

## **De (dis)continuïteit van een kapitaalvennootschap en de jaarrekening**

Hieronder wordt ingegaan op enkele wettelijke bepalingen voor kapitaalvennootschappen (NV/BV) die onder de jaarrekeningenrecht van het Burgerlijk Wetboek (Titel 9 Boek 2 BW) vallen.

### **A. Een laag of een negatief eigen vermogen**

In het algemeen streven kapitaalvennootschappen naar een vermogensstructuur waarin het eigen vermogen, bijvoorbeeld in verhouding tot het vreemd vermogen, een bepaalde omvang heeft. Het kan echter voorkomen dat een NV/BV wordt geconfronteerd met een relatief laag of een negatief eigen vermogen. Mogelijke wettelijke gevolgen van een laag eigen vermogen zijn:

**Bijeenroepen aandeelhoudersvergadering bij een NV**

Bij een NV eist de wet (art. 2:108a BW) dat "binnen drie maanden nadat het voor het bestuur aannemelijk is dat het eigen vermogen van de naamloze vennootschap is gedaald tot een bedrag gelijk aan of lager dan de helft van het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal" een algemene vergadering van aandeelhouders wordt gehouden ter bespreking van zo nodig te nemen maatregelen". De formulering van deze bepaling is zodanig dat er van moet worden uitgegaan dat het bestuur van de NV niet alleen actie moet ondernemen na het opmaken van de jaarrekening van de NV waaruit het te lage eigen vermogen blijkt. Reeds zodra op enig tijdstip het voor het bestuur "aannemelijk" is dat het eigen vermogen beneden deze grens is gedaald, moet een algemene vergadering van aandeelhouders gehouden worden.

**Ontbinding van de NV/BV door de rechtbank**

Bij een te laag aandelenkapitaal (NV) of een te laag eigen vermogen (BV) kan de vennootschap, op verzoek van het openbaar ministerie, worden ontbonden door de rechtbank. Indien bij een NV het geplaatste deel van het aandelenkapitaal of het gestorte deel daarvan op enig moment lager is dan het wettelijk vereiste minimumkapitaal van €45.000 kan de rechter, indien het openbaar ministerie dit verzoekt, de NV ontbinden (art. 2:74 BW). De NV houdt dan als rechtspersoon op te bestaan. Aanvullende eisen stelt de wet niet, een te laag kapitaal is voldoende voor ontbinding. Bij de NV spreekt de wet niet over het eigen vermogen maar over het geplaatste (aandelen)kapitaal. Het is dus mogelijk dat het eigen vermogen door de aanwezige reserves boven het wettelijk vereiste minimum uitkomt, maar het geplaatste aandelenkapitaal of het gestorte deel daarvan niet. Dan bestaat er toch een (theoretisch) ontbindingsrisico voor de NV. Bij de BV is niet het aandelenkapitaal maar het eigen vermogen bepalend voor de toetsing aan het wettelijk vereiste minimumkapitaal van € 18.000,- (art. 2:185 BW). Zowel voor de NV als voor de BV geldt dat de rechter de vennootschap die een te laag kapitaal of eigen vermogen heeft in de gelegenheid kan stellen binnen een bepaalde termijn "het verzuim te herstellen", oftewel in de gelegenheid stellen het aandelenkapitaal of het eigen vermogen op het wettelijk vereiste minimum te brengen.

Vanzelfsprekend gelden ook in een situatie van een (te) laag of negatief eigen vermogen van een kapitaalvennootschap de jaarrekeningvoorschriften uit (Titel 9) Boek 2 BW.

### **B. Ontbinding (liquidatie)**

Een kapitaalvennootschap kan (vrijwillig) worden ontbonden, veelal genoemd liquidatie. Dit zal gebeuren door middel van een onherroepelijk besluit tot ontbinding (ontbindingsbesluit)

dat wordt genomen door het daartoe bevoegde orgaan. Bij de NV/BV is dit orgaan de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: AvA). Als gevolg van dit ontbindingsbesluit wordt de vereffeningfase geopend. Gedurende de vereffeningfase, die aanvangt na het ontbindingsbesluit, blijft de NV/BV voortbestaan voor zover nodig tot vereffening van het vermogen, waarbij achter de naam van de NV/BV op alle uitgaande stukken de woorden 'in liquidatie' worden toegevoegd (art. 2:19 lid 5 BW).

Hoewel een rechtspersoon na het ontbindingsbesluit nog blijft voortbestaan wordt er over de vraag of na het ontbindingsbesluit de jaarrekeningenbepalingen van (Titel 9) Boek 2 BW nog van toepassing zijn in de praktijk verschillend gedacht. Er zijn twee opvattingen:

1. De regels betreffende (opmaken en publicatie van) de jaarrekening gelden niet meer, want deze taak rust op het bestuur en dat is als orgaan verdwenen en vervangen door de vereffenaar(s). Het is de taak van de vereffenaar om de zaken van de rechtspersoon tot vereffening te brengen. Als het ware is de 'jaarrekeningplicht' vervangen door de plicht van de vereffenaar om 'rekening en verantwoording' (en een 'plan van verdeling') op te maken en te publiceren (art. 2:23b lid 4 BW). De AvA kan echter wel (het opmaken van) een jaarrekening eisen (van de vereffenaar).
2. Tijdens vereffeningperiode, die lang kan duren, dient er behoorlijk te worden "boekgehouden" en tevens periodiek verslag te worden gedaan. Het opmaken, vaststellen en publiceren van de jaarrekening blijft dan ook verplicht totdat de vereffening is voltooid.

Strikt genomen is de tweede opvatting juridisch juist: een rechtspersoon 'in liquidatie' blijft voortbestaan tot daadwerkelijke beëindiging van de vereffeningperiode. Ontbinding is pas een feit na afwikkeling van de vereffening. De bepalingen van Titel 9 Boek 2 BW zijn van toepassing op een rechtspersoon, onverschillig of deze al dan niet in liquidatie is. Formeel is sprake van een jaarrekeningplicht bij een rechtspersoon in liquidatie. De praktische vraag die ontstaat is echter wie of welk orgaan die jaarrekening moet opmaken en een eventuele opdracht tot controle van de jaarrekening verstrekken. In beginsel rust de plicht tot het opmaken van een jaarrekening op de vereffenaar omdat deze dezelfde plichten heeft als een bestuurder (art.2:23a lid 1 BW).

De ervaring leert dat de eerste opvatting in de praktijk de meest gangbare handelswijze is. Er wordt geen jaarrekening meer opgemaakt, maar volstaan wordt met het opmaken van een eind- of liquidatiebalans. Daar lijkt in de praktijk, althans bij zogenaamde 'turboliquidaties' waarbij de NV/BV geen baten meer heeft (art. 2:19 lid 4 BW), ook weinig op tegen. Bij andere (niet-turbo) liquidaties wordt verwacht (of gehoopt) dat de vereffenaar op afzienbare termijn de afsluitende 'rekening en verantwoording' zal opstellen en volstaan met deponering daarvan in de vorm van een eindbalans. Er wordt dus géén jaarrekening meer opgesteld of gepubliceerd. Dit wellicht ook omdat het praktische nut van de jaarrekening van een rechtspersoon in liquidatie gering wordt geacht. Wie heeft (nog) belang bij jaarcijfers van een rechtspersoon 'in liquidatie' als alle betrokkenen (ook crediteuren) op de hoogte (kunnen) zijn van de liquidatie? Crediteuren en gerechtigden kunnen na publicatie van de rekening en verantwoording binnen twee maanden in verzet komen (art. 2:23b lid 5 BW). Een praktische vraag is voorts of vereffenaars er 'tijd en geld' voor over zullen hebben om aan de jaarrekeningplicht te voldoen. Ook zullen de kosten verbonden aan het opmaken en publiceren van de jaarrekening ten laste van het vermogen van de NV/BV in liquidatie komen, zodat er minder overschot overblijft ter einduitkering aan de aandeelhouders. De

vereffenaars kunnen er ook voor kiezen om in de ‘rekening en verantwoording’ zoveel mogelijk te voldoen aan de voorschriften van het jaarrekeningenrecht.

### **C. Surséance en faillissement**

Aangaande de verplichting tot opmaken, vaststellen en publiceren van de jaarrekening moeten twee situaties worden onderscheiden. Aan de NV/BV is (i) per boekjaareinde surséance van betaling verleend, er is (nog) geen faillissement aangevraagd of uitgesproken, of (ii) de NV/BV is per boekjaareinde failliet verklaard. Bij een NV/BV is het bestuur belast met het opmaken en de publicatie van de jaarrekening, terwijl de bevoegdheid tot vaststelling van de jaarrekening berust bij de AvA.

Het verlenen van surséance van betaling is bedoeld als maatregel voor uitstel van betaling, vergelijkbaar met een ‘betalingsadempauze’. Surséance is een maatregel die (formeel) bedoeld is tijdelijk te zijn. Dus laat surséance de plicht van het bestuur tot het opmaken en publiceren van de jaarrekening, alsmede de bevoegdheid van de AvA tot het vaststellen van de jaarrekening, onverlet. In de situatie dat surséance is verleend en een bewindvoerder benoemd blijken in de praktijk wel andere waarderingsgrondslagen in de jaarrekening te worden gehanteerd. Dit omdat de continuïteit van de vennootschap niet langer kan worden verondersteld en de jaarrekening niet meer op basis van deze continuïteitveronderstelling kan worden opgemaakt. Hierop wordt hieronder (E) nader ingegaan.

Indien het faillissement is uitgesproken is tevens een (of meer) curator(en) aangesteld. Aan de curator komen onder andere die bevoegdheden toe die normaliter toekomen aan het bestuur. Het beheer en de beschikking over het vermogen van de failliete NV/BV is in handen van de curator. Op basis van jurisprudentie wordt wel aangenomen dat de wettelijke verplichting tot het (jaarlijks) opmaken, vaststellen en publiceren van de jaarrekening na faillissement is vervallen (onder andere: JOR 2002/54). Dit omdat niet kan worden gesteld dat de verplichting tot het opmaken en publiceren van de jaarrekening na het faillissement berust bij de curator, aangezien het bestuur van een failliete NV/BV door het faillissement als het ware buitenspel is gezet. Het bestuur zal na het faillissement ook meestal zijn afgetreden. Het stelsel van de Faillissementswet houdt niet in dat de curator verplicht kan worden een jaarrekening op te stellen (arrest Ondernemingskamer d.d. 27 december 1979: jaarrekening Koninklijke Scholten-Honig 1975/1976). Echter, niet moet worden vergeten dat het bestuur van de NV/BV ook na faillissement verantwoordelijk blijft voor het opmaken en publiceren van jaarrekening(en) over de periode (boekjaren) tot aan het feitelijke moment van uitspreken van het faillissement. Dit blijkt ook uit jurisprudentie (JOR 2005/114).

Zowel surséance als faillissement is geregeld in de Faillissementswet, maar deze bevat echter geen regeling ten aanzien van jaarverslaggeving. Ook in Titel 9 Boek 2 BW of de (daaraan ten grondslag liggende) EG-richtlijnen vennootschapsrecht (met name de eerste en vierde richtlijn) is geen afzonderlijke regeling opgenomen ten aanzien van jaarverslaggeving in geval van surséance of faillissement.

### **D. Verzoek tot ontheffing opmaken jaarrekening**

Aangezien het voor betrokkenen in een liquidatiefase vaak onduidelijk is of de jaarrekeningplicht nog bestaat wordt wel geadviseerd om ‘veiligheidshalve’ aan de minister van Economische Zaken ontheffing van de plicht tot het opmaken (en dus tevens publiceren) van de jaarrekening te verzoeken (art. 2:101 en 210 BW). Overigens, is door de minister per 1

januari 2006 de besluitvorming aangaande zo'n ontheffingsverzoek gemandateerd aan (de directeur van) SenterNovem (Stcr. 13/01/2006).

Het is bekend dat een dergelijk ontheffingsverzoek in het geval van discontinuïteit kan worden gehonoreerd. Bekende voorbeelden zijn dergelijke verzoeken gedaan door de curatoren in het faillissement NV Koninklijke Vliegtuigenfabriek Fokker (zie: JOR 1997/113 mnt Beckman, ook TvI 2000 p. 14-18) en in het faillissement Ceteco NV (Ondernemingsrecht 2000-17 p. 498-499). In deze gevallen werd door het ministerie ontheffing verleend. Weliswaar spitste de motivering van deze ontheffingen zich met name toe op het feit dat de curator(en) geen middelen ter beschikking wilden stellen aan de (leden van) het bestuur voor de kosten van het opmaken en publiceren jaarrekening. Indien de curator dus wel middelen ter beschikking wil stellen, is een ontheffing wellicht niet zonder meer gerechtvaardigd.

Voor verkrijging van ontheffing dienen er 'gewichtige redenen' zijn. Op basis van de wetsgeschiedenis kan worden geconcludeerd dat discontinuïteit zo'n gewichtige reden kan zijn: "bijv. het geval dat liquidatie wordt overwogen, zodat er onzekerheid over de toe te passen waarderingsnormen bestaat" (Aanpassingswet vierde richtlijn, Tweede Kamer zitting 1979-1980, 16 326, nr. 3 p. 31).

## **E. Jaarrekening**

Hierboven is aangegeven dat een NV/BV 'in liquidatie' blijft voortbestaan tot daadwerkelijke beëindiging van de vereffening. Aldus blijft Titel 9 Boek 2 BW van toepassing op de NV/BV ondanks het feit dat deze in liquidatie is. Het is echter duidelijk dat het uitgangspunt van (de waarderingsgrondslagen in) de jaarrekening direct na een (al dan niet vrijwillig) ontbindingsbesluit aan verandering onderhevig is, immers de onderneming van de rechtspersoon wordt niet langer voortgezet.

Ten aanzien van de geconsolideerde jaarrekening is van belang dat een groepsmaatschappij waarbij het ontbindingsbesluit is genomen, surséance is verleend of failliet is verklaard niet langer zal (kunnen) worden meegeconsolideerd. Indien een vereffenaar, bewindvoerder of curator is benoemd zal er geen sprake meer zijn van een groepsband in de zin van art. 2:24b BW. De feitelijke zeggenschap in de (voormalige) groepsmaatschappij berust dan niet (meer) bij de rechtspersoon aan het hoofd van de groep.

Titel 9 Boek 2 BW veronderstelt ten aanzien van de jaarrekening continuïteit van de onderneming, bij de waardering van activa en passiva wordt uitgegaan van de zogenaamde continuïteitsveronderstelling (art. 2:384 lid 3 BW). Is die veronderstelling onjuist of aan gerede twijfel onderhevig dan moet dit onder mededeling van de invloed op vermogen en resultaat in de toelichting van de jaarrekening worden uiteengezet.

Het spreekt voor zich dat het bij discontinuïteit niet eenvoudig is om tot een verantwoorde waardering in de jaarrekening te komen. Er zal vaak grote onzekerheid zijn over de te realiseren opbrengsten bij de vervreemding van de activa van de NV/BV. Bij discontinuïteit zullen andere waarderingsgrondslagen worden gehanteerd (liquidatiewaarde). Er is immers geen sprake meer van een 'going concern'. Indien er nog geen sprake is van discontinuïteit maar (alleen nog) gerede twijfel is aan de continuïteit behoeven de gehanteerde waarderingsgrondslagen (vooralsnog) geen aanpassing, er is nog sprake van de verwachting van (of hoop op) een 'going concern'. De onzekerheid of twijfel over continuïteit zal vanzelfsprekend wel in de toelichting van de jaarrekening uiteengezet worden of als een

‘gebeurtenis na balansdatum’. Indien de jaarrekening wordt gecontroleerd door een accountant, zal eventuele twijfel over de continuïteit mogelijk gevolgen kunnen hebben voor de controlewerkzaamheden en de accountantsverklaring. Deze gevolgen, en de wijze waarop de continuïteitsveronderstelling kan worden getoetst, zijn beschreven in RAC 570 (continuïteitsveronderstelling van de bedrijfsactiviteiten).

In de RJ-bundel wordt aangegeven dat de onontkoombaarheid van discontinuïteit van het geheel der werkzaamheden van de rechtspersoon kan blijken uit (RJ 120.302):

- de doelstelling van de rechtspersoon;
- een daartoe strekkend besluit van de leiding van de rechtspersoon;
- dusdanige andere omstandigheden, dat duurzame voortzetting van het geheel der werkzaamheden onmogelijk is.

Indien een (of meer) van deze omstandigheden zich voordoen vervalt de continuïteitsveronderstelling en dient de balans met toelichting te worden opgesteld uitgaande van liquidatie van het geheel der werkzaamheden van de rechtspersoon (RJ 120.305). Er bestaat gerede twijfel omtrent de continuïteit van de werkzaamheden van de rechtspersoon indien de rechtspersoon niet meer op eigen kracht aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen. Dit houdt in dat de discontinuïteit onvermijdelijk is te achten zonder medewerking van belanghebbenden die verder gaat dan waartoe zij tot dusverre hebben verbonden, terwijl nog niet vaststaat of deze verregaande medewerking zal worden verkregen (RJ 120.307). In de toelichting dient een adequate uiteenzetting te worden gegeven van de omstandigheden waarin de onderneming verkeert (RJ 120.309).

Daarnaast wordt in de RJ-bundel aangegeven dat een relatief gering of negatief eigen vermogen een indicator kan zijn voor twijfel omtrent de continuïteit (RJ 240.243). Hoewel dit niet (met zoveel woorden) is opgenomen in de RJ-bundel, verdient het aanbeveling om indien sprake is van een relatief gering of negatief eigen vermogen in de jaarrekening een nadere toelichting op te nemen over de continuïteit. De continuïteit van een NV/BV is immers sterk afhankelijk van de mogelijkheden om de activiteiten te financieren en het eigen vermogen neemt bij die financiering een zeer belangrijke plaats in. Indien het eigen vermogen relatief laag of negatief is geworden, komt de vraag naar voren op welke wijze dit financieringsprobleem wordt opgelost. Zolang de onderneming daarvoor nog geen oplossing heeft gevonden en in financieringsproblemen verkeert, zal er meestal sprake zijn van een situatie van ‘gerede twijfel omtrent de continuïteit’.

In de praktijk ziet men vaak dat de aandeelhouders van de NV/BV (of de moedermaatschappij) toezeggen dat zij voor een afgebakende periode in de toekomst, bijvoorbeeld een jaar, financiële ondersteuning blijven geven aan de onderneming. Een moedermaatschappij kan dat onder meer doen in de vorm van een harde garantiestelling of een in het algemeen wat vager geformuleerde ‘ondersteuningsbrief’ (‘letter of support’). Ook is het mogelijk dat de onderneming nog voldoende leencapaciteit bij een bank of een andere financier heeft. Daarover kan in de toelichting op de jaarrekening nadere informatie worden verstrekt.