

## Toezicht op financiële verslaggeving van ondernemingen

### Inleiding

In recente Europese verordeningen<sup>1</sup> is besloten ondernemingen waarvan de effecten zijn toegelaten tot de handel op een beurs van een Europese lidstaat, op of na 1 januari 2005 te verplichten hun geconsolideerde jaarrekeningen op te stellen conform de International Financial Reporting Standards (IFRS). Tevens is in de Europese verordeningen<sup>2</sup> bepaald dat de nationale lidstaten ook andere dan de hiervoor genoemde ondernemingen (hierna: niet-beursgenoteerde ondernemingen) mogen toestaan of verplichten de IFRS in hun geconsolideerde dan wel enkelvoudige jaarrekening toe te passen.

Als reactie hierop heeft de Nederlandse wetgever een aantal (concept)wetsvoorstellen opgesteld die betrekking hebben op de toepassing van de IFRS in jaarrekeningen, alsmede op het toezicht op de naleving hiervan.

Op grond van het hierna nader te bespreken conceptwetsvoorstel Toezicht Financiële Verslaggeving zal de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) toezicht houden op de toepassing van de IFRS, alsmede op de toepassing van de verslaggevingsvoorschriften in titel 9 van Boek 2 Burgerlijk Wetboek (BW) in jaarrekeningen van instellingen waarvan effecten zijn uitgegeven die zijn toegelaten tot de handel op een Nederlandse of buitenlandse (erkende) beurs (hierna: beursgenoteerde ondernemingen). De AFM zal naast de voornoemde toezichttaak op grond van dit conceptwetsvoorstel de bevoegdheid krijgen een jaarrekeningprocedure te starten tegen beursgenoteerde ondernemingen waarvan de financiële verslaggeving niet voldoet aan de IFRS of de jaarverslaggevingsvoorschriften in titel 9 van Boek 2 BW.

Naast dit conceptwetsvoorstel is op het gebied van financiële verslaggeving bij de Tweede Kamer reeds een wetsvoorstel aanhangig tot wijziging van Boek 2 BW in verband met de invoering van de IFRS.<sup>3</sup> Van belang is dat dit wetsvoorstel naast beursgenoteerde ondernemingen ook *niet*-beursgenoteerde ondernemingen de mogelijkheid geeft hun jaarrekeningen conform de IFRS op te stellen.

- 
1. Zie art. 4 van EG-Verordening 1606/2002 d.d. 19 juli 2002, PbEG L 243 d.d. 11 september 2002. Zie ook EG-Verordening 1725/2003 d.d. 29 september 2003, PbEG L 261 d.d. 29 september 2003, op grond waarvan de IFRS integraal zijn goedgekeurd.
  2. Zie art. 5 van EG-Verordening 1606/2002 d.d. 19 juli 2002, PbEG L 243 d.d. 11 september 2002.
  3. Kamerstukken II 2001/03, 28 220, nr. 1-9. Ten tijde van het schrijven van dit artikel stond dit wetsvoorstel nog niet op de agenda voor parlementaire behandeling.

Toezicht op financiële verslaggeving van ondernemingen lijkt anno 2004 meer opportuun dan ooit, omdat boekhoudperikelen rondom onder meer Enron, Worldcom en Ahold tot veel maatschappelijke onrust hebben geleid. Krachtens het conceptwetsvoorstel Toezicht Financiële Verslaggeving zal dit toezicht gaan plaatsvinden door de AFM op financiële verslaggeving van *beursgenoteerde* ondernemingen. Naar aanleiding van dit conceptwetsvoorstel rijst de vraag wie in de toekomst toezicht zal uitoefenen op financiële verslaggeving van *niet-beursgenoteerde* ondernemingen. Is de AFM hiervoor het meest geschikte orgaan, aangezien zij deze taak per 1 januari 2005 reeds ten aanzien van beursgenoteerde ondernemingen zal verkrijgen, of is hier een taak weggelegd voor de advocaat-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam?

### Jaarrekeningprocedure

#### *Algemeen*

Door middel van de huidige jaarrekeningprocedure, neergelegd in de artikelen 999 e.v. Rv, vindt een enigszins controlerende c.q. corrigerende werking plaats van financiële verslaggeving van de in artikel 2:360 BW bedoelde ondernemingen. Op grond van artikel 999 lid 1 Rv kan iedere belanghebbende (o.a. aandeelhouders, certificaathouders, werknemers, tantiëmist en crediteuren) bij de Ondernemingskamer vorderen dat de financiële verslaggeving van een onderneming wordt ingericht in overeenstemming met de jaarrekeningstandaarden zoals bedoeld in titel 9 van Boek 2 BW (en indien van toepassing de Wet toezicht beleggingsinstellingen). De Ondernemingskamer zal de vordering toewijzen indien de financiële verslaggeving van een onderneming niet conform titel 9 van Boek 2 BW (of de Wet toezicht beleggingsinstellingen) is opgesteld, waarbij zij op grond van artikel 1002 Rv kan gelasten dat de onderneming haar financiële verslaggeving herziet.

De huidige jaarrekeningprocedure ex artikelen 999 e.v. Rv heeft slechts betrekking op de volgende financiële verslaggeving: de jaarrekening (balans, winst- en verliesrekening en toelichting), de overige gegevens (exclusief de accountantsverklaring) en het jaarverslag van de in artikel 2:360 BW bedoelde ondernemingen. In het hierna te bespreken conceptwetsvoorstel Toezicht Financiële Verslaggeving valt onder het begrip financiële verslaggeving (hetgeen periodieke informatie is genoemd in het conceptwetsvoorstel) ook tussentijdse financiële berichtgeving (bijvoorbeeld halfjaar- of kwartaalcijfers) van de beursgenoteerde onderneming.

#### *Bevoegdheid van de advocaat-generaal*

Naast iedere belanghebbende is op grond van artikel 999 lid 2 Rv de advocaat-generaal (voorheen procureur-generaal) bij het gerechtshof te Amsterdam bevoegd een jaarrekeningprocedure aanhangig te maken *in het openbaar belang*. Voorzover mij bekend heeft de advocaat-generaal sinds de invoering van de jaarrekeningprocedure in 1971 slechts

twee keer<sup>4</sup> van deze bevoegdheid gebruikgemaakt, namelijk in de procedures inzake Nedlloyd,<sup>5</sup> respectievelijk Sanders.<sup>6</sup> In beide gevallen zonder succes. De reden voor het uitblijven van het succes is dat de Hoge Raad de woorden 'in het openbaar belang' zeer restrictief uitlegt.<sup>7</sup> De Hoge Raad overwoog inzake Nedlloyd dat:

'(...) de beoordeling of in een concreet geval een openbaar belang als bedoeld in artikel 999, lid 2, Rv aanwezig is, afhankelijk is van de waardering van tal van feiten en omstandigheden, zoals: het antwoord op de vraag of het gestelde gebrek in de jaarrekening ertoe kan leiden dat zij die belang hebben bij een goed inzicht in de financiële positie van de onderneming, een onjuist beeld zullen krijgen met betrekking tot punten van wezenlijk belang, zoals de solvabiliteit of de rentabiliteit en, al dan niet in verband daarmee, de continuïteit van de onderneming; en voorts de omvang van de onderneming van de betrokken rechtspersoon, en het aantal van de op enigerlei wijze bij de financiële positie van die onderneming betrokkenen. Bij de beoordeling van dit een en ander kan mede gewicht toekomen aan de omstandigheid dat er met betrekking tot de uitleg van de betrokken bepalingen van jaarrekeningrecht rechtsonzekerheid bestaat en de praktijk behoefte heeft aan een rechterlijke uitspraak die tot richtsnoer kan dienen; de aanwezigheid van deze enkele omstandigheid brengt echter niet noodzakelijk mede dat aan het vereiste van een openbaar belang als bedoeld in artikel 999, lid 2, Rv is voldaan.'<sup>8</sup>

Van 'een openbaar belang' is, aldus in de visie van de Hoge Raad, nog geen sprake indien een bepaalde jaarrekening niet in overeenstemming met de wettelijke vereisten is ingericht. Ook de enkele omstandigheid dat met betrekking tot de uitleg van de bepalingen van jaarrekeningrecht rechts-

4. H. Beckman (red.), Documentatie rond de jaarrekening, nr. 9.15 en 9.16, Deventer: Kluwer 1981 (deel 8, nr. 9.15, juli 1992 en nr. 9.16, januari 1990). H.M. Heijnen, Van rechtspleging inzake jaarrekeningen en jaarverslagen, Juridificering van externe verslaggeving?, in: Dossier Onderneming en recht 1998, nr. 32, p. 44. H. Beckman, L.G. van der Tas & P.M. van der Zanden, Jaarrekeningenrecht, Preadviezen van de Vereniging 'Handelsrecht' 2003, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2003, p. 110.
5. HR 5 september 1990, NJ 1991, 62 m.nt. Ma, OK 30 maart 1989, NJ 1990, 176 (Nedlloyd).
6. OK 26 oktober 1989, Documentatie rond de jaarrekening, nr. 9.16, De NV 1989, p. 265 (Sanders).
7. Voor uitvoerige kritiek zie H. Beckman, Knelpunten in de jaarrekeningprocedure, in: P. van Schilfgaarde e.a., Rechtspleging in het Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 1997, p. 184-185. Beckman neemt in 1987 reeds het standpunt in dat het begrip 'openbaar belang' dient te worden geëvalueerd (zie p. 184). Zie ook G. Noordraven, De bevoegdheid van de procureur-generaal bij het Hof Amsterdam tot het instellen van een jaarrekeningprocedure, Bb 1989, p. 196. Zie voorts voor een beschrijving van het oordeel van de Hoge Raad over het begrip 'openbaar belang', H.M. Heijnen, a.w., p. 44.
8. Zie r.o. 4.6 van HR 5 september 1990, NJ 1991, 62 m.nt. Ma (Nedlloyd).

onzekerheid bestaat en de praktijk behoefte heeft aan een rechterlijke uitspraak die tot richtsnoer kan dienen, is nog geen openbaar belang. Vereist is dat de advocaat-generaal een 'specifiek' openbaar belang aannemelijk maakt.

### Conceptwetsvoorstel Toezicht Financiële Verslaggeving

#### *Algemeen*

Op 28 november 2003 heeft het ministerie van Financiën een conceptwetsvoorstel genaamd Toezicht Financiële Verslaggeving gepubliceerd op zijn website [www.minfin.nl](http://www.minfin.nl). Met dit conceptwetsvoorstel beoogt men, gezien de boekhoudschandalen rondom Enron, Worldcom en Ahold, meer vertrouwen in de financiële verslaggeving van ondernemingen te bewerkstelligen door het toezicht op deze verslaggeving te vergroten. De vergroting van dit toezicht vindt door middel van dit conceptwetsvoorstel plaats door enerzijds de AFM de hierna te bespreken bevoegdheden te geven, en anderzijds de jaarrekeningprocedure bij de Ondernemingskamer toegankelijker te maken.<sup>9</sup>

De bevoegdheden die de AFM op grond van dit conceptwetsvoorstel zal krijgen, strekken zich uit tot financiële verslaggeving van *beursgenoteerde* ondernemingen die tot publicatie daarvan verplicht zullen zijn op grond van een voorgestelde wijziging van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995). De voorgestelde artikelen 5a-5c Wte 1995 komen blijkens het conceptwetsvoorstel erop neer dat beursgenoteerde ondernemingen hun financiële verslaggeving algemeen verkrijgbaar dienen te stellen. Met algemeen verkrijgbaar stellen wordt openbaren via een persbericht of de website van de onderneming bedoeld (dus geen openbaarmaking zoals bedoeld in art. 2:394 BW).

De AFM zal toetsen of de gepubliceerde financiële verslaggeving in overeenstemming is met de IFRS, of de bij of krachtens titel 9 van Boek 2 BW gestelde voorschriften. De AFM zal volgens de memorie van toelichting<sup>10</sup> van het conceptwetsvoorstel bij deze toetsing niet optreden als staatsaccountant. De AFM toetst niet of de gepresenteerde financiële verslaggeving feitelijk juist is, maar zal slechts steekproefsgewijs en op basis van risicoanalyse na publicatie van de financiële verslaggeving beoordelen of de verslaggeving voldoet aan de IFRS of de jaarrekeningvoorschriften van titel 9 van Boek 2 BW. De controle of een jaarrekening het in artikel 2:362 BW lid 1 vereiste inzicht verschaft, blijft ex artikel 2:393 BW een taak die is weggelegd voor de accountant, waarvoor het bestuur (en de raad van commissarissen) van de onderneming eindverantwoordelijk zijn.

---

9. Zie voor een overzicht van de voorgestelde wijzigingen van de jaarrekeningprocedure en kritiek hierop M.W. Josephus-Jitta, Het voorontwerp voor de Wet toezicht financiële verslaggeving, *Ondernemingsrecht* 2004, p. 62-68.

10. Conceptwetsvoorstel Toezicht Financiële verslaggeving, MvT, p. 26 en 31.

Indien de AFM redenen heeft voor twijfel of de financiële verslaggeving voldoet aan de IFRS of de in titel 9 van Boek 2 BW neergelegde verslaggevingsvereisten, kan hij onder meer van de beursgenoteerde onderneming inlichtingen vorderen, of naar aanleiding van de verkregen inlichtingen een aanbeveling doen. De memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel Toezicht Financiële Verslaggeving noemt als voorbeelden van redenen voor twijfel: inconsistenties in de toelichting op bepaalde posten in de jaarrekening, het ontbreken van (onderdelen van) de toelichting, of ongemotiveerd brancheafwijkend gebruik van bepaalde jaarrekeningvoorschriften.<sup>11</sup>

Indien de beursgenoteerde onderneming de aanbeveling van de AFM niet opvolgt, of indien sprake is van een ernstige schending van verslaggevingsvereisten, is de AFM op grond van dit conceptwetsvoorstel bevoegd een jaarrekeningprocedure te starten.<sup>12</sup> In deze jaarrekeningprocedure verzoekt de AFM tot herziening van de financiële verslaggeving van de beursgenoteerde onderneming. De AFM maakt haar verzoek tot herziening van de financiële verslaggeving van de desbetreffende onderneming openbaar.

#### Verhouding AFM en advocaat-generaal

Zoals het er nu naar uitziet, zal de AFM slechts toezicht houden op financiële verslaggeving van beursgenoteerde ondernemingen. Ten aanzien van deze ondernemingen zal de AFM de bevoegdheid krijgen een jaarrekeningprocedure te starten in geval van onjuistheden in hun financiële verslaggeving. Hoe verhoudt deze bevoegdheid zich nu met de bevoegdheid van de advocaat-generaal om op grond van het huidige artikel 999 lid 2 Rv zowel tegen niet-beursgenoteerde *als beursgenoteerde* ondernemingen op te treden, welke bevoegdheid krachtens het conceptwetsvoorstel Toezicht Financiële Verslaggeving in stand blijft?<sup>13</sup>

Naar aanleiding van het conceptwetsvoorstel Toezicht Financiële Verslaggeving (alsmede naar aanleiding van de in de inleiding genoemde Europese verordeningen en wetsvoorstel 28 220) is de bevoegdheid van de advocaat-generaal recent weer in de publiciteit gekomen. In de literatuur is de vraag gesteld waarom de AFM de bevoegdheid heeft gekregen om toezicht op beursgenoteerde vennootschappen uit te oefenen, alsmede om een jaarrekeningprocedure tegen deze ondernemingen te starten, en waarom deze taken niet behoren bij de advocaat-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam. De bevoegdheid van de advocaat-generaal strekt zich krachtens het huidige artikel 999 lid 2 Rv immers uit tot *alle* ondernemingen die een jaarrekening moeten deponeren.<sup>14</sup>

---

11. Conceptwetsvoorstel Toezicht Financiële Verslaggeving, MvT, p. 31.

12. Zie art. 2, 3 en 4 van het conceptwetsvoorstel Toezicht Financiële Verslaggeving.

13. Conceptwetsvoorstel Toezicht Financiële Verslaggeving, p. 9, MvT, p. 42.

14. Zie P.M. van der Zanden, De jaarrekening in rechtsvergelijkend perspectief, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 581. Zie ook H. Beckman, L.G. van der Tas & P.M. van der Zanden, a.w., p. 109-110.

Daarentegen is in de literatuur ook de vraag gesteld of het niet zinvoller zou zijn ook *niet-beursgenoteerde* ondernemingen onder het toezicht van de AFM te brengen, en de AFM bevoegd te maken ook jegens deze ondernemingen een jaarrekeningprocedure in te stellen.<sup>15</sup> Een reden hiervoor zou zijn gelegen in de deskundigheid van de AFM, die bij het Openbaar Ministerie waarvan de advocaat-generaal onderdeel uitmaakt, zou ontbreken. Het Openbaar Ministerie zou thans namelijk niet beschikken over (voldoende deskundig) personeel dat jaarrekeningen zou kunnen beoordelen.<sup>16</sup> Deze reden lijkt niet geheel valide, daar de AFM op dit moment ook (nog) niet lijkt te beschikken over specifieke expertise op het gebied van het jaarrekeningrecht.

Een praktisch argument om het toezicht op financiële verslaggeving van niet-beursgenoteerde ondernemingen bij de advocaat-generaal onder te brengen, in plaats van de AFM, is dat de AFM reeds belast zal zijn met haar toezichttaak op beursgenoteerde ondernemingen naast haar overige toezichttaken. Dit zou de zorgvuldigheid waarmee de AFM haar taken dient uit te oefenen, in gevaar kunnen brengen. Voorts is er geen valide reden voorhanden die een streng aan allerlei (ingrijpende) regels verbonden toezicht van de AFM op niet-beursgenoteerde vennootschappen (waaronder ingevolge art. 2:360 BW ook stichtingen, verenigingen, commanditaire vennootschappen en vennootschappen onder firma zullen vallen) legitimeert.

Ten slotte lijkt een dergelijke toezichttaak bij uitstek te zijn weggelegd voor de advocaat-generaal in zijn hoedanigheid van rechtshandhaver in het openbaar belang in een tijd waarin naar aanleiding van de boekhoudperikelen een groeiende maatschappelijke behoefte bestaat aan toezicht op de juistheid van financiële verslaggeving van ondernemingen.<sup>17</sup> Of deze toezichttaak zich net zo ver dient uit te strekken als de toezichttaak van de AFM op financiële verslaggeving van beursgenoteerde ondernemingen, lijkt vooralsnog niet geïndiceerd, omdat bij niet-beursgenoteerde ondernemingen in beginsel geen (grote) publieke belangen meespelen.

Van belang is dat, indien men de advocaat-generaal een meer actievare en effectievare rol zou willen toebedelen dan voorheen, artikel 999 lid 2 Rv dient te worden gewijzigd in die zin, dat in de wet wordt vastgelegd dat het begrip 'in het

openbaar belang' mede kan omvatten het herstel van kennelijke onjuistheden in de financiële verslaggeving van de in artikel 2:360 BW genoemde ondernemingen.<sup>18</sup>

### Conclusie

Op grond van het conceptwetsvoorstel Toezicht Financiële Verslaggeving zal de AFM toezicht houden op financiële verslaggeving van beursgenoteerde ondernemingen. In geval van onjuistheden zal de AFM een jaarrekeningprocedure bij de Ondernemingskamer kunnen starten om de voornoemde ondernemingen te gelasten hun financiële verslaggeving te herzien. Het conceptwetsvoorstel heeft slechts betrekking op beursgenoteerde ondernemingen.

Welk orgaan het toezicht op financiële verslaggeving van niet-beursgenoteerde ondernemingen gaat uitoefenen en daarnaast de taak zal hebben om (naast de belanghebbenden ex art. 999 lid 1 Rv) in geval van onjuistheden in de financiële verslaggeving van deze ondernemingen een jaarrekeningprocedure te starten, is nog niet geregeld. Het lijkt vooralsnog niet opportuun de AFM met deze taken te belasten, omdat de AFM (naast haar andere toezichttaken) reeds deze taken zal vervullen ten aanzien van (de financiële verslaggeving van) beursgenoteerde ondernemingen en aldus haar handen vol zal hebben.

Het ligt meer voor de hand deze taken aan de advocaat-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam te geven, gezien zijn functie als rechtshandhaver in het openbaar belang. Omdat de jaarrekeningprocedure door middel van het conceptwetsvoorstel Toezicht Financiële Verslaggeving zal worden gewijzigd, is het mede opportuun ook de rol van de advocaat-generaal in deze procedure te herzien. De in artikel 999 lid 2 Rv neergelegde bevoegdheid van de advocaat-generaal om in het openbaar belang een jaarrekeningprocedure te starten is immers na de jurisprudentie inzake Nedlloyd zeer beperkt en om deze reden niet effectief (gebleken). Thans lijkt de in artikel 999 lid 2 Rv neergelegde bevoegdheid van de advocaat-generaal na 33 jaar vanaf de invoering van de jaarrekeningprocedure in 1971 een 'dode letter' in de wet.

Om de advocaat-generaal de hiervoor genoemde toezichttaak en procesbevoegdheid ook effectief te kunnen laten uitoefenen, zou in ieder geval in de wet dienen te worden opgenomen dat het begrip 'in het openbaar belang' mede kan omvatten het herstel van onjuistheden in de financiële verslaggeving van de in artikel 2:360 BW bedoelde ondernemingen. Ten slotte dient vanuit praktisch oogpunt de advocaat-generaal de beschikking te krijgen over voldoende deskundig personeel dat hem in deze taken zal kunnen bijstaan.

*Mr. L.G. Hoogerwerf  
NautaDutilh*

15. Zie M.W. Josephus Jitta, a.w., noot 22, p. 65. Josephus Jitta vraagt zich af of het niet zinvoller zou zijn de bevoegdheid om ook tegen niet-beursgenoteerde ondernemingen een jaarrekeningprocedure te starten onder te brengen bij de AFM in plaats van bij de advocaat-generaal. Zie anders: H. Beckman, L.G. van der Tas & P.M. van der Zanden, a.w., p. 109-110. Van der Zanden vraagt zich af of het toezicht op (bepaalde) niet-beursgenoteerde ondernemingen niet in handen dient te worden gelegd van de advocaat-generaal van het Openbaar Ministerie, dat de rechtshandhaving in het openbaar belang tot taak heeft.

16. P.M. van der Zanden, a.w., p. 581. M.W. Josephus Jitta, a.w., noot 22, p. 65.

17. H. Beckman, L.G. van der Tas & P.M. van der Zanden, a.w., p. 109-110.

18. P.M. van der Zanden, a.w., p. 581.