

## Verwarring over de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening

*B. Verkerk*

Sinds de invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht (Wet flex-bv) kan binnen bv's waarin alle aandeelhouders tevens bestuurder zijn op een vereenvoudigde manier tot vaststelling van de jaarrekening worden gekomen. Die vaststelling strekt dan tevens tot decharge aan bestuurders en commissarissen. Deze 'mooie oplossing' die de wet biedt, roept echter vragen op. In deze bijdrage wordt op die vragen ingegaan.

Met de invoering van de Wet flex-bv op 1 oktober jl. trad ook het nieuwe art. 2:210 lid 5 Burgerlijk Wetboek (BW) in werking. Deze bepaling is bedoeld om de vaststelling van de jaarrekening te vergemakkelijken in het merendeel van de gevallen waarin de aandeelhouders tevens bestuurder van de vennootschap zijn.<sup>1</sup> Als zij het als bestuurders over de inhoud van de jaarrekening eens zijn, zo is de gedachte, kan daaruit ook worden afgeleid dat zij het als aandeelhouders daarover eens zijn. Een afzonderlijk aandeelhoudersbesluit wordt dan als overbodig beschouwd. Hiermee is beoogd bij te dragen aan lastenverlichting voor ondernemers.<sup>2</sup> Ook is in aanmerking genomen dat in de bedoelde situatie de aandeelhouders meestal ook decharge willen verlenen aan de bestuurders. Om die reden bepaalt art. 2:210 lid 5 BW dat vaststelling van de jaarrekening tevens tot decharge (kwijting) leidt. De bepaling luidt in haar geheel als volgt:

'Indien alle aandeelhouders tevens bestuurder van de vennootschap zijn, geldt ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en commissarissen tevens als vaststelling in de zin van lid 3, mits alle overige vergadergerechtigden in de gelegenheid zijn gesteld om kennis te nemen van de opgemaakte jaarrekening en met deze wijze van vaststelling hebben ingestemd zoals bedoeld in artikel 238 lid 1. In afwijking van lid 3 strekt deze vaststelling tevens tot kwijting aan de bestuurders en commissarissen. De statuten kunnen de in de eerste zin bedoelde wijze van vaststelling van de jaarrekening uitsluiten.'

1 Ik noem dat hierna ook wel de 'aandeelhouder-bestuurde vennootschap'.

2 Zie Kamerstukken I 2011/12, 31 058 en 32 426, nr. C, p. 22-23.

Mede naar aanleiding van de parlementaire geschiedenis en enkele alarmerende publicaties<sup>3</sup> laten zich bij art. 2:210 lid 5 BW de volgende vragen stellen:

1. Hoe zit het met de volgtijdelijkheid van het opmaken en vaststellen van de jaarrekening en afgifte van de accountantsverklaring, indien deze vereist is?
2. Leidt de vereenvoudigde vaststelling tot een verkorting van de termijn voor publicatie van de jaarrekening, met eventuele gevolgen voor bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement?
3. Hoe te handelen wanneer niet gewenst is dat vaststelling van de jaarrekening tot decharge leidt?

In het navolgende zal op deze drie vragen worden ingegaan. Aan het slot van deze bijdrage zal ook de mogelijkheid tot statutaire uitsluiting van de vereenvoudigde vaststelling worden besproken.

### Het vraagstuk van de volgtijdelijkheid

Uit art. 2:393 lid 7 BW volgt dat de jaarrekening niet kan worden vastgesteld indien de algemene vergadering geen kennis heeft kunnen nemen van de accountantsverklaring (indien verplicht), tenzij onder de overige gegevens een wettige grond wordt meegedeeld waarom deze ontbreekt. Voor het geval accountantscontrole verplicht is, vloeit tegelijkertijd uit art. 2:393 lid 1 BW voort dat het onderzoek betrekking moet hebben op 'de jaarrekening'. Vrij algemeen wordt aangenomen dat daarmee wordt bedoeld op een door het bestuur opgemaakte en ondertekende jaarrekening.<sup>4</sup> Het wettelijk stramien is dus dat éérst het bestuur de jaarrekening opmaakt en ondertekent, vervolgens daarop een accountantsverklaring wordt afgegeven, en ten slotte de aandeelhoudersvergadering tot vaststelling kan overgaan. Zoals Van Eck terecht opmerkt, is deze volgorde bij vaststelling op de voet van art. 2:210 lid 5 BW onmogelijk.<sup>5</sup> Ondertekening van de jaarrekening door de bestuurders (en eventueel commissarissen) leidt dan immers per definitie tot vaststelling. Het stelsel van art. 2:210 lid 5 BW biedt dan geen 'ruimte' voor afgifte van de accountantsverklaring. De vraag is hoe hiermee moet worden omgegaan.

De onmogelijkheid om binnen het stramien van art. 2:210 lid 5 BW de accountantsverklaring af te geven ná het ondertekenen, maar vóór het vaststellen van de jaarrekening, plaatst de accountant en de ondernemer ogenschijnlijk voor een

3 C.A. Schwarz, De invoering van het nieuwe BV-recht en de noodzaak tot studie en aanpassing van de statuten, Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2012-6, p. 217-218; C.A. Schwarz & T. Verkade, Flex-BV dwingt tot eerdere publicatie jaarrekening, Accountancy-nieuws 2012-20, p. 14-15; G.C. van Eck, Complicaties bij de 'vereenvoudigde' vaststelling van de jaarrekening (ex art. 2:210 lid 5 BW), V&O 2012-12, p. 223; A.C. van Campen & G.J.W. Verschuur, Valkuilen vormen bedreiging voor bestuurders van Flex-bv, Het Financieele Dagblad 17 april 2013.

4 Ingevolge art. 2:210 lid 3 BW dient de jaarrekening door de bestuurders en commissarissen te worden ondertekend. Vgl. Van Schilfgaarde/Winter, Van de bv en de nv, Kluwer: Deventer 2009, p. 286-288. Zie ook Van Eck 2012, p. 224.

5 Zie tevens Van Eck 2012, p. 224.

B. Verkerk

dilemma: ófwel de accountantsverklaring wordt afgegeven vóór ondertekenen van de jaarrekening en dus ook vóór vaststelling, ófwel de accountantsverklaring wordt afgegeven ná ondertekenen van de jaarrekening en dus ook ná vaststelling. Weliswaar kan dit dilemma uit de weg worden gegaan door vereenvoudigde vaststelling statutair uit te sluiten, maar die oplossing is mij nu nog even te gemakkelijk. Ik kom er aan het slot van deze bijdrage nog wél op terug.

Ik meen dat reeds in art. 2:210 lid 5 BW zélf een aanwijzing kan worden gevonden voor de oplossing van het genoemde probleem. Het artikel neemt in aanmerking dat er behalve de aandeelhouders nog ándere vergadergerechtigden kunnen zijn.<sup>6</sup> Het artikel bepaalt dat deze vergadergerechtigden in de gelegenheid moeten worden gesteld om kennis te nemen van de opgemaakte jaarrekening en dat vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening alléén mogelijk is als deze vergadergerechtigden daarmee hebben ingestemd. De gedachte is kennelijk dat deze vergadergerechtigden zich nog over de opgemaakte jaarrekening mogen uitspreken, als zij daar prijs op stellen. Dit spreekrecht geldt ook voor andere aandeelhoudersbesluiten en is hun gegeven om invloed te kunnen uitoefenen op de beraadslaging en besluitvorming.<sup>7</sup> Hier is van belang dat in art. 2:210 lid 5 BW de opgemaakte jaarrekening blijkbaar een nog niet ondertekende jaarrekening betreft. Een ondertekende jaarrekening is in het systeem van art. 2:210 lid 5 BW immers ook een vastgestelde jaarrekening, wat zou betekenen dat eventuele overige vergadergerechtigden op de besluitvorming geen invloed meer kunnen uitoefenen. Dat is duidelijk in strijd met de strekking van het spreekrecht zoals dat in art. 2:210 lid 5 BW tot uitdrukking komt.

In het verlengde hiervan geldt dat de accountantsverklaring haar doel (deels) voorbij zou schieten als zij wordt afgegeven op basis van een reeds ondertekende en dus vastgestelde jaarrekening. Aan de aandeelhouders en overige vergadergerechtigden wordt dan immers de mogelijkheid onthouden om naar aanleiding van de accountantsverklaring de opgemaakte jaarrekening nog te wijzigen. Niet voor niets schrijft art. 2:393 lid 7 BW voor dat de jaarrekening pas ná kennisname van de accountantsverklaring kan worden vastgesteld. Schending van dit voorschrift levert in beginsel zelfs een nietig vaststellingsbesluit op. Een besluit van een orgaan van een rechtspersoon dat in strijd is met de wet is immers in beginsel nietig (art. 2:14 lid 1 BW).

Afgifte van de accountantsverklaring ná ondertekening van de jaarrekening kent dus bezwaren. Afgifte van de verklaring vóór ondertekening lijkt echter weinig ernstig. De ratio van art. 2:393 lid 1 BW, inhoudende dat de accountant 'de' jaar-

6 Ingevolge art. 2:227 lid 2 BW zijn dit: (1) houders van certificaten waaraan bij de statuten vergaderrecht is verbonden, (2) vruchtgebruikers en pandhouders die stemrecht hebben en (3) vruchtgebruikers en pandhouders die geen stemrecht hebben, indien de statuten bepalen dat zij vergaderrecht hebben en bij de vestiging of overdracht van het vruchtgebruik of pandrecht niet anders is bepaald.

7 C.A. Schwarz, De invloed van vergadergerechtigden zonder stemrecht op besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering, in: P.H.M. Gerver (red.), Heden verscheen voor mij... (Soons-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 204.

rekening onderzoekt, is uiteraard dat zijn onderzoek zich niet richt op 'zomaar' conceptjaarstukken, maar op de stukken die het bestuur aan de aandeelhoudersvergadering wenst voor te leggen. Aan die ratio wordt ook voldaan als de accountant zijn onderzoek richt op jaarstukken die het bestuur als 'definitief concept' aanmerkt, maar die nog niet door het bestuur zijn ondertekend. Dat komt in wezen op hetzelfde neer als het onderzoeken van ondertekende stukken en is dus slechts een 'cosmetisch' onderscheid, maar vanwege het gevolg dat art. 2:210 lid 5 BW aan ondertekening verbindt, is dat toch beter te vermijden. Het systeem brengt dan mee:

1. dat de accountant zijn accountantsverklaring dient af te geven op basis van door het bestuur opgemaakte definitieve conceptjaarstukken; en
2. dat vervolgens (a) indien er géén overige vergadergerechtigden zijn, de jaarrekening kan worden ondertekend en daarmee vastgesteld, dan wel (b) indien er wél overige vergadergerechtigden zijn, de definitieve conceptjaarstukken met de accountantsverklaring daarbij hun moeten worden aangeboden en er een algemene vergadering moet worden bijeengeroepen indien deze vergadergerechtigden dat wensen; wensen zij dat niet, dan kan de jaarrekening worden ondertekend en daarmee vastgesteld.

## De publicatietermijn en faillissementsaansprakelijkheid

### *De publicatietermijn*

Uit art. 2:210 lid 1 BW volgt dat het bestuur uiterlijk binnen elf maanden na afloop van het boekjaar de jaarrekening dient op te maken (in beginsel binnen vijf maanden, maar de aandeelhoudersvergadering kan deze termijn met ten hoogste zes maanden verlengen op grond van bijzondere omstandigheden). Daarnaast houdt art. 2:394 lid 1 BW in dat de jaarstukken binnen acht dagen na vaststelling moeten worden gepubliceerd. Als het bestuur van een aandeelhouder-bestuurde vennootschap de jaarrekening opmaakt én ondertekent, en daarmee dus ook vaststelt, gaat laatstgenoemde termijn lopen. Dat zou tot een verkorting van de publicatietermijn kunnen leiden omdat onder het oude bv-recht na het opmaken de vaststelling vaak nog even op zich liet wachten. Vaststelling vond vaak plaats kort voor verloop van de uiterlijke termijn voor publicatie van de jaarrekening van dertien maanden (art. 2:394 lid 3 BW). Als er echter al na elf maanden een opgemaakte, ondertekende en daarmee vastgestelde jaarrekening moet zijn, dient er uiterlijk na verloop van elf maanden en acht dagen te worden gepubliceerd. Zowel Schwarz en Verkade als Van Eck wijzen erop dat de publicatietermijn dan de facto wordt verkort.<sup>8</sup>

In de vorige paragraaf heb ik echter verdedigd dat bij de vereenvoudigde vaststelling de opgemaakte jaarrekening nog niet ondertekend hoeft te zijn, maar ook een definitief concept mag zijn. Dit concept dient dan uiterlijk elf maanden na afloop van het boekjaar gereed te zijn. Met zo'n definitief concept wordt voldaan aan de ratio van het voorschrift dat uiterlijk binnen deze termijn verantwoording wordt

8 Schwarz & Verkade 2012 en Van Eck 2012, p. 223.

B. Verkerk

afgelegd tegenover de aandeelhouders en de overige vergadergerechtigden. Volgens kunnen er nog werkzaamheden met betrekking tot de accountantscontrole plaatsvinden. Ook is denkbaar dat de overige vergadergerechtigden afdwingen dat de conceptjaarstukken met de accountantsverklaring daarbij nog worden besproken in een algemene vergadering. Er staat niets aan in de weg om deze vergadering pas kort voor het verlopen van de dertienmaandentermijn te houden.

Ten slotte geldt dat in de Wet op de economische delicten (WED) alleen overschrijding van de uiterste publicatietermijn van dertien maanden strafbaar is gesteld (art. 1 WED jo. art. 2:394 lid 3 BW). Zou deze termijn, anders dan zojuist betoogd, toch elf maanden en acht dagen belopen, dan levert het overschrijden van deze termijn dus geen strafrechtelijke risico's op.<sup>9</sup> Rest dan alleen nog de vraag welke termijn in het kader van de zogenoemde faillissementsaansprakelijkheid relevant is. Daarop wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

#### *Faillissementsaansprakelijkheid*

Het te laat publiceren van een jaarrekening vergroot het risico op bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement van een bv.<sup>10</sup> De bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijk voor het faillissementstekort als er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en als aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (art. 2:248 lid 1 BW). Toont de curator aan dat niet is voldaan aan de administratie- en/of publicatieplicht, dan staat vast dat er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (art. 2:248 lid 2 BW). In de zaak Kempers en Sarper<sup>11</sup> kwam de vraag aan de orde welke publicatietermijn daarbij relevant is als er géén besluit tot verlenging van de termijn voor het opmaken van de jaarrekening genomen is. De jaarrekeningvoorschriften brengen mee dat de jaarrekening in dat geval binnen zeven maanden moet worden gepubliceerd (art. 2:210 lid 1 jo. art. 2:394 lid 2 BW). De Hoge Raad oordeelde echter dat de bewijsvoordelen van de curator bij faillissementsaansprakelijkheid alléén in werking treden als de dertienmaandentermijn van art. 2:394 lid 3 BW geschonden is. Het arrest houdt op dit punt het volgende in:

‘Bij de beantwoording van de vraag of een niet tijdig voldoen aan de in art. 2:394 neergelegde publikatieverplichting al dan niet een onbelangrijk verzuim als vorenbedoeld oplevert, moet in aanmerking worden genomen dat de ingrijpende bepaling van art. 2:248 lid 2 eerste zin haar rechtvaardiging vindt in het belang dat crediteuren van de vennootschap hebben bij naleving van de daar vermelde voorschriften, en dat het voor die crediteuren niet van belang is of de termijn voor het opmaken van de jaarrekening op formeel juiste wijze is verlengd, aangezien zij in elk geval rekening dienen te houden met de mogelijkheid dat tot de door de wet toegestane verlenging is besloten. De

9 Mede gelet op het *nulla poena sine lege*-beginsel, neergelegd in art. 1 Sr.

10 Dit geldt onder andere ook voor de nv, maar deze bijdrage ziet alleen op de bv.

11 HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713.

regels betreffende de termijnen waarbinnen volgens art. 2:210 het bestuur zijn daar bedoelde voorbereidende taak moet verrichten en de wijze waarop de algemene vergadering aan het bestuur nog een verlenging kan toestaan, zijn van belang voor de taakverdeling binnen de vennootschap. *Voor de crediteuren is in feite slechts van belang dat de jaarrekening niet later wordt gepubliceerd dan op het uiterste tijdstip dat in geval van verlenging van de termijn voor het opmaken geldt, dus uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar* [curservering BV]. Een redelijke uitleg van het bepaalde in art. 2:248 brengt daarom mee dat bij de beantwoording van voormelde vraag een overschrijding van de termijn voor openbaarmaking buiten beschouwing wordt gelaten voor zover die overschrijding het gevolg is van het ontbreken van een geldig besluit tot verlenging van de termijn geldende voor het opmaken van de jaarrekening.’

Op basis van dit citaat (zie vooral de geursiveerde zin) meen ik dat voor de toepassing van de bewijsvoordelen van de curator bij faillissementsaansprakelijkheid de publicatietermijn van dertien maanden de enige termijn is die ertoe doet. Schwarz meent dat het antwoord op deze vraag niet eenvoudig te geven is, maar mij lijkt voldoende duidelijk waar het heen gaat als de rechter hierover moet oordelen.<sup>12</sup> De Hoge Raad overweegt immers dat crediteuren er altijd rekening mee moeten houden dat de maximale publicatietermijn dertien maanden bedraagt. Ik meen dat dat bij de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening niet veel anders is, omdat er vergadergerechtigden kunnen zijn (anders dan de aandeelhouders) die hun instemming aan vereenvoudigde vaststelling onthouden. In dat geval dient een aandeelhoudersvergadering bijeen te worden geroepen, waarbij niets eraan in de weg staat die pas kort voor het verlopen van de dertienmaandentermijn te houden.

Nu kan men mij tegenwerpen dat er in sommige gevallen vastgesteld kan worden dat er géén vergadergerechtigden (kunnen) zijn. Om diverse redenen meen ik echter dat crediteuren aan dat gegeven geen rechten kunnen ontleen. Om te beginnen is het wettelijke uitgangspunt dat er naast de aandeelhouders andere vergadergerechtigden kunnen zijn. Bij pandhouders en vruchtgebruikers vergt het zelfs een statutaire regeling die afwijkt van de wet om te bewerkstelligen dat hun op geen enkele wijze vergaderrecht kan worden toegekend.<sup>13</sup> Dergelijke statutaire regelingen zijn er bovendien niet op gericht crediteuren tegemoet te komen, maar vennootschapsinterne afspraken te maken over wie vergadergerechtigd is en wie niet. In feite gaat het om afspraken tussen de aandeelhouders, die immers over statutenwijziging beslissen (art. 2:231 BW). Net zomin als crediteuren rechten kunnen ontleen aan vennootschapsinterne afspraken over de termijn die het bestuur is vergund voor het opmaken van de jaarrekening (zie het citaat), zouden zij rechten mogen ontleen aan vennootschapsinterne afspraken over de toeken-

12 Schwarz 2012. Zie ook Schwarz & Verkade 2012, p. 15. Veel korter door de bocht: Van Campen & Verschuur 2013.

13 Zie art. 2:197 en 2:198 BW. Voor de certificaathouders is de situatie andersom. Zij hebben alleen vergaderrecht indien statutair zo bepaald (zie art. 2:227 lid 2 BW).

B. Verkerk

ning van vergaderrecht. Bezien vanuit het oogpunt van de crediteur valt het mijns inziens ook niet te rechtvaardigen dat de ene crediteur moet uitgaan van publicatie van de jaarrekening na dertien maanden, terwijl de andere zou mogen uitgaan van publicatie uiterlijk na elf maanden en acht dagen. Laatstgenoemde termijn zou immers een gevolg zijn van een (statutaire) aandeelhoudersafpraak waar de betreffende crediteur buiten staat en vermoedelijk niet eens onderzoek naar gedaan heeft. Een kortere publicatietermijn zou voor hem dan niet meer dan een toevalligheid zijn die hij op geen enkele wijze heeft 'verdiend'. Hetzelfde heeft dan uiteraard te gelden voor de gezamenlijke creditoren wier belangen door de curator worden behartigd in een procedure op grond van art. 2:248 BW.

Kortom: om het wettelijk vermoeden van faillissementsaansprakelijkheid te voorkomen moet er uiterlijk na dertien maanden worden gepubliceerd. Ófwel een vastgestelde jaarrekening (art. 2:394 lid 1 BW), ófwel een nog niet vastgestelde (art. 2:394 lid 2 BW). Wordt een niet-vastgestelde jaarrekening gepubliceerd, dan moet daarop worden aangetekend dat zij nog niet is vastgesteld (art. 2:394 lid 2 BW). Is dat niet vermeld omdat de indiener zich er niet van bewust was dat vaststelling vóór afgifte van de accountantsverklaring niet mogelijk en dus nietig is, dan lijkt mij zonder meer sprake te zijn van een 'onbelangrijk verzuim' in de zin van art. 2:248 lid 2 BW, zodat het vermoeden van dat artikellid buiten werking blijft. Het gaat hier immers om een zeer 'technisch' probleem dat tijdens het wetgevingsproces duidelijk over het hoofd is gezien. Daar horen onwetende ondernemers niet de dupe van te worden.

### Onbedoelde decharge

Art. 2:210 lid 3 BW bepaalt dat vaststelling van de jaarrekening niet strekt tot kwijting (decharge) van bestuurders of commissarissen. Daarvoor is dus een apart besluit vereist, los van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening. In afwijking hiervan bepaalt art. 2:210 lid 5 BW echter dat de vereenvoudigde vaststelling tevens strekt tot kwijting aan bestuurders en commissarissen. Het is evenwel denkbaar dat een bestuurder niet wenst dat zijn handtekening op de jaarrekening tevens strekt tot decharge aan een medebestuurder of commissaris. Tijdens de parlementaire behandeling heeft de minister voor deze situatie de praktische oplossing aangedragen dat een bestuurder die geen kwijting wenst te verlenen, kan afzien van ondertekening van de jaarrekening.<sup>14</sup> Art. 2:210 lid 5 BW is dan niet van toepassing, zodat alsnog in een gewone aandeelhoudersvergadering over vaststelling van de jaarrekening moet worden besloten. Deze praktische oplossing van de minister is mijns inziens niet zuiver omdat ondertekening dan achterwege blijft op gronden die met de jaarrekening zelf niets van doen hebben.<sup>15</sup> Als de jaarrekening het wettelijk vereiste inzicht geeft, zou er niets moeten zijn wat de

14 Kamerstukken I 2011/12, 31 058 en 32 426, nr. E, p. 19-20.

15 Dit is iets wat men bij de ontkoppeling tussen vaststelling en decharge (zie art. 2:210 lid 3 BW) juist wilde voorkomen (Kamerstukken I 2001/02, 27 483, nr. 293a, p. 2).

bestuurder ervan hoeft te weerhouden haar te tekenen. Daar staat tegenover dat de oplossing van de minister in de meeste gevallen wel soelaas biedt.<sup>16</sup>

Overigens is tijdens de parlementaire behandeling ook de vraag aan de orde gekomen of het mogelijk is in de statuten te bepalen dat ondertekening van de jaarrekening wel leidt tot haar vaststelling, maar niet tot het verlenen van decharge, zodat voor het laatste een afzonderlijk besluit van de aandeelhoudersvergadering vereist is. De minister heeft echter aangegeven dat de wet niet in deze mogelijkheid voorziet.<sup>17</sup>

### Statutaire uitsluiting vereenvoudigde vaststelling

Art. 2:210 lid 5 BW bepaalt dat de mogelijkheid tot vereenvoudigde vaststelling ook statutair kan worden uitgesloten. Dit biedt uiteraard een vrij eenvoudige oplossing voor alle hiervoor behandelde vraagstukken. Ik realiseer mij echter dat de beschreven problematiek wellicht te triviaal gevonden wordt om alleen om deze reden de statuten aan te passen. Uit de parlementaire geschiedenis rondom de totstandkoming van de flex-bv volgt ook dat het niet de bedoeling is geweest ondernemers tot een wijziging van de statuten van hun bv's te dwingen.<sup>18</sup> De hierboven weergegeven opvattingen die erop neerkomen dat de behandelde vraagstukken zónder statutenwijziging kunnen worden opgelost, passen daar beter bij dan opvattingen die in de huidige wettekst problemen zien die alleen mét statutenwijziging kunnen worden opgelost. Maar zolang de wetgever of rechter niet gesproken heeft, blijft er onzekerheid bestaan. Aandeelhouders/bestuurders van aandeelhouder-bestuurde bv's die geen enkel risico willen lopen, zullen de statuten moeten aanpassen. De risico's die daarmee uit de weg worden gegaan, lijken mij echter beperkt.

### Conclusie

De vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening leidt tot een drietal vraagstukken, waarvoor in deze bijdrage oplossingen zijn aangedragen. De oplossing met betrekking tot de volgtijdelijkheid van het opmaken en vaststellen van de jaarrekening en afgifte van de accountantsverklaring vergt een enigszins creatieve wetsuitleg en -toepassing. Deze houdt in dat bij de vereenvoudigde vaststelling de door het bestuur opgemaakte jaarrekening niet ondertekend hoeft te worden.

16 De oplossing werkt niet, of niet altijd, als de vennootschap is overgenomen. Een voorbeeld: enig aandeelhouder en enig bestuurder A verkoopt zijn gehele aandelenpakket aan B. B wordt vervolgens enig bestuurder. Als B geen decharge wil verlenen aan A, zal hij moeten afzien van het ondertekenen van de jaarrekening. Dan wordt de jaarrekening door géén van de bestuurders ondertekend, hetgeen in strijd is met de wet.

17 Kamerstukken I 2011/12, 31 058 en 32 426, nr. E, p. 19-20.

18 Waar in eerste instantie voor twee gevallen nog was voorgeschreven dat de statuten van een bv moesten worden gewijzigd binnen vijf jaar na inwerkingtreding van de wet, is die verplichting uiteindelijk vervallen. In geen enkel geval is statutenwijziging meer verplicht. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32 426, nr. 7, p. 30-32.



B. Verkerk

Daarvoor bevat art. 2:210 lid 5 BW zelf reeds een aanknopingspunt. Bovendien leidt een uitleg die inhoudt dat een accountantsverklaring alleen op basis van een ondertekende jaarrekening kan worden afgegeven, waarschijnlijk tot een nietige vaststelling. Dat kan onmogelijk de bedoeling van de wetgever zijn geweest. Als de opgemaakte jaarrekening niet ondertekend is, leidt het opmaken van de jaarrekening ook niet tot vaststelling. Dat betekent dat de uiterste termijn voor publicatie van de jaarrekening gewoon dertien maanden blijft. Dat de vereenvoudigde vaststelling van de jaarrekening tot extra risico's in de sfeer van faillissementsaansprakelijkheid leidt, acht ik onwaarschijnlijk. Voor de onbedoelde decharge, ten slotte, heeft de minister zelf een oplossing aangedragen die misschien niet helemaal zuiver is, maar in de meeste gevallen wel werkt.

Aandeelhouders/bestuurders van aandeelhouder-bestuurde bv's die geen enkel risico willen lopen, zullen de statuten moeten aanpassen. Maar de kans dat de rechter art. 2:210 lid 5 BW anders zal uitleggen dan de wetgever met de wetswijzigingen heeft beoogd te bereiken, namelijk het de ondernemer gemakkelijker te maken, lijkt mij klein.