

# JAARREKENING EN WINSTUITKERING IN DE NEDERLANDSE ANTILLEN

Verdiepingscursus Boek 2 BW

22 april 2004 van 16.30 – 17.45 uur

Mr. Karel Frielink – Spigthoff

## 1. De administratieplicht

Voor alle rechtspersonen geldt dat het bestuur verplicht is van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend (art. 2:15 lid 1 BW). Deze administratieplicht kennen we reeds van art. 3:15a BW.

Deze verplichting kan niet bij de statuten of anderszins worden beperkt. Het is een bepaling van dwingend recht. Dat geldt ook voor de verplichting voor alle rechtspersonen die uit hun aard commercieel zijn om een jaarrekening op te maken die aan minimumnormen moet voldoen: de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, de NV, de grote NV en de BV (artt. 2:94, 2:116, 2:120 en 2:216 BW). Een stichting kan natuurlijk ook een commercieel karakter hebben<sup>1</sup>, maar er is niet voor gekozen om eisen aan de jaarrekening van een dergelijke stichting te stellen (art. 2:15 lid 2 BW).

Voor alle rechtspersonen geldt dat iedere bestuurder recht heeft op inzage in de administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers (art. 2:15 lid 1 tweede volzin BW). Ook al is er binnen het bestuur van een rechtspersoon sprake van een duidelijke taakverdeling, toch heeft iedere bestuurder altijd de mogelijkheid kennis te nemen van de administratie. Hij kan daarvan niet worden uitgesloten.

---

<sup>1</sup> Blijkens art. 2:50 lid 5 BW mag het doel van een SPF niet inhouden het uitoefenen van een bedrijf. Wel mag dat doel inhouden het beleggen van kapitaal, het houden van een belang in andere rechtspersonen en het in een commanditaire vennootschap deelnemen als commanditaire vennoot.

Waarom is die administratieplicht van belang? In de eerste plaats natuurlijk voor een ordelijke gang van zaken in de rechtspersoon. De rechtspersoon moet weten welke verplichtingen zijn aangegaan, wanneer en op welke wijze die moeten worden nagekomen. Maar ook met het oog op de mogelijke aansprakelijkheid van bestuurders is deze verplichting van belang. Ik stip dat slechts kort aan.

In geval van faillissement van de rechtspersoon is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort - zijnde het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan - indien er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:16 lid 1 BW). Indien niet is voldaan aan administratieplicht - of wanneer de jaarrekening niet tijdig is opgemaakt - wordt vermoed dat er ook voor het overige sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:16 lid 2 BW). Dit vermoeden vindt geen toepassing ten aanzien van de bestuurder die bewijst dat het niet voldoen aan die verplichtingen, mede gelet op zijn werkring en de periode gedurende welke hij in functie is geweest, niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om een verbeterde nakoming van die verplichtingen te bevorderen (art. 2:16 lid 4 BW).

## **2. De gewone NV en de BV**

Een jaarrekening bestaat uit ten minste een balans, een winst en verliesrekening en een toelichting op deze stukken (artt. 2:116/216 lid 1 BW). Deze stukken zijn in de eerste plaats bestemd voor de aandeelhouders. Met behulp van deze stukken legt het bestuur van de vennootschap verantwoording af aan de aandeelhouders.

De laatste jaren zijn de accenten flink verschoven van het afleggen van verantwoording puur en alleen ten behoeve van de aandeelhouder (de shareholder) naar het afleggen van verantwoording aan belanghebbenden (de stakeholders). Dit alles ook in het kader van, zoals dat tegenwoordig moet heten, maatschappelijk verantwoord ondernemen. Alle (in-

ternationale) regelgeving van de laatste jaren op dit gebied is hierop gericht. Denk aan Sarbanes-Oxley (als gevolg van de Enron-affaire), maar ook aan corporate governance regels, zoals de code Tabaksblat. De straks te bespreken grote NV past in deze ontwikkeling en houdt voor de Nederlandse Antillen een duidelijke koerswijziging in.

De plicht tot het *opmaken* van de jaarrekening rust op het bestuur van de vennootschap. Dit moet gebeuren binnen acht maanden na afloop van het boekjaar. Deze termijn kan door de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) met maximaal zes maanden worden verlengd, desnoods achteraf. Er moet dan wel sprake zijn van bijzondere omstandigheden. De AVA moet zich daarvan rekenschap geven, mede vanwege de gevolgen van het niet tijdig opmaken van de jaarrekening (art. 2:16 lid 2 BW). Bijzondere omstandigheden kunnen m.i. zijn:

- het onverwacht uitvallen van de boekhouder/administrateur;
- het niet tijdig gereed zijn van de jaarrekeningen van de buitenlandse dochter vennootschappen;
- de ontdekking van fraude gepleegd in het boekjaar waarop de jaarrekening betrekking heeft en waaromtrent een onderzoek loopt.

De opgemaakte jaarrekening wordt door alle bestuurders ondertekend. Zij wordt mede ondertekend door de commissarissen die in functie zijn. Ontbreekt een handtekening dan wordt de reden daarvoor medegedeeld (art. 2:116/216 lid 2 BW). Op overtreding van dit voorschrift bestaat geen sanctie. Het beoogt wel tot uitdrukking te brengen dat de jaarrekening een stuk is dat van het bestuur afkomstig is en niet van slechts één of enkele bestuurders.

Het boekjaar van een rechtspersoon is het kalenderjaar, indien in de statuten geen ander boekjaar is aangewezen (art. 2:15 lid 5 BW). Een verlengd boekjaar in verband met het tijdstip van oprichting van de vennootschap is mogelijk: als de vennootschap op 1 december 2004 wordt opgericht, kan het eerste boekjaar van 1 december 2004 tot en met 31 december 2005 lopen.

De door het bestuur opgemaakte jaarrekening is niet meer dan een concept. Deze jaarrekening wordt aan de AVA ter goedkeuring voorgelegd. De AVA kan de jaarrekening alleen goed- of afkeuren, tenzij de statuten toestaan dat de AVA bepaalde of alle posten mag wijzigen dan wel het bestuur mag opdragen de jaarrekening te wijzigen volgens door de AVA (of een commissie uit die AVA) te geven aanwijzingen (art. 2:116/216 lid 3 BW). Aan de AVA kan derhalve het recht van amendering worden toegekend.

Anders dan voor het opmaken van de jaarrekening stelt de wet géén termijn waarbinnen de jaarrekening moet zijn *goedgekeurd*. Weliswaar moet er jaarlijks ten minste één AVA worden gehouden (artt. 2:116/216 lid 1 BW), maar de wet schrijft niet voor dat daarin de jaarrekening moet worden behandeld.

Moet de jaarrekening aan bepaalde normen voldoen? De wet schrijft voor dat de jaarrekening volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht geeft dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat alsmede, voor zover de aard van een jaarrekening dat toelaat, omtrent de solvabiliteit en de liquiditeit van de vennootschap (art. 2:116/216 lid 4 BW).

Iedere aandeelhouder en iedere houder van schuldbrieven aan toonder heeft gedurende twee jaren na het tijdstip van opmaken, onderscheidenlijk goedkeuren van de jaarrekening recht op inzage in de opgemaakte en goedgekeurde jaarrekening en de daarbij behorende stukken (art. 2:116/216 lid 6 BW). Houders van certificaten aan toonder hebben geen inzagerecht. Ik zou menen dat dat dan ook geldt voor houders van certificaten op naam. Het inzagerecht kan ten behoeve van hen door het administratiekantoor worden uitgeoefend.

De algemene vergadering of een ander daartoe bij de statuten aangewezen orgaan is bevoegd om een externe deskundige te benoemen ten einde op de boekhouding regelmatig toezicht te houden, alsmede aan de algemene vergadering verslag uit te brengen omtrent de door het bestuur opgemaakte jaarrekening. De deskundige is gerechtigd tot inzage van

alle boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de vennootschap. De deskundige brengt zijn verslag ook ter kennis van het bestuur, de raad van commissarissen en het orgaan dat hem heeft benoemd (art. 2:117/217 BW).

Blijkens de MvT staat de vraag of iemand deskundig is ter beoordeling van het orgaan dat bevoegd is de deskundige te benoemen. Er is veel voor te zeggen dat de wetgever, die inmiddels oog heeft voor de wenselijkheid van een nadere regulering van het beroep van accountant, daarbij tevens de vraag betreft of het begrip deskundige niet nader wettelijk zou moeten worden omschreven. Een initiatief daartoe wordt thans ontplooid door de Kring Nederlandse Antillen van het NIVRA.

Het niet-nakomen van de verplichting tot het opmaken van een balans en winst- en verliesrekening, de openbaarmaking of nederlegging van enig stuk, of de aankondiging daarvan, is strafrechtelijk gesanctioneerd (hechtenis van ten hoogste twee jaar of een geldboete van ten hoogste NAF 10.000; art. 455quater WvSr).

### **3. De grote NV**

Voor de grote NV gelden bijzondere voorschriften. In de MvT staat dat het gewenst lijkt een strakker jaarrekening-regime te introduceren voor de NV die voldoet aan criteria die wijzen op een zekere maatschappelijke importantie. Ook is daarin te lezen dat het wenselijk lijkt een ontwikkeling voor te bereiden waarbij de NV uit kan groeien tot een rechtsvorm die, meer dan de BV, geschikt is voor relatief grote ondernemingen die de bijzondere belangstelling vragen van het publiek en de overheid.

Daaruit kunnen twee dingen worden afgeleid. De praktijk moet nog wennen aan een strakker jaarrekening-regime. Daarom wordt het bijzondere regime alleen voor de grote NV verplicht ingevoerd en niet, wat ook had gekund, voor de BV die aan dezelfde criteria voldoet en qua maatschappelijke importantie niet voor de grote NV onderdoet. Nu kunnen NV's die groot dreigen te worden zich in een BV omzetten. En in de tweede plaats, dat het huidige regime voor de grote NV op termijn mogelijk nog wordt aange-

scherpt en/of uitgebreid. Dat laatste is echter rechtspolitiek koffiedik kijken en gaat het karakter van deze cursus te buiten.

Een NV wordt als groot aangemerkt wanneer (art. 2:119 lid 2 BW):

- a. bij de NV zijn in de Nederlandse Antillen op enig tijdstip in de periode tussen één maand voor en één maand na de balansdatum ten minste twintig werknemers, tezamen volmakende ten minste twintig mandagen, werkzaam krachtens een arbeidsovereenkomst met de vennootschap, een groepsmaatschappij van de vennootschap, een uitzendbureau of een soortgelijke instelling;
- b. de waarde van de (geconsolideerde) activa bedraagt, volgens een met inachtneming van het derde lid van art. 2:120 BW opgemaakte balans, meer dan NAF 5 miljoen of het equivalent daarvan in buitenlandse valuta; en
- c. de (geconsolideerde) netto-omzet gedurende het boekjaar, berekend met inachtneming van het derde lid van art. 2:120 BW opgemaakte jaarrekening, meer dan NAF 10 miljoen of het equivalent daarvan in buitenlandse valuta.

#### Ad werknemers

Bij dit werknemerscriterium gaat het om één peilmoment: namelijk enig moment gedurende één maand voor of na de balansdatum (meestal dus december en januari). De betrokkenen moeten in de Nederlandse Antillen werkzaam zijn. Dat hoeft niet op grond van een arbeidsovereenkomst, maar kan ook uitzendkrachten betreffen.

De wet spreekt hier over groepsmaatschappij zonder dit begrip nader te duiden. Het ligt voor de hand aansluiting te zoeken bij het Nederlandse recht: een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en contractuele vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn derhalve rechtspersonen en contractuele vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden (vgl. K. Frielink, *Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht*, Deventer: Kluwer, 2003, blz. 112).

### Ad waarde activa en omzet

Bij het bepalen van de waarde van de activa en de hoogte van de omzet moeten de door de International Accounting Standards Board (IASB) vastgestelde normen in acht worden genomen. Dat zijn ook de normen die in het kader van het strakkere jaarrekening-regime gelden.

De vraag daarbij is uiteraard of er consolidatie moet plaatsvinden. De beantwoording daarvan wordt bepaald door de toepasselijke verslaggevingsregels. De financiële verslaggevingsregels bepalen zelf de zogeheten consolidatiekring, met andere woorden, schrijven zelf voor wanneer er moet worden geconsolideerd. Over het algemeen geldt dat ‘slechts’ de groepsmaatschappijen in de consolidatiekring vallen.

Bij de IASB-normen gaat het om de *International Financial Reporting Standards* (IFRS). In IFRS 27 par. 1 wordt consolidatie voorgeschreven voor ‘*a group of companies under the control of a parent*’. Centraal staat het begrip ‘control’ en dat houdt in dat de moedermaatschappij het in zijn macht moet hebben om de financiële en operationele activiteiten van de groepsmaatschappij zodanig te beïnvloeden dat deze moeder hieruit inkomsten kan genereren (IFRS 27 par.6). De moeder moet dus invloed van betekenis hebben.

Het consolideren (van een 100% belang) houdt in dat je alle posten uit de verschillende jaarrekeningen van de groepsmaatschappijen bij die van de moedermaatschappij optelt en vervolgens de intercompany verhoudingen elimineert. Deze intercompany verhoudingen kunnen ontstaan door onderlinge leveringen van goederen en diensten, het verstrekken van leningen over en weer, het in rekening brengen van royalties, managementvergoedingen enz. Dat geldt dus niet alleen voor de netto omzet. Is er sprake van een belang van minder dan 100%, laten we zeggen 80%, dan worden toch alle posten voor de volle 100% meegeconsolideerd en wordt er vervolgens als aftrekpost in één bedrag een post minderheidsdeelneming gepresenteerd ter grootte van 20% van het eigen vermogen van die be-

treffende groepsmaatschappij in de balans en 20% van het netto resultaat van de betreffende groepsmaatschappij in de winst- en verliesrekening.<sup>2</sup>

#### Wat houdt het strakkere regime in?

Jaarlijks binnen zes maanden na afloop van het boekjaar, behoudens verlenging van deze termijn door de algemene vergadering op grond van bijzondere omstandigheden met ten hoogste zes maanden, maakt het bestuur een jaarrekening op en een jaarverslag en legt het deze stukken voor alle aandeelhouders ter inzage ten kantore van de vennootschap.

De stukken worden opgemaakt in de taal van de statuten, tenzij de algemene vergadering tevoren anders heeft beslist (art. 2:120 lid 1 BW). Vier punten vallen op in vergelijking met de regeling voor de gewone NV of BV:

- de termijn is hier niet acht, maar zes maanden (wederom: behoudens verlenging);
- de stukken moeten binnen die zes maanden ter inzage worden gelegd voor de aandeelhouders (behoudens verlenging);
- het bestuur moet ook een jaarverslag opstellen; en
- de stukken moeten worden opgemaakt in de taal van de statuten, tenzij de AVA tevoren anders heeft beslist.

Een jaarverslag is een document waarin het bestuur nader op de gang van zaken in het afgelopen boekjaar ingaat, mededelingen doet over de te verwachten gang van zaken en waarin op die gebeurtenissen wordt ingegaan waarmee in de jaarrekening geen rekening behoefde te worden gehouden, maar die wel van belang zijn voor de toekomstverwachtingen (bijvoorbeeld het zoeken van een strategische partner en de kans op succes daarvan). Het jaarverslag bevat mede inlichtingen omtrent gebeurtenissen van bijzondere betekenis, die na het einde van het boekjaar hebben plaatsgevonden (bijvoorbeeld het na de balansdatum instorten van de markt waarop de NV actief is). Het jaarverslag moet blijken de wet een getrouw beeld geven van de toestand op de balansdatum en de gang van

---

<sup>2</sup> Terzijde wordt er op gewezen dat met ingang van 1 januari 2005 op grond van de IASB-normen een nieuwe regeling voor preferente aandelen geldt. Die moeten dan onder 'vreemd vermogen' worden opgenomen en worden dus als schulden aangemerkt. Dat betekent dat de solvabiliteit van veel bedrijven daardoor zal dalen (zie nader [http://www.nivra.nl/index.asp?nieuws/nieuwe\\_fd190404.asp](http://www.nivra.nl/index.asp?nieuws/nieuwe_fd190404.asp)).



zaken gedurende het boekjaar van de vennootschap en van de dochtermaatschappijen waarvan de financiële gegevens in haar jaarrekening zijn opgenomen. Het jaarverslag mag niet in strijd zijn met de jaarrekening (art. 2:120 lid 5 BW).

Het *jaarverslag* wordt onverwijld na afloop van de termijn van zes maanden aangeboden aan de algemene vergadering (behoudens verlenging met nog eens maximaal zes maanden). Tegelijkertijd wordt de opgemaakte jaarrekening aan de algemene vergadering ter goedkeuring voorgelegd. De statuten kunnen bepalen dat de algemene vergadering de bevoegdheid heeft alle of bepaalde posten te wijzigen dan wel het bestuur op te dragen de jaarrekening te wijzigen volgens door de algemene vergadering of een commissie uit die vergadering te geven aanwijzingen (art. 2:120 lid 6 BW). Dat laatste geldt bij de gewone NV en de BV ook.

### Dochtermaatschappijen

Voorts moet het bestuur aan de jaarrekening toevoegen: de laatst beschikbare jaarrekening met de daarbij eventueel behorende deskundigenverklaring en het jaarverslag van de *dochtermaatschappijen*, voor zover deze niet zijn geconsolideerd tenzij, blijkens de toelichting op de jaarrekening, vermelding van deze gegevens van te verwaarlozen betekenis is voor het door de vennootschap te verschaffen inzicht (art. 2:120 lid 2 BW).

Het begrip dochtermaatschappij is niet wettelijk omschreven. Het ligt ook hier voor de hand aansluiting te zoeken bij het Nederlandse recht: Van een dochtervennootschap is sprake wanneer een aandeelhouder zodanige zeggenschap over een NV of BV kan uitoefenen dat hij, bij verschil van mening met de NV of BV, zijn wil kan doorzetten. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een aandeelhouder meer dan de helft van de stemrechten in de algemene vergadering kan uitoefenen, al dan niet met behulp van een stemovereenkomst. Evenzeer is sprake van een dochtervennootschap wanneer de NV meer dan de helft van de bestuurders of leden van het algemeen bestuur kan benoemen en ontslaan, al dan niet met behulp van een stemovereenkomst.

Is sprake van niet te verwaarlozen dochtervennootschappen dan moeten die dus worden meegeconsolideerd dan wel moeten de afzonderlijke jaarrekeningen aan de jaarrekening van de grote NV worden toegevoegd.

### IASB-Normen

De belangrijkste wijziging ten opzichte van de gewone NV en BV is dat bij de grote NV de jaarrekening moet worden opgesteld volgens de door de *International Accounting Standards Board* (IASB) vastgestelde normen en een zodanig inzicht moet geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede, voor zover de aard van een jaarrekening dat toelaat, omtrent de solvabiliteit en de liquiditeit van de vennootschap (art. 2:120 lid 3 BW). In de praktijk zal het bij de IASB-normen thans gaan om de zogeheten *International Financial Reporting Standards*. Hier betreden we echter het terrein van de accountants.

De vennootschap mag de jaarrekening opstellen volgens andere internationaal aanvaarde normen (bijvoorbeeld US of Dutch GAAP), mits uit de toelichting blijkt welke gegronde redenen daartoe aanleiding hebben gegeven en volgens welke normen de jaarrekening is opgesteld (art. 2:120 lid 3 BW). In dat verband kan worden gedacht aan concernvennootschappen waarvan de overige concernonderdelen andere internationaal normen hanteren of aan beursvennootschappen die op grond van beursregelgeving dergelijke andere normen dienen toe te passen.

### Verplichte accountantscontrole

De grote NV is gehouden een externe deskundige in te schakelen. De AVA is daartoe bevoegd. Laat de AVA dat na dan is de RvC daartoe bevoegd. Is er geen RvC of blijft deze in gebreke, dan is het bestuur bevoegd de deskundige in te schakelen (art. 2:121 leden 1 en 2 BW). De jaarrekening kan door de AVA pas worden goedgekeurd nadat zij kennis heeft kunnen nemen van de verklaring van de deskundige, die aan de jaarrekening moet zijn toegevoegd (art. 2:121 lid 7 BW).<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> In art. 2:144 lid 2 BW is vastgelegd dat wanneer een NV een onafhankelijke Raad van Commissarissen heeft, de conform art. 2:120 lid 4 BW opgemaakte jaarrekening de instemming van deze raad behoeft. De

Anders dan bij de gewone NV en BV schrijft de wet expliciet voor wie als deskundige worden aangemerkt (art. 2:121 lid 6 BW). Het gaat om een registeraccountant in de zin van de Nederlandse regelgeving, een accountant-administratieconsulent als bedoeld in art. 2:393 lid 12 Nederlands BW, een *certified public accountant* in de zin van de regelgeving in de Verenigde Staten, alsmede iemand die door de Minister belast met Economische Zaken bij een herroepelijke vergunning als deskundige is toegelaten op grond van een bewijs dat betrokkene voldoet aan eisen van bekwaamheid. Deze eisen moeten op een niveau liggen dat gelijkwaardig is aan dat van een registeraccountant, accountant-administratieconsulent als bedoeld of *certified public accountant* als bedoeld. De Minister kan aan de vergunning voorwaarden verbinden.

In een aantal landsverordeningen wordt naar dit begrip ‘deskundige’ verwezen (Landsverordening toezicht bank- en kredietwezen; Landsverordening toezicht verzekeringsbedrijf en de Landsverordening Ondernemingspensioenfondsen). Ook in de artt. 8, 9, 17 en 18 van de Landsverordening toezicht beleggingsinstellingen en administrateurs wordt naar deze deskundige verwezen. Een belangrijke mate van uniformering is hiermee bereikt.

### Inzagerecht

De vennootschap is verplicht binnen acht dagen na *goedkeuring* van de jaarrekening en gedurende twee jaar daarna een volledig afschrift van de jaarrekening, waarop de dag van de goedkeuring is aangetekend, ten kantore van de vennootschap ter inzage te leggen voor belanghebbenden (art. 2:122 lid 1 BW).

Is de jaarrekening niet binnen twee maanden na afloop van de (al dan niet verlengde) termijn van zes maanden – voor het opmaken daarvan - goedgekeurd, dan wordt de opgemaakte jaarrekening onverwijld ten kantore van de vennootschap ter inzage gelegd voor belanghebbenden (art. 2:122 lid 2 BW). Uit deze bepaling blijkt dat het van belang wordt geacht dat er verantwoording aan de belanghebbenden wordt afgelegd, zelfs als de jaarre-

---

RvC is bevoegd wijzigingen aan te brengen in de opgemaakte jaarrekening alvorens deze aan de AVA ter goedkeuring wordt voorgelegd. De wijzigingen moeten schriftelijk worden toegelicht.

kening nog niet is goedgekeurd. Het lijkt wel raadzaam om er duidelijk melding van te maken dat het om niet-goedgekeurde stukken gaat; iets waar de accountant in de regel ook op zal letten (alles wat ook maar lijkt op een verantwoording zal hij van 'concept' voorzien). Van de terinzagelegging moet melding worden gedaan aan het handelsregister en wanneer van toepassing met vermelding dat het om niet-goedgekeurde stukken gaat (art. 2:122 lid 3 BW).

De statuten kunnen bepalen dat een belanghebbende die inzage wil zich moet laten vertegenwoordigen door een accountant (art. 2:122 lid 4 BW). Dit biedt de vennootschap een mogelijkheid om zich te beschermen tegen al te opdringerige personen, die zich als belanghebbende affichereren en als zodanig om inzage vragen. Van een registeraccountant of vergelijkbare deskundige mag worden verwacht dat hij serieus nagaat of zijn opdrachtgever als belanghebbende in de zin van art. 2:122 BW kan gelden. Van hem kan ook worden verwacht dat hij, voor zover dat nodig is, zijn opdrachtgever voorlicht over de betekenis van het door hem geconstateerde en zoveel mogelijk voorkomt dat onjuiste, voor de vennootschap schadelijke conclusies worden getrokken. Van de gevolmachtigde accountant of vergelijkbare deskundige mag tenslotte worden verwacht dat hij zich zonodig verstaat met de deskundigen binnen de directie van de vennootschap of de accountant van de vennootschap. De prudentie die van de gevolmachtigde accountant of vergelijkbare deskundige wordt verwacht gaat niet zover dat hij geheimhouding zou moeten betrachten terzake van hetgeen hem bij zijn onderzoek is gebleken. De tussenschakeling van de accountant of vergelijkbare deskundige is niet bedoeld om geheimhouding te bevorderen. Dat zou ook in strijd zijn met het uitgangspunt dat de jaarrekening voor belanghebbenden ter inzage ligt en de regel dat deze een afschrift van de ter inzage gelegde stukken kunnen krijgen.

Wie zijn een belanghebbende? De wet zwijgt daarover. Volgens de MvT zullen de praktijk en de rechtspraak hier hun weg moeten vinden. Als belanghebbenden komen in ieder geval in aanmerking: crediteuren die redelijkerwijze aan tijdige betaling van hun vordering kunnen twijfelen, werknemers en hun vertegenwoordigers die redelijkerwijs aan de continuïteit van de onderneming kunnen twijfelen, personen die serieus overwegen trans-

actie van enige omvang met de vennootschap aan te gaan, etc. Geen belanghebbende lijkt mij degene die bij de NV wil solliciteren en zich uit dien hoofde van de inhoud van de jaarrekening op de hoogte wil stellen, of degene die zich aan het oriënteren is op mogelijke overnamekandidaten. Een potentiële contractspartij (een mogelijke crediteur in de toekomst) is geen belanghebbende. Twijfelt de vennootschap op goede gronden aan het belang van de degene die inzage vraagt, dan mag zij deze weigeren. Volhardt de betrokkene in zijn wens tot inzage, dan zal hij zich tot de rechter moeten wenden. Een dergelijke zaak leent zich bij uitstek voor een kort geding, waarbij het spoedeisend belang verondersteld mag worden aanwezig te zijn, omdat een uitspraak in een langslappende bodemprocedure het belang bij de inzage in de regel doet verdwijnen.,

De op het inzagerecht betrekking hebbende bepalingen gelden niet voor de NV die haar goedgekeurde dan wel opgemaakte jaarrekening voor een ieder ter inzage legt ten kantore van het handelsregister binnen de gestelde termijn (art. 2:122 lid 6 BW). Dat is ook logisch, omdat iedereen dan bij de Kamer van Koophandel de stukken kan inzien.

De wet bevat nog een belangrijke bepaling inzake het inzagerecht. Dat betreft kort gezegd het geval dat de grote NV is meegeconsolideerd in de jaarrekening van een andere rechtspersoon of personenvennootschap die voldoet aan art. 2:120 lid 3 BW en deze andere vennootschap zich schriftelijk hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de schulden die ontstaan uit rechtshandelingen van de grote NV die zijn ontstaan of zullen ontstaan binnen *twee jaar na afloop* van het meegeconsolideerde boekjaar. Een voorwaarde daarvoor is dat die verklaring binnen zes maanden na afloop van dat boekjaar in het handelsregister is ingeschreven en dat, kort gezegd, de geconsolideerde jaarrekening ter inzage wordt gelegd (art. 2:123 BW). Er hoeft dan dus geen individuele jaarrekening te worden opgesteld.

### Aansprakelijkheid

Indien door een jaarrekening die de grote NV openbaar heeft gemaakt, een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand van de vennootschap, zijn de bestuurders en commissarissen tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade, die deze der-

den daardoor hebben geleden. De bestuurder of commissaris die bewijst dat zulks niet aan een tekortkoming zijnerzijds is te wijten, is niet aansprakelijk. Dit geldt ook indien door het niet tijdig opmaken of openbaar maken van de jaarrekening schade is geleden (art. 2:125 BW).

#### Toepasselijkheid regeling grote NV

Bij de BV kan voor vrijwillige toepassing van het regime voor de grote NV worden gekozen (art. 2:219 BW). Bij de gewone NV kan dat ook (art. 2:119 lid 3 BW).

De artt. 2:116 tot en met 2:126 BW – dat zijn de regels voor de gewone NV (die gelijk gelden voor de BV) en voor de grote NV - gelden pas voor het eerste boekjaar dat aanvangt na het in werking treden van Boek 2 BW (1 maart 2004). Tot dat tijdstip blijft voor de betrokken rechtspersoon het voordien geldende recht van toepassing (vgl. art. XXIX van de Landsverordening van 16 februari 2004, P.B. 2004, 16 tot opnemings van onder andere art. 37t in de Landsverordening overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek, P.B. 2000, 119).

Met ingang van welk boekjaar moet de NV die aan de drie criteria voldoet het bijzondere regime toepassen? De wet is op dat punt niet expliciet, maar een redelijke wetsuitleg brengt mee dat dit het boekjaar is volgend op het boekjaar waarin aan de criteria inzake de waarde van de activa en de omzet is voldaan, terwijl de NV in (december van) het afgelopen of (in januari van het) nieuwe boekjaar voldoet aan het werknemerscriterium. Met andere woorden: het bijzondere regime werkt niet terug. Dat zou overigens ook niet kunnen, omdat de financiële administratie van de betreffende NV daarop niet is ingericht en noodzakelijke gegevens niet op de voorgeschreven wijze uit het systeem kunnen worden herleid. Bovendien impliceert een controleopdracht dat gedurende het jaar waarop de controle betrekking heeft, de accountant periodiek systeemcontroles kan uitvoeren. Bij een toepasselijkheid met terugwerkende kracht zou deze mogelijkheid niet bestaan, tenzij daarop reeds tijdig zou worden geanticipeerd.

Zijn alle problemen daarmee opgelost? Eerlijk gezegd niet. Zoals we hebben gezien kan uiterlijk op de laatste dag van de eerste maand van het nieuwe boekjaar blijken dat de NV voldoet aan alle criteria, dus als groot moet worden aangemerkt en met ingang van dat nieuwe boekjaar aan het strakkere regime moet voldoen. Deze NV is verplicht een externe deskundige (een accountant) te benoemen (art. 2:121 lid 1 BW). Wanneer doe je dat? In beginsel zo snel mogelijk, want de accountant moet ook gedurende het jaar in staat zijn om de interne en administratieve organisatie te beoordelen. Kan hij dat niet dan kan hij in de regel geen goedkeurende accountantsverklaring afgeven. Maar dit hangt uiteraard mede af van de aard van het bedrijf. Twee voorbeelden om dat duidelijk te maken:

*Voorbeeld 1:* de NV exploiteert een casino. Daar draait alles om kasgeld, alsmede de afdracht en verantwoording daarvan. Een accountant die pas op 1 maart van het jaar wordt benoemd en dus al twee maanden gemist heeft, kan over dat jaar geen goedkeurende verklaring afgeven.

*Voorbeeld 2:* de NV exploiteert onroerend goed. De accountant wordt op 1 juni benoemd. Als er in die NV niet veel meer aan de hand is dan dat die eigenaar is van een aantal onroerende zaken, partij is bij huurovereenkomsten en huuropbrengsten ontvangt, dan zal de accountant in de regel wel in staat zijn om tot een goedkeurende verklaring te komen, omdat hij het ‘verleden’ aan de hand van stukken (rekeningafschriften; eigendomsbewijzen respectievelijk kadastrale uittreksels en huurovereenkomsten) makkelijk kan controleren.

Maar: of je aan de criteria voldoet zal pas blijken als de jaarrekening is opgesteld, ofwel pas acht maanden na afloop van het boekjaar (behoudens verlenging). Met betrekking tot het nieuwe boekjaar zal dus in de regel géén goedkeurende verklaring kunnen worden afgegeven, maar dan over het daarop volgende boekjaar evenmin, omdat van de jaarrekening ook de vergelijkende cijfers van het verstreken boekjaar deel uitmaken en pas een goedkeurende verklaring kan worden afgegeven als de accountant ook die cijfers heeft kunnen controleren. Dat zal voor de balans veelal geen probleem zijn, maar wel voor de winst- en verliesrekening. De accountant zal van een en ander expliciet melding moeten

maken. Het blijft voor de NV natuurlijk vervelend dat er geen goedkeurende verklaring kan worden afgegeven, maar daar staat tegenover dat met de benoeming van een accountant niet hoeft te worden gewacht totdat het strakkere regime van toepassing is.

#### Nog twee laatste opmerkingen over de grote NV

Wie controleert of een NV een grote NV is wanneer er geen accountant is benoemd, terwijl alleen een accountant kan bepalen of aan de criteria wordt voldaan? En wellicht dat de NV op grond van haar eigen grondslagen voor de jaarrekening niet aan de criteria voldoet, maar wanneer de IASB-normen zouden worden toegepast wel, terwijl de NV zich dat niet bewust is. Je kunt al gauw in een cirkelredenering terechtkomen: op basis van bepaalde criteria dient een accountant te bepalen of de vennootschap groot is. Dit zal hij moeten doen aan de hand van IFRS. In feite dient hij dan al alle posten zo goed als te controleren, want alleen de wijze van presentatie van de posten geeft natuurlijk te weinig zekerheid. Je bent dan al aan het controleren of je groot bent om in dat geval gecontroleerd te worden... Een oplossing daarvoor zou zijn om NV's die aan een nog nader te bedenken criterium voldoen, te verplichten om een accountant te benoemen, die dan (steeds) kan controleren of de NV al dan niet groot is geworden. De vraag is dan natuurlijk welk criterium en hoe dat dan wordt gecontroleerd, maar dat lijken zo op het eerste oplosbare problemen. Een alternatief zou natuurlijk zijn accountantscontrole voor alle vennootschappen in te voeren, maar ook dat is een rechtspolitieke kwestie waarover wij ons hier niet hoeven uit te spreken.

Nog een laatste puntje over de grote NV. Een NV kan in het ene jaar aan de criteria voldoen, dan weer niet, dan weer wel, enzovoort. De toepasselijkheid van het strakkere regime kan derhalve ook fluctueren, en dat met de problemen die we eerder signaleerden.

Er lijkt dan ook wat voor te zeggen om de wettelijke regeling zodanig te wijzigen, dat een NV als groot wordt aangemerkt wanneer aan de drie criteria wordt voldaan, maar dan ook gehouden is om gedurende twee jaar dat strakkere regime toe te passen. Een alternatief zou zijn om het strakkere regime pas van toepassing te laten zijn, wanneer een NV gedurende twee opeenvolgende jaren aan de criteria voldoet, maar dat geeft meer ruimte om



daaraan te ontsnappen, bijvoorbeeld door een stuk van de omzet in het ene dan wel in het andere jaar te laten vallen. In de evaluatie van Boek 2 BW zou dit punt moeten worden meegenomen.

#### **4. Winstuitkering**

Eindelijk: we zijn bij de winst. En daar gaat het uiteindelijk allemaal om.

Niet alle aandelen hoeven in de winst te delen. Is sprake van aandelen met een nominale waarde dan ligt het voor de hand het winstrecht daaraan te relateren. Bestaan er aandelen met verschillende nominale waarden naast elkaar, dan moeten de statuten een regeling inzake het winstrecht bevatten (art. 2:102/202 lid 4 BW).

Naast aandeelhouders kunnen ook anderen tot de winst zijn gerechtigd, bijvoorbeeld houders van winstbewijzen. Aangenomen moet worden dat waar in het BW over rechtshabenden tot de winst wordt gesproken, daarmee wordt bedoeld op winstrechten zoals deze uit de statuten van de NV of BV blijken. Er bestaan immers ook andere winstgerechtigden, zoals tantièmegerechtigden of winstdelingsgerechtigden, waarbij het gaat om een beloning die deel uitmaakt van hun loon of honorarium (Asser-Maeijer 2-III, nr. 145).

In de Nederlandse wet geldt als uitgangspunt dat de winst de aandeelhouders ten goede komt. De statuten bepalen doorgaans dat de winst ter beschikking van de aandeelhoudersvergadering staat: die moet dan jaarlijks over de bestemming van de winst beslissen. In feite zijn er maar twee bestemmingen mogelijk: uitkeren of inhouden.

De Antilliaanse wet schrijft met betrekking tot de winstuitkering voor dat, in onmiddellijke samenhang met de goedkeuring van de jaarrekening, de algemene vergadering of een ander bij de statuten aangewezen orgaan beslist over de uitkering of inhouding van de uit die jaarrekening blijkende winst en over het doen van andere uitkeringen ten laste van het uit die jaarrekening blijkende eigen vermogen (art. 2:118/218 lid 1 BW).

Hoofddregel bij de NV en BV is dus dat de algemene vergadering van aandeelhouders over uitkering of inhouding van de winst en over het doen van andere uitkeringen ten laste van het (bedrijfseconomische) eigen vermogen beslist, en dat ieder aandeel recht geeft op een gelijk bedrag. De statuten kunnen echter een andere regeling bevatten (art. 2:118/218 leden 1 en 3 BW). De Memorie van Toelichting bij de Landsverordening in de BV zegt met zoveel woorden, en dat geldt ook nu nog, dat er volledige vrijheid bestaat om deze zaken naar eigen inzicht te regelen, zolang maar aan het vereiste van een 'volwaardig' aandeel is voldaan. In plaats van de vergadering van aandeelhouders kan bijvoorbeeld het bestuur of de raad van commissarissen als het bevoegde *orgaan* terzake van een beslissing tot 'uitkering of inhouding' worden aangewezen. Het moet dus wel om een orgaan gaan, zodat niet een individuele persoon kan worden aangewezen.

Een orgaan is een zelfstandig, functioneel onderdeel van de NV, bestaande uit één of meer personen, waaraan door wet of statuten vennootschappelijke (rechtspersoonsrechtelijke) bevoegdheden zijn toegekend; het orgaan representeert (met uitsluiting van anderen) de vennootschap op dat terrein waarop het krachtens wet of statuten bevoegd is.

Terzijde wordt er op gewezen dat in Nederland een orgaan als de Raad van Commissarissen of de vergadering van houders van prioriteits aandelen, statutair de bevoegdheid kan krijgen te bepalen welk deel van het in een jaar behaalde resultaat zal worden gereserveerd, waarna de (resterende) winst ter beschikking van de algemene vergadering staat. In Antilliaanse-terminologie: de beslissing inzake de inhouding kan in Nederland aan de vergadering van aandeelhouders worden onttrokken, de besluitvorming inzake de uitkering echter niet.

In onze wet is dus vastgelegd dat de statuten van de NV of BV de *verdeling* geheel of gedeeltelijk kunnen overlaten aan een daartoe aangewezen orgaan, bijvoorbeeld de raad van commissarissen. Dit gold al voor de BV en thans ook voor de NV. Op grond van de wet zijn aan alle aandelen gelijke rechten verbonden en delen zij gelijkelijk in de winst. De statuten kunnen als gezegd anders bepalen en de verdeling van de winst aan de discretie van een orgaan overlaten. Over de wijze van verdeling zelf kunnen de statuten zwijgen.

Dat kan soms wenselijk zijn: gedacht kan worden aan concerns met ‘twin-shares’<sup>4</sup>, joint venture-verhoudingen en familiebedrijven. De wet bevat in dit geval (dat het orgaan naar eigen inzicht mag handelen) geen enkele regel waaraan het orgaan dat over de verdeling beslist zich zou moeten houden: houders van gelijke aandelen kunnen bijvoorbeeld ongelijk worden behandeld.

Er is één duidelijke grens die aan een winstuitkering wordt gesteld.<sup>5</sup> Uitkeringen aan aandeelhouders - en andere uitkeringsgerechtigden - mogen niet worden gedaan indien het eigen vermogen van de vennootschap negatief is of door die uitkering negatief zou worden. Een besluit tot het doen van een zodanige uitkering heeft geen enkele rechtskracht (art. 2:118/218 lid 5 BW). Een dergelijke uitkering *wordt vermoed* (tegenbewijs is dus mogelijk) hiermee in strijd te zijn, indien de jaarrekening van het boekjaar ten laste waarvan de uitkering wordt gedaan, met inachtneming van die uitkering een eigen vermogen toont dat negatief is. Betreft het een uitkering die in onmiddellijke samenhang met de goedkeuring van de jaarrekening wordt gedaan, dan is het vermoeden onweerlegbaar (art. 2:118/218 lid 6 BW). Wanneer de vennootschap een nominaal kapitaal heeft, dan wordt het bedrag daarvan als ondergrens aangenomen in plaats van het eigen vermogen (art. 2:118/218 lid 7 BW).

Is er enige andere normering voor het in beginsel discretionaire handelen van het orgaan? Nu de wet zwijgt moeten we terugvallen op algemene leerstukken: redelijkheid en billijkheid (art. 2:7 lid 1 BW), misbruik van bevoegdheid, onrechtmatig handelen. In de praktijk zal dit er op neerkomen dat slechts zelden een actie van een aandeelhouder zal slagen. De toetsing door de rechter zal immers slechts marginaal zijn, temeer daar de aandeelhouder bij het verwerven van zijn aandelen de voor- en nadelen van zijn positie heeft kunnen verdisconteren, en dus bijvoorbeeld rekening heeft kunnen houden met een ongelijke behandeling.

---

<sup>4</sup> Zoals bij Unilever, die twee moedervenootschappen heeft, een Nederlandse NV en een Engelse PLC, die bijna als één entiteit fungeren (<http://www.unilever.com/investorcentre>).

<sup>5</sup> Zolang de NV of BV eigen aandelen houdt – of via een rechtspersoon waarin de vennootschap krachtens stemrecht, direct of indirect, de doorslaggevende zeggenschap kan uitoefenen - kunnen de daaraan verbonden rechten niet worden uitgeoefend (art. 2:114/214 lid 2 juncto 2:132/232 lid 2 BW), zij het dat die aandelen wel kunnen delen in de winst (art. 2:118/218 lid 3 BW).

Ter zake van de uitkering (verdeling) van de winst, kan bijvoorbeeld aan een systeem van winstcompartimentering worden gedacht, waarbij houders van een bepaalde soort aandelen (welke bijvoorbeeld met een letter zouden kunnen worden aangeduid) slechts recht hebben op één met name genoemde onderneming die door de NV of BV wordt gedreven en de houders van een andere soort recht op een andere door de NV of BV gedreven onderneming.<sup>6</sup> Wordt een zodanig systeem gehanteerd, dan geldt voor het totaal van de uitkeringen de eis dat het eigen vermogen van de vennootschap niet negatief mag zijn of door de uitkeringen negatief zou worden. Door de slechte resultaten van de ene onderneming, kunnen derhalve ook de aandeelhouders die zijn gerechtigd tot de winst van de goed draaiende onderneming, in de uitvoering van hun wens om die winst uit te keren worden gehinderd.

Het begrip ‘uitkeringen’ als hier bedoeld moet ruim worden opgevat: het gaat om dividend in contanten, uitkeringen in aandelen of andere op geld waardeerbare voordelen.

Het recht op een uitkering uit de winst kan pas ontstaan nadat de jaarrekening is vastgesteld. De winst moet immers uit deze jaarrekening blijken (art. 2:118/218 lid 1 BW). Tussentijdse uitkeringen (interim-dividenden) zijn mogelijk ten laste van een lopend boekjaar of een boekjaar waarvan de jaarrekening nog niet is vastgesteld (art. 2:118/218 lid 2 BW)

Voor winstuitkeringen, inclusief de tussentijdse, geldt dat deze niet kunnen worden gedaan indien het eigen vermogen van de vennootschap negatief is of door die uitkering negatief zou worden. Een besluit tot het doen van een zodanige uitkering mist, als gezegd, iedere rechtskracht, en is dus ook niet geldig tot het bedrag dat wel toelaatbaar zou zijn (art. 2:118/218 lid 5 BW). Voor dat laatste is dus een nieuw besluit nodig.

---

<sup>6</sup> Dit zal bij lokaal actieve vennootschappen niet gebeuren, omdat daarvoor geldt dat om voor een vestigingsvergunning in aanmerking te komen, het doel zo specifiek mogelijk wordt omschreven en samenhangend is: ongelijksoortige activiteiten mogen niet door middel van één vennootschap worden uitgeoefend.

Voor een rechtsgeldig besluit tot een tussentijdse uitkering is niet vereist dat een tussentijdse vermogensopstelling wordt gemaakt waaruit de geoorloofdheid daarvan blijkt. Teveel betaald interim-dividend kan als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd (art. 6:203 BW). Aangezien de BV slechts aandelen op naam kent en de identiteit van andere winstgerechtigden in de regel ook bekend is, is het eenvoudig vast te stellen wie voor de terugbetaling moet worden aangesproken. De vraag of de tussentijdse uitkering te goeder trouw is ontvangen speelt geen rol: wanneer teveel blijkt te zijn betaald, moet het teveel betaalde worden gerestitueerd.

Voor wiens rekening komt het insolventierisico? Kan aan de terugbetalingsverplichting wegens insolventie niet worden voldaan, dan komt zulks voor rekening van de BV, tenzij de bestuurders van de BV ter zake van de tussentijdse uitkering rechtens een verwijt kan worden gemaakt. In dat geval zou ik hoofdelijke aansprakelijkheid als uitgangspunt willen nemen (art. 6:6 lid 2 BW).

De vordering ter zake van de uitkering vervalt door een tijdsverloop van drie jaren. De statuten kunnen een langere termijn stellen of bepalen dat de vordering niet vervalt (art. 2:118/218 lid 4 BW). Een *vervaltermijn* biedt meer rechtszekerheid dan een verjarings-termijn, aangezien de eerstgenoemde niet kan worden gestuit. Is de termijn verstreken zonder dat de rechthebbende op uitbetaling aanspraak heeft gemaakt, dan verschuift boekhoudkundig het daarmee gemoeide bedrag van de post 'schulden' naar het eigen vermogen.

De 'rhythm & blues', zoals prof. Tjittes de redelijkheid en billijkheid noemt, werd in het Wetboek van Koophandel nog als het leerstuk 'goede trouw' toegepast. In Boek 2 BW wordt in art. 2:7 lid 1 echter het begrippenpaar 'redelijkheid en billijkheid' gehanteerd. Een aandeelhouder (of andere winstgerechtigde) kan een dividendbesluit voor vernietiging voordragen aan het bevoegde Gerecht wegens onder andere strijd met de redelijkheid en billijkheid. Van een dergelijke strijd kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer gepoogd wordt een aandeelhouder uit te hongeren door, wanneer daartoe geen bedrijfseco-

nomische noodzaak bestaat, de gehele of nagenoeg de gehele winst te reserveren (vgl. Hof Arnhem, 26 mei 1992, NJ 1993, 182 inzake Uniwest Group en Asser-Maeijer 2-III, nr. 450). Er mag van worden uitgegaan dat het Gerecht dat de vernietiging uitspreekt tevens bevoegd is om desverzocht de vennootschap te veroordelen tot betaalbaarstelling en uitkering van een door de rechter redelijk geacht dividend. Omdat Boek 2 BW de mogelijkheid van ongelijke behandeling van aandeelhouders toestaat, moet worden afgewacht of deze Nederlandse jurisprudentie hier ten volle van toepassing zal zijn.

Voor vragen en opmerkingen: [Karel.Frielink@Spigthoff.com](mailto:Karel.Frielink@Spigthoff.com)