaring geldt als geen daartoe uitsluitende bepaling in de 403-verklaring is opgenomen, dat de twee hoofdelijke schuldenaren afzonderlijk worden behandeld; stuiting van verjaring dient ten opzichte van beide medeschuldenaren te geschieden.

Ten aanzien van de restaansprakelijkheid van de restaansprakelijke maatschappij en de restaanspraken van de rechthebbenden van vorderingsrechten jegens de voormalige 403-rechtspersoon geldt in hoofdzaak hetzelfde als in geval van de 403-aansprakelijkheid van de 403-aansprakelijke maatschappij en de 403-aanspraken van de rechthebbenden van vorderingsrechten jegens de 403-rechtspersoon.

De regresproblematiek is voor de 403-aansprakelijke maatschappij en na de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling, voor de restaansprakelijke maatschappij niet verschillend, behoudens wellicht als in het eerste geval de groepsband nog niet is verbroken, omdat dan verhaal mogelijkwijze makkelijker is te effectueren. Verschil is er niet indien de 403-rechtspersoon respectievelijk de rechtspersoon die hoofdschuldenaar is, failliet gaat.

10.2 Beantwoording onderzoeksvraag

Uit mijn analyse blijkt dat er redenen kunnen zijn voor een regeling die de bevoegdheid doet ontstaan tot afwijking van de in Titel 9 Boek 2 BW opgenomen inrichtingsvoorschriften voor de jaarrekening, het bestuursverslag en de overige gegevens alsmede tot vrijstelling van accountantscontroleplicht en openbaarmakingplicht. Hoewel er op de destijds in de parlementaire behandeling naar voren gebrachte argumentatie het nodige is af te dingen, heb ik er

CONCLUSIES, BEVINDINGEN EN AANBEVELINGEN

begrip voor dat ervoor gekozen is de optionele unitaire vrijstellingsregeling over te nemen. Mijn onderzoek laat zien dat de wijze waarop in onze wetgeving aan deze vrijstellingsregeling vorm is gegeven niet uitmunt in helderheid, multi-interpreteerbaar is en veel vragen onbeantwoord laat. Daaraan is niet vreemd dat onze wetgever van een van de unitaire regeling afwijkende structuur is uitgegaan, waardoor een uniforme toepassing niet is gewaarborgd, ook niet in vergelijking met de drie andere lidstaten met een vrijstellingsregeling die meer past bij de unitaire structuur.

De centrale onderzoeksvraag van deze studie luidt:

Op welke wijze kunnen de in de bestaande regeling van art. 2:403 BW opgesloten onvolkomenheden het beste worden opgeheven, kan deze regeling meer in overeenstemming worden gebracht met de unitaire vrijstellingsregeling zoals ook in de drie andere lidstaten, kan het juiste gebruik van het groepsregime worden bewerkstelligd en kan worden gewaarborgd dat na beëindiging van het groepsregime de juiste jaarrekeningregels worden toegepast?

Ter nadere invulling van deze vraag heb ik vier deelonderwerpen onderscheiden. Deze onderwerpen – welke zijn vormgegeven als deelonderzoeksvragen van de overkoepelende onderzoeksvraag – vormen de bouwstenen voor het antwoord op de onderzoeksvraag.

Mijn onderzoek en de daaruit voortvloeiende conclusies als weergegeven in paragraaf 10.1 resulteren in de volgende overwegingen en antwoorden op de vier deelonderzoeksvragen.

1. Is de Nederlandse vrijstellingsregeling gelijkwaardig aan het daarover bepaalde in de EU richtlijn jaarrekeningen en ligt zij in lijn met het daarover bepaalde in de drie andere lidstaten?

Uit mijn onderzoek is naar voren gekomen dat de Nederlandse regeling niet gelijkwaardig is aan het bepaalde over de jaarrekeningvrijstelling van dochterondernemingen in de EU richtlijn jaarrekeningen en dat zij niet in lijn ligt met het daarover bepaalde in de drie andere lidstaten. Ik vat de belangrijkste aspecten van deze conclusie hierna samen.

Ten eerste. Onze wetgever heeft ervoor gekozen de in de richtlijn voor de vrijstelling vereiste moeder-/dochterrelatie te vervangen door de voorwaarde dat de vrij te stellen rechtspersoon moet behoren tot een groep. Dat hoeft als zodanig geen probleem te zijn indien de wetgever het begrip groep zou hebben omschreven op de wijze als thans in de EU richtlijn jaarrekeningen heeft plaatsgevonden. Dit is echter niet het geval; de Nederlandse wetgever heeft een eigen groepsbegrip in de wetgeving opgenomen (art. 2:24b BW). De wetgevers in de drie andere landen met een jaarrekeningvrijstelling hebben zich

geconformeerd aan het bepaalde in de richtlijn over de moeder-/dochterrelatie. De consequentie van de afwijkende Nederlandse regeling is dat moederondernemingen uit de drie andere lidstaten voor hun dochtermaatschappijen naar Nederlands recht alleen *dán* van de Nederlandse vrijstellingsregeling gebruik kunnen maken indien deze dochtermaatschappijen tevens behoren dan wel deel uitmaken van de groep van de moedermaatschappij, en dat een rechtspersoon naar Nederlands recht voor tot zijn groep behorende dan wel van zijn groep deel uitmakende rechtspersonen naar het recht van de drie andere lidstaten alleen *dán* de jaarrekeningvrijstelling volgens toepasselijk recht kan toepassen indien die rechtspersonen dochtermaatschappij zijn in de omschrijving volgens het toepasselijke recht.

Ten tweede. Anders dan in de unitaire regeling en de verwerking daarvan in de wetgevingen van de andere drie lidstaten kan van de jaarrekeningvrijstelling gebruik worden gemaakt zonder dat alle instemmingsgerechtigden met het gebruik hebben ingestemd door niet tot vaststelling van de jaarrekening over te gaan met als consequentie dat de facto de instemmingsvoorwaarde in onze wetgeving geen constituerend karakter heeft en aan de instemmingsgerechtigden minder bescherming biedt dan is voorzien in de unitaire regeling.

Ten derde. Onze wetgeving geeft geen uitsluitel of er in geval van tussentijdse wisseling in aantal of samenstelling van de instemmingsgerechtigden opnieuw instemming moet worden verkregen. In de unitaire regeling is ter zake geen specifiek voorschrift opgenomen, maar plausibel lijkt, nu de vrijstelling het gehele jaar betreft, dat het gaat om de aandeelhouders respectievelijk vennoten die er per het einde van het vrij te stellen jaar zijn dan wel op het moment dat over de vaststelling van de jaarrekening door de algemene vergadering moet worden besloten of uiterlijk zonder gebruikmaking van de vrijstelling, openbaarmaking van de jaarrekening had moeten plaatsvinden. In de Ierse wetgeving waarin de regeling alleen vrijstelt van openbaarmaking van de jaarrekeningen van private companies en daarmee gelijkgestelde ondernemingen, is specifiek bepaald dat het gaat om eenieder die aandeelhouder is op de dag dat de eerstvolgende jaarlijkse algemene vergadering na afloop van het boekjaar waarover de vrijstelling wordt benut, wordt gehouden dan wel indien die eerder valt, op de dag dat de voorgeschreven openbaarmaking na afloop van dat boekjaar moet plaatsvinden.

Ten vierde. Vanwege de afwijkende begripsbepaling betreffende de consolidatieplicht en -kring moet in onze wetgeving een dochtermaatschappij buiten de consolidatie blijven indien deze geen deel uitmaakt of behoort tot de groep van de consoliderende maatschappij en moeten rechtspersonen waarop een overheersende invloed of control kan worden uitgeoefend en die daardoor buiten het Nederlandse groepsbegrip vallen, wel in de consolidatie worden betrokken. Uit unitair oogpunt zou een betere aansluiting op de unitaire regeling gewenst zijn waardoor tevens meer overeenstemming met de andere lidstaten ontstaat. Dat voorkomt ook de problematiek als gesignaleerd onder *Ten eerste*.

Ten vijfde. De unitaire constitutieve voorwaarde dat in de geconsolideerde jaarrekening melding moet worden gemaakt van het gebruik van de vrijstelling ontbreekt, anders dan in de wetgevingen in de andere lidstaten, in onze wetgeving. Wel heeft onze wetgever voorgeschreven dat in het overzicht van geconsolideerde belangen en andere deelnemingen moet worden vermeld dat een 403-aansprakelijkstelling is afgegeven (art. 2:414 lid 5 BW), maar daaraan ontbreekt het constitutieve karakter. Bovendien is art. 2:414 lid 5 BW niet van toepassing indien de consoliderende maatschappij onder het recht van een andere lidstaat valt en ook niet indien de consoliderende maatschappij haar geconsolideerde jaarrekening volgens EU IFRS inricht.

Ten zesde. Hoewel strikt genomen in de unitaire vrijstellingsregeling niet is bepaald tot welk moment van de vrijstelling over een boekjaar gebruik kan worden gemaakt, is indirect wel als oogmerk te bepalen dat uiterlijk twaalf maanden na afloop van het vrijgestelde boekjaar aan alle constitutieve vereisten moet zijn voldaan omdat in de EU richtlijn jaarrekeningen openbaarmaking is voorgeschreven binnen een redelijke termijn van niet meer dan twaalf maanden na de balansdatum. Als deze redelijke termijn wordt overschreden is een kapitaalvennootschap in overtreding en zijn lidstaten gehouden er voor zorg te dragen dat hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake aansprakelijkheid wegens schending van de verplichtingen ter zake van het opstellen en openbaar maken van de jaarrekening met bestuursverslag ten minste aansprakelijkheid van leden van besturende, leidinggevende en toezichthoudende organen jegens de kapitaalvennootschap inhouden. Weliswaar kan bewust de redelijke termijn worden overschreven vanuit de gedachte dat er naar de letter geen einddatum geldt voor het uiterst gebruik van de vrijstellingsregeling, maar een redelijke wetsuitleg brengt mij niettemin tot een uiterste tijdstip van twaalf maanden na afloop van het vrijgestelde jaar. In dat opzicht zijn de regelingen in de lidstaten met vrijstelling richtlijnconform.

Ten zevende. In de unitaire vrijstellingsregeling is een van de constitutieve vereisten dat sprake is van een garantstelling; in de Duitse tekst van de richtlijn is hieraan invulling gegeven door te eisen een bereidstelling van de moedermaatschappij om in te staan voor de verplichtingen van de dochtermaatschappij. Hoewel het een lidstaat vrij staat een bepaalde eigen invulling aan de garantstelling te geven, hebben de drie andere lidstaten dat niet gedaan. De Nederlandse wetgever heeft zonder goede reden voor een zwaardere vorm gekozen door te verlangen een hoofdelijke aansprakelijkstelling, mede inhoudende hoofdelijke verbondenheid. Met dit laatste gaat de Nederlandse wetgever evident verder dan nodig is voor de unitaire vrijstelling en de vrijstelling volgens de wetgevingen in de drie andere lidstaten.

Ten achtste. Omtrent het dekkingsbereik van de garantie-/instaanverklaring bevat de unitaire vrijstellingsregeling geen specifiek voorschrift anders dan dat dit betrekking moet hebben op de aangegane verplichtingen van de

vrijgestelde/vrij te stellen dochteronderneming. Niet duidelijk is in de regeling vastgelegd tot welk moment aangegane verplichtingen onder de garantie moeten vallen om rechtsgeldig van de vrijstelling gebruik te kunnen maken. Het zou kunnen gaan om (i) alle tijdens of per het einde van het vrijgestelde boekjaar aangegane verplichtingen voor zover niet afgewikkeld, (ii) om toekomstige verplichtingen vanuit de gedachte dat (potentiële) leveranciers geen kennis kunnen nemen van de laatste jaarrekening, (iii) om tot het einde van het boekjaar na het vrijgestelde boekjaar aangegane verplichtingen vanuit de gedachte dat als over dat jaar ook van de vrijstelling gebruik wordt gemaakt, een nieuwe garantie wordt vereist en als er geen gebruik van de vrijstelling wordt gemaakt, openbaarmaking van de jaarrekening moet plaatsvinden en de noodzaak van een garantie komt te vervallen, dan wel (iv) om een nog ruimere werking door tevens daarin te betrekken dat het nog een geruime tijd duurt – twaalf maanden – eer een jaarrekening na afloop van het boekjaar openbaar wordt gemaakt. De onduidelijkheid hierover blijkt indien gelet wordt op de drie andere lidstaten met een vrijstellingsregeling. Luxemburgse wetgeving bevat dezelfde onduidelijkheid als de unitaire regeling omdat de regelingen gelijk zijn, de Ierse wetgeving betreft met name de tijdens het vrijgestelde boekjaar aangegane verplichtingen en de Duitse wetgeving de aangegane verplichtingen tot en met de balansdatum van het jaar na het vrijgestelde jaar. Omtrent de Nederlandse uitleg verschillen de meningen maar het lijkt er toch wel op dat de heersende opvatting is dat het gaat om alle niet afgewikkelde verplichtingen uit de door de vrijgestelde rechtspersoon tot de werking van de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling aangegane rechtshandelingen.

Ten negende. De formulering in de richtlijn maakt wel duidelijk dat er geen mogelijkheid is om de werking van de garanties te doen beëindigen respectievelijk om er later toch vanaf te komen. Afgelegde garanties voor aangegane verplichtingen blijven hun werking behouden zolang deze verplichtingen niet zijn afgewikkeld. Om die reden is de Nederlandse beëindigingsregeling betreffende de aansprakelijkheid die resteert voordat een beroep op de intrekking van de 403-aansprakelijkstelling kan worden gedaan, uniek en niet verenigbaar met de unitaire regeling; zij komt ook niet in de drie andere lidstaten met een vrijstellingsregeling voor. Daar de vrijstelling per jaar wordt bezien, geldt dat als voor een daarop volgend jaar geen gebruik wordt gemaakt van de vrijstelling, de normale regels weer van toepassing worden. Indien de grootte van een kapitaalvennootschap daartoe aanleiding geeft, kan het daardoor ook gaan om het micro jaarrekeningregime, het kleine jaarrekeningregime dan wel het middelgrote jaarrekeningregime. Unitair moet dan volgens de gebruikelijke regels gelet worden op het niet overschrijden van de toepasselijke grensbedragen op de balansdatum van het niet vrijgestelde boekjaar. De Nederlandse regeling is hieromtrent niet helder vanwege de wijze waarop de maatstaven zijn omschreven (... ‘op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op

twee opeenvolgende balansdata ...'). Plausibel en het meest passende in de Nederlandse regeling zou zijn om bij de vaststelling van het toepasselijke regime uit te gaan van hetgeen geldt voor net opgerichte rechtspersonen (art. 2:398 lid 1 BW). Een voorschrift waarin zulks wordt vastgelegd, verdient aanbeveling.

2. Wanneer is vanuit jaarrekeningperspectief sprake van een 403-aansprakelijkstellingsverklaring die toereikend is voor een rechtsgeldig gebruik van het groepsregime in het licht van de unitaire regeling, mede gelet op het bepaalde in de drie andere lidstaten?

Zoals reeds vermeld is niet met zekerheid vast te stellen wat het unitaire dekkingsbereik van de garantie behoort te zijn, ook niet indien gelet wordt op de wijze waarop het dekkingsbereik in Nederland en de drie andere lidstaten met een vrijstellingsregeling is geformuleerd. Daar degenen die plegen af te gaan op een jaarrekening – meer in het bijzonder, zij die zaken plegen te doen met de betrokken rechtspersoon – dat niet kunnen indien een vrijstelling van toepassing is, ligt het voor de hand vanuit jaarrekeningperspectief het dekkingsbereik te doen uitstrekken tot het tijdstip van de openbaarmaking van de eerstvolgende jaarrekening. Aldus dient naar mijn mening binnen het bereik van een garantie/hoofdelijke aansprakelijkstelling te vallen alle sedert de laatste keer dat een jaarrekening openbaar is gemaakt aangegane verplichtingen tot het tijdstip dat de eerstvolgende jaarrekening openbaar wordt gemaakt (in het geval dat voor dat jaar geen gebruik wordt gemaakt van de vrijstellingsregeling), dan wel gemaakt zou moeten worden (in het geval dat ook voor dat jaar gebruik wordt gemaakt van de vrijstellingsregeling). Deze ‘ten minste’ inhoud biedt schuldeisers van de vrijgestelde rechtspersoon de waarborg dat in het geval er door het gebruik van de vrijstellingsregeling geen openbaargemaakte jaarrekening voor hen beschikbaar is, er door de dochteronderneming aangegane verplichtingen onder het dekkingsbereik van een garantverklaring vallen. Een toereikende garantie moet aldus het door mij omschreven dekkingsbereik hebben, zij het met hoofdelijke aansprakelijkstelling van de 403-aansprakelijke maatschappij in plaats van de garantstelling.

Ik teken hierbij aan dat er vanuit unitair oogpunt geen beletsel is om aan de hoofdelijke aansprakelijkstelling een subsidiaire invulling te geven dan wel te vervangen door een garantstelling. Echter, naar Nederlands recht zal een garantstelling die niet beantwoordt aan een hoofdelijke aansprakelijkstelling, als ontoereikend voor een rechtsgeldig gebruik van de jaarrekeningvrijstelling moeten worden gezien.

3. Op welke wijze moet de hoofdelijke aansprakelijkheid van de maatschappij die zich uit hoofde van art. 2:403 BW aansprakelijk heeft gesteld, worden geïnterpreteerd?

Gelet op de jurisprudentiële uitleg van de Hoge Raad dat de hoofdelijke aansprakelijkheid moet worden geïnterpreteerd in de zin van Afdeling 2 van Titel 1 Boek 6 BW, moet het erop worden gehouden dat als een maatschappij een

403-verklaring heeft afgegeven, er vanaf het moment dat er een vordering ontstaat uit een door de 403-rechtspersoon aangegane rechtshandeling, beide hoofdelijk verbonden zijn tot dezelfde prestatie. Die prestatie is hetgeen waartoe de 403-rechtspersoon gehouden is. Deze heb ik aangeduid met het vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon; ter onderscheid daarvan heb ik de aanspraak jegens de 403-aansprakelijke maatschappij aangeduid als de 403-aanspraak. Als het vorderingsrecht jegens de 403-rechtspersoon wordt overgedragen aan een ander, wordt deze de rechthebbende van het vorderingsrecht en heeft hij uit hoofde van de 403-verklaring de 403-aanspraak. Daaromtrent lopen evenwel de zienswijzen uiteen, meer in het bijzonder ten aanzien van het scheidbare respectievelijk zelfstandige karakter van de vordering op de 403-rechtspersoon en de 403-aanspraak. De Hoge Raad heeft zich daarover niet specifiek uitgelaten.

Uitgaande van hoofdelijkheid heeft de ‘één vordering/twee schuldenaren’-opvatting mijn voorkeur, omdat daarin allerlei – al dan niet vermeende – complicaties aan de uitleg van de Hoge Raad worden vermeden en in die opvatting naar mijn mening het meest recht wordt gedaan aan de achtergrond van de unitaire vrijstellingsregeling: het creëren van een waarborgkader ten behoeve van het economisch verkeer voor hen die zaken doen met de tot een groep behorende rechtspersoon.

4. Op welke wijze kan de positie van de aandeelhouders en schuldeisers van de 403-aansprakelijke maatschappij verbeterd worden en kan het risico op nadelige invloeden op de werkgelegenheid van de 403-aansprakelijke maatschappij verminderd worden?

Een 403-aansprakelijkstellingsverklaring brengt mogelijk significante (financiële) consequenties met zich voor de 403-aansprakelijke maatschappij terwijl voor aandeelhouders, schuldeisers en werknemers geen waarborg is opgenomen. Er is geen instemmingsrecht voor aandeelhouders van de 403-aansprakelijke maatschappij, er is geen verplichting schuldeisers van de 403-aansprakelijke maatschappij omtrent het stellen van 403-aansprakelijkheid te informeren en onduidelijk is of een adviesrecht hierover aan de ondernemingsraad toekomt (ex art. 25 lid 1 WOR).

Ter verbetering van de positie van aandeelhouders (respectievelijk leden, respectievelijk vennoten) van de 403-aansprakelijke maatschappij zou voor hen ten aanzien van een besluit tot afgifte van een 403-verklaring een goedkeuringsrecht moeten gelden, inhoudende dat zij bij meerderheid de afgifte van een 403-verklaring moeten aanvaarden. Bij 403-aansprakelijke maatschappijen die structuurrechtspersoon zijn, zou de goedkeuringsbevoegdheid moeten toekomen aan de raad van commissarissen. Ook bij 403-aansprakelijke maatschappijen die organisatie van openbaar belang zijn, verdient een goedkeuringsvereiste aanbeveling.

CONCLUSIES, BEVINDINGEN EN AANBEVELINGEN

Een verbetering van de positie van schuldeisers van de 403-aansprakelijke maatschappij kan worden bewerkstelligd door de 403-aansprakelijke maatschappij te verplichten onverwijld na het geven van een 403-verklaring daarvan een mededeling te deponeren bij het handelsregister en daaraan bekendheid te geven op haar website.

De positie van werknemers van de 403-aansprakelijke maatschappij kan worden verhelderd respectievelijk versterkt door middel van het expliciet toevoegen aan art. 25 lid 1 WOR van een adviesrecht voor de ondernemingsraad ten aanzien van een besluit tot afgifte van een 403-verklaring.

De beantwoording van mijn centrale – overkoepelende – onderzoeksvraag vloeit voort uit de hiervoor gegeven beantwoording van de deelonderzoeksvragen. De wijze waarop naar mijn mening de onvolkomenheden kunnen worden opgeheven en verduidelijkingen kunnen worden aangebracht, blijkt uit de voorstellen die ik hierna in paragraaf 10.3 heb geformuleerd.

10.3 Voorstellen voor wetswijziging

Op basis van mijn onderzoek kom ik tot de conclusie dat teneinde de in de bestaande regeling van art. 2:403 BW opgesloten onvolkomenheden en onduidelijkheden op te heffen art. 2:403 BW lid 1 als volgt zou moeten worden aangepast:

1. Voor een rechtspersoon, niet zijnde een rechtspersoon als bedoeld in artikel 398 lid 7, die dochtermaatschappij is, geldt niet de verplichting zijn jaarrekening overeenkomstig deze titel in te richten en gelden ook niet de artikelen 391 tot en met 394 mits
 - a. de maatschappij waarvan de rechtspersoon een dochtermaatschappij is, valt onder het recht van een lidstaat;
 - b. de geconsolideerde jaarrekening van de onder a bedoelde maatschappij waarin op geconsolideerde wijze zijn verwerkt de financiële gegevens van de rechtspersoon, krachtens toepasselijk recht is ingericht in overeenstemming met richtlijn 2013/34/EU of krachtens Verordening (EG) 1606/2002 uitgevaardigde internationale standaarden voor jaarrekeningen en voor verzekeringsmaatschappijen, richtlijn 91/674/EEG respectievelijk voor banken, richtlijn 86/335/EEG;
 - c. het geconsolideerd bestuursverslag van de onder a bedoelde maatschappij dan wel het bestuursverslag indien dat is gecombineerd met het geconsolideerd bestuursverslag, krachtens toepasselijk recht is ingericht in overeenstemming met deze titel, richtlijn 2013/34/EU en voor verzekeringsmaatschappijen richtlijn 91/674/EEG respectievelijk voor banken richtlijn 86/335/EEG;
 - d. de geconsolideerde jaarrekening vermeldt voor welke rechtspersonen en vennootschappen deze vrijstelling respectievelijk een daarmee vergelijkbare regeling volgens het recht van een andere lidstaat wordt benut;
 - e. de geconsolideerde jaarrekening en het geconsolideerd bestuursverslag dan wel het bestuursverslag indien dat is gecombineerd met het geconsolideerd bestuursverslag, krachtens toepasselijk recht zijn gecontroleerd in overeenstemming met deze titel of richtlijn 2013/34/EU;

HOOFDSTUK 10

- f. de onder a bedoelde maatschappij schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen en hoofdelijk te verbinden voor alle door de rechtspersoon voor zover niet nagekomen en/of afgewikkelde rechtens afdwingbare verplichtingen die voortvloeien uit diens rechtshandelingen die zijn verricht tot de eerstvolgende openbaarmaking overeenkomstig artikel 394 van de volgens deze titel ingerichte en indien van toepassing, gecontroleerde jaarrekening van de rechtspersoon;
- g. de onder a bedoelde maatschappij zodra zij zich aansprakelijk heeft gesteld en hoofdelijk heeft verbonden, hiervan onverwijld opgaaf doet bij het handelsregister en op haar website;
- h. degenen die aandeelhouder, certificaathouder, of anderszins vergadergerechtigde dan wel lid respectievelijk vennoot zijn ten tijde van de algemene vergadering waarin wordt beslist over de vaststelling van de jaarrekening met betrekking tot het boekjaar waarover de vrijstelling wordt benut, elk voor zich aan het bestuur van de rechtspersoon schriftelijk hebben verklaard met de vrijstelling in te stemmen respectievelijk unaniem in vergadering daartoe hebben besloten, dan wel als geen vaststelling van de jaarrekening heeft plaatsgevonden, uiterlijk ten tijde dat anders openbaarmaking overeenkomstig artikel 394 had moeten plaatsvinden. Indien de rechtspersoon een stichting is, zijn de instemmingsgerechtigden degenen die ten tijde van de vaststelling van de jaarrekening deel uitmaken van het orgaan dat over de vaststelling van de jaarrekening beslist, dan wel indien geen vaststelling zou plaatsvinden, ten tijde dat anders openbaarmaking overeenkomstig artikel 394 had moeten plaatsvinden;
- i. voor zover niet gesteld of vertaald in het Nederlands, de in onderdelen f en h bedoelde stukken, de in onderdeel b bedoelde geconsolideerde jaarrekening, in dezelfde taal als de geconsolideerde jaarrekening, het in onderdeel c bedoelde verslag en in dezelfde taal als de geconsolideerde jaarrekening, de accountantsverklaring bij de geconsolideerde stukken, zijn gesteld of vertaald in het Frans, Duits of Engels;
- j. de rechtspersoon op zijn website melding maakt van het gebruik van dit artikel en overeenkomstig artikel 394 uiterlijk twaalf maanden na afloop van het boekjaar tot openbaarmaking door deponering bij het handelsregister overgaat van
 - de opgaaf van zijn bestuur dat alle instemmingsgerechtigden schriftelijk verklaard hebben in te stemmen met de vrijstelling dan wel unaniem daartoe hebben besloten;
 - de opgaaf van de datum van vaststelling van de jaarrekening van de rechtspersoon dan wel als geen vaststelling heeft plaatsgevonden, de mededeling van dat feit;
 - een authentiek afschrift van de verklaring als bedoeld onder f;
 - de vastgestelde jaarrekening van de onder a bedoelde maatschappij en indien die daar geen deel van uitmaakt, haar geconsolideerde jaarrekening, met datum van vaststelling van de jaarrekening en, indien van toepassing, van de geconsolideerde jaarrekening dan wel als geen vaststelling heeft plaatsgevonden, de mededeling van dat feit;
 - het bestuursverslag van de onder a bedoelde maatschappij en indien die daar geen deel van uitmaakt, haar geconsolideerd bestuursverslag;
 - de accountantsverklaring bij de jaarrekening, met bestuursverslag van de onder a bedoelde maatschappij en indien de geconsolideerde jaarrekening met bijbehorende bestuursverslag van die jaarrekening geen deel uitmaakt, de accountantsverklaring bij de geconsolideerde jaarrekening met bijbehorend bestuursverslag;
 - een mededeling van de accountant die de onder e bedoelde controle heeft verricht, waaruit blijkt dat aan alle onder a – i bedoelde voorwaarden is voldaan.

Als de bestuursopgaaf betreffende de instemming, het authentiek geschrift van de onder f bedoelde verklaring en de accountantsmededeling betreffende het voldoen aan de voorwaarden niet zijn gesteld in de Nederlandse taal, wordt een beëdigde vertaling ervan in het Nederlands toegevoegd.

CONCLUSIES, BEVINDINGEN EN AANBEVELINGEN

2. Als de rechtspersoon waarvoor een verklaring van hoofdelijke aansprakelijkstelling als bedoeld in lid 1 onder f is afgegeven, dochtermaatschappij wordt van een andere maatschappij en die andere maatschappij artikel 403 op de rechtspersoon toepast, blijft de aansprakelijkheid en de hoofdelijk verbondenheid van de maatschappij die de verklaring van hoofdelijke aansprakelijkstelling als bedoeld in lid 1 onder f heeft afgegeven, bestaan voor verplichtingen uit rechtshandelingen die zijn verricht tot 24 maanden na de balansdatum van het laatste boekjaar waarover de vrijstelling is benut.

De oude leden 2, 3 en 4 van art. 2:403 BW vervallen.

Voor belanghebbenden bij de jaarrekening van de rechtspersoon dient in afdeling 16 een rechtsgang te worden opgenomen waarin zij bij de Ondernemingskamer tot twee maanden na het depot van de in artikel 403 lid 2 BW bedoelde stukken een verzoek kunnen indienen op de grond dat zij van oordeel zijn dat aan de vereisten voor de toepassing van artikel 403 niet is voldaan. Een daartoe strekkende bepaling kan als lid 4 worden opgenomen in artikel 2:447 lid 1 BW.

Artikel 2:404 lid 1 – 6 BW kan vervallen aangezien er geen reden is om bij de door mij voorgestelde wijzigingen het daarin bepaalde te handhaven. In plaats daarvan komt er een nieuw artikel 2:404 BW luidende:

1. Als aan een of meer voorwaarden als bedoeld in artikel 403 niet langer wordt voldaan, wordt vanaf het eerste boekjaar na het boekjaar waarover de vrijstelling is benut, de jaarrekening van de rechtspersoon overeenkomstig deze titel ingericht, gecontroleerd en openbaar gemaakt. In de jaarrekening van de rechtspersoon over het eerste boekjaar na het vrijgestelde boekjaar behoeven de cijfers over het vrijgestelde boekjaar niet te worden opgegeven.
2. Als afdeling 11 toepassing vindt, is artikel 398 lid 1 van overeenkomstige toepassing.
3. In de jaarrekening over het eerste boekjaar na het vrijgestelde boekjaar doet de rechtspersoon opgaaf van het niet langer benutten van de in artikel 403 bedoelde vrijstelling met melding ervan op zijn website. De maatschappij waarvan de rechtspersoon dochtermaatschappij is of was, doet hiervan opgaaf in haar eerstvolgende geconsolideerde jaarrekening en op haar website.

Het verdient aanbeveling, mede uit rechtsvergelijkend oogpunt, om de consolidatieverplichting in art. 2:406 leden 1 en 2 BW meer in overeenstemming met de unitaire regeling te brengen door daar in te bepalen dat een rechtspersoon met een dochtermaatschappij verplicht is tot consolidatie en dat in de consolidatie op geconsolideerde wijze moeten worden betrokken de financiële gegevens van de rechtspersoon, van zijn dochtermaatschappijen en van de maatschappijen waarop hij overheersende invloed uitoefent of anderszins beheerst of waarover hij de centrale leiding heeft.

In samenhang hiermee wordt in art. 2:407 lid 1 BW toegevoegd:

- d. van in de consolidatie te betrekken maatschappijen waarin de rechtspersoon door ingrijpende en langdurige beperkingen bemoeilijkt wordt in de uitoefening van zijn bestuur of in de uitoefening van de centrale leiding over deze maatschappij.

HOOFDSTUK 10

In art. 2:63j lid 1 onder d, art. 2:164 lid 1 onder d en art. 2:274 lid 1 onder d BW wordt een nieuw onderdeel ingevoegd:

het door de rechtspersoon of een afhankelijke maatschappij voor verplichtingen van een andere rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk stellen en verbinden als bedoeld in artikel 403.

In art. 2:107a lid 1 BW wordt een nieuw onderdeel toegevoegd:

het door de rechtspersoon of een dochtermaatschappij voor verplichtingen van een andere rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk stellen en verbinden als bedoeld in artikel 403.

Vergelijkbare bepalingen moeten worden ingevoerd voor de andere rechtspersonen dan een NV.

In art. 25 lid 1 onder j WOR moet het door de consoliderende maatschappij afleggen van een 403-verklaring onder het adviesrecht van de ondernemingsraad worden gebracht door daarin ná het eerste zinsdeel in te voegen:

(...), het voor verplichtingen van een andere ondernemer hoofdelijk aansprakelijk stellen en verbinden als bedoeld in artikel 403 BW (...).

Aan de Financiële regeling handelsregister 2014 moet een artikel 2a worden toegevoegd waarin is opgenomen:

Indien ten aanzien van een rechtspersoon als omschreven in artikel 360 BW een verklaring overeenkomstig artikel 403 lid 1 onder f BW is afgegeven, wordt in afwijking van het bepaalde in artikel 1 en artikel 2 van deze regeling voor het inzien van de bij het handelsregister krachtens artikel 403 lid 1 onder i BW gedeponeerde documenten van deze rechtspersoon en het verstrekken van een afschrift van de bij het handelsregister krachtens artikel 403 lid 1 onder i BW gedeponeerde documenten van deze rechtspersoon een totaaltarief berekend dat gelijk is aan het tarief dat wordt berekend voor het inzien en het verstrekken van een afschrift van de jaarrekening van de rechtspersoon als omschreven in artikel 1 sub e van deze regeling.

Voor contractuele kapitaalvennootschappen verdient het aanbeveling om het toepassingsgebied in art. 2:360 lid 2 BW te omschrijven op de wijze als in Richtlijn 2013/34/EU heeft plaatsgevonden. Dit kan door art. 2:360 lid 2 BW als volgt aan te passen door na <<kapitaalvennootschappen>> in te voegen:

(...) in een rechtsvorm als bedoeld in lid 1, eerste volzin respectievelijk lid 3, eerste volzin, zijn dan wel in een vergelijkbare rechtsvorm naar buitenlands recht.

Voorts vervalt <<zijn>>.

CONCLUSIES, BEVINDINGEN EN AANBEVELINGEN

Tevens wordt dan art. 38 Richtlijn 2013/34/EU overgenomen als art. 2:404a BW. Het daarin bepaalde zou als volgt kunnen luiden:

1. Als een rechtspersoon als bedoeld in artikel 360 lid 1, eerste volzin of lid 3, eerste volzin vennoot is in een in artikel 360 lid 2 omschreven vennootschap en daarin volledig jegens schuldeisers aansprakelijk is voor de schulden, tegelijk met zijn eigen jaarrekening ook de jaarrekening van die vennootschap overeenkomstig deze titel opstelt, laat controleren en openbaar maakt, is deze titel niet van toepassing op deze vennootschap.
2. Als een onder het recht van een andere lidstaat vallende vennoot in een in artikel 360 lid 2 omschreven vennootschap en daarin volledig jegens schuldeisers aansprakelijk is voor de schulden, de jaarrekening van deze vennootschap opstelt, laat controleren en openbaar maakt op de wijze als overeenkomstig richtlijn 2013/34/EU in de wetgeving van de andere lidstaat is voorzien, is deze titel niet van toepassing op deze vennootschap.
3. Als een vennoot in een in artikel 360 lid 2 omschreven vennootschap waarin hij volledig jegens schuldeisers aansprakelijk is voor schulden, de financiële gegevens van deze vennootschap op geconsolideerde wijze verwerkt in zijn geconsolideerde jaarrekening die is opgesteld, gecontroleerd en openbaargemaakt op de wijze als overeenkomstig richtlijn 2013/34/EU in de op de vennoot toepasselijke wetgeving is voorzien, is deze titel niet van toepassing op deze vennootschap.
4. Als een vennoot van een in artikel 360 lid 2 omschreven vennootschap waarin hij volledig jegens schuldeisers aansprakelijk is voor schulden, dochtermaatschappij is van een onder het recht van een lidstaat vallende rechtspersoon of vennootschap die op de wijze als overeenkomstig richtlijn 2013/34/EU in de op de vennoot toepasselijke wetgeving is voorzien, een geconsolideerde jaarrekening opstelt, laat controleren en openbaarmaken waarin de financiële gegevens van de in artikel 360 lid 2 omschreven vennootschap op geconsolideerde wijze zijn verwerkt, is deze titel niet van toepassing op deze vennootschap. Deze vrijstelling moet in de toelichting van de geconsolideerde jaarrekening worden vermeld.
5. In de in de leden 2 – 3 bedoelde gevallen moet de in artikel 360 lid 2 bedoelde vennootschap desverzocht meedelen de naam van de vennoot die de jaarrekening respectievelijk de geconsolideerde jaarrekening openbaarmaken. In het in lid 4 bedoelde geval moet desverzocht de naam van de rechtspersoon of vennootschap waarvan de vennoot een dochtermaatschappij is, worden meegedeeld.

Beknopte samenvatting

Onze jaarrekeningwetgeving kent onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid dat een rechtspersoon voor de inrichting van zijn jaarrekening afwijkt van hetgeen zonder de vervulling van die voorwaarden geldt. Als de voorwaarden zijn vervuld is er tevens vrijstelling van accountantscontrole en van de verplichting tot openbaarmaking van de jaarrekening bij het handelsregister. Deze mogelijkheid is gebaseerd op een in de Europese jaarrekeningrichtlijn opgenomen bevoegdheid van de lidstaten om een dergelijke vrijstelling voor dochterondernemingen in de nationale wetgeving op te nemen. Buiten Nederland hebben slechts drie lidstaten van deze bevoegdheid gebruik gemaakt. Het gaat hierbij om Luxemburg die de regeling uit de richtlijn nauwkeurig heeft overgenomen, om Ierland die de regeling met name voor dochterondernemingen die private company zijn, heeft overgenomen waarbij de vrijstelling evenwel is beperkt tot vrijstelling van openbaarmaking van de jaarrekening, en om Duitsland die de regeling, weliswaar niet terstond, maar wel later heeft overgenomen voor dochterondernemingen die kapitaalvennootschappen zijn. Tot de in acht te nemen voorwaarden behoren onder meer dat de moederonderneming de financiële gegevens van de dochteronderneming in haar geconsolideerde jaarrekening op geconsolideerde wijze heeft verwerkt en dat zij zich garant heeft gesteld voor de door de dochteronderneming aangegane verplichtingen.

Onze wetgever heeft de voorwaarden die voor de regeling in acht moeten worden genomen, op eigen wijze verwerkt in onze wetgeving (art. 2:403 BW) waardoor deze regeling minder gelijk op de unitaire regeling en de regelingen in de drie andere lidstaten. Het afwijkende karakter blijkt onder meer uit door het niet geheel overnemen van de voorgeschreven voorwaarden, door het vervangen van de moeder-/dochterband door een groepsband, door niet geheel richtlijn-conforme bepalingen betreffende de consolidatieplicht en -kring, door de garantie voor door de dochteronderneming aangegane verplichtingen te vervangen door een garantie voor schulden uit door de tot een groep behorende rechtspersoon aangegane rechtshandelingen en door het creëren van een mogelijkheid om de gegeven garantie te doen beëindigen. Anders dan in de drie andere lidstaten met een vrijstellingsregeling heeft onze wetgever voor een verzwaarde vorm van een garantie gekozen door te verlangen dat de consoliderende maatschappij verklaard moet hebben zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit de rechtshandelingen van de vrijgestelde/vrij te stellen rechtspersoon

BEKNOPTE SAMENVATTING

voortvloeiende schulden. Deze aansprakelijkheid gaat verder dan alleen verhaalsaansprakelijkheid doordat een dergelijke verklaring ook meebrengt dat deze maatschappij zich hoofdelijk verbindt voor de nakoming van hetgeen waartoe de rechtspersoon gehouden is. Deze verklaring heeft betrekking op de schulden van deze rechtspersoon ongeacht wie de rechthebbenden op deze vorderingen zijn. De hoofdelijke verbondenheid met aansprakelijkheid treedt in zodra uit een rechtshandeling van de rechtspersoon een vordering ontstaat. Vanaf dat moment kan een rechthebbende zich – met inachtneming van de overeengekomen condities met de rechtspersoon – voor voldoening tot de rechtspersoon en/of de aansprakelijke maatschappij wenden; de keuze is aan de rechthebbende. Ook wordt wel het standpunt ingenomen dat zolang de rechthebbende zich niet tot deze maatschappij voor voldoening heeft gewend, van een vordering op haar nog geen sprake is. De rechtsgevolgen van het verschil in benaderingen zijn niet groot.

In mijn onderzoek ben ik nagegaan wat de onvolkomenheden zijn in de huidige regeling en op welke wijze deze regeling meer in de pas zou kunnen lopen met de regeling in de Europese jaarrekeningrichtlijn en meer vergelijkbaar zou kunnen zijn met die in de drie andere lidstaten met een vrijstellingsregeling. In dat kader heb ik onderzocht welke inhoud de aansprakelijkstelling van de consoliderende maatschappij voor een rechtsgeldig gebruik van de jaarrekeningvrijstelling moet hebben, welke rechten een schuldeiser van de vrijgestelde rechtspersoon aan de aansprakelijkstelling kan ontfangen en op welke wijze de positie van de schuldeisers, werknemers en aandeelhouders van de aansprakelijke maatschappij kan worden verbeterd. De uitkomsten van mijn onderzoek heb ik laten uitmonden in voorstellen tot wetswijziging die ik heb weergegeven in paragraaf 10.3. Daarin heb ik het waarborgkarakter van de aansprakelijkstelling tot uiting laten komen door hieraan een subsidiair karakter te geven in die zin dat schuldeisers zich voor voldoening eerst moeten wenden tot de rechtspersoon en tevens door daarin op te nemen inspraak voor aandeelhouders en werknemers van de consoliderende maatschappij alvorens zij tot aansprakelijkstelling kan overgaan.

Summary

Title: Group regime, annual financial statements and 403-liability

Under certain conditions, our legislation on annual financial statements permits a legal person to derogate in its financial statements from the provisions concerning the content of the annual financial statements. If the conditions are met, there is also exemption from the obligation to audit and to file the annual financial statements at the trade register. This possibility is based on the competency of the Member States in section 37 of the European Annual Financial Statements Directive¹ to include such an exemption for subsidiaries into national law. The text is as follows:

Notwithstanding the provisions of Directives 2009/101/EC and 2012/30/EU, a Member State shall not be required to apply the provisions of this Directive concerning the content, auditing and publication of the annual financial statements and the management report to undertakings governed by their national laws which are subsidiary undertakings, where the following conditions are fulfilled:

- (1) the parent undertaking is subject to the laws of a Member State;
- (2) all shareholders or members of the subsidiary undertaking have, in respect of each financial year in which the exemption is applied, declared their agreement to the exemption from such obligation;
- (3) the parent undertaking has declared that it guarantees the commitments entered into by the subsidiary undertaking;
- (4) the declarations referred to in points (2) and (3) of this Article are published by the subsidiary undertaking as laid down by the laws of the Member State in accordance with Chapter 2 of Directive 2009/101/EC;
- (5) the subsidiary undertaking is included in the consolidated financial statements drawn up by the parent undertaking in accordance with this Directive;
- (6) the exemption is disclosed in the notes to the consolidated financial statements drawn up by the parent undertaking; and
- (7) the consolidated financial statements referred to in point (5) of this Article, the consolidated management report, and the audit report are published for the subsidiary undertaking as laid down by the laws of the Member State in accordance with Chapter 2 of Directive 2009/101/EC.

In addition to the Netherlands only three other Member States have included the exemption in their legislation. Luxembourg has included the exemption of the Directive almost to the letter. The text reads as follows (unofficial translation):²

Subsidiary undertakings do not apply the provisions of this chapter or chapter IV concerning the content, auditing and publication of its annual financial statements and the management report where the following conditions are fulfilled:

-
1. Directive 2013/34/EU.
 2. Art. 70 Loi du 19 décembre 2002.

SUMMARY

- a. the parent undertaking is subject to the laws of a Member State;
- b. all shareholders or members of the subsidiary undertaking have, in respect of each financial year in which the exemption is applied, declared their agreement to the exemption indicated above from such obligation;
- c. the parent undertaking has declared that it guarantees the commitments entered into by the subsidiary undertaking;
- d. the declarations referred to under b. and c. are filed by the subsidiary undertaking as laid down in section 11bis subsection 3 of the amended act of 10 August 1915 concerning commercial companies and provisions of chapter Vbis of Part 1 of this act;
- e. the subsidiary undertaking is included in the consolidated financial statements drawn up by the parent undertaking in accordance with the Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty and concerning the consolidated accounts (so called « seventh directive ») or in accordance with the international accounting standards adopted as part of the procedure provided for in section 6, subsection 2 of Regulation (EC) No. 1606/2002 from the Parliament and of the Council of 19 July 2002 on the application of international accounting standards;
- f. the exemption indicated above is disclosed in the notes to the consolidated financial statements drawn up by the parent undertaking; and
- g. the consolidated financial statements referred to under e, the consolidated management report, and the audit report are filed for the subsidiary undertaking as laid down in section 11bis subsection 3 of the amended act of 10 August 1915 concerning commercial companies and provisions of chapter Vbis of Part 1 of this act.

Ireland has taken over the exemption for subsidiary undertakings that are a private company or a designed unlimited company, and only for filing the annual financial statements. The text reads as follows:³

- (1) Where a company is a subsidiary undertaking of a holding undertaking that is established under the laws of an EEA state, the company shall, as respects any particular financial year of the company, stand exempted from the provisions of sections 347 and 348, but only if, the following conditions are fulfilled:
 - a. every person who is a shareholder of the company on the date of the holding of the next annual general meeting of the company after the end of that financial year or on the next annual return date of the company after the end of that financial year, whichever is the earlier, shall declare his consent to the exemption,
 - b. there is in force in respect of the whole of that financial year an irrevocable guarantee by the holding undertaking of all commitments entered into by the company, including amounts shown as liabilities in the statutory financial statements of the company in respect of that financial year;
 - c. the company has notified in writing every person referred to in *paragraph (a)* of the guarantee;
 - d. the statutory financial statements of the company for that financial year are consolidated in the consolidated accounts prepared by the holding undertaking;
 - e. the exemption of the company under this section is disclosed in a note to those consolidated accounts,

3. Section 357 CA 2014.

SUMMARY

- f. a notice stating that the company has availed of the exemption under this section in respect of that financial year together with –
 - i. a copy of the guarantee and notification referred to in *paragraphs (b) and (c)*, and
 - ii. a declaration in writing that *paragraph (a)* has been complied with in relation to the exemption, is annexed to the annual return for the financial year made by the company to the Registrar,
 - g. the consolidated accounts of the holding undertaking are drawn up in accordance with the requirements of the Accounting Directive⁴ or in accordance with international financial reporting standards, and are audited in accordance with Article 34 of that Directive; and
 - h. a copy of the consolidated accounts of the holding undertaking together with the report of the auditors on them are annexed to the annual return of the company referred to in *paragraph (f)*.
- (2) Where any document referred to in *subsection (1)* that has been annexed to the annual return is in a language other than the English language or the Irish language, there shall be annexed to each such document a translation of it in the English language or the Irish language certified in the prescribed manner to be a correct translation.
- (3) ...
- (4) ...

Germany has included the exemption for subsidiaries that are companies limited by shares (« Kapitalgesellschaften »). The text reads as follows (unofficial translation):⁵

- (3). (sentence 1) A company limited by shares which as a subsidiary undertaking is consolidated in the consolidated financial statements of a parent undertaking which is subject to the laws of a Member State of the European Union or another State Party to the Agreement on the European Economic Area need not to apply the provisions of this subsection and of the third and fourth subsections of this section where all the following conditions are fulfilled:
1. all shareholders of the subsidiary undertaking have approved the exemption for the respective financial year;
 2. the parent undertaking has declared its willingness to guarantee the commitments entered into by the subsidiary undertaking up to and including the balance sheet date of the following financial year;
 3. the consolidated financial statements and the consolidated management report of the parent undertaking have been prepared and audited in accordance with the legislation of the Member State to which the parent undertaking is subject and in accordance with the following directives:
 - a. Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council, and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC (OJ L 182, 29.6.2013, p. 19), most recently amended by Directive 2014/102/EU (OJ L 334, 21.11.2014, p. 86);
 - b. Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253/EEC (OJ L 157, 9.6.2006, p. 87), amending Directive 2013/34/EU (OJ L 182, 29.6.2013, p. 19).

4. Directive 2013/34/EU.

5. § 264 Abs. 3 Handelsgesetzbuch.

SUMMARY

4. the exemption of the subsidiary undertaking is disclosed in the notes to the consolidated financial statements of the parent undertaking and
5. for the subsidiary undertaking have been filed in accordance with § 325 subsection 1 to 1b:
 - a. the decision referred to under number 1,
 - b. the declaration referred to under number 2,
 - c. the consolidated financial statements,
 - d. the consolidated management report and
 - e. the audit report on the consolidated financial statements and consolidated management report of the parent undertaking referred to under number 3.

(sentence 2) If the parent undertaking has already filed some or all the documents referred to in sentence 1 under number 5 the subsidiary undertaking does not need to file the documents in question if they can be found in the Federal Gazette ('Bundesanzeiger') under the subsidiary undertaking; § 326 subsection 2 shall not apply to this filing.

(sentence 3) Sentence 2 shall only apply if the parent undertaking has filed the relevant document in German or in English or if the subsidiary undertaking additionally files a certified translation of this document in German in accordance with § 325 subsection 1 to 1b.

(sentence 4) Sentence 3 does not apply if a company limited by shares is the subsidiary undertaking of a parent undertaking that has prepared consolidated financial statements in accordance with the provisions of the Publishing Act and if the option of §13 subsection 3, sentence 1 of the Publikationsgesetz has been used in these consolidated financial statements; § 314 subsection 3 remains unaffected.

The conditions to be fulfilled include among others the parent undertaking consolidating the financial information of the subsidiary in its consolidated financial statements and having to act as guarantor for the commitments (including liabilities) entered into by the subsidiary.

The Dutch legislator has included the conditions for the exemption in its own way into section 2:403 of the Dutch Civil Code. Because of this the Dutch exemption is less similar to the unitary exemption and the exemption in the other three Member States. The text reads as follows (unofficial translation):

1. A legal person which forms part of a group does not need to apply the provisions of this Part concerning the content of the annual financial statements in its annual financial statements where the following conditions are fulfilled:
 - a. the balance sheet shows at least the aggregate of the fixed assets, the aggregate of the current assets and the amount of the equity, of the provisions and of the liabilities and the profit and loss account shows at least the profit or loss on ordinary activities after taxation and the balance of other income and expenses after taxation;
 - b. after the beginning of the financial year and before the adoption of the annual financial statements, all members or shareholders have declared in writing their consent with derogating from the provisions;
 - c. the financial information on the legal person has been consolidated by another company in consolidated financial statements to which, pursuant to the applicable law, apply the Regulation (EC) No. 1606/2002 of the European Parliament and the Council on the application of international standards for annual accounts, Directive 2013/34/EU of the European Parliament and the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/93/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives

SUMMARY

- 78/660/EEC and 83/329/EEC (OJ EU 2013 L 182) or one of the two Council Directives on the annual accounts and consolidated annual accounts of banks and other financial institutions respectively of insurance undertakings;
- d. the consolidated financial statements if neither made in nor translated into Dutch, shall have been made in or translated into French, German or English;
 - e. the audit report and the management report have been made in or translated into the same language as the consolidated financial statements;
 - f. the company referred to in paragraph c has declared in writing that it accepts joint and several liability for the debts arising from the legal acts of the legal person; and
 - g. the declarations referred to in paragraphs b and f have been filed at the trade register and the documents or translations mentioned in paragraphs d and e within every six months after the balance sheet date or within one month after a permitted later filing.
2. If in the group or part of the group, the information of which has been included in the consolidated financial statements, the company referred to in paragraph f of subsection 1 and another company on the same level without subordination, subsection 1 shall apply only if such other company has also assumed a declaration of joint and several liability, in which case paragraph g of subsection 1 and section 404 shall apply accordingly.
 3. To a legal person to which subsection 1 applies, sections 391 – 394 shall not apply.
 4. To legal persons referred to in subsection 7 of section 398, this section shall not apply.

The difference with the unitary exemption appears, among other things from the incomplete inclusion of the prescribed conditions, from the substitution of the parent undertaking/subsidiary-relation by a group relation, from provisions that do not comply fully with the Directive regarding the consolidation requirements, from the guarantee for commitments entered into by the subsidiary to be substituted by a declaration of joint and several liability for debts (=commitments including liabilities) arising from legal acts entered into by the legal person belonging to a group and by creating an option to terminate the liability. This liability goes beyond liability for redress because such a statement also implies that the parent undertaking is jointly and severally liable for the performance of what the legal person is obliged to do. Such a statement relates to the debts of this legal person regardless of who the rightful claimants thereto are. The joint and several liability takes effect as soon as a claim arises from a legal act of the legal person. From that moment on, a person entitled to the claim (subject to the agreed payment conditions with the legal person) can turn to the legal person and/or the parent undertaking for performance; the choice is up to him. It is argued that as long as the person entitled to the claim has not turned to the parent undertaking for performance, there is no claim against the parent undertaking. The legal consequences of the difference between these approaches are limited.

In my research I have investigated the deficiencies in the current Dutch exemption and how the provisions of this exemption could be more in line with the exemption in the European Annual Financial Statements Directive and more comparable with those in the three other Member States with an exemption. For that purpose, I have examined in Chapters 2 – 6 the relevant conditions b – g mentioned in section 403, subsection 1 separately, without regard to the fulfillment of the other conditions. In Chapter 7 I have investigated in which financial year the subsidiary undertaking can use the exemption and

SUMMARY

furthermore, from which the exemption can no longer be used in case one or more conditions is/are no longer fulfilled. In Chapter 8 I have investigated the consequences of the use of the exemption in case of merger and acquisition. In Chapter 9 I have examined the civil law aspects of the declaration of joint and several liability in the light of legislation, case law and doctrine. In that context, I have investigated the meaning of the liability of the parent undertaking for valid use of the exemption, what rights a creditor of the exempt legal person can derive from liability and how the position of creditors, employees and shareholders of the parent undertaking can be improved. I have closed each chapter with a summary conclusion and I have repeated these conclusions in Chapter 10, paragraph 10.1. I have included my research findings in paragraph 10.2. The results of my research are expressed into proposals for legislative changes of among others section 2:403 of the Dutch Civil Code that I have presented in Chapter 10, paragraph 10.3. I have formulated the following proposal for amendment of section 2:403 of the Dutch Civil Code:

1. A legal person, other than a legal person as referred to in section 398, subsection 7, which is a subsidiary undertaking, does not need to apply the provisions of this Part concerning the contents of the annual financial statements and is exempt from sections 391 – 394, but only if, the following conditions are fulfilled:
 - a. the company of which the legal person is a subsidiary undertaking is subject to the laws of a Member State;
 - b. the financial information on the legal person has been consolidated in the consolidated financial statements of the company referred to under a, to which, pursuant to the applicable law, apply Directive 2013/34/EU of the European Parliament and the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC or the Regulation (EC) No. 1606/2002 of the European Parliament and the Council of the application of international standards for annual accounts, Council Directive 91/674/EEG for insurance companies or Council Directive 86/335/EEG for banks and other financial institutions;
 - c. the consolidated management report of the company referred to under a or the management report in case this is combined with the consolidated management report, is prepared in accordance with this Part, Directive 2013/34/EU and Council Directive 91/674/EEG for insurance companies, respectively Council Directive 86/335/EEG for banks and other financial institutions;
 - d. in the notes to the consolidated financial statements is stated for which legal persons and other companies this exemption or comparable exemption under the law of another Member State is used;
 - e. the consolidated financial statements and the consolidated management report or the management report in case this is combined with the consolidated management report are audited in accordance with this Part or Directive 2013/34/EU;
 - f. the company referred to under a has declared that it is jointly and severally liable for all legally enforceable non-settled commitments arising from legal acts of the legal person entered into until the filing in accordance with section 394 of the in accordance with this Part prepared and, if applicable, audited next annual financial statements;
 - g. immediately after the company referred to under a has declared joint and several liability it gives notices thereof to the trade register and on its website;

SUMMARY

- h. members, partners, shareholders, holders of depository receipts or those otherwise entitled to attend the general meeting of shareholders at the time of the annual meeting wherein the adoption of the annual financial statements is resolved, each have declared in writing to the managing board of the legal person to consent to the exemption or have unanimously decided for that, or in case that the annual financial statements have not been adopted have declared so at the time the annual financial statements should have been filed in accordance with section 394. In case the legal person is a foundation, those entitled to decide on the use of the exemption are those who at the time of the adoption of the annual financial statements are part of the body authorized to decide upon such adoption, or in case that no adoption would take place, at the time that otherwise the annual financial statements should have been filed in accordance with section 394;
- i. if neither made nor translated into Dutch, the declarations referred to under f and h, the consolidated financial statements referred to under b, into the same language as the consolidated financial statements, the report referred to under c and into the same language as the consolidated financial statements, the audit report on the consolidated financial statements and management report, shall have been made in or translated into French, German or English;
- j. the legal person discloses the use of this section on its website and files at the trade register in accordance with section 394, the documents listed below, at the latest twelve months after the balance date of the last financial year
 - a notice of its managing board stating that all persons entitled to consent have declared in writing to consent to the exemption respectively have decided unanimously for that;
 - a statement of the date of adoption of the annual financial statements of the legal person or in case that the annual financial statements have not been adopted, a statement of that fact;
 - an authentic copy of the declaration referred to under f;
 - the adopted annual financial statements of the company referred to under a and in case that its consolidated financial statements are not part of the annual financial statements, these consolidated financial statements including the date of adoption thereof and if applicable the date of adoption of the consolidated financial statements, or in case that the annual financial statements or the consolidated financial statements have not been adopted, a statement of that fact;
 - the management report of the company referred to under a and in case that its consolidated management report is not part of the management report, this consolidated management report;
 - the audit report on the annual financial statements with accompanying management report of the company referred to under a and the audit report on the consolidated financial statements and accompanying management report of the company referred to under a in case that the consolidated financial statements are not part of the annual financial statements;
 - a statement of the auditor who has audited referred to under e, showing that all the conditions referred to under a – i have been fulfilled.

If the notice of the managing board with respect to the consent, the authentic copy of the declaration referred to under f and the statement of the auditor with respect to fulfilment of the conditions a – h are in another language than the Dutch language, there shall be annexed to each such document a translation of it in the Dutch language certified to be a correct translation.

2. If a legal person for which a declaration of joint and several liability as referred to in section 1, paragraph f is assumed, becomes a subsidiary undertaking of another company and that other company applies section 403 on this legal person, the liability of the company that has given the declaration of joint and several liability, shall continue for all

SUMMARY

commitments arising from legal acts entered into by this legal person until twenty-four months after the balance date of the last financial year in which the exemption is applied.

In subsection 1, paragraph f of this proposal, I have emphasized the ‘safeguard’ nature (*waarborgkarakter*) of the joint and several liability as subsidiary in the sense that creditors must first turn to the legal person for performance. In subsection 2 of the proposed section 403, I have taken into account continued liability in respect of commitments which arise from legal acts entered into by the legal person during twenty-four months after the balance date of the last financial year in which the exemption is used, in the case that the legal person becomes a subsidiary undertaking of another company provided that it has declared in writing joint and several liability for the commitments arising from legal acts entered into by this legal person. In my other proposals presented in Chapter 10, paragraph 10.3 I have included that shareholders and employees of the parent undertaking have to be consulted before liability can be assumed.

Geraadpleegde literatuur

van Achterberg 1989 (diss.)

M.P. van Achterberg, *De juridische definitie van het economische verschijnsel concern in het ondernemingsrecht* (diss. Amsterdam UvA), VHI, nr. 33, Deventer: Kluwer 1989.

Asser/Hartkamp 1988 (4-I), 1992 (4-I), 2000 (4-I)

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, achtste druk 1988, negende druk 1992, elfde druk 2000.

Asser/Hartkamp 1989 (4-II)

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, achtste druk 1989.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008, 2012 (6-I*)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer, dertiende druk 2008, veertiende druk 2012.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2009 (6-II*), 2013 (6-II)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer, dertiende druk 2009, veertiende druk 2013.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer, veertiende druk 2014.

Asser/Maeijer 2000 (2-III)

J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel III. De naamloze en besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

GERAADPLEEGBE LITERATUUR

Asser/Maeijer, van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*)

J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.w. R.G.J. Nowak), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon, Deel II**. De naamloze en besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Maeijer, van Solinge & Nieuwe Weme 2013 (2-IIa*)

J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel IIa. NV en BV, Oprichting vermogen en aandelen (voorheen deel 2-II (hoofdstuk 1-4))*, Deventer: Kluwer, vierde druk 2013.

Asser/Maeijer & Kroeze 2015 (2-I*)

J.M.M. Maeijer & M. Kroeze (m.m.v. H. Beckman en M.A. Verbrugh), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Rechtspersonenrecht, Deel I De rechtspersoon (voorheen deel 2-II (hoofdstuk 1-III en deel 2-III (hoofdstuk X, XI, XIII, XIV, XV.i))*, Deventer: Kluwer, negende druk 2015.

Asser/van der Grinten 1991 (2-II)

W.C.L. van der Grinten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel II. De rechtspersoon*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Asser/van Goudoever 1913 (3-I)

H. van Goudoever, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Verbintenissenrecht. 1e stuk*, Zwolle: Tjeenk Willink 1913.

Asser/Rensen 2012 (2-III*), Asser/Rensen/Blanco Fernandez 2018 (2-III)

G.J.C. Rensen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Kluwer, negende druk 2012, tiende druk 2018.

Asser/Rutten 1981 (4-I)

L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle; W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Asser/van Schaick 2004 (7-IV)

A.C. van Schaick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Verbruikleen, alijdurende rente, bruikleen, bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, kansovereenkomst, spel en weddenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2004.

Asser/van Schaick 2012 (7-VIII*)

A.C. van Schaick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VIII. Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, verbruikleen, alijdurende rente, spel en weddenschap*, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Hartkamp & Sieburgh (6-I)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer, vijftiende druk 2016.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2018 (6-III)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer, vijftiende druk 2018.

Assink/Slagter 2013

B.F. Assink en W.J. Slagter (m.m.v. H. Beckman, J.M.M. Grapperhaus, J.B.S. Hijink, W.J. Oostwouder en J.C.M. van Sonderen), *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer, negende druk 2013.

Bartman 1986

S.M. Bartman, *Inleiding concernrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986.

Bartman 1989 (diss.)

S.M. Bartman, *Concernbeleid en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), IVO nr. 6, Deventer: Kluwer 1989.

Bartman 1989

S.M. Bartman, 'De BV-CV en de werking van artikel 403, lid 1 sub f, Boek 2 BW', *TVVS* 1989/89, p. 118 – 122.

Bartman 2002

S.M. Bartman, 'Werkgeversverplichtingen onder de art. 403-verklaring', *ArbeidsRecht* 2002/35, p. 22 – 27.

GERAADPLEEGBE LITERATUUR

Bartman 2004

S.M. Bartman, '403-verklaring blijft bron van misverstand', *Ondernemingsrecht* 2004/16, p. 48 – 52.

Bartman/Dorresteyn 2003, 2006, 2009, 2013

S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer, vijfde druk 2003, zesde druk 2006, zevende druk 2009, achtste druk 2013.

Bartman/Dorresteyn/Olaerts 2016

S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn en M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Kluwer, negende druk 2016.

Bartman 2012

S.M. Bartman, 'Draagplicht en draagplichtverdeling bij concernfinanciering: een kwestie van profijt of solidariteit?', *AA* 2012/10, p. 830 – 836.

Bartman 2015

S.M. Bartman, 'De 403-verklaring: hoofdelijkheid of borgtocht? Een napleit-exercitie', *AA* 2015/10, p. 806 – 812.

Bartman 2019

S.M. Bartman, 'Reactie op Beckmans "Blokkeers boekhoudkundige truc"', *Ondernemingsrecht* 2019/32, p. 188 – 189.

Beckman 1977

H. Beckman, 'Consolidatiecriteria en jaarverslaggeving', *Economisch Statistische Berichten* 1977/62, p. 211 – 215.

Beckman 1985

H. Beckman, 'Het vernieuwde jaarrekeningenrecht', *WPNR* 1985/5751, p. 569 – 574.

Beckman 1987/I

H. Beckman, 'Aansprakelijkstelling in het vennootschapsrecht', *MAB* 1987/12, p. 526 – 538.

Beckman 1987/II

H. Beckman, 'Bijzondere voorschriften voor de geconsolideerde jaarrekening', *TVVS* 1987/10, p. 237 – 242.

Beckman 1990

H. Beckman, 'Artikel 2:403 BW (groepsregime), de instemmingsverklaring van aandeelhouders en enkele andere toepassingsvraagstukken', *TVVS* 1990/90, p. 307 – 310.

Beckman 1995

H. Beckman, 'Dient artikel 2:403 BW (groepsregime) in huidige vorm te worden geschrapt?', in: P. van Schilfgaarde e.a., *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, IVO, nr. 24, Deventer: Kluwer 1995, p. 73 – 107.

Beckman 1995 (diss.)

H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen* (diss. Groningen), IVO, nr. 25, Deventer: Kluwer 1995.

Beckman 1996

H. Beckman, 'Art. 2:403 BW (groepsregime) en acquisities', *De Naamlooze Vennootschap* 1996/10, p. 253 – 259.

Beckman 2003

H. Beckman, *Jaarrekening en kapitaalbescherming*, in: H. Beckman e.a., *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'*, Deventer: Kluwer 2003, p. 3 – 64.

Beckman 2006

H. Beckman, 'Geconsolideerde jaarrekening, consolidatieplicht en –kring', *Ondernemingsrecht* 2006/115, p. 372 – 377.

Beckman 2008/I, 2013/I

H. Beckman, *Hoofddlijnen van het jaarrekeningenrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer, eerste druk 2008, tweede druk 2013 bewerkt door H. Beckman en E.A Marseille.

Beckman 2008/II

H. Beckman, 'Toepassing van art. 2:403 BW bij beursdochters: vrijstelling depot jaarrekening of niet?', *Ondernemingsrecht* 2008/179, p. 601.

Beckman 2010

H Beckman, 'De 403-maatschappij en de voor haar aansprakelijke maatschappij', in: A.H. van der Boom e.a., *Toezicht op inzicht* (Liber amicorum prof. dr. M.A. van Hoepen RA), Deventer: Kluwer 2010, p. 249 – 260.

Beckman 2011

H. Beckman, 'Jaarrekening en joint venture', in: Timmerman e.a. 2011, p. 165 – 198.

Beckman 2013/II

H. Beckman, 'De nieuwe EU-richtlijn jaarrekeningen', *Ondernemingsrecht* 2013/73, p. 368 – 380.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Beckman 2013/III

H. Beckman, 'Financiële verslaggeving en Accountancy-wetgeving in het Wijzigingsvoorstel financiële markten 2014 en het consultatiedocument voorontwerp Wijzigingswet financiële markten 2015', *Ondernemingsrecht* 2013/105, p. 524 – 529.

Beckman 2014

H. Beckman, 'Geen doorwerking van aan vorderingen op 403-maatschappij verbonden voorrechten in een uit een 403-aansprakelijkheidsverklaring voortvloeiende aanspraak', *Ondernemingsrecht* 2014/83, p. 409 – 410.

Beckman 2015

H. Beckman, 'Het groepsregime in communautair/unitair en vergelijkend perspectief en de aansprakelijkstelling', in: B.F. Assink, K.F. Haak, J.M. de Jongh, M.J. Kroeze en A.J.P. Schild (red.), *De toekomst van het ondernemingsrecht. Het ondernemingsrecht van de toekomst. Opstellen voor Prof. mr. L. (Vino) Timmerman, ter gelegenheid van zijn 65ste verjaardag en 25+ jaar hoogleraarschap*, IVO, nr. 100, Deventer: Kluwer 2015, p. 17 – 43.

Beckman 2017/2018 (Sdu commentaar Ondernemingsrecht)

H. Beckman, Commentaar op artt. 2:403 – 404 BW, in: B. Bier, M.J. van Ginneken, P.P. de Vries, J.B. Wezeman en D.F.M.M. Zaman (hoofdred.), *Sdu Ondernemingsrecht*, Editie 2017/2018, Sdu 2018, p. 1635 – 1704.

Beckman 2018

H. Beckman, 'Blokkeers boekhoudkundige truc', *Ondernemingsrecht* 2018/129, p. 733 – 734.

Beckman 2019/I

H. Beckman, 'Naschrift bij Bartmans reactie op "Blokkeers boekhoudkundige truc"', *Ondernemingsrecht* 2019/33, p. 189.

Beckman 2019/II

H. Beckman, Vaststelling van de jaarrekening nader beschouwd, *Ondernemingsrecht* 2019/46, p. 247 – 250.

Beckman/Krens Compendium

H. Beckman en F. Krens (hoofdred.), *Compendium voor de Jaarrekening*, losbladige en digitale uitgave, Deventer: Kluwer.

Beckman/Rijswijk 2013

H. Beckman, E. Rijswijk, *Administratie van deelnemingen en consolidatie*, Noordhoff Uitgevers, Groningen, tweede druk, 2013.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Beckman/Timmerman 2002

H. Beckman en L. Timmerman, 'Vaststelling en goedkeuring van de jaarrekening', *Ondernemingsrecht* 2002/8, p. 227 – 230.

Beckman/Volgenant/Harmsen Documentatie

H. Beckman, O.M. Volgenant en C.M. Harmsen (red.), *Documentatie rond de jaarrekening*, losbladige uitgave, Deventer: Kluwer.

Beckman/Van der Zanden 2019

H. Beckman en P.M. van der Zanden, 'Jaarrekeningenrecht', in: W. Burgerhart, W.D. Kolkman en L.C.A. Verstappen (hoofred.), *Handboek Ondernemingsrecht 2019/2020*, Zutphen: Walburgpers 2019, vierde druk, p. 787 – 854.

Beck-scher' Online Kommentar HGB

Beck-scher' Online Kommentar HGB § 264, online te raadplegen.

Beukers 2012

L.A. Beukers, 'De rol van de ondernemingsraad bij het aantrekken van krediet en het stellen van zekerheid in concernverband', *V&O* 2012/11, p. 187 – 191.

Biemans 2011 (diss.)

J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.

Biemans/Salah 2012

J.W.A. Biemans & O. Salah, 'Concernfinanciering en regres', *Bb* 2012/65, p. 222 – 224.

Biener/Berneke 1986

H. Biener en W. Berneke, *Bilanzrichtlinien-Gesetz*, Dusseldorf, 1986.

Blom 2005

W.M. Blom, 'Het schuldbegrip in de zin van artikel 2:403 lid 1 sub f BW', *V&O* 2005/10, p. 177 – 180.

Blommaert 2007

M.J. Blommaert, 'Beëindiging van de 403-aansprakelijkheid', *Journal IF&Z* 2007/190, p. 272 – 278.

Blommaert/Linders 2015

M.J. Blommaert en F.W. Linders, 'De 403-verklaring: enkele opmerkingen bij HR 3 april 2015 (Eikendal q.q./Lentink)', *TvI* 2015/53, p. 353 – 358.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Blomkwist 2006

J.W.H. Blomkwist, *Borgtocht*, Deventer: Kluwer 2006.

Bobeldijk 2012

A.C.P. Bobeldijk, 'Fiscale aspecten van de 403-verklaring', *WFR* 2012/1640, p. 1640 – 1645.

Boersma/Sprenger 2012

B. Boersma en H. Sprenger, 'Ingrijpende herziening van het Curaçaose rechtspersonenrecht een feit', *Ondernemingsrecht* 2012/126, p. 685 – 692.

den Boogert 1991

M.W. den Boogert, 'Aandeelhouderscontracten en joint venture-bv's', in: Timmerman e.a. 1991, p. 71 – 79.

den Boogert 1995

M.W. den Boogert, 'Aanpassing van boek 2 BW voor joint venture-doeleinden', in: Struycken 1995, p. 26 – 32.

van Boom 1999 (diss.)

W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

van Boom 2000

W.H. van Boom, 'Mede-aansprakelijkheid, samenlopende schadeoorzaken, hoofdelijkheid, HR 24 december 1999, *RvdW* 2000, 12 (Nugteren/Meskes)', *NTBR* 2000/5, p. 200 – 204.

van Boom 2016

W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

Booms 2019

T.E. Booms, *Aanvullen van subjectieve rechten* (diss. Nijmegen), Onderneming en Recht, deel 109, Deventer: Wolters Kluwer, 2019.

Boonacker/Drok 1992

J.V. Boonacker en E.D. Drok, *De mogelijke rechtsgevolgen van de letter of comfort volgens Nederlands, Engels, Duits en Frans recht*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf (NIBE) 1992.

Boschma/Wezeman 2019

Boschma, H.E. en J.B. Wezeman, 'Aansprakelijkheid', in: W. Burgerhart, W.D. Kolkman en L.C.A. Verstappen (hoofddred.), *Handboek Ondernemingsrecht 2019/2020*, Zutphen: Walburgpers, 2019, vierde druk, p. 718 – 786.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Boukema 1975

C.A. Boukema, 'Juridische voorschriften inzake verslaggeving in Europa', in G.L. Groeneveld, J.W. van Belkum, *De wet op de jaarrekening in perspectief*, Tilburg: Universitaire pers 1975, p. 75 – 84 en 105 – 107.

Brandsma/Kampschroër 2004

R.P.C.W.M. Brandsma en G.W.J.M. Kampschroër, 'De gevolgen van de onderkapitalisatieregeling voor binnenlands belastingplichtigen die uitsluitend in Nederland actief zijn', *TFO* 2004/73, p. 73 – 105.

Brink-van der Meer 2019 (diss.)

J.E. Brink-van der Meer, *Accountantsaansprakelijkheid* (diss. VU Amsterdam), Recht en Praktijk, nr. CA20, Deventer: Kluwer 2019.

Buchum-Spapens 1982

A.M.J. Buchum-Spapens, *Pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijke verbondenheid, pluraliteit van schuldeisers en alternatieve en voorwaardelijke verbin-*
tenissen, Deventer: Kluwer 1982.

van Buchem/Veldman 2014

F. van Buchem en R.A. Veldman, 'De stand van zaken na het Romania arrest. 82. Schadevorderingen en garanties na einde huur door faillissement', *FIP* 2/2014, p. 66 – 75.

Buijn/Storm 2013

F.K. Buijn en P.M. Storm, *Ondernemingsrecht, BV en NV in de praktijk* (volledig herziene opvolger van Sanders/Westbroek, *BV en NV: het nieuwe ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer negende druk 2005), Deventer: Kluwer 2013.

Bundel NV en BV

Bundel Naamloze en Besloten Vennootschap (documentatie en wetsgeschiedenis), onder redactie van F.J.P. van den Ingh en R.G.J. Nowak, losbladig, sinds 1969, Deventer: Kluwer.

Bungenberg 2015

K. Bungenberg, 'De verzettermijn van art. 2:404 lid 5 BW – fataal of toch flexibel?', *V&O* 2015/2, p. 1 – 4.

Burgerhart/Kolkman/Verstappen 2019/2020

W. Burgerhart, W.D. Kolkman en L.C.A. Verstappen (hoofdred.), *Handboek Ondernemingsrecht 2019/2020*, Zutphen: Walburgpers 2019, vierde druk.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Burgert/Timmermans/Joosten 1990

R. Burgert, C.W.A. Timmermans en H.F.J. Joosten, *De jaarrekening nieuwe stijl, deel 1 en 2*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1990.

Busch 2014

D. Busch, 'Het rapport van de evaluatiecommissie nationalisatie SNS REAAL', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2014/3, p. 103 – 109.

Caufmann 2005

C. Caufmann, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen: Intersentia 2005.

Commissie herziening ondernemingsrecht rapport 1964

P.J. Verdam, *Herziening van het ondernemingsrecht: rapport van de Commissie, ingesteld bij beschikking van de Minister van Justitie van 8 april 1960*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1964.

Commissie Ondernemingsraden Advies 1992

Commissie Ondernemingsraden, Knelpunten Wet op de ondernemingsraden: *advies over enige knelpunten in het praktisch functioneren van de ondernemingsraad en de personeelsvergadering en over eventuele wijzigingen van de Wet op de Ondernemingsraden*, Den Haag: Sociaal-Economische Raad 1992, nr. 7.

Commissie Vennootschapsrecht Rapport april 1969

Commissie Vennootschapsrecht, Rapport van 28 april 1969 over de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, bijlage I, MvT, wetsvoorstel 10 689.

Commissie Vennootschapsrecht Advies mei 1969

Commissie Vennootschapsrecht, Advies van 28 mei 1969 omtrent een voorontwerp van wet betreffende publikatie van de balans van besloten vennootschappen, bijlage II, MvT, wetsvoorstel 10 689, nr. 4, 8 juni 1970.

Commissie Vennootschapsrecht Rapport januari 1973

Commissie Vennootschapsrecht, Rapport van 11 januari 1973 inzake het voorstel voor een vierde richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende de jaarrekening van kapitaalvennootschappen, Den Haag.

Commissie Vennootschapsrecht Rapport 1987

Commissie Vennootschapsrecht, Rapport van december 1987 inzake kruisverbanden en zekerheden in concernverband, Den Haag.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Dayioglu/Havers 2009

A. Dayioglu en J.Z. Havers, 'Wel de lasten niet de lusten van het '403-regime' voor (het concern van) de 403-Effectenuitgevende Instelling', *Ondernemingsrecht* 2009/127, p. 533 – 537.

Defesche/van der Gaag 2005

H.F.M. Defesche en E. van der Gaag, 'De vrijwillige aansprakelijkheid van de moeder voor schulden van de dochter: een impressie', *Contracteren* 2005/2, p. 48 – 50.

Dinant 2011

J. Dinant, 'De financiële verslaggeving van beursgenoteerde ondernemingen. De samenloop van het BV, de Wft en de Wtffv nader bezien', *TvJ* 2011/4-5, p. 110 – 117.

van Dongen 1995 (diss.)

R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht. Rechtsvergelijkende beschouwingen over "Piercing the corporate veil" in het interne en internationale privaatrecht van Nederland, Duitsland, Zwitserland, New York en Texas* (diss. Rotterdam), IVO, nr. 22, Deventer: Kluwer 1995.

van Dooren 2015

E.A. van Dooren, 'De 403-vordering; mogelijkheden binnen de hoofdelijkheid?', *Ondernemingsrecht* 2015/72, p. 380 – 386.

van Dooren 2018/I

E.A. van Dooren, 'De overgang onder algemene titel van een 403-verklaring', *JBN* 2018/11, p. 11 – 13.

van Dooren 2018/II

E.A. van Dooren, 'De ingetrokken 403-verklaring van Shell: een tactische zet?', *MvO* 2018/3-4, p. 61 – 62.

Doorenbos 1992 (diss.)

D.R. Doorenbos, *Financieel strafrecht: een studie inzake strafrechtelijk gesanc-tioneerde voorschriften uit de bank- en effectenwetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1992.

Duk 2000

R.A.A. Duk, 'Besluiten zijn besluiten, of niet?', in: A.F.J.A. Leijten, *Conflicten rondom de rechtspersoon*, VHI, nr. 62, Deventer: Kluwer 2000, p. 47 – 63.

GERAADPLEEDE LITERATUUR

Eeftink/De Feijter 2009

E. Eeftink en R. de Feijter, 'Joint ventures in de jaarrekening', *MAB* 2009/12, p. 414 – 425.

Eisma 1995

S.E. Eisma, 'Jaarrekeningrecht en joint ventures', in: Struycken 1995, p. 385 – 390.

Emden 2009

E.L.A. van Emden, 'Letter of support', *B&E* 2009/9, p. 12.

Emden/Emden 2009

E.L.A. van Emden en E.A.L. van Emden, *Bankgarantie*, serie Recht en Praktijk nr. FR4, Deventer: Kluwer 2009.

van Erp 1991

R.H. van Erp, 'De regeling omtrent hoofdelijkheid in het Nieuw BW, opmerkingen en casusposities', *WPNR* 1991/6002, p. 257 – 262.

Faber 1995

N.E.D. Faber, 'Enige beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen', *NTBR* 1995/2, p. 35 – 40.

Faber 2005 (diss.)

N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005

Flinterman/Babiy 2009

M.J.C. Flinterman en A. Babiy, 'De corporate guarantee in Nederlandsrechtelijke financieringen', *TOP* 2009/4, p. 132 – 137.

Franken/Franken 2008

J.M.W.M. Franken en M.J.M. Franken, 'De temporele reikwijdte van de 403-aansprakelijkheid. Substance over form?!', in: P.M. van der Zanden e.a. (red.), *Vereniging van Jaarrekeningenrecht: Bundel 2008/2009*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 53 – 74.

van Galen 1996/I

R.J. van Galen, 'Drie typen schulden bij faillissement (I)', *WPNR* 1996/6225, p. 393 – 397.

van Galen 1996/II

R.J. van Galen, 'Drie typen schulden bij faillissement (II, slot)', *WPNR* 1996/6226, p. 413 – 417.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Gerbrandy 1992

S. Gerbrandy, 'Redelijkheid en billijkheid op de drempel', *WPNR* 1992/6061, p. 635 – 640.

Glazener 2011

P. Glazener, 'Samenwerking in het mededingingsrecht', in: Timmerman 2011 e.a., p. 157 – 164.

Goudsmit 1973

J.J. Goudsmit, 'Het ontstaan van hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van art. 2:38 WJO', *TVVS* 1973/12, p. 330 – 335.

de Graaf 2006

K.J. de Graaf, 'Misbruik van bestuursprocesrecht', *NTB* 2006/6, p. 41 – 49.

Graham/King/Morril 2003

R.C. Graham, R.D. King en C.K.J. Morrill, 'Decision usefulness of alternative joint venture reporting methods', *Accounting Horizons* 2003/2 (June), p. 123 – 137.

van der Grinten 1972

W.C.L. van der Grinten, 'De keuze van de N.V. – en B.V.-vorm, in: W.C.L. van der Grinten, *Het nieuwe vennootschapsrecht*, VHI, nr. 7, Deventer: Kluwer 1972, p. 3 – 10 en p. 58 – 61.

van der Grinten 1981

W.C.L. van der Grinten, 'Juridische aspecten van de totstandkoming van de jaarrekening: de publikatieplicht, in: J.W. Schoonderbeek, *De jaarrekening en de vierde EEG-richtlijn*, VHI, nr. 20, Deventer: Kluwer 1981, p. 35 – 47.

van der Grinten 1990

W.C.L. van der Grinten, 'Aansprakelijkheid van onderhorige groepsmaatschappijen voor schulden van andere groepsmaatschappijen', *De Naamloze Vennootschap* 1990/68, p. 24 – 27.

Groene Serie Rechtspersonen

J.B. Huizink (hoofddred.), Deventer: Kluwer, losbladig en online.

Groene Serie Personenassociaties

W. van Veen (hoofddred.), Deventer: Kluwer, losbladig en online.

Groene Serie Vermogensrecht

J. Hijma (hoofddred.), Deventer: Kluwer, losbladig en online.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Groene Serie Verbintenissenrecht

E. Hondius (hoofddred.), Deventer: Kluwer, losbladig en online.

Groene Serie Toezicht Financiële Markten art. 5:25 Wft

D. Busch (hoofddred.) Deventer: Kluwer, losbladig en online.

Gülcher 1989

G.J. Gülcher, 'Reikwijdte van de aansprakelijkverklaring in het kader van de groepsvrijstellingsregeling', *TVVS* 1989/89, p. 161 – 166.

Hafkamp-van der Zwaard 2014

W. Hafkamp-van der Zwaard, 'Medezeggenschap bij concernfinancieringen: een hoofdrol of bijrol?', *ArbeidsRecht*, 2014/5, p. 18 – 22.

Häller/Löffelmann/Schlechter

A. Häller, J.V. Löffelmann en T. Schlechter, Der Betrieb online, Befreiung von der Offenlegung des Jahresabschlusses nach den §§ 264 Abs. 3 und 264b HGB, der Betrieb, online.

Hanegraaf 2019

C.E.J.M. Hanegraaf, 'SNS, een drama in drie bedrijven. Tweede Bedrijf: de 403-verklaring en de (voorgenomen) beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid ex artikel 2:404 BW', *Bb* 2019/43, p. 181 – 188.

Häublein/Hoffman-Theinert 2017

M. Häublein en R. Hoffman-Theinert, *Nomos Kommentar HGB*, § 264, Nomos, 2017.

van der Heijden 1968, 1971, 1976, 1984

E.J.J. van der Heijden, bewerkt door W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze vennootschap naar Nederlands recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink achtste druk 1968, plus supplement 1971, negende druk 1976, tiende druk 1984.

van der Heijden/Van der Grinten 1992,

E.J.J. van der Heijden, bewerkt door W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, twaalfde druk 1992.

van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013

E.J.J. van der Heijden, W.C.L. van der Grinten, bewerkt door P.J. Dortmond (m.m.v. H. Beckman, B. Bier, C.D.J. Bulten, M.W. Josephus Jitta, A.F.J.A. Leijten, R.P. Raas, J.M. van Slooten en G.J. Vossestein), *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, der-tiende druk 2013.

Hijink 2010 (diss.)

J.B.S. Hijink, *Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen* (diss. Amsterdam (UvA)), IVO, nr. 74, Deventer: Kluwer 2010.

Hijink 2010

J.B.S. Hijink, 'Enige ontwikkelingen rondom financiële verslaggeving van obligatieuitgevende instellingen: toepasselijkheid van het 403-regime en het toezicht van AFM op 'oneerlijke handelspraktijken'', *TvJ* 2010/3, p. 74 – 81.

Hijink/Kuijpers 2007

J.B.S. Hijink, W.B. Kuijpers, 'De herziene jaarrekeningprocedure in de Wet toezicht financiële verslaggeving', *WPNR* 2007/6696, p. 109 – 116.

Hijma/Olthof

J. Hijma, M.M. Olthof, *Compendium Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer, zevende druk 2017.

Honée 1972

H.J.M.N. Honée, 'Enige opmerkingen betreffende de jaarrekeningvrijstelling voor dochtervennootschappen in art. 38a Wet Jaarrekening, *De Naamloze Vennootschap* 1972/11, p. 201 – 205.

Honée 1981 (diss.)

H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen* (diss. Nijmegen), VHI, nr. 21, Deventer: Kluwer 1981.

Honée 1981/II

H.J.M.N. Honée, 'Het stellen van zekerheid voor andermans schuld en art. 6 Boek 2 BW, *De Naamloze Vennootschap* 1981/3, p. 52-59.

Honée 1992

H.J.M.N. Honée, e.a., *Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen*, VHI, nr. 99, Deventer: Kluwer 1992.

Honée 2000

Ch.E. Honée, 'Congres Van der Heijden Instituut, Nijmegen: 'Conflicten rondom de rechtspersoon'', *Ondernemingsrecht* 2000/1, p. 10 – 17.

Houwen e.a. 1993 (diss.)

L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels, J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen. Een rechtsvergelijkende studie naar de positie van crediteuren van concernafhankelijke vennootschappen in Duitsland, Frankrijk, Engeland en Nederland* (3 diss. Nijmegen), VHI, nr. 42, Deventer: Kluwer 1993.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

ten Hove 2004

W. ten Hove, 'De werking van de 403-verklaring in geval van een juridische fusie', *V&O* 2004/10, p. 166 – 170.

Huiskes 2015

C.R. Huiskes, 'Enige beschouwingen omtrent de '403-verklaring'', *TvJ* 2015/2, p. 38 – 46.

van den Ingh 2005

F.J.P. van den Ingh, 'Concernkrediet en solidariteit', *Ondernemingsrecht* 2005/106, p. 318 – 319.

Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IDW)

IDW-HFA, 'Zweifelsfragen bei der Anwendung von §§ 264 Abs. 3 und 264b HGB', *IDW Life*, 2018, S. 847 ff.

de Jager 2006

M.A. de Jager, 'Het adviesrecht van de ondernemingsraad bij financiële besluiten', *O&F* 2006/72, p. 22 – 26.

Jansen 1996 (diss.)

J.M.M. Jansen, *Belastingheffing van coöperaties en haar leden* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1996.

Janssen 2004

M.A.J.G. Janssen, 'Geen wilsgebreken of wilsonbreken, wel derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (HR 26 september 2003, NJ 2004, 21)', *WPNR* 2004/6594, p. 807 – 813.

Janssen 2005

M.A.J.G. Janssen, 'Regresproblematiek in concernverband', *TvJ* 2005/20,

Janssen 2010

M.J. Janssen, 'De 403-verklaring voor uitgevaren dochters: alertheid geboden', *V&O* 2010/6, p. 115 – 116.

Jansz 1973

H.J. Jansz, 'Enige vragen rond de verklaring van aansprakelijkstelling', *TVVS* 1973/2, p. 33 – 40.

de Jong 2006

E.A. de Jong 'De nieuwe jaarrekeningprocedure: dagvaarding wordt verzoekschrift: so what?' *O&F* 2006/73, p. 3 – 11.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

de Jong/Krans/Wissink 2014

G.T. de Jong, H.B. Krans en M.H. Wissink, *Verbindenissenrecht algemeen*, Studiereeks Burgerlijk Recht deel 4, Deventer: Kluwer, vierde druk 2014.

Jongbloed/Eeken 2007

A.W. Jongbloed, N. Eeken, 'Jurisprudentie nr. 5: Rechtbank Roermond 25 oktober 2006, *NJF* 2007/89, *LJN* AZ0669, *JOR* 2006/289, Oudpapiercentrale Wiermans BV/Inalfa Industries BV', *TvHB* 2007/2, p. 55 – 58.

Jonkers 2018

A.L. Jonkers, 'Persoonlijke zekerheden bij concernfinanciering: ongerechtvaardigde vermenigvuldiging van vorderingen', *MvV* 2018/5, p. 164 – 171.

Kenny 2017

M. Kenny, 'Companies (Accounting) Act 2017', *Company Law*, augustus 2017, p. 36 – 41.

van Kessel 2013

H.M. van Kessel, 'Schikkingsperikelen bij hoofdelijke verbondenheid', *MvV* 2013/4, p. 93 – 104.

Kiersch T&C Ondernemingsrecht 2018

E. Kiersch, Aantekeningen bij artt. 2:403 – 404 BW, in: *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht*, Kluwer: Deventer, negende druk, 2018.

Klaassen 1998

C.J.M. Klaassen, 'Hoofdelijkheid of borgtocht, wat mag het wezen?', *WPNR* 1998/6316, p. 347 – 351.

de Kluiver 2002

H.J. de Kluiver, 'Het effect van zogenoemde 403-verklaringen. HR 28 juni 2002, *RvdW* 2002, 112, *JOR* 2002/136 (Akzo Nobel/ING Bank)', *O&F* 2002/54, p. 97 – 101.

Koning 1991

S.C.H. Koning, 'De aansprakelijkheid uit artikel 403 BW2', in: *B.C. de Die, Liber Amicorum NBW, opstellen aangeboden aan mr. drs. B.C. de Die bij zijn afscheid als hoofd van de Stadafdeling Wetgeving Nieuw Burgerlijk Wetboek van het Ministerie van Justitie*, Deventer: Kluwer 1991.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Koning 1994

S.C.H. Koning, 'Aantekeningen bij Titel 9, De jaarrekening en het jaarverslag', in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Burgerlijk Wetboek: de tekst van de boeken 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 en 9 van het BW voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 1994.

Koops 2010 (diss.)

E. Koops, *Vormen van subsidiariteit: een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010.

Kortmann 1977 (diss.)

S.C.J.J. Kortmann, 'Derden'-werking van aansprakelijkheidsbedingen (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1977.

Koster 2010

H. Koster, 'Juridische afsplitsing ABN AMRO', *Ondernemingsrecht* 2010/87, p. 38 – 42.

Koster 2017

H. Koster, 'Het Nederlandse handelsregister: openbaarheid, transparantie en privacy', *WPNR* 2014/7169, p. 866 – 876.

van der Kraan 2012

J. van der Kraan, *De groepsvrijstelling op basis van artikel 2:403 BW, aansprakelijkheid van de moeder vennootschap en de positie van schuldeisers*, Celsius, Amersfoort, 2012.

van der Kraan 2013

J. van der Kraan, 'Actuele vraagstukken rondom de groepsvrijstelling: over de samenloop van artikel 2:403 BW met preferentie en achterstelling', *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, 2013/5, p. 149 – 166.

van der Kraan 2014

J. van der Kraan, 'Preferentie en achterstelling in samenloop met de groepsvrijstelling van art. 2:403 BW', *FIP* 2014, p. 108 – 113.

van der Kraan 2015

J. van der Kraan, 'De verjaring van een 403-vordering', *O&F* 2015/2, p. 15 – 27.

van der Kraan 2016

J. van der Kraan, 'De toetsing van de hardheid van een vordering in een verzetprocedure op basis van artikel 2:404 lid 5 BW', *MvO* nr. 1/2, p. 6 – 15.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

van der Kraan 2017

J. van der Kraan, 'Een 403-verkaring als redmiddel voor een te late jaarrekening?', *WPNR* 2017/7146, p. 322 – 326.

van der Kaan 2018/I

J. van der Kraan, 'Het toelaten en het toekennen van schuldeisersverzet op grond van artikel 2:404 BW', *JBN* 2018/1, p. 8 – 10.

van der Kraan 2018/II

J. van der Kraan, 'De groepsvrijstelling van art. 2:403 BW, enkele actualiteiten en aandachtspunten', *TOP* 2018/2, p. 29 – 35.

Krol/Lieverse 2008

A.N. Krol en C.W.M. Lieverse, 'Implementatie van de transparantierichtlijn', *FR* 2008/12, p. 401 – 413.

Krol 2014

A.N. Krol, 'Toepassing groepsvrijstelling door obligatie-uitgevende instellingen', *TvJ* 2014/5-6, p. 124 – 127.

Krol/De Neve 2015

A.N. Krol en A.G. de Neve, 'Jurisprudentie jaarrekeningenrecht 2014', *TvJ* 2015/3-4 p. 82 – 93.

Kruidenier/Orsel 2006

L.F. Kruidenier en R.A. Orsel, 'Joint venture: groepsmaatschappij en consolidatie', *V&O* 2006/10, p. 178 – 182.

Kühne/Richter 2015

E. Kühne en F. Richter, 'Eindstandspflicht des Mutterunternehmens als Voraussetzung für Erleichterungen bei Tochterkapitalgesellschaften nach BilRUG-RegE', *Betriebs-Berater* 2015, p. 877 – 879.

Küting/Weber

R. Küting en C. Weber, *Der Konzernabschluss*, Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart, 2010.

van der Kwaak 2000

D.J. van der Kwaak, 'Uitgangspunten voor toepassing van het rechtsmisbruik en de onrechtmatige daad in het beslagrecht', *Trema* 2000/1, p. 11 – 16.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Leber 2017 (diss.)

L. Leber, *De patronaatsverklaring* (diss. Utrecht), Recht en Praktijk nr. CA15, Deventer: Kluwer 2017.

Lennarts 1999 (diss.)

M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), IVO, nr. 32, Deventer: Kluwer 1999.

Lindijer 2006 (diss.)

V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde: een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. IV) (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2004.

Lubbers/Scholten 1971

A.G. Lubbers en Y. Scholten, *De besloten vennootschap: preadvies*. Deel I: preadvies uitgebracht door de Vereeniging Handelsrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971.

Lüdenbach/Freiberg 2014

N. Lüdenbach en J. Freiberg, 'BilRUG-RefE: Nur "punktuelle Änderungen"?', *Betriebs-Berater* 2014/37, p. 2219 e.v.

Maatman 1996

R.H. Maatman, 'Verlos ons van het landelijk verspreid dagblad!', *WPNR* 1996/6250, p. 930 – 932.

Maeijer 1971, 1973, 1976

J.M.M. Maeijer, *Vennootschapsrecht in beweging*, Alphen aan den Rijn: Samsom, eerste druk 1971, tweede druk 1973, derde druk 1976.

Marquenie 2011

H.J.C. Marquenie, 'Redelijkheid en billijkheid bij beëindiging overblijvende aansprakelijkheid uit 403-verklaring', *V&O* 2011/5, p. 107 – 110.

Marres 2004

O.C.R. Marres, 'Uitholling door rentebetalingen direct of indirect aan verbonden lichamen', *WFR* 2004/6563, p. 183 – 192.

Mathey-Bal 2016 (diss.)

P.P.D. Mathey-Bal, *De positie van de vennootschap onder firma. In civielrechtelijk, vennootschapsrechtelijk, publiekrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief* (diss. Groningen), IVO nr. 97, Kluwer: Deventer 2016.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Nagelkerke 2001

J.J. Nagelkerke, 'De 403-verklaring volgens de Ondernemingskamer. Hof Amsterdam 31 juli 2001, JOR 2001, 170 (ING Bank NV/Akzo Nobel NV)', *O&F* 2001/49, p. 115 – 119.

Nass 2013

A.G.S. Nass, 'De vergeten 403-verklaring en de redelijkheid en billijkheid', *Ondernemingsrecht* 2013/13, p. 474 – 481.

Nass 2018

E.C.A. Nass, 'Shell staat achter maar niet (meer) naast NAM', *Ondernemingsrecht* 2018/28, p. 167 – 168.

Nass/Nass 2014

A.G.S. Nass en E.C.A. Nass, 'De vordering op basis van een 403-verklaring', *Ondernemingsrecht* 2014/145, p. 735 – 742.

De Neve 2002

A.G. de Neve, 'De concernvrijstellingsregeling: de 403-aansprakelijkstelling volgens de Hoge Raad', *TvJ* 2002/5 p. 235 – 242.

De Neve 2011

A.G. de Neve, 'Onzekerheid omtrent de materiële reikwijdte van de 403-aansprakelijkstelling of een storm in een glas water?', *TvJ* 2011/2, p. 48 – 55.

Niels 2010

B. Niels, 'Aansprakelijkheid op grond van de 403-verklaring. Een bespreking van enkele aspecten van de 403-verklaring aan de hand van de Jones LaSalle-uitspraak', *O&F* 2010/1, p. 25 – 40.

van Oers 2007 (diss.)

M.H.M. van Oers, *De doorstart van een NV/BV bij insolventie* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007.

Ohmann 2011

D.O. Ohmann, 'Uit het oog..., voormalige groepsmaatschappijen en de vergeten 403-verklaring', *Bb* 2011/49, p. 171 – 173.

Ohmann 2015

D.O. Ohmann, 'Schikking en de 403-verklaring: niet (altijd) geschikt voor moedermaatschappijen', *Bb* 2015/67, p. 150 – 157.

GERAADPLEEGBE LITERATUUR

Olaerts 2004

M. Olaerts, 'Regresverhaal? Enige beschouwingen omtrent de uit concernfinanciering voortvloeiende regresproblematiek', *TvOB* 2004/2, p. 71 – 81.

Olaerts 2009

M. Olaerts, 'Het regresverhaal opgelost? Deel I', *TvOB* 2009/3, p. 74 – 84.

Olaerts 2009/II

M. Olaerts, 'Het regresverhaal opgelost? Deel II', *TvOB* 2009/4, p. 99-104.

Oosterhoff 2009

G. Oosterhoff, 'Transparantierichtlijn en 403-vrijstelling – bien étonnées de se trouver ensemble', *TvJ* 2009/6, p. 139 – 141.

Oostwouder 1996 (diss.)

W.J. Oostwouder, *Management Buy-out* (diss. Rotterdam), IVO, nr. 27, Deventer: Kluwer 1996.

Oostwouder 2000

W.J. Oostwouder, 'Joint Ventures. Verschillende juridische aspecten in vogelvlucht', *O&F* 2000/43, p. 2 – 9.

Oostwouder/Berk 2008

W.J. Oostwouder, J.W. Berk, 'De ongeoorloofde latere bekendmaking in het licht van de artikelen 403 en 408 boek 2 burgerlijk wetboek', in: P.M. van der Zanden e.a. (red), *Vereniging van Jaarrekeningenrecht: Bundel 2008/2009*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 127 – 140.

Oostwouder 2013

W.J. Oostwouder, 'Draagplicht en regres bij concernfinanciering na twee verrassende uitspraken van de Hoge Raad', *O&F* 2013/1, p. 33 – 48.

Ophof 1987

H.P.J. Ophof, *Hoofdelijke aansprakelijkheid: solidariteit of apartheid?*, oratie, Deventer: Kluwer 1987.

Ophof 1990

H.P.J. Ophof, 'Persoonlijke zekerheden', *NIVRA-geschrift* 1999/55, p. 72.

Oser e.a. 2015

P. Oser, C. Orth en H. Wirtz, 'Das Bilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetz (BilRUG) – Westentliche Änderungen und Hinweise zur praktischen Umsetzung', *Der Betrieb* 2015/31, p. 1729 – 1741.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Out 2003

J.C. Out, 'Bestaande en (nog) niet bestaande vorderingen', Rijksuniversiteit Groningen, Faculteit Rechtsgeleerdheid, 2003.

Ottervanger/Bijleveld 2000

T.R. Ottervanger, A.S. Bijleveld, 'De joint venture in het mededingingsrecht', *V&O* 2000/43, p. 39 – 47.

Parlementaire Geschiedenis Aanpassing BW 1991

W.H.M. Reehuis, E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijke wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6, Aanpassing Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer, 1991.

Parlementaire Geschiedenis Overgangsrecht 1991

W.H.M. Reehuis, E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijke wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6, Overgangsrecht*, Deventer: Kluwer, 1991.

van der Ploeg 1986

T.J. van der Ploeg, 'De commanditaire vennootschap met een beheerende b.v.', *TVVS* 1986/86, p. 57 – 63.

Plompen 1979

P.M.A.L. Plompen in: *Rechtspersonen*, losbladig commentaar bij artikel 343, supplement 2, september 1975, met verwijzing naar supplement 23, januari 1979.

Pitlo/Raaijmakers 2017

M.J.G.C. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht, Pitlo/Raaijmakers*, Pitlo; deel 2. Deventer: Kluwer, 2017

Pors 2002

A.J.J. Pors, 'Verpanding van slechts een van de hoofdelijk verbonden vorderingen', *V&O* 2002/9, p. 146 – 149.

Portengen/Crouwers 2005

H.J. Portengen en N.R.M. Crouwers, 'Juridische fusie en 403-verklaring', *V&O* 2005/3, p. 42 – 45.

Prijn 1988

Th. Prijn, 'Coöperatieve vereniging en fiscale eenheid', *Stichting en Vereniging*, jaargang 1988, p. 70 – 74.

GERAADPLEEGBE LITERATUUR

Quist 2006

P.H.N. Quist, 'Informeel kapitaalstorting, een geregeld verschijnend ongeregeld verschijnsel', *WPNR* 2006/6670, p. 452 – 454.

Ramanna 2008

A. Ramanna, 'Kwalificatie van de 403-verklaring', *TvJ* 2008/1, p. 17 – 21.

Raaijmakers 1976 (diss.)

M.J.G.C. Raaijmakers, *Joint ventures* (diss. Tilburg), VHI, nr. 14, Deventer: Kluwer 1976.

Raaijmakers 1988

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over familierechtelijke betrekkingen in het rechtspersonen- en vennootschapsrecht', in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.C.F. Schoordijk, B. Wachter (red.), *Handelsrecht tussen "koophandel" en Nieuw BW: opstellen van de Vakgroep Privaatrecht van de Katholieke Universiteit Brabant bij het 150-jarige bestaan van het WvK*, Deventer: Kluwer 1988, p. 161 – 188.

Raaijmakers 1990

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over de samenhang tussen normen en definities in het Nederlandse groepsrecht', *De Naamloze Vennootschap* 1990/1, p. 3 – 8.

Raaijmakers 1992

M.J.G.C. Raaijmakers, *Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over joint ventures*, preadvies uitgebracht voor de Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1992.

Raaijmakers 2003

M.J.C.G. Raaijmakers (red.), *Trust en onderneming*, opstellenbundel aangeboden aan C.Æ, Uniken Venema, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Raaijmakers/Van der Sangen 2003

M.J.C.G. Raaijmakers en G.J.H. van der Sangen, *Rechtspersonen, losbladige. Titel 7. Juridische fusie*, Deventer: Kluwer 2003.

Reimers/Koster 2009

H.K.O. Reimers, G.F.E. Koster, 'De rol van de externe accountant in de jaarrekeningprocedure', *TvJ* 2009/5, p. 121 – 126.

Reimers 2010

H.K.O. Reimers, 'Totstandkoming van toetsbare internationale controlestandaarden voor accountants', *Ondernemingsrecht* 2010/69, p. 349 – 353.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Rongen 2012 (diss.)

M.H.E. Rongen, *Cessie, Beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de hedendaagse (internationale) financiële praktijk en securitisation in het bijzonder* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012.

Sanders/Westbroek 1994, 1998, 2005

P. Sanders en W. Westbroek, *BV en NV: het nieuwe ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer zevende druk 1994, achtste druk 1998, negende druk bewerkt door F.K. Buijn en P.M. Storm 2005.

van der Sangen 2017

G.J.H. van der Sangen, 'Vraagpunten betreffende de 403-verklaring, Spijkers met koppen of spijkers op laag water?', *TvOB* 2017/6, p. 202 – 210.

van Schaick 2012

A.C. van Schaick, 'Het glibberige pad van de verjaring van de regresvordering', *NTBR* 2012/55, p. 420 – 430.

van der Schee 2014

P.A. van der Schee, 'Het UWV en de 403-verklaring', *TvOB* 2014/1, p. 22 – 24.

Schepel 2016

M.C. Schepel, 'De dwingende volgorde bij de beëindiging van de 403-aansprakelijkheid, een reactie', in: *O&F* 2016/2, p. 65 – 68.

van Schilfgaarde 1976, 1981, 1990

P. van Schilfgaarde, *Van de Naamloze en Besloten Vennootschap*, Arnhem: Gouda Quint derde druk 1976, vierde druk 1981, achtste druk 1990.

van Schilfgaarde 1984

P. van Schilfgaarde, 'Bestuurszelfstandigheid in concernverhoudingen', in: W.L. Haardt e.a., *Concernverhoudingen, concernfinanciering, mededingingsrecht: voordrachten, gehouden op het Eerste Nederlandse congres voor Bedrijfsjuristen en Directiesecretarissen*, Deventer: Kluwer 1984, p. 43 – 51.

van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2009, 2013

P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, bewerkt door J. Winter, Arnhem: Gouda Quint vijftiende druk 2009, zestiende druk bewerkt door J. Winter en J.B. Wezeman, 2013.

GERAADPLEEGBE LITERATUUR

Schoonbrood-Wessels 1996

A.P. Schoonbrood-Wessels, 'De aansprakelijkheid van de moeder voor schulden van de dochter: de stand van zaken (I)', *NV* 1996/1, p. 2 – 7.

Schoonbrood-Wessels 1996/II

A.P. Schoonbrood-Wessels, 'De aansprakelijkheid van de moeder voor schulden van de dochter: de stand van zaken (II)', *NV* 1996/2, p. 37 – 48.

Schoordijk 2003

H.C.F. Schoordijk, 'Hoofdelijkheid in het algemeen en de 2:403 lid 1 onder f verklaring in het bijzonder (naar aanleiding van HR 31 juli 2001; *JOR* 2001/170; *NJ* 2002/447). Had de Ondernemingskamer toch niet gelijk?' in: M.J.G.C. Raaijmakers (red.), *Trust en onderneming*, Den Haag, BJu 2003, p. 59 – 82.

Schreuder Groene Serie

E.R. Schreuder, commentaar bij art. 5:25o Wft in Groene Serie Toezicht Financiële Markten, bijgewerkt tot 1 oktober 2010, losbladig en online.

Schutte-Veenstra 2019

J.N. Schutte-Veenstra, 'Kapitaal en crediteurenbescherming', in: W. Burgerhart, W.D. Kolkman en L.C.A. Verstappen (hoofddred.), *Handboek Ondernemingsrecht 2019/2020*, Zutphen: Walburgpers 2019, vierde druk, p. 602 – 717.

SER advies 1974

Sociaal-Economische Raad, Advies inzake het voorstel voor een richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende de jaarrekening van kapitaalvennootschappen, Den Haag: Sociaal-Economische Raad 1974, nr. 14.

SER advies 1976

Sociaal-Economische Raad, Advies inzake de verstrekking door de ondernemer van informatie aan de ondernemingsraad, Den Haag: Sociaal-Economische Raad 1976, nr. 20.

SER advies 1979

Sociaal-Economische Raad, Advies inzake een voorstel voor een zevende richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende de concernjaarrekening, Den Haag: Sociaal-Economische Raad 1979, nr. 12.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

SER advies 1992

Sociaal-Economische Raad, Advies inzake de Europese Vennootschap: uitgebracht aan de staatssecretaris van Justitie en de ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Economische Zaken d.d. 27 januari 1992, Den Haag: Sociaal-Economische Raad 1992.

Slagter 1972/II

W.J. Slagter, 'Enige vragen betreffende de inrichting en de publikatie van de jaarrekening', *TVVS* 1972/5, p. 124 – 130.

Slagter 1972, 1978, 1985, 1990, 1993, 1996, 2005

W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer eerste druk 1972, derde druk 1978, vierde druk 1985, vijfde druk 1990, zesde druk 1993, zevende druk 1996, achtste druk 2005.

Slagter 1995

W.J. Slagter, Discussiebijdrage 'Dient artikel 2:403 BW (groepsregime) in huidige vorm te worden geschrapt?', in: P. van Schilfgaarde (e.a.), *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, IVO, nr. 24, Deventer: Kluwer 1995, p. 153 – 155.

Smelt 2015

W.M. Smelt, '403-verklaring en achterstelling; een (on)rustig bezit?', *TOP* 2015/6, p. 34 – 37.

Snijders 2012

J.L. Snijders, 'Regresvordering toekomstig volgens Hoge Raad in ASR/Achmea, wat betekent dit voor concernfinanciering?', *FIP* 2012/5, p. 156 – 166.

Snijder-Kuipers 2007

B. Snijder-Kuipers, 'Rechtsvormwijziging in het ondernemingsrecht', *WPNR* 2007/6710, p. 448 – 452.

Snijder-Kuipers 2010 (diss.)

B. Snijder-Kuipers, *Omzetting als rechtsvormwijziging* (diss. Groningen), IVO, nr. 70, Kluwer: Deventer 2010.

Snijder-Kuipers/Eliëns 2014

B. Snijder-Kuipers en M.F. Eliëns, 'Praktische vraagstukken bij beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid (2:404 BW)', *WPNR* 2014/7042, p. 1176 – 1180.

GERAADPLEEGBE LITERATUUR

Snijder-Kuipers 2018

B. Snijder-Kuiper, commentaar bij Handelsregisterwet 2007 in: *T&C Ondernemingsrecht*, Kluwer: Deventer, 2018.

Snijder-Kuipers 2019

B. Snijder-Kuipers, 'Juridische fusie' en 'Juridische splitsing', in: W. Burgerhart, W.D. Kolkman en L.C.A. Verstappen (hoofdred.), *Handboek Ondernemingsrecht 2019/2020*, Zutphen: Walburgers 2019, vierde druk, p. 506 – 539 en 540 – 572 .

van Sonsbeeck 2018

A.J.M. van Sonsbeeck, 'Regres, subrogatie en de bank: mag het wat eenvoudiger?', *FIP* 2018/2, p. 50 – 56.

Spier 1992

J. Spier, *Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 1992.

Spierings 2012

C. Spierings, 'Verbintenisrechtelijke aspecten van de 403-verklaring. Over eenzijdigheid, uitleg en vergeten verklaringen', *NTBR* 2012/14, p. 83 – 94.

Spierings 2016 (diss.)

C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling* (diss. Nijmegen), Onderneming en Recht, deel 89, Wolters Kluwer: Deventer 2016.

Spinath 2014

I. Spinath, 'Romania Beheer: (nog een keer) beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder', *TvI* 2014/12, p. 1 – 7.

Struycken 1995

J. Struycken (red.), *Joint ventures*, Nijmegen: Stichting Ars Aequi 1995, jaargang 44, nr. 5.

Stücken 2011

M.A.M.J. Stücken, 'De vergeten 403-verklaring en intercompany-vorderingen', *FIP* 2011/4, p. 98 – 101.

Talen 1987

M.J. Talen, *Hoofdelijke aansprakelijkheid als (on-)zekerheid bij centrale concernfinanciering. Mogelijke problemen als gevolg van hoofdelijke aansprakelijkheid van dochtervennootschappen voor de totale concernschuld en het beleid van de Nederlandse banken met betrekking daartoe*, Oisterwijk: SPES 1987.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

van der Tas 1986

L.G. van der Tas, 'Naar een uniforme definitie van het groepsbegrip in de externe verslaggeving van ondernemingen', *MAB* 1986/1, p. 23-39.

Tegelaar/Janssen 2015

J. Tegelaar en L. Janssen, 'De onteigening van SNS ontrafeld: uitgangspunten schadeloosstelling en 403-verklaring', *Bb* 2015/38, p. 129 – 134.

T&C Ondernemingsrecht

C.D.J. Bulten, A.F.J.A. Leijten en M.L. Lennarts (red.), *T&C Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2018, negende druk.

Tervoort 2013 (diss.)

A.J.S.M. Tervoort, *Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap* (diss. Rotterdam), IVO, nr. 93, Deventer: Kluwer 2013.

Tervoort, in: GS Personenassociaties

A.J.S.M. Tervoort, commentaar op Vennootschap onder firma en Commanditaire vennootschap, in: W. van Veen (hoofred.), *Groene Serie Personenassociaties*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Timmerman 1986

L. Timmerman, 'Dochtermaatschappijen: bescherming van hun vermogen', *TFM* 1986/4, p. 3 – 12.

Timmerman e.a. 1991

L. Timmerman e.a., *Ondernemingsrechtelijke contracten*, IVO, nr. 14, Kluwer: Deventer 1991.

Timmerman e.a. 2011

L. Timmerman e.a., *SamenWerken in het ondernemingsrecht*, IVO, nr. 80, Deventer: Kluwer 2011.

S. Timmerman/de Winter 2013

S. Timmerman en R.M. de Winter, 'Van 403-verklaringen, achterstelling en afhankelijkheid. 403-perikelen rondom de onteigening van SNS', *MvV* 2013/12, p. 355 – 361.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Timmermans 1988

C.W.A. Timmermans, 'Het economisch groepsbegrip en de zevende EEG-richtlijn inzake de geconsolideerde jaarrekening', in: H.J.M.N. Honée e.a. (red.), *Van vennootschappelijk belang, opstellen aangeboden aan prof. mr. J.J.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarige ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 349 – 363.

Tjong Tjin Tai 2002

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Processuele aspecten van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 2002/6482, p. 259 – 266.

Trant/Hargaden 2015

K. Trant en D. Hargaden, 'Unlimited Companies: Companies Act 2014 (Ireland)', *Practical Law*, Thomson Reuters, p. 1 – 5.

Tuit 1985

P. Tuit, 'De inrichting, controle en publikatie van de jaarrekening van de geconsolideerde en gegarandeerde concernvennootschappen volgens artikel 403 boek 2 BW', *TVVS* 1985/85, p. 189 – 196.

Van Uhm 2017

A.R. van Uhm, 'Persoonlijke zekerheid in concernfinancieringen', *MvV* 2017/9, p. 278 – 284.

Uniken Venema 1968

C.Æ. Uniken Venema, 'Ontwerp van een statuut van een Europese naamloze vennootschap (S.E.), Titel VII – Concerns', *NV* 1968/11, p. 229 – 235.

Uniken Venema 1969

C.Æ. Uniken Venema, 'Concernrecht', in: J.H. Beekhuis, H.L. Bakels e.a., *Op de grenzen van komend recht: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis*, Deventer: Kluwer 1969, p. 265 – 289.

Venrooy 2010

A.T.G.M. Venrooy, '(Particuliere) borgtocht, echt iets anders dan hoofdelijkheid!', *FTV* 2010/26, p. 10 – 15.

Verbrugh 2006

M.A. Verbrugh, 'De gevolgen van een 403-verklaring voor schuldeisers bij juridische fusie en juridische splitsing', *TvJ* 2006/2, p. 49 – 55.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Verbrugh 2007 (diss.)

M.A. Verbrugh, *Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar juridische fusie, splitsing en omzetting* (diss. Rotterdam), IVO, nr. 58, Deventer: Kluwer 2007.

Verburg 2001

L.G. Verburg, 'De OK, de medezeggenschap en het jaar 2000', *ArbeidsRecht* 2001/22, p. 11 – 18.

Verdaas 2008 (diss.)

A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008.

Verdaas 2014

A.J. Verdaas, 'Nadere beschouwingen over het regresrecht', *NTBR*, 2014/3.

Vermeulen 2006

E.M. Vermeulen, *(Re)organisatie. Financiering van overnames*, deel I en II, Zutphen: Uitgeverij Parijs 2006.

Visser 2005

E.A. Visser, *Verrekenprijzen; een drieluik*, Deventer: Kluwer 2005.

ten Voorde 2006 (diss.)

H. ten Voorde, *Deponering, publicatie en verzet, een onderzoek naar de procedures rond vereffening, omzetting, kapitaalvermindering, fusie, splitsing en beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid uit een 403-verklaring* (diss. Nijmegen), VHI, nr. 89, Deventer: Kluwer 2006.

ten Voorde 2011

H. ten Voorde, 'De vergeten verklaring, intercompany-vorderingen en andere praktische aandachtspunten rond de 403-verklaring', *TOP* 2011/5, p. 195 – 199.

Vriesendorp 1991

R.D. Vriesendorp, 'Enige opmerkingen over het lot van afhankelijke (zekerheids-)rechten bij verpanding van vorderingen naar NBW', *WPNR* 1991/6025, p. 767 – 772.

van der Waals

B.K. van der Waals, 'Vermogensverklaringen, te verkiezen boven borgtocht?', *V&O* 2004/4, p. 69 – 73.

GERAADPLEEGBE LITERATUUR

Wassenaer van Catwijk/Jongeneel 1995

A.J.O. Wassenaer van Catwijk en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en medeaansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Wessels 2013

B. Wessels, *Achtergestelde vorderingen*, Monografieën privaatrecht nr. 6, Kluwer: Deventer, derde druk 2013.

Wessels 2015

B. Wessels, 'Verrekening na faillissement', *NTvH* 2015-5, p. 231 – 248.

Westbroek 1969

W. Westbroek, *Zijn wettelijke bepalingen gewenst in verband met concernverhoudingen?*, preadviezen van de Vereeniging Handelsrecht, Zwolle: Tjeenk Willink 1969.

Wezeman 1998 (diss.)

J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, (diss. Groningen), IVO, nr. 29, Deventer: Kluwer 1998.

Wibier 2008

R.M. Wibier, '403-perikelen vanuit een goederenrechtelijk perspectief', *Ondernemingsrecht* 2008/52, p. 180 – 184.

Wibier 2015

R.M. Wibier, 'De aard van de aansprakelijkheid uit hoofde van een 403-verklaring', *AA* 2015/10, p. 778 – 783.

van Wijngaarden 2006

T. van Wijngaarden, 'Kan een 403-verklaring preferentie scheppen?', *Juridisch up-to-date* 2006/12, p. 22 – 24.

van Wijngaarden 2006/II

T. van Wijngaarden, 'Verantwoording over het groepsregime', in: M.J. Kroeze (e.a.), *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer, Kluwer, 2006, p. 611 – 620.

Willems 1997

M.A.L.M. Willems, 'Rb. Utrecht 31 juli 1996, JOR 1996, 96, 403 = 403. Of toch niet?', *TvJ* 1997/1, p. 14 – 17.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Winkel 2004

D. Winkel, 'Duidelijkheid omtrent de temporele reikwijdte van de 403-verklaring? Een overzicht', *TvOB* 2004/4, p. 184 – 188.

Winter 1989

J.A. Winter, 'Reactie op 'Reikwijdte van de aansprakelijkverklaring in het kader van de groepsvrijstellingsregeling', *TVVS* 1989/89, p. 288 – 289.

Winter 1992 (diss.)

J.A. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Groningen), IVO, nr. 15, Deventer Kluwer 1992.

Winter/Timmerman 2012

R.M. Winter en S. Timmerman, 'Draagplicht in concernverhoudingen', *MvV* 2012/12, p. 354 – 358.

Wuisman 2011 (diss.)

I.S. Wuisman, *Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk?* (diss. Rotterdam), IVO nr. 81, Kluwer: Deventer 2011.

IJsselmuiden 1972

Th. S. IJsselmuiden, *De wet op de jaarrekening*, Deventer: Kluwer 1972.

IJsselmuiden (Rechtspersonen)

Th. S. IJsselmuiden in: Rechtspersonen, losbladig commentaar, Titel 6 –oud, De jaarrekening en Titel 9 De jaarrekening en het jaarverslag.

IJsselmuiden Groene Serie

Th. S. IJsselmuiden, commentaar bij art. 2:403 BW in Groene Serie Rechtspersonen, bijgewerkt tot 1 september 2005, losbladig en online.

Zaman 2004

D.F.M.M. Zaman, *Juridische fusie en splitsing. Civielrechtelijke Aspecten voor de Fusie, Overname en (Her)structureringspraktijk*, Doetinchem: Reed Business Information 2004.

van der Zanden 2005

P.M. van der Zanden, 'De enkelvoudige jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening. Na gelukkig huwelijk, een echtscheiding', *MAB* 2005/6, p. 264 – 275.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

van der Zanden 2009

P.M. van der Zanden, 'Consolidatieperikelen', *TvOB*, 2009/1, p. 2 – 8.

van Zanten 2012

T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Recht en Praktijk, nr. InsR3, Kluwer: Deventer, 2012, p. 22 -25.

van Zoest 2011

M.R.C van Zoest, 'De automatisch vervallende 403-verklaring', *O&F* 2011/4, p. 95 – 104.

van Zoest 2014

M.R.C. van Zoest, 'Moeten bekende grote schuldeisers separaat op de hoogte worden gebracht van beëindiging van overblijvende 403-aansprakelijkheid?', *V&O* 2014/1, p. 1 – 4.

van Zoest 2016

M.R.C. van Zoest, '(Beëindiging van) 403-aansprakelijkheid. De stand van zaken anno 2016', *O&F* 2016/1, p. 55 – 71.

van Zoest 2019

M.R.C. van Zoest, *De groepsvrijstelling in de praktijk, een praktische handleiding voor iedereen die te maken heeft met 403-verklaringen*, Uitgeverij Paris, 2019.

Zwemmer 2011

J.P.H. Zwemmer 'De 403-verklaring en de aansprakelijkheid voor uit arbeids-overeenkomsten (en andere duurovereenkomsten) voortvloeiende verplichtingen', *Ondernemingsrecht* 2011/45, p. 223 – 232.

Zwemmer 2012 (diss.)

J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam (UvA)), Deventer: Kluwer 2012.

Zwemmer 2012/II

J.P.H. Zwemmer, 'Intensieve bemoeienis moedermaatschappij met bedrijfsvoering groepsmaatschappij brengt verantwoordelijkheid mee', *TAO* 2012/1, p. 5 – 12.

Jurisprudentieregister

De nummers verwijzen naar paragrafen.

Hoge Raad	
– HR 14 april 1927, <i>NJ</i> 1927/1220	5.3.3
– HR 9 januari 1931, <i>NJ</i> 1931/378 (<i>Kolfschoten q.q./Slager Heijs</i>)	9.1.1
– HR 17 september 1993, <i>NJ</i> 1994/173, m.nt. Stein (<i>Gerritse Has</i>)	9.3.3
– HR 24 september 1993, <i>NJ</i> 1994/174, m.nt. Stein (<i>Hol/Stichting EIM</i>)	9.3.3
– HR 26 januari 1994, <i>NJ</i> 1994/545, m.nt. Maeijer (<i>Interface Heuga</i>)	5.3.4
– HR 25 februari 2000, <i>NJ</i> 2000/471, m.nt. Bloembergen (<i>Vervoersbond FNV/Frans Maas</i>)	3.3.2
– HR 9 mei 2000, <i>NJ</i> 2000/603, m.nt. Snijders	9.2.3
– NJ 6 oktober 2000, <i>NJ</i> 2000/691 (<i>Rowi/Verzicht</i>)	9.2.3
– HR 28 juni 2001, <i>NJ</i> 2002/447, m.nt. Maeijer; <i>JOR</i> 2002/136, m.nt. Bartman; <i>Ondernemingsrecht</i> 2002/57, m.nt. Beckman (<i>Akzo/ING</i>)	1.5; 5.3.1.2, 8.1.2; 9.2.3; 9.3.3
– HR 18 oktober 2001, <i>NJ</i> 2002/612, m.nt. Zwemmer (<i>Schaap/Wooncompagnie</i>)	9.1.1
– HR 2 november 2001, <i>NJ</i> 2002/24 (<i>Riva/Zannis</i>)	9.1.1
– HR 9 augustus 2002, <i>NJ</i> 2004/317	9.1.1
– HR 12 september 2004, <i>NJ</i> 2004/36	9.2.3
– HR 15 oktober 2004, <i>NJ</i> 2005/141 (<i>GTI/Zürich</i>)	3.3.2
– HR 20 september 2004, <i>NJ</i> 2005/493, m.nt. Du Perron; <i>JOR</i> 2004/157, m.nt. SCJJK; <i>Ondernemingsrecht</i> 2004/62, m.nt. F.J. Grapperhaus (<i>DSM/Fox</i>)	9.3.2; 9.3.3
– HR 23 maart 2007, <i>NJ</i> 2007/176 (<i>Brocasef/Simons</i>)	9.3.2
– HR 6 april 2012, <i>NJ</i> 2016/196, m.nt. Du Perron; <i>JOR</i> 2014/172, m.nt. Faber en Vermunt; <i>AA</i> 2013/36, m.nt. Van Boom (<i>ASR/Achmea</i>)	9.7
– HR 11 april 2014, <i>NJ</i> 2014/309, m.nt. Van Schilfgaarde; <i>JOR</i> 2014/199, m.nt. Van Dooren; <i>Ondernemingsrecht</i> 2014/83, m.nt. Beckman (<i>UWV/Econcern</i>)	1.3; 1.5; 9.3; 9.3.3; 9.5.7

JURISPRUDENTIEREGISTER

- HR 13 april 2015, NJ 2015/255, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2015/191, m.nt. Faber en Vermunt; *Ondernemingsrecht* 2015/66, m.nt. Beckman; *TvI* 2015/53, m.nt. Blommaert en Linders (*Bia Beheer*) 9.3; 9.4.2.2; 9.5.5
- HR 16 juni 2015, NJ 2015/361, m.nt. Van Schilfgaarde en Winter; *JOR* 2015/140, m.nt. Josephus Jitta; *Ondernemingsrecht* 2015/97, m.nt. Beckman (*SNS*) 1.5; 5.3.4; 9.3; 9.3.3; 9.5.8; 9.5.9
- HR 19 juni 2015 ECLI:NL:HR:2015:1691 (*TPB/Eneco*) 9.3
- HR 31 maart 2017, NJ 2018/26, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2017/221, m.nt. De Haan; *Ondernemingsrecht* 2017/91 m.nt. Van Dooren (*SNS/Propertize*) 7.4.2
- HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:649, *JAR* 2019/128, m.nt. Loesberg; *JOR* 2019/173, m.nt. Faber (*UWV/X*); 9.5.7
- HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, *JOR* 2018/254, m.nt. Faber en Vermunt; *AA* 2018/0720, m.nt. Wibier (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*) 9.2.4.1
- Conclusies Parket HR
 - Conclusie A-G 28 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE 4663 9.3.1
 - Conclusie A-G 14 februari 2014, ECLI:NL:PHR:2014:93 9.5.7
 - Conclusie A-G 10 oktober 2014, ECLI:NL:PHR:2014:18.25 1.5; 9.5.9; 9.7
 - Conclusie A-G 17 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:523 9.3.2
 - Conclusie A-G 1 maart 2019; ECLI:NL:PHR:2019:189 9.1.1
- Gerechtshoven
 - Gerechtshof Amsterdam 16 april 1926 5.3.3
 - Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 mei 1941, NJ 1941/592 5.3.3
 - Gerechtshof Amsterdam (OK) 27 maart 1980, NJ 1981/64; *TVVS* juni 1980, m.nt. Bak en Boukema; *WPNR* 5637/22 m.nt. Van Oven; *MAB* april 1981, m.nt. Beckman (*Michel Dufour*) 1.3

JURISPRUDENTIEREGISTER

- Gerechtshof Amsterdam (OK) 2 april 1987,
NJ 1988/382, m.nt. Maeijer (*OR/Shell*) 5.3.4
- Gerechtshof Amsterdam (OK) 10 mei 1990,
NJ 1992/126 (*OR/Philips*) 5.3.4
- Gerechtshof Amsterdam (OK) 29 juli 1993,
NJ 1994/132; *TVVS* 1993/84, m.nt. Timmerman
(*Teeuwissen/Teletrade*) 7.4.2
- Gerechtshof Amsterdam (OK) 27 juni 1996,
JOR 1996/84 (*Van der Lugt/Vastgoed Nederland*) 6.3.1.2
- Gerechtshof Amsterdam (OK) 13 juli 2000,
JOR 2000/174, m.nt. Van het Kaar (*OR EBS/HES-I*) 5.3.4
- Gerechtshof Amsterdam (OK) 20 februari 2001,
JOR 2001/92, m.nt. Van het Kaar (*OR EBS/HES-II*) 5.3.4
- Gerechtshof Amsterdam (OK) 26 juli 2001,
JOR 2004/94, m.nt. Bartman
(*Hemony/Van der Woude*) 5.3.1.3
- Gerechtshof Amsterdam (OK) 31 juli 2001,
JOR 2001/170, m.nt. Bartman (*Akzo/ING*) 5.3.1.2
- Gerechtshof 's-Gravenhage 6 februari 2007,
JOR 2007/103, m.nt. Faber (*Citibank/KPN*) 9.4.1
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 april 2009,
JOR 2009/160, m.nt. Bartman (*Inalfa Industries*) 9.3.3
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 mei 2009,
JOR 2009/160, m.nt. Bartman (*Inalfa Industries*) 9.3.3
- Gerechtshof Amsterdam (OK) 12 januari 2010,
JOR 2010/93 en 2010/94, m.nt. Bartman
(*Hoeveholding*) 9.3.3
- Gerechtshof Amsterdam (OK) 30 september 2010,
JOR 2010/306, m.nt. Bartman;
Ondernemingsrecht 2010/148, m.nt. Beckman
(*JLL/Bosgijze c.s.*) 1.3; 7.3.2
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012,
JOR 2012/165, m.nt. Bertrams (*Lentink/Eikendal q.q.*) 5.3.1.3; 9.4.1
- Gerechtshof Amsterdam (OK) 11 juni 2013,
JOR 2013/250, m.nt. Josephus Jitta;
Ondernemingsrecht 2013/110, m.nt. Beckman (*SNS*) 9.3.2; 9.5.5; 9.5.8
- Gerechtshof 's-Gravenhage 18 maart 2014
ECLI:NL:GHDH:2014:892), *JOR* 2015/93,
m.nt. Bartman (*TPB/Eneco*) 9.3

JURISPRUDENTIEREGISTER

Rechtbanken

- Rechtbank Rotterdam 15 april 1999, *JOR* 1999/119;
Ondernemingsrecht 1999/50, m.nt. Winter
(*Lely/Netagco*) 7.3.2; 7.4.2.
- Rechtbank Arnhem 1 februari 2001, *JOR* 2001/88
(*Akzo/ING*) 9.3
- Rechtbank Arnhem 10 oktober 2002, *JOR* 2003/31,
m.nt. Bartman (*Resila/Spectro*) 9.3.3
- Rechtbank Arnhem (vzr) 21 juli 2004, *ROR* 2004/42
(*OR/Acordis*) 5.3.4
- Rechtbank 's-Gravenhage 5 maart 2005,
JOR 2005/116, m.nt. Harmsen (*Uni-Invest/Content*) 9.7
- Rechtbank Utrecht 17 augustus 2005, *JOR* 2005/258
(*ABN Amro/Van Voorst*) 9.1.1; 9.2.2
- Rechtbank Haarlem 16 november 2005, *JOR* 2006/27
(*Van der Aa/KPNQwest*) 9.5.7
- Rechtbank Haarlem 28 juli 2010, *JOR* 2010/264,
m.nt. Bartman; *JIN* 2010/697, m.nt. Slaski 9.5.7
- Rechtbank Utrecht 10 november 2010, *JOR* 2011/6,
m.nt. Bartman; *Ondernemingsrecht* 2010/149,
m.nt. Beckman (*Houdstermaatschappij Lekkerkerker*) 7.3.2
- Rechtbank Haarlem 16 november 2010,
Ondernemingsrecht 2010/147, m.nt. Beckman
(*IPServices/KPNQwest*) 9.5.7
- Rechtbank Rotterdam 24 januari 2012, *JOR* 2012/165,
m.nt. Bertrams (*Lentink/Eikendal q.q.*) 9.2.2
- Rechtbank Haarlem (vzr) 16 februari 2012,
JONDR 2012/659 (*Inalfa/Mastertools*) 5.3.1.3
- Rechtbank Midden-Nederland 30 januari 2013,
JOR 2013/170, m.nt. Van Dooren; *Ondernemingsrecht*
2013/48, m.nt. Nass; *AR Updates Arbeidsrecht*, 2013/91,
m.nt. Zwemmer (*UWV/Econcern*) 9.3.2; 9.5.7
- Rechtbank Rotterdam 30 september 2014,
JOR 2014/326, m.nt. Loesberg (*Pergen/Eneco*) 7.4.2
- Rechtbank Rotterdam 29 september 2015,
JOR 2015/295, m.nt. Bartman (*Iemants/Hertel*) 7.4.2
- Rechtbank Rotterdam 24 december 2013,
ECLI:NL:RBROT:2013:10454, *Ondernemingsrecht*
2014/31, m.nt. Beckman (*Vodafone/KPN*) 9.2.2
- Rechtbank Gelderland (vzr) 19 juli 2017,
ECLI:NL:RBGEL:2017:4157 9.2.2
- Rechtbank Overijssel 20 juni 2018,
ECLI: NL:RBOVE:2018:2748, *RO* 2018/62,
m.nt. Mathey-Bal 9.5.7

Trefwoordenregister

De nummers verwijzen naar paragrafen (verwijzing naar 403-verklaring, 403-aansprakelijke maatschappij en 403-rechtspersoon is achterwege gelaten).

Aanbod (en aanvaarding) 9.2.1; 9.3.3; 9.5.5; 9.5.6; 9.8
Aandeelhouder 403-afhankelijke maatschappij 5.5.3; 5.4
Aandeelhouder 403-rechtspersoon 1.2; 1.4; 3.1; 3.1.1; 3.2.2; 3.2.3; 3.3; 6.1.1; 6.3.1.1; 6.4
Aandeelhouder van buiten de groep 7.2
Aansprakelijkheid bestuur/commissarissen 7.1.2
Accountantscontrole (controleplicht) 1.2; 4.1.4; 6.1.1
Accountantsverklaring 1.2; 2.2.2; 2.3.1; 3.3.1; 3.3.2; 3.3.6; 3.4; 4.1.4; 4.3.4; 4.3.5; 6.2.3; 6.3.4; 6.3.5; 6.3.6; 6.4; 7.1.3; 7.2.2; 7.5
Adviesrecht ondernemingsraad 5.3; 5.3.4
Afstand 7.2.2; 9.1.2; 9.3.2; 9.5.5; 9.6; 9.8

Beëindiging groepsregime 7.2; 7.2.2; 7.3
Beëindiging groepsregime: continuering groepsband 7.2
Beëindiging groepsregime: verbreking groepsband 7.3
Bereidstellingsverklaring 5.2.3; 6.2.3
Bestuur 403-aansprakelijke maatschappij 5.3.3; 5.3.4; 5.4
Bestuur 403-rechtspersoon 1.3; 3.3.3; 3.3.7; 3.3.9; 5.3.3; 5.3.4; 6.3.1; 6.4; 7.1.1
Bestuursverslag (geconsolideerd) 1.1; 1.2; 2.1.2; 2.2.2; 2.3; 3.1; 3.3.2; 3.4; 4.1.3; 4.1.5; 4.3.3; 4.3.5; 6.1; 6.2.3; 6.3; 7.1; 7.2.2; 7.3.2; 7.5
Beursgenoteerde onderneming 1.2; 1.3; 3.3.1; 4.1.2; 4.2.3; 4.3.2
Billijkheidscorrectie 3.3.2; 7.3.2; 7.4.2
Borgtocht 7.4.2; 9.3.1; 9.3.2; 9.3.3; 9.4; 9.4.1; 9.5.1; 9.5.2; 9.5.5; 9.5.6; 9.5.7; 9.5.9; 9.6

Cascadesysteem 5.2.3; 5.3.1; 7.2.1
Certificaten/certificaathouder 1.4; 3.3.1; 3.4
Cessie 9.2.3; 9.5
Compensatiegedachte 1.3; 9.5.7
Consolidatiekring 4.1.2; 4.3.2; 4.4.; 5.3.2
Consolidatieplicht 1.1; 2.1.2; 2.2.3; 4.1.2; 4.3.2; 6.1.1; 9.3.2
Consolidatievrijstelling 4.1.2; 4.3.2

TREFWOORDENREGISTER

Control 2.3.1; 2.3.2; 4.1.2; 4.4

Coöperatie 1.2; 2.3; 2.3.1; 3.3.1; 3.3.7; 6.6.3; 7.1.2; 8.3.1

Cv 2.1.1

Dekkingsbereik 1.4; 5.1.2; 5.2.2; 5.2.3; 5.3; 5.3.6; 5.4; 7.2.2; 8.1.1; 9.2.4

Dochteronderneming 1.1.; 1.2; 2.1.2; 2.2.1; 2.2.2; 2.2.3; 2.3.1; 2.3.2; 3.1; 3.1.1; 3.2.3; 4.3.2

Economische eenheid 2.3.1; 4.1;

Eesv 5.3.1; 8.3.1; 9.1.1

EU IFRS 1.1; 1.2; 2.3.2; 3.3.1; 4.2.3; 4.3; 4.3.1; 4.3.2; 4.3.6

Garantstelling/garantverklaring 1.1; 1.2; 1.4; 5.1.2; 5.1.4; 5.2; 5.2.2; 5.2.3; 5.3.6; 5.4; 7.4.1

Goedkeuring 1.3; 3.2.3; 3.3.9; 5.3.3; 5.3.4; 5.4

Groepsband 1.2; 1.4; 2.3.2; 5.3.2; 5.3.6; 7.2; 7.3; 7.3.2; 7.4; 7.4.2; 7.4.3; 7.5; 8.1; 8.1.1; 8.1.2; 8.2.3; 8.2.6; 8.3.2; 8.4

Groepsrechtspersoon 1.2

Handelsregister 2.1.1; 2.3.1; 5.1.1; 5.3.1; 5.3.3; 5.4; 6.1.3; 6.3; 7.1.2; 7.2.2; 7.5; 9.2.1; 9.2.4; 9.3.1

Hoofdelijke aansprakelijkheid/verbondenheid 9.1.1; 9.1.2; 9.2.4

Instemmingsverklaring 3.3.1; 3.3.6; 3.3.8; 3.4; 5.3.3; 6.3; 7.1.2; 7.1.3; 7.2.2

Intrekking 403-verklaring 5.3; 5.3.2; 5.3.5; 5.3.6; 6.3.1; 7.2.2; 7.3.2; 7.4; 7.4.2; 7.5; 8.1; 8.2 9.2.3; 9.3.1

Intrekkingsverklaring 7.2.2; 7.3.2

Jaarrekeningprocedure 7.1.3; 7.2.3; 7.3.3

Jaarrekeningregime 1.2; 1.4; 4.1.3; 6.3.1; 7.2; 7.2.1; 7.2.2; 7.3.2; 7.3.3; 8.1.2

Joint venture 2.3.2; 2.4; 7.1.3

Kapitaalvennootschap 1.1; 2.1.1; 2.2.3; 3.1.1; 3.3.1; 4.3.1; 8.3.1

Kwijtschelden 5.3.2; 9.5; 9.5.5; 9.8

Lidmaatschap 8.1.1

Minimuminrichtingvoorwaarde 1.2; 3.3.5

Moederonderneming 1.1; 2.1; 2.1.1; 2.1.2; 2.2.3; 2.3.1; 2.4; 4.1; 4.1.1; 4.1.2; 4.1.3; 4.2.3; 4.3.1; 4.3.2

Nakomingsverplichting 8.2.1; 8.2.3; 8.2.4; 8.2.5; 8.2.6; 9.1 (geheel); 9.2 (geheel); 9.3.2; 9.3.3; 9.5; 9.5.1; 9.5.3; 9.6; 9.7; 9.8

TREFWOORDENREGISTER

Onbeperkt aansprakelijk vennoot 2.1.1; 2.3; 5.3.3
Onbevoegd gebruik groepsregime 2.3.2; 6.3.1
Onrechtmatige daad 5.3.1; 9.3.3
Onteigening 9.3.2; 9.5; 9.5.5; 9.5.9
Ontstaansmoment 403-aansprakelijkheid 9.2.1
Organisatie van openbaar belang 1.2; 2.1.2; 2.3.1; 4.1.2; 5.3.3; 5.4; 7.1
Overblijvende aansprakelijkheid (zie restaansprakelijkheid)
Owm 1.2; 2.3; 2.3.1; 3.3.7; 7.1.2

Pandhouder 3.3.1; 9.3.1; 9.4.1; 9.5.2
Pandrecht 9.3.3; 9.5.2
Pluraliteit van schuldenaren 9.1; 9.1.2

Raad van commissarissen 1.3; 2.3.2; 3.3.9; 5.3.3; 5.4
Ratio groepsregime 1.3; 9.4.1
Rechtmatig gebruik groepsregime 7.1; 7.1.3
Redelijkheid en billijkheid 7.3.2; 7.4.2
Regresaanspraak 5.3.3; 7.2.2; 7.4; 9.1; 9.2.3; 9.5.5; 9.6; 9.7; 9.8
Restaansprakelijkheid 1.2; 1.6; 5.3.6; 7.3.2; 8 (geheel); 9.3.1; 9.6; 9.7; 9.8
Restaansprakelijkheid: beëindiging 5.3.6; 7.2.2; 7.4; 7.4.2; 7.4.3; 7.5; 8 (geheel); 9.6; 9.8

Schade(vergoeding) 5.3.1; 9.2.2; 9.2.3; 9.5; 9.5.1; 9.7
Stichting 1.2; 2.3; 3.3; 3.3.4; 3.3.7; 3.3.9; 3.4; 7.1.2; 8.3.1; 8.3.2
Structuurvennootschap 2.3.1; 2.3.2; 5.3.3
Subsidiariteit 5.1.1; 5.3.1; 5.3.2; 5.4; 9.2.4; 9.3.2; 9.3.3; 9.4; 9.4.1; 9.5.1; 9.7; 9.8

Toereikende aansprakelijkstellingsverklaring 5.3.1; 5.3.2

Uniteit van schuldenaren 9.1.2

Vereniging 1.2; 2.3; 2.3.1; 3.3.1; 3.3.7; 5.3.1; 7.1.2; 8.3.1; 8.3.2
Vergadergerechtigden 1.4; 3.1; 3.3.1
Vergeten intrekking 5.3.2; 5.3.5; 7.2; 7.2.2; 7.3.2; 9.2.3
Verificatie 9.2.1
Verjaring 5.3.2; 5.3.6; 7.3.2; 7.4; 7.4.2; 7.4.3; 9.1.1; 9.3.2; 9.5; 9.5.6; 9.6; 9.8
Verrekening 9.5; 9.5.4; 9.5.8; 9.7
Verzet: beëindiging restaansprakelijkheid 7.4.2; 7.4.3
Verzet: fusie 8.1; 8.1.2
Verzet: omzetting 8.3.1
Verzet: splitsing 8.2.1; 8.2.3; 8.2.4; 8.2.5; 8.2.6

TREFWOORDENREGISTER

Voorwaardelijke verplichting 9.7

Vorderingsrecht (403-aanspraak) 5.3.1; 5.3.2; 5.3.3; 7.3.2; 8.1.1; 8.1.2; 9.2.1;
9.2.3; 9.4 (geheel); 9.5 (geheel); 9.6; 9.7; 9.8

Vruchtgebruiker 3.3.1

Waarborgfunctie 1.3; 1.4; 5.1.2; 5.1.4; 5.3 (geheel); 9.2; 9.2.4; 9.3.3; 9.4.1;
9.5; 9.5.6; 9.8

Waarborgverplichtingen 7.2.2; 7.4.1; 7.4.2; 7.5; 8.1.1; 8.1.2; 8.2 (geheel);
8.3.1; 9.2

Wettelijke rente 5.3.1

Zelfstandige verbintenissen (hoofdelijkheid) 9.1; 9.1.2; 9.2.4; 9.3; 9.3.2;
9.3.3; 9.4.1; 9.5 (geheel); 9.8

Wetsartikelenregister

De nummers verwijzen naar paragrafen (verwijzing naar art. 2:403 BW is achterwege gelaten).

Boek 2 BW

8	3.3.2
18	8.3
24a	2.3.2
24b	1.2; 2.3.1; 2.4; 4.3.2; 4.4.; 8.1.1
30	5.3.1.2
49	3.3.7
50a	7.1.2
53a	7.1.2
63j	5.3.3
71	8.3; 8.3.1
72	8.3
76-oud	2.3.1
82	3.3.1
92a	3.3.1
93	5.3.1.3
101	1.4
107a	5.3.3; 5.3.4
131	7.1.2
138	7.1.2
149	7.1.2
152	2.3.2
155	2.3.2
160	8.3.1
164	5.3.3
181	8.3
182	8.3; 8.3.1
183	8.3
187-oud	2.3.1
201a	3.3.1
203	5.3.1.3
210	1.4
227	3.3.1
241	7.1.2
248	7.1.2
259	7.1.2

WETSARTIKELREGISTER

274	5.3.3
285	3.3.4
291	3.3.9
300	3.3.4; 3.3.7; 3.3.9
300a	7.1.1
316	8.1.1.1 – 8.1.1.4; 8.1.2; 8.1.2.3; 8.1.2.4
321	8.1.1.1; 8.1.12; 8.1.2.1; 8.1.2.2
343-oud	5.3.1.2
360	1.2; 2.3; 2.3.2; 2.4; 3.3.1; 3.3.7; 4.3.1; 4.3.2; 4.4; 5.3.3; 5.4; 5.4 7.1; 8.1.1.3; 8.3.2
361	1.3
362	1.2; 4.3.6
376	5.3.5; 5.3.6; 7.3.2
389	2.3
391	1.2; 2.3.1
392	1.2; 2.3.1
393	1.2; 2.3.1
394	1.2; 2.3.1; 3.3.7; 6.3; 6.3.1; 6.3.3; 6.4; 7.1.2; 7.2.3
395a	1.3; 7.2.2; 7.2.3
396	1.3; 4.3.2; 7.2.2; 7.3.2
397	1.3; 4.3.2; 7.2.2; 7.3.2
398	1.2; 2.3.1; 5.3.3; 5.4; 7.2.2; 7.3.2
401	2.3.1
404	1.2; 2.3.1; 7.2.2; 7.3.2; 7.4.2; 7.4.3; 8.1.1.3; 8.1.2.3; 8.1.2.4; 9.3.1
405	4.3.2
406	2.3.2; 4.3.2; 4.4
407	4.3.2; 4.4
408	4.3.2
410	5.3.5
414	1.2; 4.3.6; 5.3.5; 7.2.2
Boek 3 BW	
7	9.3.3; 9.4.1
15i	2.3
82	9.3.3; 9.4.1
277	9.5.8
285	9.5.7
316	

WETSARTIKELREGISTER

288	9.5.7
376	9.5.7
Boek 6 BW	
2	3.3.2
6	9.1.1; 9.1.2; 9.2.4
7	9.1; 9.3.2; 9.5.4; 9.5.5
9	9.5.5
10	9.7
11	9.7
83	9.2.3
102	9.1.2
119	5.3.1.3
160	9.5.5
216	3.3.2
248	3.3.2
Boek 7 BW	
693	5.3.1.2
854	9.5.1
855	9.5.1
Hrgw 2007	
2	6.3.6
3	6.3.6
4	5.3.1.1
19	5.3.1.1; 6.3.6
19a	6.3.3; 6.3.6
20	5.3.1.1
24	6.3.1.2; 6.3.3; 7.2.2
25	6.3.1.2; 6.3.3; 7.2.2
35	6.3.1.2
40	6.3.6
50	6.3.7
Hrg Besluit 2008	
4	6.3.1.2; 6.3.6
5	6.3.1.2; 6.3.6
52	7.2.2
Financiële regeling hrg	
3a	6.3.3; 7.2.2

WETSARTIKELREGISTER

Fw

131	9.2.1
136	9.2.1

RO

81	9.3.2
----	-------

Regeling verslaggeving WTZi

2	7.1.1
---	-------

WJO oud

13	3.3.6
38a	1.3; 3.3.6; 5.3.1.2; 6.3.1.2

WvK

18	5.3.1.3; 9.1.1.
----	-----------------

Wfbv

4	7.1.2
5	7.1.2

Uitvoeringswet Eesv

8.1	8.3.1
-----	-------

Wft

4:51	2.3.1
5:25p	1.2; 4.3.5
5:25g	6.3.1

Bfgo Wft

115y	2.3
------	-----

WED

1,4°	6.3.3; 7.1.2
------	--------------

WOR

25	5.3.4; 5.4
31a	1.4.; 3.3.5

BW BES

120	4.3.1
123	4.3.1

WETSARTIKELREGISTER

Loi du 10 août 1915

11bis 2.2.2; 6.2.1

Loi du 4 mai 1984

252 6.2.1

Loi du 19 décembre 2012

70 2.2.1

72 2.2.1

CA 2014

175 3.2.2

274 4.2.2

275 2.2.2

290 4.2.2

299 2.2.2; 4.2.2

327 2.2.2

347 3.2.2

357 2.2.2; 3.2.2; 4.2.2; 5.2.2

1274 2.2.2

HGB

264 2.2.3; 3.2.3; 4.2.3; 5.2.3

264a 2.2.3

264b 2.2.3

286 2.2.3

314 2.2.3

325 2.2.3; 6.2.3

326 2.2.3; 6.2.3

AktG

302 5.2.3

PblG

11 2.2.3

13 2.2.3

Richtlijn 2013/34/EU

1 2.1.1

2 2.1.2

3 7.2; 7.3.1

16 5.1.3

22 4.1.2

23 4.1.2; 4.3.2

WETSARTIKELREGISTER

24	4.1.2
28	5.1.3
30	2.1.1
33	7.1.1
34	2.1.2; 4.2.2
36	4.1.2
37	1.1; 2.1.2; 3.1; 3.3.1; 4.1; 4.1.5; 5.1; 5.1.1; 5.2.3; 6.1; 6.1.5
38	2.1.1; 2.2.3; 2.3; 2.4
40	2.1.2; 2.3.1
Verordening (EG) 1606/2002	
5	1.1
6	2.2.1; 4.2.1
Richtlijn 1991/74/EEG	
2	2.1.2
Richtlijn 2013/36/EU	
2	2.1.2
3	2.1.2
Richtlijn 2014/65/EU	
4	2.1.2
Richtlijn 2017/11/32/EU	
14	3.1; 4.1.5; 5.1.1; 6.14
16	3.1; 4.1.5; 5.1.1; 6.1.3; 6.1.4; 6.3.6
21	3.1; 4.1.5; 5.1.1; 6.1.4
Vierde richtlijn EEG (vervallen)	
57	1.1
57bis	2.1.1
Zevende richtlijn EEG (vervallen)	
37	1.1
54	2.2.1; 4.2.1

Curriculum Vitae

Eva Caroline Anna Nass (1980) behaalde in 1999 haar vwo (atheneum) diploma aan het Candea College te Zevenaar. Zij is in 1999 met haar studie bedrijfswetenschappen aan de Radboud Universiteit Nijmegen begonnen; tijdens haar studie heeft zij een semester economische vakken aan een Amerikaanse universiteit gevolgd. Zij heeft haar studie in Nijmegen in 2002 afgerond met het doctoraal Bedrijfseconomie. Tijdens haar studie in Nijmegen was ze werkzaam als student-assistent op de faculteit Managementwetenschappen en rondde ze het Honours Programma af.

Haar studie accountancy deed zij aan Tilburg University (waar ze ook als student-assistent werkzaam was), met de vereiste doctoraal vakken begon zij in 2003. De postdoctorale studie accountancy voltooide zij in 2006.

Voorts heeft zij in 2006 haar master financieel recht cum laude behaald aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam en in 2008 haar bachelor Nederlands recht aan de Radboud Universiteit.

Zij trad in 2006 als juridisch medewerker in dienst bij Stibbe in Amsterdam. Sedert 2009 is zij advocaat bij Dirkzwager advocaten en notarissen in Arnhem. Zij heeft diverse artikelen geschreven over accountantsaansprakelijkheid en jaarrekeningenrecht.

UITGAVEN VANWEGE HET INSTITUUT VOOR ONDERNEMINGSRECHT,
RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN EN ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

1. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. W.J. Slagter, mr. R.A.A. Duk, prof. mr. C.W.A. Timmermans, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, Geschillen in de onderneming, 1984.
2. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. P.J. Dortmond, mr. P.C. van den Hoek, mr. H.L.J. Roelvink, prof. mr. H.J.M.N. Honée. De nieuwe misbruikwetgeving, 1986.
3. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, Misbruik van rechtspersonen, 1986.
4. Mr. L. Timmerman, Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers, 1988.
5. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. M.W. den Boogert, prof. mr. M.R. Mok, prof. mr. E. Aardema, Aandelen, 1988.
6. Mr. S.M. Bartman, Concernbeleid en aansprakelijkheid, 1989.
7. Mr. J.B. Huizink, Bestuurders van rechtspersonen, 1989.
8. Mr. A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen, 1989.
9. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. C.A. Boukema, mr. H.J.M.N. Honée, mr. H.L.J. Roelvink, mr. A.L. Mohr, prof. mr. P. van Schilfgaarde, Piercing Van Schilfgaarde, 1990.
10. Mr. B.H.A. van Leeuwen, Beginzelen van behoorlijk ondernemingsbestuur, 1990.
11. Prof. mr. W.J. Slagter, mr. Karin C. Th. Schouwenberg, mr. A.G. van Solinge, mr. A.L. Mohr, prof. dr. L.G.M. Stevens, mr. A.J.S.M. Tervoort, mr. M.E. Koppenol-Laforce, Aspecten van het EESV, 1990.
12. Mr. J.N. Schutte-Veenstra, Harmonisatie van het kapitaalbeschermingsrecht in de EEG, 1991.
13. Mr. B.T.M. Steins Bisschop, De beperkte houdbaarheid van beschermingsmaatregelen bij beursvennootschappen, 1991.
14. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. H.J.M.N. Honée, mr. S.E. Eisma, prof. dr. H.P. Westermann, mr. M.W. den Boogert, mr. P.C. van den Hoek, prof. mr. P.F. van der Heijden, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, Ondernemingsrechtelijke contracten, 1991.
15. Mr. J.W. Winter, Concernfinanciering, 1992.
16. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. S.E. Eisma, prof. G.K. Morse, mr. L.H. Slijkhuis, prof. mr. A.L. Mohr en mr. T. Drion, De dubbelrol in het vennootschapsrecht, 1993.
17. Dr. R.H. van het Kaar, Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting, 1993.
18. Mr. J.W. Winter, mr. drs. H. Langman, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, mr. H.J.M.N. Honée, Beschouwingen over concernfinanciering, 1993.
19. Mr. J.M. Blanco Fernández, De raad van commissarissen bij nv en bv, 1993.
20. Mr. G.M. ter Huurne, Nieuwe regels voor de levering van aandelen op naam, 1994.
21. Mr. H.M. Vletter-van Dort, Meldingsplicht voor beursvennootschappen, 1994.
22. Mr. R.C. van Dongen, Identificatie in het rechtspersonenrecht, 1995.
23. Mr. M.Y. Nethe, De ontbinding van lege besloten en naamloze vennootschappen, 1995.
24. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P.C. van den Hoek, mr. D.C. Buijs, prof. mr. drs. H.P.J. Ophof, prof. mr. drs. H. Beckman en mr. J.W. Winter, Knelpunten in de vennootschapswetgeving, 1995.

25. Prof. mr. H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen, 1995.
26. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. W.D.H. Asser, mr. J.B. Huizink, mr. O.L.O. deWitt Wijnen, mr. M.W. den Boogert, prof. mr. drs. H. Beckman, Rechtspleging in het ondernemingsrecht, 1997.
27. Mr. W.J. Oostwouder, Management Buy-out, 1996.
28. Mr. H.E. Boschma, De eenpersoons-bv, 1997.
29. Mr. J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders, 1998.
30. Prof. mr. P.C. van den Hoek, prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. M.W. den Boogert, prof. dr. E. Wymeersch, mr. J.W. Winter, prof. mr. L. Timmerman, mr. J.B. Huizink, Corporate Governance voor juristen, 1998.
31. Mr. S.H.M.A. Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen, 1999.
32. Mr. M.L. Lennarts, Concernaansprakelijkheid, 1999.
33. Mr. M. Koelemeijer, Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen, 1999.
34. Mr. E.E.G. Gepken-Jager, Vertegenwoordiging bij NV en BV, 2000.
35. Peter van Schilfgaarde Select, 2000.
36. Prof. mr. J.W. Winter, mr. J.W.G. Vink, mr. A.W.H. Docters van Leeuwen, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. M.W. den Boogert, prof. mr. S.E. Eisma, prof. mr. S. Perrick, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. L. Timmerman, De beursvennootschap, 2001.
37. Mr. H.M. Vletter-van Dort, Gelijke behandeling van beleggers bij informatieverstrekking, 2001.
38. Mr. Th. Groenewald, Doeloverschrijding bij NV en BV, 2001.
39. Mr. G.N.H. Kemperink, Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten, 2002.
40. Mr. L.J. Hijmans van den Bergh, prof. mr. Gerard van Solinge, mr. T. de Waard, prof. mr. J.W. Winter, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. H.J. de Kluiver, prof. mr. P.J. Dortmond, mr. J.N. Schutte-Veenstra, mr. E.D.G. Kiersch, prof. Jonathan Rickford, Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief, 2003.
41. Marius Josephus Jitta, Vino Timmerman, Guus Kemperink, Richard Norbruis, Anthony Driessen, Peter van der Zanden en HuubWillems, The Companies and Business Court from a comparative law perspective, 2003.
42. Mr. B. Bier, Uitkeringen aan aandeelhouders, 2003.
43. Mr. M. Meinema, Dwingend recht voor de besloten vennootschap, 2003.
44. LT, Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vino Timmerman, 2003.
45. Mr. M.J. Kroeze, Afgeleide schade en afgeleide actie, 2004.
46. Mr. P.G.F.A. Geerts, Enkele formele aspecten van het enquêterecht, 2004.
47. Mr. M.L. Lennarts en mr. J.N. Schutte-Veenstra, Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht, 2004.
48. Mr. K.I.J. Visser, Zeggenschapsrechten van houders van een recht van pand of vruchtgebruik op aandelen op naam, 2004.
49. Mr. J.G. Groeneveld-Louwerse, Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid, 2004.
50. Mr. Hanny Schutte-Veenstra, mr. Hylda Boschma, prof. mr. Marie-Louise Lennarts, Alternative systems for capital protection 2005.
51. Prof. mr. Peter van Schilfgaarde, mr. Hanny Schutte-Veenstra, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. L. Timmerman, mr. Brian Mezas, prof. mr. Jan Berend Wezeman, mr. Ellen Kiersch, prof. mr. Jaap Winter, prof. mr. Harm-Jan de Kluiver, Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, 2005.
52. Mr. S. Parijs, Fairness opinions and liability, 2005.
53. Mr. J.B.W.M. Kemperink, Vraagstukken rond (terug)storting op nv/bv-aandelen en van coöperatierecht, 2006.

54. Mr. A. Haan-Kamminga, Supervision on takeover bids, 2006.
55. Mr. dr. H.H. Voogsgeerd, Corporate Governance Codes, Markt- of rechtsarrangement?, 2006.
56. Xiaoning Li, A comparative study of shareholders' derivative actions, 2007.
57. Prof. mr. Hans Beckman, mr. Herman L. Kaemingk, mr. drs. Charles Honée, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. A.F. Verdam, prof. mr. Maarten Kroeze, prof. mr. Jan Berend Wezeman, mr. Barbara Bier, prof. mr. Jaap Winter, prof. mr. M.W. den Boogert, De nieuwe macht van de kapitaalverschaffer, 2007.
58. Mr. M.A. Verbrugh, Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers, 2007.
59. Mr. drs. B.F. Assink, Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag, 2007.
60. Mr. A.G.H. Klaassen, Bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders, 2007.
61. Mr. M.L.H. Reumers, Samengevoegde afwikkeling van faillissementen, 2007.
62. Ondernemingsrecht door en voor Mick den Boogert, 2008.
63. Mr. S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van leidinggevend. Naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven, 2009.
64. Mr. A. van der Krans LLM, De virtuele aandeelhoudersvergadering, 2009.
65. Prof. dr. K. Cools RA, mr. P.G.F.A. Geerts, prof. mr. M.J. Kroeze, mr. drs. A.C.W. Pijls, Het recht van enquête, een empirisch onderzoek, 2009.
66. Prof. dr. Thomas Blanke, dr. Edgar Rose, dr. Herman Voogsgeerd, prof. dr. Wijnand Zondag, Recasting Worker Involvement?, 2009.
67. Prof. mr. M.J. Kroeze, dr. E.M.H. Hirsch Ballin, dr. A.H.G. Rinnooy Kan, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. M. van Olffen, mr. M. Holtzer, prof. dr. M. Wyckaert, prof. dr. K. Geens, prof. mr. J.B. Wezeman, prof. mr. M.L. Lennarts, mr. P.D. Olden, prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, Bestuur en toezicht, 2009.
68. Mr. H. Koster, De Nederlandse juridische splitsing in Europees en rechtsvergelijkend perspectief, 2009.
69. Mr. F. Veenstra, Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht, 2010.
70. Mr. B. Snijder-Kuipers, Omzetting als rechtsvormwijziging, 2010.
71. Europees ondernemingsrecht: 50 jaar na Sanders' Europese NV, 2010.
72. Mr. P.P. de Vries, Exit rights of minority shareholders in a private limited company, 2010.
73. Mr. D.A.M.H.W. Strik, Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, 2010.
74. Mr. J.B.S. Hijink, Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen, 2010.
75. Mr. J.B.S. Hijink en mr. M.A. Verbrugh e.a., Grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio, 2010.
76. Prof. mr. B.F. Assink e.a., Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, 2011.
77. Mr. T.E. Lambooy, Corporate Social Responsibility, 2010.
78. Mr. H.M. Punt, Het vennootschapsrecht van Holland, 2010.
79. Mr. M.J. van Ginneken, Vijandige overnames, 2010.
80. Prof. mr. M.J. Kroeze, prof. mr. J.B. Wezeman, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. B.F. Assink, prof. mr. J.W. Winter, prof. mr. L.G. Verburg, prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, mr. drs. H.H. Kersten, prof. mr. W.J.M. van Veen, mr. P. Glazener, prof. mr. H. Beckman, SamenWerken in het ondernemingsrecht, 2011.
81. Mr. drs. I.S. Wuisman, Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk?, 2011.
82. Qiuju Wang, Exit remedies for minority shareholders in close companies, 2011.
83. Mr. M. Mussche, Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling, 2011.
84. Prof. mr. L. Timmerman, Harry Honée-bundel, 2011.

85. Mr. W.J.L. Calkoen, The One-Tier Board in the changing and converging world of corporate governance, 2012.
86. Mr. J.G.C.M. Galle, Consensus on the comply or explain principle within the EU corporate governance framework: legal and empirical research, 2012.
87. Mr. drs. T.M.C. Arons, Cross-border enforcement of listed companies' duties to inform, 2012.
88. Mr. M.C. Schouten, The Decoupling of Voting and Economic Ownership, 2012.
89. Mr. A.J.M. Klein Wassink, Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht, 2012.
90. Mr. drs. N.J.M. van Zijl, The Importance of Board Independence – A Multidisciplinary Approach, 2012.
91. Mr. A.J.P. Schild, De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht, 2012.
92. Mr. G.N.H. Kemperink, Vennootschappelijk toezicht op de doelvennootschap bij openbare biedingen, 2013.
93. Mr. A.J.S.M. Tervoort, Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap, 2013.
94. Mr. J.M. de Jongh, Tussen *societas* en *universitas*, De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief, 2014.
95. Mr. M. Holtzer, De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap, 2014.
96. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. H.E. Boschma, prof. mr. J.B.S. Hijink, prof. mr. J.W. Winter, prof. mr. J.H.M. Willems, prof. dr. J.A. van Manen RA, mr. A.R.J. Croiset van Uchelen, mr. C.W.M. Lieveverse, prof. mr. L. Timmerman, Ondernemingsrecht in tijden van crisis, 2014.
97. Mr. P.P.D. Mathey-Bal, De positie van de vennootschap onder firma. In civielrechtelijk, vennootschapsrechtelijk, publiekrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief, 2016.
98. Prof. mr. L. Timmerman, mr. dr. J.N. Schutte-Veenstra, mr. dr. J.M. de Jongh, mr. dr. C.H.C. Overes, mr. dr. A.J.S.M. Tervoort, prof. mr. J.B. Wezeman, prof. mr. B.F. Assink, prof. mr. J.B.S. Hijink, prof. mr. J.H.M. Willems, Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht, 2016.
99. De toekomst van het ondernemingsrecht – het ondernemingsrecht van de toekomst, Opstellen voor Prof. mr. L. (Vino) Timmerman, ter gelegenheid van zijn 65^{ste} verjaardag en 25+ jaar hoogleraarschap, 2015.
100. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht, 2016.
- 100a. Bacchus Rietveld, Glimlachjes en andere weemoedigheden, 2019.
101. Mr. drs. N.T. Pham, Directors' liability. A legal and empirical study, 2017.
102. Mr. Chr.M. Stokkermans, Sleutels voor personenvennootschapsrecht, 2017.
103. Mr. F.G.K. Overkleeft, De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen, 2017.
104. Prof. mr. B.F. Assink, mr. M.J. van Ginneken, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. H.M. Vletter-van Dort (Red.), De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders', 2017.
105. Mr. F. Eikelboom, De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure, 2017.
106. Mr. C.E.J.M. Hanegraaf, Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?, 2017.
107. Mr. dr. A.J.S.M. Tervoort, prof. mr. Bastiaan F. Assink, mr. dr. P.P. de Vries, prof. mr. M.L. Lennarts, mr. P. Schütte, prof. mr. C.A. Schwarz, mr. M.H.C. Sinninghe Damsté, prof. mr. W.J.M. van Veen, mr. dr. B. Snijder-Kuipers, Familievennootschappen, 2017.
108. Mr. W.A. Westenbroek, Bestuurdersaansprakelijkheid en ernstig verwijt in theorie, 2017.
109. Mr. drs. R.E. van Lambalgen, State aid to banks, 2018.
110. Prof. mr. H.E. Boschma, prof. mr. M.L. Lennarts, prof. mr. J.N. Schutte-Veenstra, dr. K. van Veen, Evaluatie Wet bestuur en toezicht, 2018.

111. Mr. A. Argyrou, Social enterprises in the EU: Law in promoting stakeholder participation in social enterprises, 2018.
112. Mr. M.J. van Uchelen-Schipper, De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting, 2018.
113. Mr. E.C.H.J. Lokin, De bezoldiging van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen, 2018.
114. Mr. E.V.A. Eijkelenboom, Vertrouwen voorop. Een onderzoek naar kwaliteitsbevorderende wetgeving voor Nederlandse accountantsorganisaties, 2019.
115. Mr. B. Kemp, mr. dr. H. Koster & prof. mr. C.A. Schwarz (red.), De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang, 2019.
116. Mr. drs. E.C.A. Nass, Groepsregime, jaarrekening en 403-aansprakelijkheid, 2019.