

Inhoudsopgave

1	Voorwoord / 7
2	Inleiding / 9
3	Achtergronden en kernbegrippen / 11
3.1	Uitruil- of compensatiegedachte / 11
3.2	Verklaring vestigt aansprakelijkheid / 12
3.3	Hoofdelijkheid / 13
4	De vrijstelling / 15
4.1	Balans / 15
4.2	Winst-en-verliesrekening / 15
4.3	Bestuursverslag / 16
4.4	Verslag over betalingen aan overheden / 16
4.5	Accountantsonderzoek / 16
4.6	Openbaarmaking / 16
4.7	Opmaken en vaststellen jaarrekening / 16
4.8	Administratieplicht / 17
5	Voorwaarden voor de groepsvrijstelling / 19
5.1	Groepsbegrip / 20
5.2	Geconsolideerde jaarrekening / 20
5.3	Aansprakelijkstelling / 22
5.3.1	Materiële reikwijdte / 22
5.3.2	Temporele reikwijdte / 24
5.3.3	Voorbeeld / 25
5.4	Overige aandachtspunten / 26
5.5	Instemming / 26
5.5.1	Voorbeeld / 27
5.6	Deponeren bij het handelsregister / 28
6	Risico's van onterechte toepassing groepsvrijstelling / 29
6.1	Strafrechtelijke aansprakelijkheid / 29
6.1.1	Ten onrechte niet openbaar maken van de jaarrekening / 29
6.1.2	Administratieplicht / 29
6.2	Aansprakelijkheid in faillissement / 30
6.3	Algemene bestuurdersaansprakelijkheid / 30

7	Intrekking / 31
7.1	Intrekken: praktisch / 31
7.2	Gevolgen van intrekking / 32
7.2.1	Gevolgen voor de groepsvrijstelling / 32
7.2.2	Gevolgen voor de aansprakelijkheid / 32
8	Beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid / 35
8.1	Verbreking groepsband / 35
8.2	Nederlegging voornemen van beëindiging overblijvende aansprakelijkheid / 36
8.3	Aankondiging in landelijk verspreid dagblad / 36
8.3.1	Welk landelijk verspreid dagblad? / 38
8.4	Verzet / 38
8.5	Volgorde waarin aan de vereisten moet worden voldaan / 40
8.6	Overnamesituaties / 41
9	Aandachtspunten bij vorderingen op 403-dochter / 45
9.1	Afgaan op tekst van de 403-verklaring / 45
9.2	Handelsregister periodiek controleren / 46
9.3	Aanmanen en stuiten / 48
9.4	Schikken / 48
9.5	Verzet / 49
10	403-verklaring als groepsgarantie / 51
10.1	Voor- en nadelen / 51
10.1.1	Hoofdelijkheid / 51
10.1.2	Intrekking en beëindiging / 52
10.1.3	Reikwijdte is generiek / 52
10.1.4	Inhoud is generiek / 52
10.2	Wat af te spreken en met wie? / 53

Hoofdstuk 1

Voorwoord

Deze uitgave bevat een praktische handleiding voor iedereen die te maken heeft met de groepsvrijstelling en de daarmee verband houdende ‘403-verklaringen’.

Hoewel volop geschreven wordt over de groepsvrijstelling, ontbrak een overzichtelijke en handzame uitgave waarin vanuit een praktisch oogpunt de meest voorkomende vragen omtrent de groepsvrijstelling worden beantwoord. Door het verzorgen van cursussen en presentaties over de groepsvrijstelling merkte ik dat daaraan wel behoefte leek te zijn. Dat door mij veronderstelde gat hoop ik met deze uitgave te vullen.

Het schrijven van deze uitgave vergde een andere aanpak en schrijfwijze dan ik gewend was voor de artikelen in juridische tijdschriften, die doorgaans meer zijn bedoeld voor het juridische debat dan voor de praktijkbeoefenaar. Voor de praktijkbeoefenaar met enige juridische basiskennis beoogt deze uitgave een nuttige aanvulling op de boekenkast te zijn.

Suggesties, commentaren en opmerkingen over deze uitgave of anderszins verwelkom ik graag via het e-mailadres info@403-verklaring.nl.

Maurits van Zoest
Soest, 31 maart 2019

Hoofdstuk 2

Inleiding

Concerns die een geconsolideerde jaarrekening publiceren, hebben dikwijls de behoefte om niet tevens van elk groepsonderdeel afzonderlijke jaarrekeningen te hoeven publiceren en daarop aparte accountantscontroles te moeten laten uitvoeren. Niet zelden is gebruikmaking van de groepsvrijstelling (mede) gelegen in de wens om concurrentiegevoelige informatie niet openbaar te hoeven maken. Het gaat dan bijvoorbeeld om financiële gegevens van groepsonderdelen die betrokken zijn bij in- of verkoop van bepaalde producten. Publicatie van hun financiële gegevens zou concurrenten of contractspartijen bijvoorbeeld inzicht kunnen geven in (gemiddelde) in- en/of verkoopprijzen.

De groepsvrijstelling van artikel 2:403 BW voorziet in die behoefte, maar stelt daaraan wel enkele strikte voorwaarden. Deze uitgave bespreekt de inhoud van de vrijstelling (hoofdstuk 4), alsmede de voorwaarden voor de toepassing ervan (hoofdstuk 5). Ook komen diverse andere aandachtspunten aan bod die van belang zijn bij gebruikmaking van de groepsvrijstelling. Uiteraard gaat deze uitgave tevens in op de intrekking van 403-verklaringen (hoofdstuk 7) en de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid (hoofdstuk 8). Verder staat deze uitgave stil bij het in de praktijk regelmatig voorkomende gebruik van 403-verklaringen als alternatief voor reguliere concerngaranties (hoofdstuk 10).

Ook partijen die zelf geen gebruikmaken van de groepsvrijstelling, maar wel te maken hebben met contractspartijen die daarvan gebruikmaken, kunnen in deze uitgave praktische informatie vinden, bijvoorbeeld in het hoofdstuk 'Aandachtspunten bij vorderingen op 403-dochter' (hoofdstuk 9).

Voor een goed begrip van de inhoud van deze uitgave is enige juridische basiskennis vereist, aangevuld met enig begrip van enkele achtergronden van de groepsvrijstelling en een aantal kernbegrippen die relevant zijn in dit kader. Daartoe dient hoofdstuk 3 van deze uitgave.

Hoofdstuk 3

Achtergronden en kernbegrippen

De regels omtrent de jaarrekening en het bestuursverslag van de meeste Nederlandse (commerciële) rechtspersonen zijn opgenomen in titel 2.9 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Titel 2.9 is van toepassing op de meeste Nederlandse rechtspersonen waarmee ondernemingen worden gedreven, waaronder de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BV), de naamloze vennootschap (NV) en de coöperatie.¹

Titel 2.9 bevat onder meer regels voor de inhoud van de balans en winst-en-verliesrekening, alsmede voor de verplichte accountantscontrole en openbaarmaking van de jaarrekening.

Op grond van artikel 2:403 BW kunnen Nederlandse rechtspersonen onder bepaalde voorwaarden (zie hierna hoofdstuk 4) zijn vrijgesteld van een deel van die regels. Vrijgestelde rechtspersonen mogen volstaan met een veel beperktere balans en winst-en-verliesrekening dan anders het geval zou zijn, zijn vrijgesteld van accountantscontrole en hoeven geen eigen jaarrekening openbaar te maken. Deze vrijstelling wordt in deze uitgave aangeduid als de groepsvrijstelling.²

Voor concerns die bestaan uit een groot aantal rechtspersonen, kan dat een uitkomst zijn. Zeker voor grotere concerns kan dat een kostenbesparing opleveren. Een andere reden om gebruik te maken van de vrijstelling kan zijn om concurrenten het zicht te ontnemen op bepaalde financiële gegevens, bijvoorbeeld de lasten uit de gewone bedrijfsuitoefening van een rechtspersoon die voor een groep bepaalde grondstoffen centraal inkoop.³ Daarmee kan bijvoorbeeld worden voorkomen dat concurrenten inzicht krijgen in de inkooprijzen en marges van de onderneming, hetgeen onwenselijk kan zijn.

3.1 Uitrust- of compensatiegedachte

Dat titel 2.9 BW regels bevat voor de jaarrekening en het bestuursverslag is niet voor niets. De mogelijkheid om met bijvoorbeeld een BV aan het rechtsverkeer

1. Dit volgt uit artikel 2:360 BW. Titel 2.9 BW is van toepassing op (i) de coöperatie, (ii) de onderlinge waarborgmaatschappij, (iii) de NV en (iv) de BV. Ook is titel 2.9 BW van toepassing op (v) banken, (vi) betaalinstanties en (vii) elektronischgeldinstellingen, ongeacht hun rechtsvorm. Daarnaast is titel 2.9 BW van toepassing op (viii) commanditaire vennootschappen (CV's) en (ix) vennootschappen onder firma (VOF's), waarvan alle volledig aansprakelijke vennoten buitenlandse kapitaalvennootschappen zijn. Ten slotte is titel 2.9 BW van toepassing op (x) verenigingen en (xi) stichtingen die een onderneming in stand houden en die nog enkele andere kenmerken hebben (voor een volledig overzicht van die kenmerken verwijst ik naar de tekst van artikel 2:360 lid 3 BW, onder meer te vinden via www.wetten.nl).
2. Dikwijls wordt ook de term 'concernvrijstelling' gebruikt.
3. Vgl. art. 2:377 lid 1 aanhef en onder a BW.

deel te nemen/een onderneming te drijven valt of staat met het vertrouwen dat anderen in die BV en BV's in het algemeen hebben. Voor dat vertrouwen is het belangrijk dat BV's en andere rechtspersonen verantwoording afleggen naar hun aandeelhouders, maar ook naar derden, onder wie met name partijen met wie zij in een contractuele verhouding staan, zoals leveranciers, verhuurders en externe financiers. Die partijen moeten op basis van de gepubliceerde jaarrekening een inschatting kunnen maken van de financiële gezondheid van hun (beoogde) debiteur. Op basis daarvan kan een leverancier bijvoorbeeld inschatten of hij om vooruitbetaling moet vragen of dat hij wellicht zekerheden moet bedingen. Ook kan een uit de jaarrekening blijkende slechte financiële gezondheid van een beoogde contractspartij een reden zijn om in het geheel geen overeenkomst met die partij aan te gaan of om een reeds bestaande overeenkomst te beëindigen of slechts onder voorwaarden voort te zetten.

Gebruikmaking van de groepsvrijstelling heeft als gevolg dat de vrijgestelde rechtspersoon niet meer zelfstandig verantwoording aflegt. De buitenwereld, waaronder met name de schuldeisers van de vrijgestelde rechtspersoon, wordt daarmee het zicht onthouden op de financiële gegevens van de vrijgestelde rechtspersoon.

De 403-verklaring strekt ter compensatie van dat verlies aan inzicht. De 403-verklaring geeft bepaalde schuldeisers van de vrijgestelde rechtspersoon namelijk in plaats van inzicht een hoofdelijke aanspraak op een andere vennootschap of rechtspersoon die wél een jaarrekening publiceert. Dit concept wordt in de regel aangeduid als de 'uitruil-' of 'compensatiegedachte'.

3.2 Verklaring vestigt aansprakelijkheid

Aan de aansprakelijkheidsverklaring die is vereist voor toepassing van de groepsvrijstelling (de '403-verklaring'; zie over de vereisten voor toepassing van de groepsvrijstelling nader hoofdstuk 5) worden bepaalde inhoudelijke eisen gesteld. Wordt aan die eisen niet voldaan, dan mag geen gebruik worden gemaakt van de groepsvrijstelling. Dat is echter een geheel andere vraag dan hoever in een concreet geval de aansprakelijkheid op grond van een specifieke 403-verklaring reikt.

Wil men weten of terecht van de groepsvrijstelling gebruik wordt gemaakt, dan zal men moeten nagaan of de tekst van de afgelegde 403-verklaring voldoet aan de eisen die artikel 2:403 BW daaraan stelt (waarover in hoofdstuk 4 meer). Wil men weten of een bepaalde vordering op de vrijgestelde rechtspersoon valt onder de reikwijdte van een bepaalde 403-verklaring, dan moet men afgaan op de tekst van de 403-verklaring zelf en niet op de wettekst.⁴

Gebruikmaking van de groepsvrijstelling vereist dat de 403-verklaring hoofdelijke aansprakelijkheid meebrengt voor alle 'uit rechtshandelingen voortvloeiende' schulden van de vrijgestelde rechtspersoon.⁵ Stel nu dat een bepaalde 403-verklaring

4. HR 28 juni 2002, NJ 2002/447, m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.4.3 (Akzo Nobel/ING).

5. Zie voor het begrip 'rechtshandeling' hoofdstuk 5 onder 'Materiële reikwijdte'.

niet aansprakelijkheid meebrengt voor alle uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden, maar bijvoorbeeld slechts tot een bedrag van € 100.000. Op basis van deze 403-verklaring mag geen gebruik worden gemaakt van de groepsvrijstelling. Maar degene die de 403-verklaring heeft afgelegd is wel aansprakelijk, tot een bedrag van € 100.000.

3.3 Hoofdelijkheid

Bij hoofdelijke aansprakelijkheid is een prestatie (bijvoorbeeld: betaling van een geldsom) door twee of meer schuldenaren verschuldigd en kan de schuldeiser naar keuze een of meerdere van die schuldenaren tot betaling aanspreken of hen allemaal direct aanspreken. Niet is vereist dat een van de hoofdelijke schuldenaren (in het kader van de groepsvrijstelling: de vrijgestelde rechtspersoon) is tekortgekomen in zijn verplichting tot het verrichten van die prestatie.

Heeft een van de hoofdelijke schuldenaren de vordering volledig voldaan, dan kan hij het gedeelte dat hem niet aangaat verhalen op de andere hoofdelijk schuldenaren (artikel 6:10 BW). In situaties waarin de hoofdelijkheid voortvloeit uit een 403-verklaring, zal de schuld in de regel volledig de vrijgestelde rechtspersoon aangaan.