

De gevolgen van de Brexit voor de jaarrekeningvrijstelling ex artikel 2:403 BW

Oppassen voor groepsmaatschappijen met een moeder uit het Verenigd Koninkrijk

*Mr. E. A. van Dooren**

Vanaf 1 januari 2021 mag een 403-maatschappij met een moedermaatschappij uit het Verenigd Koninkrijk geen gebruik meer maken van de jaarrekeningvrijstelling ex artikel 2:403 BW. Hoewel er mogelijkheden zijn om toch gebruik te mogen maken van deze vrijstelling, bieden deze niet in alle gevallen op de korte termijn een oplossing.

1 Inleiding

Het zal weinigen zijn ontgaan dat het Verenigd Koninkrijk op 31 januari 2020 uit de EU is getreden en dat het einde van de overgangperiode waarin de regelgeving van de EU op het Verenigd Koninkrijk (direct) van toepassing is met rasse schreden nadert.¹ Vanaf 1 januari 2021 is het Verenigd Koninkrijk niet meer gebonden aan het Unierecht. Dat binnenkort (onder meer) de Europese richtlijnen en verordeningen niet meer van toepassing zijn op rechtspersonen naar het recht van het Verenigd Koninkrijk, kan ook gevolgen hebben voor Nederlandse rechtspersonen. Een van die gevolgen is dat Nederlandse groepsmaatschappijen die behoren tot de groep van een rechtspersoon naar het recht van het Verenigd Koninkrijk mogelijk geen gebruik meer mogen maken van de jaarrekeningvrijstelling ex artikel 2:403 BW.

In deze bijdrage behandel ik allereerst de jaarrekeningvrijstelling voor groepsmaatschappijen ex artikel 2:403 BW en enkele voorwaarden waaraan moet worden voldaan om van deze vrijstelling gebruik te mogen maken. Vervolgens ga ik nader in op een van deze voorwaarden, namelijk de voorwaarde dat de financiële gegevens van de groepsmaatschappij moeten zijn geconsolideerd in de geconsolideerde jaarrekening van een

andere rechtspersoon binnen de groep. Voorts wijs ik erop hoe het niet meer van toepassing zijn van het Unierecht op een consoliderende rechtspersoon naar het recht van het Verenigd Koninkrijk ertoe kan leiden dat een Nederlandse groepsmaatschappij geen gebruik meer mag maken van de jaarrekeningvrijstelling. Tot slot noem ik enkele mogelijkheden waardoor een dergelijke groepsmaatschappij toch gebruik kan blijven maken van de vrijstelling.

2 De jaarrekeningvrijstelling ex artikel 2:403 BW

Het groepsregime ex artikel 2:403 BW biedt een groepsmaatschappij de mogelijkheid om onder voorwaarden gebruik te maken van een jaarrekeningvrijstelling. De groepsmaatschappij (hierna: 403-maatschappij) hoeft dan onder meer haar jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van titel 9 van Boek 2 BW in te richten, zij mag de accountantscontrole achterwege laten, en zij is vrijgesteld van de verplichting om de jaarrekening openbaar te maken. De jaarrekeningvrijstelling van het groepsregime biedt in de eerste plaats een administratieve lastenverlichting.² Daarnaast zorgt het niet openbaar hoeven maken van de jaarrekening ervoor dat kan worden voorkomen dat derden daaruit (concurrentiegevoelige) informatie kunnen halen over onder meer de omzet, marges, activa, deelnemingen en resultaten van de 403-maatschappij.³

* Mr. E.A. van Dooren is universitair docent bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en lid van de redactie van dit tijdschrift.

1. Art. 126 Terugtrekkingsakkoord van het Verenigd Koninkrijk. Zie Mededeling 2019/C 384 I/01 van de Europese Raad van 12 november 2019 betreffende het akkoord inzake de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland uit de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, PbEU 2019, C 384 I/1.

2. Kamerstukken II 1981/82, 16326, nr. 8, p. 20 (MvA) en nr. 13, p. 4 (NnavhEV), H. Beckman, Dient artikel 2:403 BW (groepsregime) in huidige vorm te worden geschrapt?, in: P. van Schilfgaarde e.a. (red.), Knelpunten in de vennootschapswetgeving: is met het oog hierop wijziging van de vennootschapswetgeving wenselijk?, Deventer: Kluwer 1995, p. 89, Asser/Macijer & Kroeze 2-I* 2015/581, G.J.H. van der Sangen, Vraagpunten betreffende de 403-verklaring. Spijkers met koppen of spijkers op laag water?, TvOB 2017, afl. 6, p. 204 en E.C.A. Nass, Groepsregime, jaarrekening en 403-aansprakelijkheid (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 12.

3. H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen. Een analyse van artikel 2:403 BW en zijn voorgangers (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995, p. 689, Asser/Macijer & Kroeze 2-I* 2015/581, Van der Sangen 2017, p. 204, M.R.C. van Zoest, De groepsvrijstelling in de praktijk, Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 9 en Nass 2019, p. 13-14.

Om gebruik te mogen maken van de jaarrekeningvrijstelling van het groepsregime moet op grond van artikel 2:403 BW aan verschillende voorwaarden worden voldaan. Hiervoor is onder meer vereist dat de financiële gegevens van de 403-maatschappij zijn geconsolideerd in de geconsolideerde jaarrekening van een rechtspersoon binnen de groep (hierna: moedermaatschappij),⁴ en dat deze moedermaatschappij schriftelijk heeft verklaard dat zij hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden die voortvloeien uit de rechtshandelingen van de 403-maatschappij (hierna: 403-verklaring).⁵ Voor een bespreking van de diverse voorwaarden ex artikel 2:403 BW verwijs ik naar het vorig jaar verschenen proefschrift van Nass over dit onderwerp.⁶

3 De geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij

Op grond van artikel 2:403 lid 1 sub c BW moet krachtens het toepasselijke recht op de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij van toepassing zijn: de Verordening (EG) 1606/2002⁷ (hierna: de verordening EU IFRS), de richtlijn jaarrekeningen,⁸ de richtlijn betreffende de (geconsolideerde) jaarrekening van banken en andere financiële instellingen,⁹ of de richtlijn betreffende de (geconsolideerde) jaarrekening van verzekeringsondernemingen.¹⁰ Van Zoest merkt op dat deze jaarrekeningvoorschriften gelden ten aanzien van de meest bekende en veelvoorkomende commerciële rechtsvormen in de EU.¹¹ Het is dus mogelijk dat de financiële gegevens van een 403-maatschappij worden geconsolideerd in de geconsolideerde jaarrekening van een niet-Nederlandse moedermaatschappij, waaronder een moedermaatschappij naar het recht van het Verenigd Koninkrijk.¹²

4. Zie art. 2:403 lid 1 sub c BW.

5. Zie art. 2:403 lid 1 sub f BW.

6. Nass 2019.

7. Verordening (EG) 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen, PbEG 2002, L 243/1.

8. 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 182/19. Zoals gewijzigd bij Richtlijn 2014/95/EU van 22 oktober 2014 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen, PbEU 2014, L 330/1.

9. Richtlijn 86/635/EEG van de Raad van 8 december 1986 betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen, PbEG 1986, L 372/1.

10. Richtlijn 91/674/EEG van de Raad van 19 december 1991 betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van verzekeringsondernemingen, PbEG 1991, L 374/7.

11. Van Zoest 2019, p. 21.

12. Kamerstukken II 1979/80, 16326, nr. 3, p. 39 (MvT), B.F. Assink, Slagter. Compendium ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013/140.1 en Beckman, Sdu Commentaar Ondernemingsrecht 2019, art. 2:403 BW, aant. C.3.4.

4 Brexit en de jaarrekeningvrijstelling

Hierboven heb ik al opgemerkt dat op 31 januari 2020 het Verenigd Koninkrijk uit de EU is getreden en dat er tot en met 31 december 2020 een overgangperiode is waarin de regelgeving van de EU van toepassing blijft op het Verenigd Koninkrijk.¹³ Vanaf 1 januari 2021 zijn de hierboven genoemde Europese richtlijnen en de verordening EU IFRS echter niet meer (direct) van toepassing op rechtspersonen naar het recht van het Verenigd Koninkrijk. Dit betekent dat vanaf het nieuwe kalenderjaar niet meer aan het vereiste van artikel 2:403 lid 1 sub c BW wordt voldaan als de financiële gegevens van een 403-maatschappij worden geconsolideerd in de geconsolideerde jaarrekening van een moedermaatschappij naar het recht van het Verenigd Koninkrijk – tenzij de moedermaatschappij naar Nederlands recht een formeel buitenlandse vennootschap is; ik kom hier in de volgende paragraaf op terug.¹⁴ Dit is ook het geval als het Verenigd Koninkrijk zijn jaarrekeningenrecht onveranderd laat en vrijwillig zijn wetgeving in lijn laat met de genoemde Europese bepalingen. Hoewel er in dat geval feitelijk niets verandert, merkt Nass terecht op dat het vereiste van artikel 2:403 lid 1 sub c BW, dat een moedermaatschappij ‘krachtens het toepasselijke recht’ is gebonden aan de genoemde Europese richtlijnen of de verordening EU IFRS, inhoudt dat de moedermaatschappij op grond van het Unierecht aan deze voorschriften moet zijn onderworpen.¹⁵

Indien een 403-maatschappij bovenstaande over het hoofd ziet en onterecht gebruik blijft maken van de jaarrekeningvrijstelling van het groepsregime, schendt zij haar openbaarmakingsplicht. Dit is een economisch delict in de zin van artikel 1 onder 4o Wet op de economische delicten en brengt mee dat haar bestuursleden eventueel aansprakelijk kunnen worden gesteld.¹⁶

5 Mogelijke oplossingen om toch gebruik te mogen maken van de jaarrekeningvrijstelling

Hieronder ga ik kort in op vier mogelijkheden waardoor alsnog aan het vereiste van artikel 2:403 lid 1 sub c BW kan worden voldaan, zodat een 403-maatschappij toch gebruik kan blijven maken van de jaarrekeningvrijstelling van het groepsregime, mits ook aan de andere voorwaarden van artikel 2:403 BW wordt voldaan. Ik merk op dat ik deze mogelijkheden enkel vanuit vennootschapsrechtelijk perspectief behandel, en eventuele fiscale of regulatorische gevolgen buiten beschouwing laat.

13. Art. 126 Terugtrekkingsakkoord van het Verenigd Koninkrijk. Zie Mededeling 2019/C 384 I/01 van de Europese Raad van 12 november 2019 betreffende het akkoord inzake de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland uit de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, PbEU 2019, C 384 I/1.

14. Zie ook Van Zoest 2019, p. 21-22.

15. Nass 2019, p. 76-77.

16. Van Zoest 2019, p. 29-30.

De meest eenvoudige manier waarop een 403-maatschappij gebruik kan blijven maken van de jaarrekeningvrijstelling, is om de financiële gegevens voortaan te consolideren in de geconsolideerde jaarrekening van een andere rechtspersoon binnen de groep ten aanzien waarvan de in artikel 2:403 lid 1 sub c BW genoemde richtlijnen of verordening nog steeds van toepassing zijn. Op grond van artikel 2:403 BW is het niet verplicht dat de financiële gegevens van de 403-maatschappij worden geconsolideerd in de geconsolideerde jaarrekening van de rechtspersoon die aan het hoofd van de groep staat of aandelen in de 403-maatschappij houdt.¹⁷ De financiële gegevens van de 403-maatschappij kunnen worden geconsolideerd in de geconsolideerde jaarrekening van iedere rechtspersoon binnen de groep die hiertoe krachtens artikel 2:406 BW bevoegd is. Als er binnen de groep naast de (huidige) moedermaatschappij dus een andere rechtspersoon is die de financiële gegevens van de 403-maatschappij kan consolideren in een geconsolideerde jaarrekening in de zin van artikel 2:403 lid 1 sub c BW, kan de 403-maatschappij gebruik blijven maken van de jaarrekeningvrijstelling van het groepsregime. Deze consoliderende rechtspersoon heeft dan te gelden als de nieuwe *moedermaatschappij* in de zin van het groepsregime.

Een tweede mogelijkheid waar ik op wijs, heeft betrekking op moedermaatschappijen die kapitaalvennootschappen zijn naar het recht van het Verenigd Koninkrijk. Een dergelijke moedermaatschappij kwalificeert mogelijk als een formeel buitenlandse vennootschap in de zin van artikel 1 lid 1 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (Wfbv). Hiervoor is vereist dat de moedermaatschappij haar werkzaamheden (nagenoeg) geheel in Nederland verricht en geen werkelijke band heeft met het Verenigd Koninkrijk. De uitzondering uit lid 2 van deze bepaling, dat de Wfbv niet van toepassing is op vennootschappen naar het recht van een lidstaat van de EU of de EER, geldt na het uittreden van het Verenigd Koninkrijk uit de EU niet meer voor dergelijke moedermaatschappijen. Op grond van artikel 5 lid 2 Wfbv zijn de bepalingen inzake het Nederlandse jaarrekeningsrecht uit titel 9 van Boek 2 BW van toepassing op een formeel buitenlandse vennootschap.¹⁸ Dit betekent dat in een dergelijk geval *krachtens het toepasselijke recht* de in artikel 2:403 lid 1 sub c BW genoemde Europese richtlijnen of de verordening EU IFRS gelden ten aanzien van de geconsolideerde jaarrekening van de desbetreffende moedermaatschappij naar het recht van het Verenigd Koninkrijk.¹⁹

Een derde mogelijkheid waardoor een 403-maatschappij gebruik kan blijven maken van de jaarrekeningvrijstelling van

het groepsregime is dat de moedermaatschappij een subholding opricht naar het recht van een van de (overgebleven) lidstaten van de EU. Deze subholding kan voortaan de financiële gegevens van de 403-maatschappij consolideren in een geconsolideerde jaarrekening. De subholding heeft dan te gelden als de *moedermaatschappij* in de zin van het groepsregime.

De vierde en laatste mogelijkheid waar ik op wijs, is een afsplitsing van de 403-maatschappij waarbij nagenoeg haar gehele vermogen onder algemene titel overgaat op een (nieuw opgerichte) verkrijgende rechtspersoon. Vervolgens maakt de verkrijgende rechtspersoon gebruik van de jaarrekeningvrijstelling, waarbij zijn financiële gegevens worden geconsolideerd in de geconsolideerde jaarrekening van de 403-maatschappij waarvan het vermogen is afgesplitst. Na de afsplitsing heeft de verkrijgende rechtspersoon te gelden als *403-maatschappij* in de zin van het groepsregime en de oorspronkelijke 403-maatschappij als *moedermaatschappij*.

Bij de hierboven genoemde eerste en tweede mogelijkheid kan de 403-maatschappij onverminderd gebruik blijven maken van de jaarrekeningvrijstelling van het groepsregime. Bij de derde en vierde mogelijkheid ligt dat anders. In die gevallen zullen de financiële gegevens van de (nieuwe) 403-maatschappij voor toekomstige boekjaren zonder meer kunnen worden geconsolideerd in de geconsolideerde jaarrekening van de nieuwe moedermaatschappij – zijnde de subholding respectievelijk de voormalige 403-maatschappij waarvan het vermogen is afgesplitst. Het is echter de vraag of ook de financiële gegevens over het boekjaar 2020 kunnen worden geconsolideerd. Als het antwoord op deze vraag ontkennend is, kan de (nieuwe) 403-maatschappij met betrekking tot de jaarrekening over dit boekjaar geen gebruikmaken van de jaarrekeningvrijstelling van het groepsregime.

Of de financiële gegevens van de (nieuwe) 403-maatschappij over het boekjaar 2020 kunnen worden geconsolideerd, is mede afhankelijk van het moment waarop de boekjaren van de betrokken rechtspersonen beginnen en eindigen. Daarnaast speelt mee dat bij een afsplitsing van de 403-maatschappij de crediteuren een verzetstermijn van een maand hebben.²⁰ Indien bijvoorbeeld het boekjaar van de 403-maatschappij gelijkloopt met het kalenderjaar en er in 2021 een subholding wordt opgericht, kan deze niet de financiële gegevens van de 403-maatschappij over 2020 consolideren. Aangezien de subholding in 2020 nog niet bestond, kan deze geen (geconsolideerde) jaarrekening over dat jaar opmaken. De 403-maatschappij kan in dat geval dus niet gebruikmaken van de jaarrekeningvrijstelling met betrekking tot de jaarrekening over 2020, omdat niet kan worden voldaan aan het vereiste van artikel 2:403 lid 1 sub c BW. Stel echter dat het boekjaar van de 403-maatschappij loopt van 1 juli 2020 tot en met 30 juni 2021, en zij op 31 januari 2021 afsplitst, waarbij nagenoeg

17. Kamerstukken II 1979/80, 16326, nr. 3, p. 39 (MvT) en Nass 2019, p. 7.

18. Van Solinge, in: T&C Ondernemingsrecht, art. 5 Wfbv, aant. 3 (bijgewerkt 1 juli 2020).

19. Zie Nass 2019, p. 77, die in algemene zin opmerkt dat een 403-maatschappij gebruik mag maken van de jaarrekeningvrijstelling van het groepsregime als de moedermaatschappij een kapitaalvennootschap is naar het recht van een niet-lidstaat die naar Nederlands recht een formeel buitenlandse vennootschap is, mits ook aan de andere voorwaarden hiervoor is voldaan.

20. Zie art. 2:334l BW.

haar hele vermogen onder algemene titel overgaat op een nieuw opgerichte verkrijgende rechtspersoon. In dat geval kan de rechtspersoon waarvan het vermogen is afgesplitst over het desbetreffende boekjaar een geconsolideerde jaarrekening opmaken waarin de financiële gegevens van de verkrijgende rechtspersoon zijn geconsolideerd.²¹ De verkrijgende rechtspersoon kan dan gebruikmaken van de jaarrekeningvrijstelling van het groepsregime.

6 De aansprakelijkheid op grond van een 403-verklaring

Het is belangrijk te vermelden dat artikel 2:403 lid 1 sub f BW expliciet voorschrijft dat het de consoliderende rechtspersoon is die zich op grond van een 403-verklaring aansprakelijk moet stellen voor de schulden die voortvloeien uit de rechtshandelingen van de 403-maatschappij. Met betrekking tot de vier hierboven genoemde mogelijkheden brengt dit mee dat behalve als de huidige moedermaatschappij uit het Verenigd Koninkrijk heeft te gelden als een formeel buitenlandse vennootschap, deze niet langer aansprakelijk hoeft te zijn op grond van de 403-verklaring, aangezien zij de financiële gegevens van de 403-maatschappij niet meer consolideert. De rechtspersoon die voortaan de financiële gegevens consolideert – de nieuwe moedermaatschappij –, dient wel een 403-verklaring te deponeren op grond waarvan hij deze aansprakelijkheid op zich neemt, anders kan de 403-maatschappij alsnog geen gebruik maken van de jaarrekeningvrijstelling.

De moedermaatschappij naar het recht van het Verenigd Koninkrijk kan de 403-verklaring op grond van artikel 2:404 lid 1 BW intrekken door een daartoe strekkende verklaring te deponeren bij het handelsregister. Krachtens het tweede lid van deze bepaling blijft zij echter aansprakelijk voor de schulden die voortvloeien uit de rechtshandelingen die de 403-maatschappij heeft verricht tot het moment dat de moedermaatschappij tegenover de crediteur een beroep kan doen op de intrekking.²² De moedermaatschappij zal deze overblijvende aansprakelijkheid (nog) niet kunnen beëindigen, aangezien daarvoor onder meer is vereist dat de groepsband met de 403-maatschappij is verbroken.²³ Daarvan is geen sprake bij de vier hierboven door mij genoemde mogelijkheden.

7 Conclusie

Vanaf 1 januari 2021 is het Verenigd Koninkrijk niet meer gebonden aan het Unierecht. Daardoor mag een 403-maatschappij waarvan de financiële gegevens worden geconsolideerd in de geconsolideerde jaarrekening van een moedermaatschappij naar het recht van het Verenigd Koninkrijk vanaf dat moment geen gebruik meer maken van de jaarrekeningvrijstelling van het groepsregime. Ik heb vier mogelijkheden genoemd waardoor een 403-maatschappij toch gebruik mag blijven maken van de jaarrekeningvrijstelling. Deze zullen echter niet in alle gevallen – op de korte termijn – soelaas bieden. Hierdoor kan het gebeuren dat een 403-maatschappij over het boekjaar 2020 geen gebruik mag maken van de vrijstelling en een jaarrekening openbaar moet maken.

21. Het is mogelijk dat de afsplitsing boekhoudkundig terugwerkt tot uiterlijk het begin van het boekjaar van de rechtspersoon waarvan het vermogen is afgesplitst, of het begin van het boekjaar van de verkrijgende rechtspersoon – afhankelijk van het antwoord op de vraag of het vermogen overgaat op een nieuw opgerichte of reeds bestaande verkrijgende rechtspersoon. Zie E.R. Roelofs, Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2014, p. 214-215. De datum tot wanneer de afsplitsing boekhoudkundig terugwerkt, moet zijn vermeld in het splitsingsvoorstel (art. 2:334f lid 2 sub i BW).

22. De moedermaatschappij kan geen beroep doen op de intrekking zolang de intrekkingverklaring nog niet in het handelsregister is verwerkt door de Kamer van Koophandel en, voor zover van toepassing, er nog geen mededeling van deze deponering is gedaan. Zie art. 25 lid 1 jo. art. 24 lid 1 Handelsregisterwet 2007.

23. Zie art. 2:404 lid 3 sub a BW.