

Controleverklaring bij omzetting besloten vennootschap in een naamloze vennootschap

Als een besloten vennootschap wordt omgezet in een naamloze vennootschap, is een controleverklaring van een accountant (met certificerende bevoegdheid) vereist. In die controleverklaring verklaart de accountant dat het eigen vermogen van de vennootschap op de peildatum (die niet langer dan vijf maanden voor de omzetting mag liggen) ten minste overeen kwam met het gestort en opgevraagd kapitaal (van de naamloze vennootschap)¹.

Een verklaring die met een zekere regelmaat wordt gevraagd. Mogelijk speelt hierbij een rol dat de naamloze vennootschap sinds de flexibilisering van het recht voor de besloten vennootschap aantrekkelijker is geworden. De expliciete bestuurdersaansprakelijkheid voor bestuurders van de besloten vennootschap, waarvan sinds de genoemde flexibilisering sprake is, komt in het NV-recht (nog) niet tot uiting. Of dit een juiste veronderstelling is valt naar mijn mening te betwijfelen (maar laat ik verder onbesproken). Ik volsta met een verwijzing naar art. 2:9 BW waar een behoorlijke taakvervulling van de bestuurders wordt vereist. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen de besloten en de naamloze vennootschap.

De reden voor mijn artikel is ontstaan door de voorbeeldtekst voor de controleverklaring die de NBA voor deze situatie beschikbaar heeft gesteld. In deze voorbeeldtekst is namelijk de volgende zinsnede opgenomen: 'Het bestuur is verantwoordelijk voor het opstellen van de [jaarrekening/tussentijdse vermogensopstelling] in overeenstemming met Titel 5 Boek 2 BW'².



Met name de referentie naar de jaarrekening (of tussentijdse vermogensopstelling) is interessant en leidt tot de volgende vragen:

- op welke wet- en regelgeving is de eis van een jaarrekening of tussentijdse vermogensopstelling gebaseerd?
- welke waarderingsgrondslagen moeten daarbij in aanmerking worden genomen?
- de controleverklaring moet volgens de wettekst aan de akte van omzetting worden gehecht; voor de balans die de basis vormt voor die controleverklaring geldt dat niet. Hoe gaat de accountant om met het feit dat zijn controleverklaring wel, maar de genoemde balans niet aan de akte van omzetting wordt gehecht?

Op deze onderwerpen ga ik in dit artikel nader in. Voorafgaand geef ik een korte uiteenzetting van de (voor mijn artikel relevante) parlementaire geschiedenis van de wettekst van art. 2:72 lid 1 BW; die geeft namelijk inzicht in de achtergrond van enkele van de gestelde vragen.

De referentie naar de jaarrekening is interessant en leidt tot vragen

Parlementaire geschiedenis

Het hier relevante gedeelte van art 2:72 BW is in het Burgerlijk Wetboek ingevoegd naar aanleiding van de aanpassing van het BW aan de tweede EG-Richtlijn inzake de oprichting van naamloze vennootschappen³. De op dat moment relevante bepalingen in art. 2:72 luiden als volgt:

- e. het bestuur moet met inachtneming van titel 6 van dit boek een balans met toelichting van de vennootschap hebben opgesteld; tussen de balansdatum en de datum van omzetting mogen ten hoogste vijf maanden zijn verlopen;
- f. een deskundige als bedoeld in artikel 102 van dit boek moet hebben verklaard dat op de balansdatum het eigen vermogen van de vennootschap ten minste overeenkomt met het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal;

De reden voor het opnemen van de bepaling in art. 2:72 BW vond zijn grondslag in kapitaalbescherming. Met name het voorkomen van het omzeilen van kapitaalbescherming door eerst een besloten vennootschap op te richten en die vervolgens om te zetten in een

naamloze vennootschap. Bedacht moet namelijk worden dat de kapitaalbeschermingsbepaling met betrekking tot inbreng in natura voor de besloten vennootschap op dat moment nog niet in Boek 2 BW waren opgenomen. De verwijzing naar Titel 6 is nadien aangepast aan Titel 8⁴ en vervolgens Titel 9⁵. Tot slot is onderdeel e verwijderd⁶. De motivering daarvoor is opmerkelijk⁷:

Nu besloten vennootschappen jaarlijks hun balans moeten publiceren kan ook onderdeel e worden gemist, zeker in die gevallen waarin de reserves van de vennootschap zo groot zijn dat de accountant na summier onderzoek de verklaring [...] kan afgeven, zonder dat een volledige tussenbalans daaraan ten grondslag ligt.

Opvallende elementen uit de wetwijziging

Na de laatstgenoemde wetwijziging ontstaat de huidige wettekst. Bij deze wijziging valt een aantal zaken op:

Moest de omzetting voordien binnen vijf maanden na balansdatum hebben plaatsgevonden; dat vereiste vervalt. De minimumvermogenstoets (dat het eigen vermogen ten minste gelijk moet zijn aan het gestort en opgevraagd kapitaal) wordt nu bepaald op basis van de omvang van het eigen vermogen op een willekeurig moment in het jaar – mits niet langer dan vijf maanden geleden.

De expliciete koppeling van de omvang van het eigen vermogen aan de verslaggevingsgrondslagen van Titel 6 (nu Titel 9) vervalt.

De motivering voor de wijziging bevat een opmerkelijke visie op de werkzaamheden van de accountant

Tot slot bevat de motivering voor de wijziging een opmerkelijke visie op de werkzaamheden van de accountant. Hij mag zijn controle beperken tot een ‘summier onderzoek’ indien de reserves van de vennootschap daarvoor de ruimte bieden. Controletechnisch is dit overigens juist. De verklaring van de accountant geeft namelijk geen oordeel over de getrouwheid van het vermogen op de peildatum, maar verklaart ‘slechts’ dat het eigen vermogen groter is dan het gestort en opgevraagd kapitaal. Naarmate het verschil tussen het eigen vermogen en het gestort en opgevraagd kapitaal groter wordt, is het risico geringer dat eventuele onjuistheden zouden leiden tot een tekort.

Aldus kan de accountant met minder werkzaamheden toe om toch met een hoge mate van zekerheid de controleverklaring af te geven. Maar bijzonder is dat de toelichting een soort voorwaardelijkheid inhoudt (‘zeker in die gevallen waarin de reserves van de vennootschap zo groot zijn’). Wat dat betekent voor besloten vennootschappen met minder ruime reserves wordt door de wetgever in het midden gelaten. En juist dan is het interessant uit oogpunt van kapitaalbescherming en voor de controleverklaring. Daarnaast is de opmerking over een tussenbalans die gemist kan worden onjuist. De accountant moet voor het afgeven van zijn

controleverklaring altijd de beschikking hebben over een (tussen)balans.

Jaarrekening/tussentijdse vermogensopstelling

De huidige wettekst van art. 2:72 lid 1 luidt als volgt:

Wanneer een besloten vennootschap zich krachtens artikel 18⁸ omzet in een naamloze vennootschap, wordt aan de akte van omzetting een verklaring van een accountant als bedoeld in artikel 393 lid 1 gehecht waaruit blijkt dat het eigen vermogen van de vennootschap op een dag binnen vijf maanden voor de omzetting ten minste overeenkwam met het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal.

Hierbij valt op dat geen jaarrekening of tussentijdse vermogensopstelling wordt genoemd (zoals in de NBA-voorbeeldtekst). Een dergelijke jaarrekening of tussentijdse vermogensopstelling wordt wel vereist in Boek 2 BW bij onder meer de juridische fusie en juridische splitsing, maar niet bij de omzetting van een besloten in een naamloze vennootschap.

Toch is een balans (al dan niet in de vorm van een tussentijdse vermogensopstelling) vereist. De accountant moet zich voor het afgeven van de verklaring die art. 2:72 BW vereist baseren op een dergelijke balans met waarderingsgrondslagen. Die balans met bijbehorende waarderingsgrondslagen draagt op basis van art. 2:72 BW niet de formele term ‘jaarrekening of tussentijdse vermogensopstelling’; en van inrichtingsvoorschriften voor die balans in Titel 4 is derhalve evenmin sprake.



Waarderingsgrondslagen

Voor de balans die als basis wordt gebruikt voor de controleverklaring van de accountant rijst de vraag welke waarderingsgrondslagen moeten (of mogen) worden gebruikt. De huidige wettekst bevat daarvoor geen voorschriften. Vanuit de ontwikkeling van art. 2:72 BW in de tijd lijken alleen de grondslagen uit Titel 9 BW 2 mogelijk te zijn. Bij de meest recente wetwijziging, waarin de expliciete verwijzing naar Titel 9 BW 2 is vervallen, blijkt dat dit niet samenhangt met het bieden van ruimere mogelijkheden voor de waarderingsgrondslagen⁹.

Als naar de doelstelling van art. 2:72 BW wordt gekeken, lijkt een andere conclusie voor de hand te liggen. Uit de Memorie van Toelichting (MvT)

bij het wetsvoorstel waarmee deze bepaling in Boek 2 werd opgenomen blijkt dat artikel 13 van de Europese Tweede Richtlijn bij omzetting van een besloten in een naamloze vennootschap ten minste dezelfde waarborgen vereiste als bij oprichting van een naamloze vennootschap. Voorkomen zou moeten worden dat eerst een besloten vennootschap zou worden opgericht die daarna in een naamloze vennootschap zou worden omgezet zonder het vereiste accountantstoezicht op de inbreng in natura¹⁰.

De controleverklaring van de accountant wordt aan de akte van omzetting toegevoegd

Bij inbreng in natura in een naamloze vennootschap vereist art. 2:94a BW een beschrijving van hetgeen wordt ingebracht waarbij gebruik moet worden gemaakt van waarderingsmethoden die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd. Een dergelijke omschrijving – bedoeld uit oogpunt van kapitaalbescherming – laat een ruimer scala aan waarderingsgrondslagen toe dan de mogelijkheden die Titel 9 BW 2 biedt. Immers kapitaalbescherming vereist dat de waarde van hetgeen wordt ingebracht ten minste gelijk is aan de stortingsplicht. Een beperking tot de grondslagen van Titel 9 BW 2 is vanuit die optiek niet noodzakelijk. Toch lijkt de wettekst van art. 2:72 BW, vanuit historische perspectief bezien, die ruimte niet te bieden. Mogelijk is de achterliggende gedachte hierbij dat de besloten vennootschap ook aan de waarderingsgrondslagen van Titel 9 BW 2 moet voldoen, zodat – uit oogpunt van volgtijdelijke consistentie in grondslagen – afwijkingen niet wenselijk zijn.

Maar ik zie geen reden om hier het toepassen van het ruimere begrip ‘in het maatschappelijk verkeer aanvaardbare grondslagen’ te blokkeren. De balans (of tussentijdse vermogensopstelling) heeft immers alleen (beter gezegd ‘juist’) een functie in het kader van kapitaalbescherming en staat daardoor los van de balans van de BV (dan wel nieuwe NV) zoals die is (of wordt) opgenomen in de jaarrekening.

Openbaarmaking controleverklaring

Interessant is tot slot het feit dat de controleverklaring van de accountant aan de akte van omzetting wordt toegevoegd. Voor de balans met waarderingsgrondslagen (waarop de accountant zich heeft gebaseerd en waarop de controleverklaring betrekking heeft) geldt dat die niet openbaar wordt gemaakt. Dat roept de (voor accountants vaktechnisch interessante) vraag op of het is toegestaan toestemming te geven een controleverklaring openbaar te maken, zonder de bijbehorende balans met waarderingsgrondslagen. Tot 1 januari 2007 voorzag de regelgeving voor accountants hierin. De Gedrags- en beroepsregels die tot dat moment van toepassing waren bepaalden in art. 28 dat het de accountant verboden was toestemming te geven tot openbaarmaking van zijn verklaring, anders dan tezamen met de verantwoording (in dit geval de balans met waarderingsgrondslagen) waarop die verklaring betrekking had. Sinds 1 januari 2007, toen de

Gedrags- en beroepsregels voor accountants werden vervangen door de Verordening Gedragscode, is die bepaling uit de regelgeving verwijderd. Uiteraard is die bepaling niet overbodig geworden.

Het fundamentele beginsel van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid voor accountants bevat het element ‘zorgvuldigheid’. Dat brengt mee dat de accountant er alles (wat redelijk is) aan moet doen om te voorkomen dat zijn controleverklaring los van de bijbehorende documenten wordt gebruikt (en daarbij het risico ontstaat dat de controleverklaring bij andere documenten wordt gevoegd). We zien dat terug in de door de NBA beschikbaar gestelde voorbeeldteksten voor het verstrekken van toestemming tot openbaarmaking van de controleverklaring bij de jaarrekening. In die voorbeeldtekst is de zinsnede opgenomen dat openbaarmaking slechts is toegestaan samen met de jaarrekening. Niet gebaseerd op concrete regelgeving, maar op het element ‘zorgvuldigheid’. Dat is de hoofdlijn.

Dan volgt de vraag of dit ook geldt voor de controleverklaring die in het kader van de omzetting van de besloten naar de naamloze vennootschap wordt verstrekt. Idealerweise zou dit de voorkeur verdienen. Maar omdat de wet (die van hogere orde is dan verordeningen voor accountants) niet tot openbaarmaking van die balans met waarderingsgrondslagen verplicht, kan de accountant dit ook niet afdwingen. Het is dan uiteraard wel van belang dat hij de controleverklaring die hij aanbiedt aan de cliënt vergezeld laat gaan van de balans met waarderingsgrondslagen die de basis vormen voor die controleverklaring en daarbij expliciet vermeldt dat de controleverklaring a) alleen mag worden gebruikt als de bij de aanbiedingsbrief gevoegde balans met waarderingsgrondslagen als basis voor de omzetting wordt gebruikt; en b) er nadien (tot het moment van omzetting) geen sprake is van omstandigheden die ertoe leiden dat de balans niet langer bruikbaar is (bijvoorbeeld als gevolg van bijzondere waardeverminderingen).

Noten

- 1 Art. 2:72 lid 1 BW
- 2 Dit moet overigens Titel 4 zijn, omdat het gaat om het NV-recht.
- 3 Staatsblad 332, 1981
- 4 Staatsblad 663, 1983 (Implementatie van de Vierde EG-richtlijn inzake de jaarrekening)
- 5 Staatsblad 1, 1990 (Enige vereenvoudigingen in het jaarrekeningenrecht)
- 6 Staatsblad 541, 1989
- 7 Tweede Kamer, vergaderjaar 1984-1985, 17725, nr. 7, blz. 30
- 8 art. 2:18 BW bevat de algemene bepalingen voor rechtspersonen die zich omzetten in een andere rechtsvorm
- 9 Zie de eerder in het artikel geciteerde tekst met de motivering voor de wijziging.
- 10 Tweede Kamer, zitting 1978-1979, 15304, nr. 3, blz. 13



Anton Dieleman RA is directeur vaktechniek bij Mazars Accountants in Rotterdam