

# 403 in een kleine groep - meestal niet...

Het groepsregime uit artikel 403 Boek 2 BW wordt vaak om verkeerde redenen toegepast, vooral bij een kleine groep. Met name als het vanuit concurrentieoverwegingen of vanwege kostenbesparing gebeurt, sorteert het meestal weinig effect.

TEKST: ROBERT FRANKEN\*

**A**n het toepassen van het groepsregime, ook wel 403-regime of jaarrekeningvrijstelling genoemd, stelt de wet in artikel 2:403 lid 1 BW een aantal eisen (zie kader). Zijn de eisen voor een boekjaar vervuld, dan hoeft de rechtspersoon waarop het groepsregime van toepassing moet zijn (de vrijgestelde rechtspersoon), haar jaarrekening niet overeenkomstig Titel 9 Boek 2 BW in te richten. En is zij vrijgesteld van de publicatieplicht.

Drie eisen zijn van belang:

- Allereerst moeten de financiële gegevens van de vrijgestelde rechtspersoon zijn opgenomen in een geconsolideerde jaarrekening.
- Daarnaast stelt de vrijgestelde rechtspersoon een beperkte jaarrekening op.
- Ten slotte is de consoliderende rechtspersoon (de consoliderende moeder) verplicht om voor de vrijgestelde rechtspersoon een aansprakelijkheidsverklaring af te geven.

## DE KLEINE GROEP

Van een kleine groep is sprake wanneer het groepshoofd ook op geconsolideerde basis kwalificeert als een kleine rechtspersoon in de zin van artikel 2:396 BW.

Hetzelfde geldt dan voor haar groepsmaatschappijen. Het kleine groepshoofd is vrijgesteld van consolidatie op grond van artikel 407 lid 2 aanhef en sub a Boek 2 BW. Ook gelden voor het groepshoofd en haar groepsmaatschappijen de vrijstellingen en verlichtingen uit artikel 396 Boek 2 BW, zoals een ontheffing van accountantscontrole en de mogelijkheid om te volstaan met het deponeren van een beperkte balans met toelichting bij het Handelsregister.

## AANSPRAKELIJKHEID

Het opzetten van een holdingstructuur heeft een goede reden, namelijk risicospreiding. De moeder heeft haar eigen rechten en verplichtingen. Zij is niet aansprakelijk voor de schulden van de rechtspersonen waarvan zij direct of indirect de aandelen houdt. Ook voor de rechtspersonen onderling ontbreekt deze aansprakelijkheid. Risico's van een rechtspersoon raken de moeder en andere rechtspersonen niet.

Deze risicospreiding wordt doorbroken door het toepassen van het groepsregime. De consoliderende moeder moet zich hiervoor namelijk aansprakelijk stellen voor de vrijgestelde rechtspersoon. Deze aansprakelijkheid geldt voor alle schulden uit rechtshandelingen die de vrijgestelde dochter verricht in de periode waarvoor de aansprakelijkheidsverklaring van toepassing is. Weliswaar is de aansprakelijkheid beperkt tot schulden uit rechtshandelingen - bijvoorbeeld belastingschulden vallen erbuiten - maar betreft in het algemeen een substantieel deel van de schulden.

Daarnaast kan een aansprakelijkheidsverklaring de consoliderende moeder nog lang 'achtervolgen', ook na intrekking van deze verklaring. Denk aan langlopende schulden uit overeenkomsten van geldlening en schulden uit duurovereenkomsten, bijvoorbeeld huur. Zijn deze overeenkomsten door de vrijgestelde rechtspersoon aangegaan vóór intrekking, dan kan de consoliderende moeder meestal nog na intrekking worden aangesproken.

Het afgeven van de aansprakelijkheidsverklaring is een vereiste uit het groepsregime om terdege rekening mee te houden. De verklaring is geen formele 'horde om te

**'FINANCIËLE GEGEVENS VAN AFZONDERLIJKE RECHTSPERSONEN UIT GECONSOLIDEERDE JAARREKENING ZIJN EERDER TE ACHTERHALEN BIJ CONSOLIDATIEKRING MET MINDER RECHTSPERSONEN.'**



nemen', maar een reële mogelijkheid voor de schuldeisers van de vrijgestelde rechtspersoon om zich op de consoliderende moeder te verhalen.

#### REDENEN TOEPASSING GROEPSREGIME

Voor het toepassen van het groepsregime gelden concurrentieoverwegingen als voornaamste reden. Opvallend genoeg wordt ook kostenbesparing wel als reden genoemd. Ook bij kleine groepen geschiedt de toepassing van het groepsregime geregeld om een van deze redenen. Daarbij zijn echter kanttekeningen te plaatsen.

#### CONSOLIDEREN VOOR HET GROEPSREGIME IN EEN KLEINE GROEP

De wet stelt aan de te deponeren geconsolideerde jaarrekening in verband met het groepsregime een bijzondere voorwaarde. Enkelvoudig kan de consoliderende moeder volstaan met het deponeren van een balans met toelichting, ook in verband met de toepassing van het groepsregime.

Dit geldt niet voor de geconsolideerde jaarrekening. Bij de totstandkoming van artikel 403 Boek 2 BW heeft de wetgever duidelijk gemaakt, dat de consoliderende moeder haar geconsolideerde *jaarrekening* moet deponeren. Deze bestaat uit de geconsolideerde balans en de geconsolideerde winst- en-verliesrekening met toelichting.

Verdere vrijstellingen en verplichtingen uit artikel 396 Boek 2 BW blijven overigens van toepassing. Zo is de consoliderende moeder niet verplicht om een jaarverslag op te stellen en blijft zij vrijgesteld van de controle van haar jaarrekening.

## WETTELIJKE EISEN GROEPSREGIME

1. **Opmaken beperkte jaarrekening:** Ondanks de vrijstelling om de jaarrekening in te richten overeenkomstig Titel 9 boek 2 BW moet het bestuur van de vrijgestelde rechtspersoon een beperkte jaarrekening opmaken. Voor het opmaken van de jaarrekening gelden de gebruikelijke termijnen. Het bestuur moet de jaarrekening ter vaststelling aan de algemene vergadering (AV) voorleggen.
2. **Instemmingsverklaringen:** Iedere directe aandeelhouder van de vrijgestelde rechtspersoon moet elk boekjaar instemmen met het toepassen van het groepsregime. Deze instemmende aandeelhouders kunnen (deels) verschillen van de consoliderende moeder. Vaak, zeker in een kleine groep, zijn de consoliderende moeder en de instemmende enig aandeelhouder echter dezelfde.
3. **Consolidatie:** De geconsolideerde jaarrekening moet zijn opgesteld met toepassing van Titel 9 boek 2 BW. Het groepsregime is ook toepasbaar als de consoliderende moeder een buitenlandse rechtspersoon is, mits deze moeder is opgericht volgens een recht van een lid van de Europese Economische Ruimte.
4. **Aansprakelijkheidsverklaring:** De aansprakelijkheidsverklaring is een eenmalige verklaring, die na deponering in het dossier van de vrijgestelde rechtspersoon bij het Handelsregister blijft gelden tot het moment van intrekking ervan.
5. **Deponeren geconsolideerde jaarrekening:** Jaarlijks deponeren de consoliderende moeder haar geconsolideerde jaarrekening in het Handelsregisterdossier van de vrijgestelde rechtspersoon. Echter, het is ook mogelijk om een verwijzing te deponeren, waarin is aangegeven in welk ander dossier de geconsolideerde jaarrekening is in te zien. Een verwijzing is alleen mogelijk naar een ander dossier bij het Handelsregister in Nederland; een verwijzing naar een buitenlands dossier is niet mogelijk.
6. **Deponeren instemmingsverklaringen en aansprakelijkheidsverklaring:** Het deponeren van de aansprakelijkheidsverklaring is een eenmalige actie, net zoals het afgeven van deze verklaring. Iedere instemmingsverklaring wordt jaarlijks gedeponerd.

### CONCURRENTIE

Het toepassen van het groepsregime vanuit concurrentieoverwegingen kan uiteraard legitiem zijn. Omdat in het groepsregime de vrijgestelde rechtspersoon geen jaarrekening publiceert, kennen concurrenten de enkelvoudige financiële gegevens niet.

De financiële gegevens van de vrijgestelde rechtspersoon zijn slechts, als onderdeel van de consolidatiekring van de consoliderende moeder, opgenomen in de geconsolideerde jaarrekening. De financiële gegevens van de vrijgestelde rechtspersoon zijn hieruit niet te achterhalen.

Voor kleine groepen geldt als kanttekening: de financiële gegevens van de afzonderlijke rechtspersonen uit de geconsolideerde jaarrekening zijn eerder te achterhalen als de consolidatiekring uit minder rechtspersonen bestaat.

### KOSTEN

Kostenbesparing door het toepassen van het groepsregime zou worden bereikt omdat de vrijgestelde rechtspersoon geen jaarrekening overeenkomstig

## 'HET GROEPSREGIME LEIDT BIJ DE CONSOLIDERENDE MOEDER NIET TOT LAGERE, MAAR ZELFS HOGERE KOSTEN.'

Titel 9 Boek 2 BW hoeft in te richten. Daarnaast blijft de deponering van een jaarrekening door de vrijgestelde rechtspersoon achterwege.

In een kleine groep is geen sprake van kostenbesparing. Allereerst geldt dit voor de vrijgestelde rechtspersoon zelf: zij moet toch nog een beperkte jaarrekening opmaken. Deze jaarrekening omvat volgens artikel 403 lid 1 a Boek 2 BW een beperkte balans, bestaande uit ten minste 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 uit een winst-en-verliesrekening die in ieder geval vermeldt het resultaat uit gewone bedrijfsuitoefening en het saldo der overige baten en lasten, een en ander na belastingen.

Uiteraard is deze jaarrekening niet zo uitgebreid als de jaarrekening die zij als kleine rechtspersoon zonder de toepassing van het groepsregime zou moeten opmaken. Tegelijkertijd zijn de verschillen niet bijzonder groot. De jaarrekening 'volgens het groepsregime' volgt namelijk grotendeels de hoofdingeling van de jaarrekening opgesteld volgens Titel 9 Boek 2 BW.

Ook in de procedure van totstandkoming van de jaarrekening van de vrijgestelde rechtspersoon is geen kostenbesparing te vinden. Zo moet voornoemde beperkte jaarrekening toch nog worden vastgesteld. En weliswaar kan de deponering ervan achterwege blijven, maar dient de vrijgestelde rechtspersoon de instemmingsverklaringen alsmede de geconsolideerde jaarrekening, dan wel de verwijzing daarnaar, te deponeren.

### ONMISBARE VOORWAARDE

Voor het toepassen van het groepsregime is consolideren een onmisbare voorwaarde. De vrijstelling uit artikel 407 lid 2 aanhef en sub a BW is niet toepasbaar. Daarom moet de consoliderende moeder een geconsolideerde jaarrekening opmaken. Deze omvat de volledige consolidatiekring van de consoliderende moeder en niet slechts haar eigen financiële gegevens en die van de vrijgestelde rechtspersoon, op het moment dat de consolidatiekring ruimer is.

Overigens kan de consoliderende moeder de inrichtingsvrijstellingen voor haar enkelvoudige jaarrekening uit artikel 396 Boek 2 BW ook gebruiken voor haar geconsolideerde jaarrekening; echter niet de deponeringsvrijstellingen (zie kader). Het groepsregime leidt bij de consoliderende moeder dus niet tot lagere, maar zelfs hogere kosten. □

### Noot

\* Robert Franken is senior jurist ondernemingsrecht bij BDO Ondernemingsrecht.