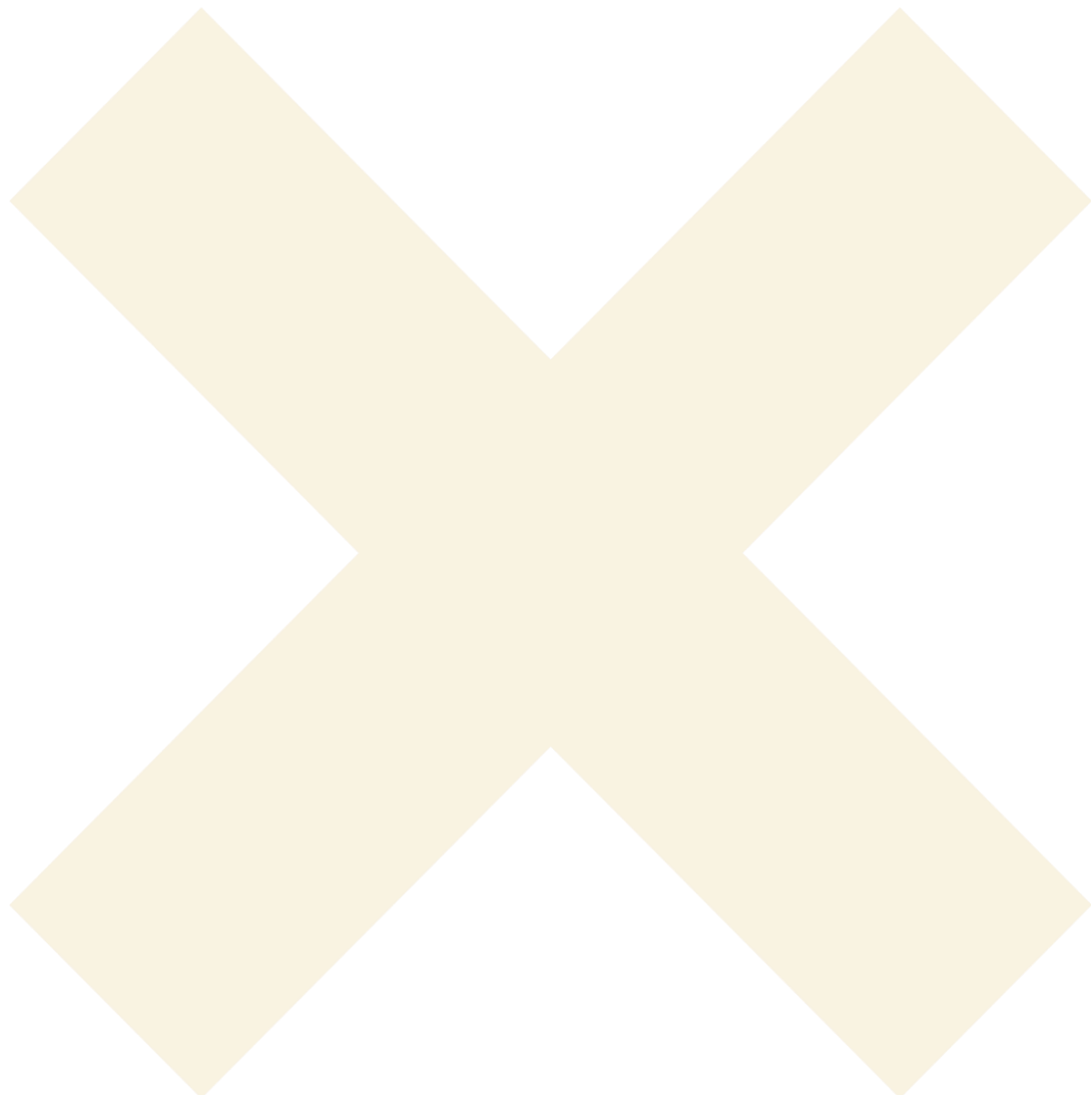


> HET CONCERNBEGRIIP ONDER DE NOW <

Auteurs: Jordi Rosendahl & Arnout Schennink

INHOUD

1	Inleiding	3
2	De definitie "groep" onder de NOW	4
3	De definities "dochter" en "groep" in het Burgerlijk Wetboek	5
	3.1 Dochtermaatschappij.....	5
	3.2 Groep.....	6
	3.3 Artikel 2:24b BW en de beleggingsmaatschappij.....	7
4	Standpunt NBA ten aanzien van de definitie groep	8
5	Afsluiting	11



➤ 1 INLEIDING

Het COVID-19 virus (het coronavirus) en de maatregelen die door overheden wereldwijd worden genomen tegen de verdere verspreiding daarvan hebben grote invloed op de economie. Veel bedrijven zien de vraag naar hun producten en/of diensten teruglopen, met directe gevolgen voor de omzet.

Om te voorkomen dat bedrijven op bedrijfseconomische gronden massaal afscheid nemen van personeel heeft de Nederlandse regering verschillende Tijdelijke Noodmaatregelen Overbrugging Werkgelegenheid (**NOW**) ingevoerd.

De NOW 1.0 werd op 31 maart 2020 aangekondigd en trad in werking per 2 april 2020. De NOW 1.0 liep tot 1 juni 2020. Aansluitend zijn achtereenvolgens de NOW 2.0 en NOW 3.0 in werking getreden, respectievelijk per 1 juni 2020 en 1 oktober 2020. De laatste tranche van NOW 3.0 eindigt per 1 juli 2021.

De NOW is gericht op het behoud van werkgelegenheid door (gedeeltelijke) compensatie van het omzetverlies van een onderneming. Hoewel de NOW bepaalt dat het doel van de regeling is werkgevers tegemoet te komen als gevolg van een vermindering in bedrijvigheid door buitengewone omstandigheden, hoeft door de werkgever geen directe link tussen het coronavirus en het omzetverlies

te worden aangetoond. Iedere werkgever met ten minste twintig procent omzetverlies komt in aanmerking voor subsidie.

Indien de werkgever deel uitmaakt van een groep moet in beginsel bij het aanvragen van NOW door een werkgever uit te worden gegaan van het (totale) omzetverlies op groepsniveau.

Over de vraag wanneer sprake is van een groep in de zin van de NOW bestaat onduidelijkheid. Bovendien lijkt ook de Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (**NBA**) een onjuiste uitleg te geven aan dit begrip. Dit kan voor ondernemingen vergaande consequenties hebben, zoals een lagere subsidie of een (volledige) terugbetalingsverplichting van de verkregen subsidie.

In deze whitepaper wordt ingegaan op de vraag wanneer sprake is van een groep in zin van de NOW.

➤ 2 DE DEFINITIE "GROEP" ONDER DE NOW

De NOW 1.0 is op 31 maart 2020 onder grote druk tot stand gekomen. Uitgangspunt van deze regeling was dat een werkgever recht had op subsidie, indien hij over een aaneengesloten periode van drie kalendermaanden in de periode tussen 1 maart tot en met 31 juli 2020 werd geconfronteerd met tenminste 20 procent omzetverlies.¹

Artikel 6 lid 4 NOW 1 bepaalde dat indien de betreffende werkgever onderdeel was van een groep, voor de bepaling van de omzetsdaling van de werkgever uitgegaan moet worden van het omzetverlies van de gehele groep. Deze regel voorkomt dat binnen de groep met omzet kan worden geschoven, waardoor het omzetverlies van de aanvragende werkgever kan worden opgeklopt. Dit is een begrijpelijke redenatie.

Voor de definitie van groep onder de NOW wordt aangesloten bij de definities van dochtermaatschappij en groep in het Burgerlijk Wetboek (**BW**). Artikel 6 lid 4 NOW bepaalt:

Indien de rechtspersoon of vennootschap onderdeel is van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, wordt, in afwijking van het derde

lid, uitgegaan van de omzetsdaling van de groep zoals deze op 1 maart 2020 bestond.

Indien de rechtspersoon een dochtermaatschappij is van een ander als bedoeld in artikel 24a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, worden de dochtermaatschappij en de rechtspersoon voor de werking van deze regeling behandeld als waren zij een groep.

Voor de bepaling van de omzetsdaling als bedoeld in de eerste zin worden de Nederlandse rechtspersonen en vennootschappen in aanmerking genomen, alsmede buitenlandse rechtspersonen en vennootschappen met loon in Nederland.²

Kortom: in het geval van een holding (de moedermaatschappij) en een werkmaatschappij (de dochtermaatschappij), dan wordt dit op basis van de NOW gelijk gesteld met een groep in de zin van artikel 2:24b BW. De vraag is echter wanneer sprake is van een groep, als er meer dan twee met elkaar gelieerde vennootschappen zijn.

Dit is van belang nu de NOW 1 later is gewijzigd en de mogelijkheid is toegevoegd om ook op niveau van de werkmaatschappij een NOW aanvraag in te dienen, als op groepsniveau het omzetverlies kleiner was dan 20 procent.

¹ Artikel 4 NOW 1

² Artikel 6 lid 4 NOW 1

➤ 3 DE DEFINITIES "DOCHTER" EN "GROEP" IN HET BURGERLIJK WETBOEK

Voor de vaststelling van een "groep" onder de NOW regelingen moet dus worden aangesloten bij artikel 2:24a en 2:24b BW. Het groepsbegrip onder de NOW 2 en de NOW 3 is gelijk aan dat onder de NOW 1. Hieronder wordt op deze definities nader ingegaan.

3.1 Dochtermaatschappij

Artikel 2:24a BW bevat twee criteria om te bepalen of een rechtspersoon als dochtermaatschappij van een andere rechtspersoon kwalificeert. Ten eerste is dit het geval als een rechtspersoon, alleen of samen met andere stemgerechtigden, meer dan de helft van de stemrechten heeft in de algemene vergadering. Ten tweede kwalificeert een vennootschap als dochtermaatschappij, als een ander rechtspersoon meer dan de helft van de bestuurders of commissarissen kan benoemen of ontslaan.

Beide criteria hebben dezelfde strekking: de moedermaatschappij is de rechtspersoon die een zodanige mate van zeggenschap heeft, dat zij bij verschil van mening over het door de dochter te voeren beleid haar wil kan doorzetten.

Gelet op deze formele en objectieve criteria bestaat in de praktijk weinig onduidelijkheid

over de vraag wanneer een vennootschap kwalificeert als dochtermaatschappij.

Dit ligt anders bij de definitie van een groep in artikel 2:24b BW, waarbij een economisch criterium wordt gehanteerd. In een uitspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad wordt de verhouding tussen dochtermaatschappij en groepsmaatschappij geschetst. Daarbij wordt overwogen dat het hebben van een meerderheidsbelang niet noodzakelijk leidt tot het aannemen van een groepsrelatie. Een redelijke verdeling van de bewijslast kan wel met zich brengen dat de partij die zich erop beroept dat een groepsrelatie desondanks ontbreekt, de daarvoor relevante feiten en omstandigheden moet stellen en aannemelijk maken.³

In dit verband verwijzen wij ook naar de conclusie van Timmermans bij de SNS-beschikking van de Hoge Raad van 3 april 2020⁴, waarin hij in het kader van het enquêterecht schrijft:

"In het begrip groepsmaatschappij is juridisch-organisatorische verbondenheid (voor het zijn van dochtermaatschappij in de zin van art. 2:24a BW) immers niet voldoende, maar moet de organisatorische verbondenheid ook leiden tot een economische eenheid door het daadwerkelijk uitoefenen van centrale leiding door de moeder."

³ HR 18 november 2011, LJN BQ2860.

⁴ HR 3 april 2020, JOR 2020/166.

Kortom: meerdere moeder-dochter relaties vormen niet per definitie een "groep". Dit is een belangrijke constatering waarop we later in deze whitepaper terugkomen.

3.2 Groep

Artikel 2:24b BW geeft de definitie van groep en groepsmaatschappij. Deze definitie luidt:

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

Om te kunnen spreken van een groep in de zin van dit artikel moet aan drie (limitatieve) criteria zijn voldaan. Er moet sprake zijn van een:

- a) economische eenheid;
- b) organisatorisch verbondenheid; en
- c) centrale of gemeenschappelijke leiding.

Economische eenheid

Het criterium economische eenheid is afkomstig uit het jaarrekeningenrecht en is opgenomen met het oog op de verslaggeving in de geconsolideerde jaarrekening.⁵ Er wordt over een (economische) eenheid verslag uitgebracht, als zij een zodanige economische samenhang heeft dat verslaggeving

daarover zinvol is.⁶ Het is geen vereiste dat de groep naar buiten toe als eenheid optreedt. Wel zal het bestaan van een groep eenvoudiger vast te stellen zijn wanneer de groep als zodanig naar buiten toe optreedt. Zo zal externe communicatie, financiële verbondenheid en onderlinge afhankelijkheid tussen de verschillende rechtspersonen (bijvoorbeeld blijkende uit een 403-verklaring), kunnen bijdragen aan het bestaan van een economische eenheid.⁷

Organisatorische verbondenheid

Dit criterium veronderstelt een zekere mate van integratie binnen de groep. Die integratie kan verschillende vormen en gradaties aannemen. Deze verbondenheid blijkt veelal uit de zeggenschapsrechten binnen een groep van vennootschappen, zoals aandeelhouderschap, statutaire voorzieningen of overeenkomsten. Een belangrijke aanwijzing voor daadwerkelijke integratie is de aanwezigheid van een gecentraliseerd planning- en controlesysteem.

Centrale leiding

Centrale leiding is een ruim criterium dat verschillende vormen kan aannemen. Het is in de praktijk niet altijd eenvoudig vast te stellen. In sommige groepen zal sprake zijn van een verdergaande integratie van de verbonden rechtspersonen, terwijl deze in andere groepen met een ruimere mate van autonomie kunnen opereren. Centrale

⁵ Asser-Maeijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/816.

⁶ Prof. dr. M. Olaerts, GS Rechtspersonen, art. 2:24b BW, aant. 4.

⁷ Van het Concern, § 2.2.2, p. 36

leiding wil niet zeggen dat binnen de groep sprake moet zijn van uniformering in alle opzichten.

Centrale leiding vergt in ieder geval wel een zekere mate van gezamenlijke strategie. De concernleiding zal een concernstrategie vaststellen en op basis daarvan een concernbeleid ontwikkelen. Dat concernbeleid dient vervolgens te worden uitgevoerd door de onderliggende werkmaatschappijen, wat door de concernleiding wordt gecontroleerd en gecoördineerd. Indien nodig moet het concernbeleid kunnen worden doorgevoerd tegen de wil van het bestuur van de werkmaatschappij in, bijvoorbeeld door (dreiging met) ontslag van het bestuur van de dochter.

3.3 Artikel 2:24b BW en de beleggingsmaatschappij

Het ontbreken van een economische eenheid, een organisatorische verbondenheid en een centrale of gemeenschappelijke leiding binnen een groep, kan worden geïllustreerd met het voorbeeld van een beleggingsmaatschappij, bijvoorbeeld private equity fondsen. We zullen dit voorbeeld hierna nogmaals gebruiken. Dit voorbeeld wordt ook in de literatuur herhaaldelijk gegeven. Een moedermaatschappij die (ter belegging) de meerderheid van de aandelen in een dochtervennootschap houdt, maar

geen economische eenheid met de dochter vormt, omdat de moeder een beleggingsmaatschappij is en zich uit dien hoofde niet bezighoudt met het beleid van de dochter kwalificeert niet als een groep in de zin van artikel 2:24b BW, maar als een dochtervennootschap in de zin van artikel 2:24a BW.⁸

Bij zeggenschap gaat het, net als bij toerekening van besluiten in het medezeggenschapsrecht, niet om het kunnen uitoefenen van zeggenschap, maar om de daadwerkelijke uitoefening daarvan. Daarin wijkt artikel 2:24b BW derhalve sterk af van artikel 2:24a BW. Een rechtspersoon die slechts ter belegging aandelen in vennootschappen houdt, heeft wellicht dochtermaatschappijen als bedoeld in artikel 2:24a BW heeft. Een groepsverband als bedoeld in art. 2:24b BW, zal in dat geval echter ontbreken. We zagen hiervoor bovendien dat meerdere moeder-dochter relaties binnen een groep, naar onze mening, eveneens niet kunnen kwalificeren als "groep". In dat kader is relevant op te merken dat indien de zittingsperiode van een ingestelde ondernemingsraad voorbij is en gedurende die zittingsperiode is gebleken dat bij de betreffende onderneming niet langer "in de regel" ten minste 50 personen werkzaam zijn, de ondernemer niet langer een ondernemingsraad hoeft te voort te zetten.

⁸ Zie: M.P. van Achterberg, De juridische definitie van het economische verschijnsel concern in het ondernemingsrecht (diss.), Deventer 1989, p. 47-54 en Dortmund, Handboek (2013), nr. 41.2 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* (2015) nr. 262).

4 **STANDPUNT NBA TEN AANZIEN VAN DE DEFINITIE GROEP**

NBA heeft ten behoeve van haar leden op haar website diverse handvatten gepubliceerd voor de toepassing van de NOW, zo ook over het groepsbegrip.⁹ Logischerwijs worden deze handvatten van NBA door veel accountants gehanteerd. Het is echter de vraag of dit in alle gevallen terecht is.

Daartoe geldt allereerst dat de handvatten van NBA zijn opgesteld en afgestemd met het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Daardoor lijkt de onafhankelijkheid van de accountancy in het geding te komen. Naar onze mening had het op de weg van NBA gelegen de uitleg van de NOW zelfstandig (juridisch) te toetsen en vast te stellen. Nu ontstaat namelijk discrepantie tussen de door het ministerie gewenste uitleg van de NOW en een juiste juridische duiding van de NOW-regeling.

Wij beperken ons in deze whitepaper tot de definitie "groep". Op de vraag hoe de omzetsbepaling dient te worden bepaald als de onderneming wordt gehouden door een participatiemaatschappij, geeft NBA het volgende antwoord:

Als zij onderdeel zijn van een concern of moeder-dochterrelatie, dan moet de omzetsdaling gezamenlijk bepaald worden. Of door private equity / een

participatiemaatschappij gehouden investeringen zelfstandig of gezamenlijk de omzetsdaling moet worden bepaald is afhankelijk van de relatie.

Vervolgens werkt NBA eerst artikel 2:24a BW uit:

Indien een participatiemaatschappij meerderheidsaandeelhouder is, is het afhankelijk of een participatiemaatschappij de meerderheid van de stemrechten heeft in de AV, of de meerderheid van bestuurders en commissarissen kan benoemen. In die gevallen is er sprake van een moeder-dochterrelatie als bedoeld in artikel 2:24a BW.

Deze uitleg is conform de definitie van artikel 2:24a BW, tot zover niets aan de hand. Daarna geeft NBA een uitleg van de definitie groep, in de zin van artikel 2:24b BW:

Ingeval van meerdere moeder-dochterrelaties, moeten zij gezamenlijk worden behandeld als ware zij een groep. Als er sprake is van bijvoorbeeld één moeder met twee dochterondernemingen, moeten zij gedrieën worden behandeld als ware zij een groep.

Dit standpunt volgt niet uit de NOW en is in strijd met artikel 2:24a en 2:24b BW. Een bundeling van moeder-dochter relaties in de zin van artikel 2:24a BW leidt niet zomaar

⁹ Verwijzing website, 14 juli 2020

tot een groep van vennootschappen in de zin van artikel 2:24b BW, dat is hiervoor in deze whitepaper aan de orde gekomen. Naar onze mening moet een zelfstandige toets plaatsvinden, of daadwerkelijk, op grond van artikel 2:24b BW sprake is van een groep. Dat is een andere toets dan die van artikel 2:24a BW.

In de eerste plaats is voor de definitie van een groep in de zin van artikel 2:24b BW (in tegenstelling tot bij artikel 2:24a BW) vereist dat ook daadwerkelijk zeggenschap wordt uitgeoefend. Bovendien dient sprake te zijn van economische eenheid, organisatorisch verband en een centrale of gemeenschappelijke leiding. Er zijn diverse voorbeelden te verzinnen waar dat niet het geval is.

Ter illustratie:

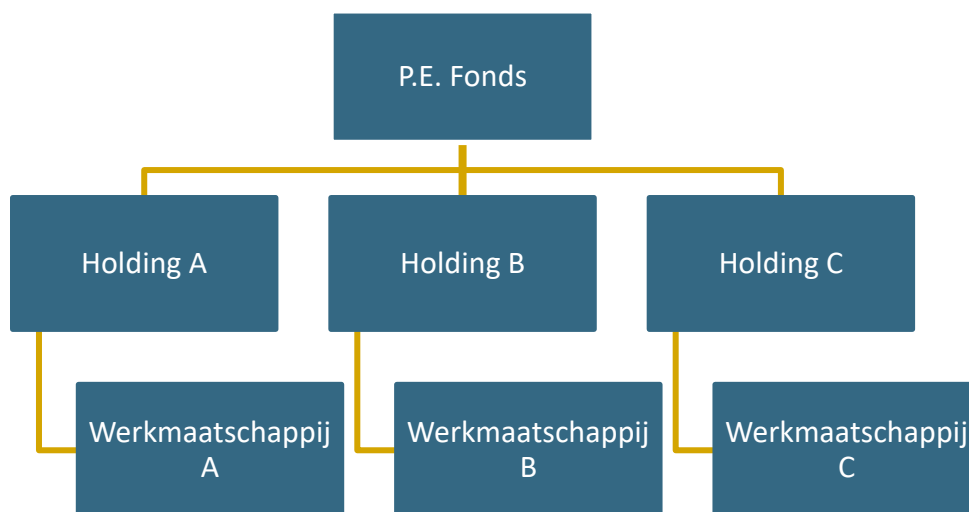
In onderstaand voorbeeld heeft een private equity partij (in het organigram hieronder: P.E. Fonds) op verschillende momenten drie ondernemingen gekocht (werkmaatschappij A, B en C). Ten behoeve van de koop zijn drie holdings opgericht (Holding A, B en C)

die de aandelen houden van de respectievelijke werkmaatschappijen. Iedere werkmaatschappij heeft zijn eigen bestuur.

Werkmaatschappij A levert diensten op het gebied van schoonmaak. Werkmaatschappij B maakt chromen deurklinken. Werkmaatschappij C is een IT bedrijf, gespecialiseerd in het beveiligen van data.

Kortom: de drie ondernemingen hebben in de praktijk niets met elkaar te maken. De ondernemingen zijn niet geïntegreerd, er zal geen sprake zijn van een gezamenlijke strategie, de jaarrekening wordt niet geconsolideerd, het P.E. fonds zal geen dominante rol spelen binnen de onderneming, enzovoorts.

Conform de door NBA gehanteerde definitie en de uitleg die accountants (daardoor) in de praktijk veelvuldig aan het groepsbegrip geven, is hier echter sprake van een groep van moeder-dochter relaties. Dat betekent dat door accountants het standpunt zal worden ingenomen dat voor het vaststellen



van het omzetverlies van werkmaatschappij A tevens rekening gehouden dient te worden met het omzetverlies van werkmaatschappij B en C.

Zoals in deze whitepaper aan de orde is gekomen is dat standpunt juridisch niet goed verdedigbaar, gelet op artikel 2:24a en 2:24b BW. Bovendien schiet NBA met haar uitleg het doel van de wetgever voorbij. De NOW bepaalt immers dat dient te worden uitgegaan van een groep om te voorkomen dat er binnen de groep met omzet kan worden geschoven en het omzetverlies van één werkmaatschappij kan worden “opgeklopt”. Dat is uitsluitend mogelijk als tussen de verschillende dochtermaatschappijen een bepaalde verhouding bestaat.



➤ 5 AFSLUITING

Deze whitepaper is geschreven door mr. Jordi Rosendahl mr. Arnout Schennink en bedoeld om meer inzicht te geven in de definitie van een groep, op basis van de wet en de NOW regelingen. Rosendahl is partner bij Lexence Advocaten & Notarissen N.V. en gespecialiseerd in het arbeidsrecht en ontslagrecht. Hij adviseert over arbeidsrechtelijke onderwerpen in de breedste zin van het woord. Binnen het arbeidsrecht heeft hij zich nader toegelegd op de verschillende arbeidsrelaties (zoals zzp, uitzenden, detachering, overeenkomsten van opdracht, enzovoorts) en de NOW-regeling. Schennink is partner bij Lexence Advocaten & Notarissen N.V. en heeft een uitgebreide procespraktijk. Hij is gespecialiseerd in het oplossen van geschillen op corporate niveau, waarbij ondernemingen, aandeelhouders en/of bestuurders betrokken zijn. Schennink heeft ruime ervaring met het procederen bij de gewone rechter, de Ondernemingskamer en in arbitrage. Hebt u vragen over de NOW neemt u dan contact op met Jordi Rosendahl of Arnout Schennink.

Jordi Rosendahl

Advocaat, Partner



M: +31 6 5176 2726

E: j.rosendahl@lexence.com

Arnout Schennink

Advocaat, Partner



M: +31 6 3164 1867

E: a.schennink@lexence.com



Lexence

Amstelveenseweg 500
1081 KL Amsterdam
Postbus 75999
1070 AZ Amsterdam

T: +31 20 573 6736
E: info@lexence.com