

Joint venture: groepsmaatschappij en consolidatie

Inleiding

Eerder dit jaar heeft de Rechtbank Amsterdam zich in de Ahold-zaak uitgesproken over de vraag of Ahold de consolidatieregels had geschonden door de financiële gegevens van een aantal 50%-deelnemingen te consolideren.¹ Naar aanleiding van deze uitspraak onderzoeken wij of, en zo ja, in hoeverre joint venture partners de financiële gegevens van hun joint venture vennootschap moeten of mogen consolideren. Daaraan vooraf behandelen wij het begrip groep en de vraag of een joint venture kan worden gekwalificeerd als een groepsmaatschappij. De consolidatieplicht geldt namelijk voornamelijk ten aanzien van groepsmaatschappijen. Wij gaan uit van de joint venture in de vorm van een kapitaalvennootschap met twee aandeelhouders.

Groep(smaatschappij)

De begrippen groep en groepsmaatschappij zijn opgenomen in artikel 2:24b BW. Dit artikel is in de wet opgenomen naar aanleiding van de Zevende EEG-richtlijn inzake de geconsolideerde jaarrekening.² Het wetsartikel luidt als volgt:

‘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.’

Kenmerken van een groep zijn: organisatorische verbondenheid, economische eenheid en centrale leiding. De eerste twee kenmerken volgen uit het wetsartikel. Niet opgenomen is het kenmerk centrale leiding. Uit wetsgeschiedenis en literatuur blijkt echter dat centrale leiding een belangrijk, zo niet het belangrijkste, kenmerk is van een groep.³ Tussen de drie cumulatieve criteria bestaat verband: een economische eenheid veronderstelt een zeker organisatorisch verband en/of centrale leiding.⁴

Organisatorische verbondenheid, economische eenheid en centrale leiding kunnen voortvloeien uit een juridische

band zoals een kapitaalbelang en/of een overeenkomst.⁵ Denk bijvoorbeeld aan directe of indirecte meerderheidsdeelnemingen in het kapitaal, minderheidsdeelnemingen en 50%-deelnemingen die met bijzondere rechten (statuair of anderszins) zijn versterkt.⁶ Voorts valt te denken aan samenwerkings-, beheers- of licentie-overeenkomsten.⁷

Aangenomen wordt wel dat louter feitelijke omstandigheden ook kunnen leiden tot een groepsband.⁸ Bartman en Dorresteyn wijzen erop dat dit reeds volgt uit het feit dat nevensgeschikte (zuster)vennootschappen en twee holdings aan de top van een nevensgeschikt concern als groepsmaatschappijen in de zin van artikel 2:24b BW hebben te gelden.⁹ Voorbeelden van feitelijke omstandigheden die tot een groepsband zouden kunnen leiden, zijn een centrale administratie, personeelsbeleid, financiering, gestructureerd overleg, dubbelfuncties, afhankelijkheid inzake toelevering en/of afzet.¹⁰ Aandelenbezit is in deze optiek dus niet noodzakelijk voor de kwalificatie groepsmaatschappij. Omgekeerd betekent het bezit van alle aandelen niet per definitie dat er sprake is van een groepsrelatie.¹¹ Een dochtermaatschappij is dus ook niet noodzakelijkerwijs een groepsmaatschappij.¹² Zo kan een beleggingsmaatschappij weliswaar de meerderheid van de aandelen in een vennootschap houden, zij zal doorgaans echter niet de activiteiten van de dochtermaatschappij dirigeren.¹³ Het element van centrale leiding ontbreekt dan.

Door de meeste auteurs wordt aangenomen dat voor centrale leiding vereist is dat er feitelijk overheersende

1. Rb. Amsterdam 22 mei 2006, JOR 2006, 178 m.nt. Van der Zanden.
2. Stb. 1988, 517 (Kamerstukken II, 19 813), Richtlijn 83/349/EEG, PbEG 1983, L 193, p. 1-17.
3. Zie bijv. Kamerstukken II 1969/70, 10 751, nr. 3, p. 13; Kamerstukken II 1979/80, 16 326, nr. 3, p. 42; Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 608; Van Schilfgaarde/Winter, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer 2003, p. 29.
4. Rechtspersonen (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 2:24b, aant. 2.

5. Vgl. Kamerstukken II 1969/70, 10 751, nr. 3, p. 13 en Kamerstukken II 1979/80, 16 326, nr. 3, p. 42.
6. Kamerstukken II 1979/80, 16 326, nr. 3, p. 42.
7. S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2003, p. 24; M.P. van Achterberg, De juridische definitie van het economische verschijnsel concern, Deventer: Kluwer 1989, p. 17 en 70.
8. Vgl. Van Achterberg 1989, p. 71-72, Bartman & Dorresteyn 2003, p. 24-25 en de aldaar in voetnoot 14 vermelde literatuur. Anders wellicht: M.J.G.C. Raaijmakers, Over de samenhang tussen normen en definities in het Nederlands groepsrecht, De NV 1990, p. 5; P.M. Storm, Stoeien met dochters, worstelen met groepen, in: J.H. Christiaanse e.a. (red.), Tot vermaak van Slagter (Slagter-bundel), Deventer: Kluwer 1988, p. 305; Asser/Maeijer 2-III, 2000, nr. 608.
9. Bartman & Dorresteyn 2003, p. 25.
10. Bartman & Dorresteyn 2003, p. 24-25.
11. Zie OK 12 april 1990, rolnr. 1352/89, n.g. (Abacus Pacific N.V.).
12. Kamerstukken II 1986/87, 19 813, nr. 3, p. 13; Kamerstukken II 1986/87, 19 813, nr. 5, p. 1.
13. Van der Heijden/Van der Grinten, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 41.2.

invloed wordt uitgeoefend.¹⁴ Over de intensiteit die de feitelijke leiding moet hebben, zijn de meningen verdeeld.¹⁵ Volgens Maeijer is er al centrale leiding als een gezamenlijke strategie wordt gevoerd op basis waarvan het beleid van de groepsmaatschappijen wordt gepland, gecoördineerd en gecontroleerd.¹⁶ Westbroek vat het woord leiding op in bedrijfseconomische zin: het rechtstreeks bepalen van het ondernemingsbeleid.¹⁷ Honée stelt dat pas van centrale leiding kan worden gesproken wanneer alle onderdelen van het beleid van de afhankelijke onderneming door de centrale instantie worden bepaald.¹⁸ Volgens Timmerman houdt centrale leiding in dat de concernleiding een strategie vaststelt waaruit de globale langetermijndoelstellingen van het concern kunnen worden gedestilleerd, dat de concernleiding, doorgaans in overleg met de dochterondernemingen, voor de dochterondernemingen een op deze strategie gebaseerde concrete planning ontwikkelt ten behoeve van de coördinatie van hun werkzaamheden, en dat de concernleiding de uitvoering van de strategie en planning controleert.¹⁹

Joint venture: groepsmaatschappij?

Het begrip joint venture wordt veelal gebruikt voor een samenwerkingsverband tussen twee of meer ondernemingen dat al dan niet voor een bepaalde periode in het leven is geroepen ter verwezenlijking van een gemeenschappelijk doel. De wetgeving bevat slechts op een enkele plaats een specifieke regeling voor de joint venture, zonder overigens het begrip joint venture te noemen. De wetgever duidt de joint venture in artikel 2:153/263 lid 3 sub d BW aan als:

‘een vennootschap waarin voor tenminste de helft van het geplaatste kapitaal wordt deelgenomen door twee of meer rechtspersonen volgens een onderlinge regeling tot samenwerking’.

De wet bepaalt niet uitdrukkelijk of, en zo ja, onder welke voorwaarden een joint venture als groepsmaatschappij van de partners bij die joint venture kan worden aangemerkt. Volgens de wethistorie is een joint venture zelden een groepsmaatschappij.²⁰ In de literatuur bestaat over dit onderwerp onenigheid. Voorts bestaat er discussie over de vraag of een joint venture een groepsmaat-

schappij van beide joint venture partners kan zijn. De diverse standpunten zijn globaal in drie groepen onder te verdelen.

1. Joint venture kan groepsmaatschappij van een van de partners zijn

Diverse auteurs menen, en wij delen hun mening, dat een joint venture onder omstandigheden als groepsmaatschappij kan worden aangemerkt, maar niet tot de groep van elk van de partners kan behoren. Maeijers kernoverweging is dat bij een joint venture alleen een groepsverhouding kan bestaan tussen de joint venture en een van de partners, indien deze laatste een overwegende zeggenschap over de joint venture heeft die als centrale leiding kan worden gekwalificeerd.²¹ Eenzelfde mening treft men aan bij Van Achterberg, Van Schilfgaarde/Winter en Van der Grinten.²² Van Achterberg wijst erop dat een dominerende invloed op de joint venture het gevolg kan zijn van de samenwerkingsovereenkomst of van feitelijke omstandigheden. Een feitelijke omstandigheid is bijvoorbeeld dat een van de samenwerkende ondernemingen behoort tot een concern dat veel technische kennis bezit, en de andere niet. Dit kan, ondanks een evenwichtige samenwerkingsovereenkomst, tot gevolg hebben dat de eerstgenoemde onderneming een dominerende invloed in de joint venture kan uitoefenen.²³

De Raad voor de Jaarverslaggeving lijkt het standpunt van voornoemde auteurs te onderschrijven. Volgens de richtlijnen 215.101 en 215.104 van de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving zal een joint venture waarin als gevolg van een overeenkomst tot samenwerking tussen een beperkt aantal deelnemers de zeggenschap gezamenlijk wordt uitgeoefend, zelden een groepsmaatschappij zijn van een van de deelnemers in de joint venture. Richtlijn 215.105 bepaalt echter dat het begrip ‘joint venture’ ook vaak wordt gebruikt voor samenwerkingsvormen die niet voldoen aan voornoemde criteria. Bijvoorbeeld als door een van de partners beleidsbeslissingen kunnen worden genomen of afgedwongen. In dat geval dient door die partner integrale consolidatie te worden toegepast.²⁴ Aangezien de plicht tot integrale consolidatie in de zin van artikel 2:406 BW van oudsher geldt voor groepsmaatschappijen, zegt de Raad hiermee in feite dat een dergelijke joint venture als groepsmaatschappij van die partner kan worden beschouwd.

14. Vgl. bijv. Van Schilfgaarde/Winter 2003, p. 29; H. Beckman, *Geconsolideerde jaarrekening: consolidatieplicht en -kring*, Ondernemingsrecht 2006, p. 376.

15. Zie voor een uitgebreid overzicht: Van Achterberg 1989, p. 79-82.

16. Asser/Maeijer 2-III, 2000, nr. 608.

17. W. Westbroek, *Zijn wettelijke bepalingen gewenst in verband met concernverhoudingen?*, Vereeniging Handelsrecht, Zwolle: Tjeenk Willink 1969, p. 11.

18. H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1981, p. 52.

19. L. Timmerman, *Het vennootschapsrecht en het ontslag van een bestuurder van een NV of BV*, De NV 1985, p. 54-55.

20. Kamerstukken II 1986/87, 19 813, nr. 3, p. 16.

21. Zie Asser/Maeijer 2-III, 2000, nr. 608.

22. Van Achterberg 1989, p. 74-75, Van Schilfgaarde/Winter 2003, p. 30, Van der Heijden/Van der Grinten 1992, nr. 41.2.

23. Van Achterberg 1989, p. 74-75.

24. Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen, Raad voor de Jaarverslaggeving, Deventer: Kluwer 2005, p. 489-490.

2. *Joint venture kan groepsmaatschappij van beide partners zijn*

Raaijmakers is van oordeel dat de joint venture van elk van beide partners afhankelijk is en met ieder van deze in een concernrelatie staat. Dit met name omdat een vrijstelling van de structuurregeling geldt voor de joint venture waarvan de partners structuurvennootschappen zijn of waarin voor ten minste de helft van het geplaatste kapitaal wordt deelgenomen door een structuurvennootschap. Nu de ratio van de vrijstellingsregeling de noodzakelijkheid van de handhaving van het concernverband is, volgt volgens deze auteur uit de vrijstelling van een joint venture dat tussen de joint venture en haar partners een eenvoudige afhankelijkheid en 'joint control' in de zin van de Structuurregeling bestaat.²⁵ Ook Slagter merkt in het kader van de Structuurregeling een 50/50-joint venture aan als afhankelijke maatschappij die kan behoren tot twee 'groepen'.²⁶

Met Van Achterberg menen wij echter dat nu het per definitie niet mogelijk is dat beide partners afzonderlijk een dominerende invloed in een onderneming uitoefenen, niet tussen elk van beide partners en de joint venture een afhankelijkheidsverhouding kan bestaan. Wel valt uiteraard met Beckman – die erop wijst dat het antwoord op de vraag of een joint venture een groepsmaatschappij van beide partners kan zijn, afhangt van de uitleg van het groepsbegrip – aan te nemen dat als alle partners of nagenoeg alle partners deel uitmaken van dezelfde groep, hun joint venture in elk geval tevens hun groepsmaatschappij is.²⁷

Intermezzo: nevengeschikt concern

Aandacht verdient hier nog het nevengeschikte concern. Dit verschijnsel – ook wel horizontale groep genoemd – vertoont parallellen met de 'gewone' joint venture. In beide gevallen worden de aandelen gehouden door twee of meer andere maatschappijen krachtens een regeling tot samenwerking. Echter, anders dan bij de joint venture wordt bij het nevengeschikte concern wél aangenomen dat de centrale leiding wordt uitgeoefend door twee rechtspersonen. Dit blijkt uit de artikelen 2:407 lid 3 en 2:410 lid 4 BW en wordt ook in de literatuur aangenomen.²⁸ Men zou kunnen zeggen dat dit verschil met de

gewone joint venture zijn rechtvaardiging vindt in de nauwe samenhang tussen de topholdings van een nevengeschikt concern. Een nevengeschikt concern ontstaat met name als twee ondernemingen uit verschillende landen op basis van gelijkwaardigheid willen samenwerken en fuseren, maar de mentale barrière die aan weerszijden bestaat bij de gedachte dat deze topholding zal worden gevestigd in het land van de andere fusiepartner, onoverkomelijk blijkt.²⁹ Voorbeelden zijn Unilever, Reed Elsevier en in het verleden de Koninklijke/Shell Groep. De aandeelhouders van een nevengeschikt concern vormen de topholdings van één en dezelfde groep en besturen hun groepsmaatschappijen vaak gezamenlijk, bijvoorbeeld doordat er sprake is van een personele unie tussen de raden van bestuur van de topholdings en/of doordat bestuursleden van de topholdings tevens zitting hebben in de raad van bestuur van hun gezamenlijke groepsmaatschappijen of in een gezamenlijk orgaan dat de doelstellingen en plannen op lange termijn behandelt en uitwerkt.

3. *Joint venture kan geen groepsmaatschappij zijn*

Volgens Honée mag men in de regel niet aannemen dat de joint venture is gesteld onder de centrale leiding van een van de partners. Hij meent dat de door partners gedeelde bestuursmacht verhindert dat het beleid in de joint venture wordt afgestemd op het concernbeleid van een deelnemende partner. Volgens hem is het voorts geheel uitgesloten dat een joint venture tot twee (of meer) groepen behoort.³⁰ Wel concludeerde Honée aanvankelijk dat de joint venture samen met de partners als groep kwalificeert.³¹ In een latere publicatie heeft hij die opvatting echter herzien en zich geconformeerd aan het standpunt van Timmermans.³² Timmermans oordeelt eveneens dat de verhouding tussen partners en joint venture niet valt te typeren als concernrelatie. Zij vormen tezamen geen economische eenheid en een centraal beleid waaraan de bedrijfsvoering in partners en joint venture gezamenlijk is onderworpen, ontbreekt.³³

Joint venture: consolidatie?

Integrale consolidatie

De verplichting tot het opmaken en publiceren van een geconsolideerde jaarrekening is opgenomen in artikel 2:406 BW. Aanvankelijk diende de rechtspersoon die aan

25. M.J.G.C. Raaijmakers, *Joint ventures*, Deventer: Kluwer 1976, p. 99 en 105. Zie voor commentaar op deze zienswijze: Van Achterberg 1989, p. 75.

26. Zie W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 1985, p. 412. Vgl. W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 581.

27. H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995, p. 384.

28. Zie bijv. Bartman & Dorresteyn 2003, p. 25; Asser/Maeijer 2-III, 2000, nr. 608, Van der Heijden/Van der Grinten, 2.41.2. Vgl. ook P. Sanders & W. Westbroek, *BV en NV, Het nieuwe ondernemingsrecht*, bewerkt door F.K. Buijn en P.M. Storm, Deventer: Kluwer 2005, p. 22.

29. Zie over het nevengeschikte concern meer uitgebreid: H.J.M.N. Honée, *Grensoverschrijdende fusie op basis van gelijkwaardigheid naar huidig recht*, in: H.J.M.N. Honée e.a., *Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen*, Deventer: Kluwer 1989, p. 4.

30. Honée 1981, p. 58 en 65.

31. Honée 1981, p. 58 en 59, noot 46.

32. H.J.M.N. Honée, *De positie van de ondernemingsraad van een joint venture-BV ingevolge de structuurregeling en de Wet op de ondernemingsraden*, *De NV* 1986, p. 66, noot 15.

33. C.W.A. Timmermans, *Bespreking van het boek Concernrecht en medezeggenschapsregelingen van H.J.M.N. Honée*, *WPNR* 1982, p. 660, noot 3.

het hoofd staat van een groep, in de toelichting van zijn jaarrekening een geconsolideerde jaarrekening op te nemen die behalve de eigen financiële gegevens tevens die van de dochtermaatschappijen in de groep en andere groepsmaatschappijen bevat. Voor een tussenhoudstermaatschappij gold de consolidatieplicht alleen als zij één of meer dochtermaatschappijen in haar groep had. Zij diende dan de tot haar groepsdeel behorende ondernemingen te consolideren. In 2005 is de consolidatiekring voor zowel de topholding als de tussenholding uitgebreid met 'andere rechtspersonen waarop hij een overheersende invloed kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft'.³⁴ Beckman wijst erop dat de toevoeging van de laatste categorie overbodig is omdat rechtspersonen waarover een centrale leiding wordt uitgeoefend, al binnen de groep vallen en dus groepsmaatschappijen zijn.³⁵ Volgens de memorie van toelichting leidt de uitbreiding van de consolidatiekring ertoe dat rechtspersonen waarop een overheersende invloed kan worden uitgeoefend, eveneens moeten worden geconsolideerd. Het is hierbij niet van belang of de overheersende zeggenschap ook feitelijk wordt uitgeoefend.³⁶ Ook de wetgever meent dus dat het *kunnen* uitoefenen van overheersende zeggenschap niet voldoende is voor de kwalificatie groepsmaatschappij c.q. dat daarvoor sprake moet zijn van feitelijke leiding.

Hieruit volgt dat een joint venture partner de financiële gegevens van de joint venture moet consolideren indien de joint venture tot de groep van de joint venture partner behoort of wanneer de partner overheersende zeggenschap op de joint venture kan uitoefenen. Van het kunnen uitoefenen is bijvoorbeeld sprake indien men bepaalde contractuele rechten, zoals opties of warrants, kan uitoefenen waardoor de overheersende zeggenschap op elk gewenst moment binnen handbereik ligt.³⁷ Als gezegd kan de joint venture volgens ons in beginsel geen groepsmaatschappij zijn van beide partners, maar wel van een van beide. Is de partner tot wiens groep de joint venture behoort een tussenholding, dan kan consolidatie van de joint venture achterwege blijven indien de financiële gegevens worden opgenomen in een groter geheel (art. 2:408 lid 1 sub b BW). De cijfers van de topholdings van een nevenschikt concern mogen buiten de geconsolideerde jaarrekening van de onder hun leiding staande groep worden gelaten, mits beide topholdings het beheren en financieren van de groepsmaatschappijen tot enige werkzaamheid hebben (art. 2:407 lid 3 BW).³⁸ Is de topholding een buitenlandse rechtspersoon, dan mag het groepsdeel waarvan hij aan het hoofd staat, in de consolidatie worden opgenomen overeenkomstig zijn recht met

34. Stb. 2005, 377.

35. Beckman 2006, p. 376.

36. Kamerstukken II 2003/04, 29 737, nr. 3, p. 27 en Kamerstukken II 2004/05, 29 737, nr. 7, p. 11. Vgl. Beckman 2006, p. 376.

37. Kamerstukken II 2004/05, 29 737, nr. 7, p. 11.

38. Kamerstukken II 1986/87, 19 813, nr. 3, p. 16.

een uiteenzetting van de invloed daarvan op het vermogen en resultaat (art. 2:410 lid 4 BW).

Intermezzo: Ahold

Eerder dit jaar heeft de Rechtbank Amsterdam zich in de Ahold-zaak gebogen over de vraag onder welke voorwaarden een joint venture kan worden aangemerkt als groepsmaatschappij c.q. mag worden geconsolideerd.³⁹ Volgens de rechtbank moet de vraag of sprake is van een groepsmaatschappij, mede worden ingevuld aan de hand van het inzichtvereiste van artikel 2:362 BW. Dit vereiste luidt, kort gezegd, dat de jaarrekening een zodanig inzicht geeft dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent de financiële toestand van de rechtspersoon (art. 2:362 BW). Hieruit kan volgens de rechtbank worden afgeleid dat het bij het opstellen van een jaarrekening niet om een optimaal of maximaal inzicht gaat.⁴⁰ Dit zou betekenen dat bij het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening – en dus indirect ook bij de vraag of sprake is van een groep – geldt dat de ondernemingsleiding een zekere beoordelingsvrijheid toekomt. Van een schending van titel 9 van Boek 2 BW zou eerst sprake kunnen zijn als de ondernemingsleiding in redelijkheid niet had kunnen menen dat zij hoofd van een groep was. De rechtbank ziet haar oordeel bevestigd in de recente uitbreiding van de consolidatiekring.

De redenering die de rechtbank volgt, strookt volgens ons niet met de overwegingen van de wetgever die hebben geleid tot uitbreiding van artikel 2:406 BW. Die uitbreiding beoogt niet tot uitdrukking te brengen dat de ondernemingsleiding beoordelingsvrijheid zou hebben omtrent de vraag of sprake is van een groep (smaatschappij). Zij is veeleer bedoeld om aansluiting te zoeken bij de *International Accounting Standards* (IAS) en te voorkomen dat *special purpose entities* worden ontwikkeld waarmee men de consolidatieplicht kan ontlopen.⁴¹ De wetgeschiedenis lijkt ook geen grond te bieden voor de stelling van de rechtbank dat de beoordelingsvrijheid ten aanzien van het inzichtvereiste een rol speelt bij de invulling van het begrip groepsmaatschappij. Het inzichtvereiste komt pas aan de orde nadat op grond van afdeling 13 van titel 9 van Boek 2 BW is vastgesteld dat de joint venture moet worden geconsolideerd. Zo er ten aanzien van het groepsbegrip beoordelingsvrijheid bestaat, vloeit deze vrijheid niet voort uit artikel 2:362 BW, maar uit het feit dat de omschrijving van het groepsbegrip in artikel 2:24b BW een aantal ruime criteria bevat.

Evenredige consolidatie

Artikel 2:409 BW bepaalt dat evenredige consolidatie van de financiële gegevens van een rechtspersoon of ven-

39. Rb. Amsterdam 22 mei 2006, JOR 2006, 178 m.nt. Van der Zanden.

40. Vgl. HR 10 februari 2006, NJ 2006, 241 m.nt. Ma (KPN), r.o. 5.7.2 en A-G Timmerman in nr. 3.9 van zijn conclusie bij dit arrest.

41. Kamerstukken II 2003/04, 29 737, nr. 3, p. 27.

nootschap waarin één of meer in de consolidatie opgenomen maatschappijen krachtens een regeling tot samenwerking met andere aandeelhouders, leden of vennoten samen meer dan de helft van de stemrechten in de algemene vergadering van aandeelhouders kunnen uitoefenen, is toegestaan indien hiermee wordt voldaan aan het wettelijk inzichtvereiste. Artikel 2:409 BW is in beginsel bedoeld voor joint ventures die niet als groepsmaatschappij van de consoliderende rechtspersoon kunnen worden aangemerkt. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het aanvankelijk de bedoeling was dat artikel 2:409 BW expliciet zou bepalen dat de regel slechts van toepassing is op rechtspersonen of vennootschappen 'die geen groepsmaatschappij' zijn. Die woorden zijn echter geschrapt omdat reeds uit het inzichtvereiste (zie art. 2:409 sub b BW) volgt dat een groepsmaatschappij doorgaans niet evenredig geconsolideerd mag worden en in geval van een joint venture tussen twee groepsdelen in eenzelfde concern die een eigen deelconsolidatie opstellen, consolidatie naar evenredigheid verantwoord kan zijn.⁴² Artikel 2:409 BW is derhalve geen uitzondering op artikel 2:406 BW, maar een alternatief voor de waardering op basis van artikel 2:389 BW (vermogensmutatiemethode/netto-vermogenswaarde).

Conclusie

Een joint venture partner moet de financiële gegevens van de joint venture volledig consolideren indien de joint venture tot de groep van die joint venture partner behoort of wanneer die partner overheersende zeggenschap op de joint venture kan uitoefenen. In de literatuur bestaat geen eenstemmigheid omtrent de kwestie of een joint venture groepsmaatschappij kan zijn van één of meer joint venture partners. Het merendeel van de auteurs oordeelt dat de joint venture in beginsel geen groepsmaatschappij van beide partners kan zijn, maar wel van een van beide. Dit mits die partner op basis van de samenwerkingsovereenkomst of feitelijke omstandigheden de centrale leiding uitoefent over de joint venture. De Raad voor de Jaarverslaggeving lijkt eenzelfde mening toegedaan. Is de partner tot wiens groep de joint venture behoort een tussenholding, dan kan consolidatie van de joint venture achterwege blijven indien de financiële gegevens worden geconsolideerd door de topholding. Bij het nevenschikte concern wordt de centrale leiding wel uitgeoefend door twee rechtspersonen. De cijfers van de topholdings van een nevenschikt concern mogen buiten de geconsolideerde jaarrekening van de onder hun leiding staande groep worden gelaten, mits beide topholdings het beheren en financieren van de groepsmaatschappijen tot enige werkzaamheid hebben.

Behoort de joint venture niet tot de groep van een partner, dan heeft deze partner de keuze tussen het proportioneel consolideren van de joint venture (mits aan de vereisten van art. 2:409 BW is voldaan) of een waardering op basis van netto-vermogenswaarde.

Mr. L.F. Kruidenier
Mr. R.A. Orsel
NautaDutilh

⁴² Zo valt af te leiden uit Kamerstukken II 1987/88, 19 813, nr. 5, p. 3. Zie hierover Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht, artikel 2:408, bewerkt door S.C.H. Koning, Deventer: Kluwer 2004, p. 666. Kamerstukken II 1986/87, 19 813, nr. 3, p. 16.