

MR.DRS. A.N. KROL

# Jaarrekeningprocedure

## Inleiding

**B**ij de Wet op de jaarrekening van ondernemingen<sup>1</sup> is de jaarrekeningprocedure ingevoerd. Thans is de regeling neergelegd in de artikelen 999-1002 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Ingevolge artikel 999 Rv kan iedere belanghebbende die van oordeel is dat de jaarrekening, het jaarverslag of de daaraan toe te voegen overige gegevens<sup>2</sup> van een rechtspersoon, een bank (ongeacht haar rechtsvorm) of een personenvennootschap waarop titel 9 van boek 2 Burgerlijk Wetboek (BW) van toepassing is, niet voldoen aan de bij of krachtens het BW gestelde voorschriften bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam, een vordering instellen dat deze stukken worden ingericht conform de aanwijzingen van de Ondernemingskamer. Betreft het de jaarrekening van een beleggingsinstelling die is onderworpen aan de Wet toezicht beleggingsinstellingen, dan kan tevens een vordering worden ingesteld wegens schending van de bij of krachtens deze wet gestelde voorschriften. De advocaat-generaal bij het Gerechtshof te Amsterdam is bevoegd tot instelling van de rechtsvordering in het openbaar belang. De accountantsverklaring kan geen onderwerp van deze procedure zijn.

Voor boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2005 moeten Nederlandse rechtspersonen die effecten hebben uitgegeven die worden verhandeld op een gereguleerde markt in een lidstaat, de internationale jaarrekeningstandaarden (IAS/IFRS) toepassen op hun geconsolideerde jaarrekening.<sup>3</sup> In juli van dit jaar is titel 9 van boek 2 BW aangepast om vrijwillige toepassing van IAS/IFRS mogelijk te maken met ingang van voormelde datum.<sup>4</sup> Artikel

999 Rv is nog niet aangepast; dit gebeurt pas na invoering van het hierna te noemen wetsvoorstel. Nu titel 9 van boek 2 BW een basis bevat voor vrijwillige toepassing van IAS/IFRS, zal de Ondernemingskamer jaarrekeningen waarop IAS/IFRS vrijwillig zijn toegepast aan deze standaarden kunnen toetsen op grond van artikel 999 Rv. Ik betwijfel of kan worden betoogd dat de verplichte toepassing van IAS/IFRS door beursgenoteerde ondernemingen als 'bij of krachtens' het BW heeft te gelden. Indien dit niet het geval is, dan zou de Ondernemingskamer zich ter zake van deze jaarrekeningen onbevoegd moeten verklaren zolang het wetsvoorstel toezicht financiële verslaggeving niet is ingevoerd.

Begin november 2005 is het wetsvoorstel toezicht financiële verslaggeving gepubliceerd. Het voorontwerp was al in december 2003 bekendgemaakt. Daarop heeft een consultatieronde plaatsgevonden. In het wetsvoorstel wordt de jaarrekeningprocedure overgeheveld naar een nieuwe afdeling in boek 2 BW. Indien de wet zal worden ingevoerd conform het wetsvoorstel, zal de regeling op een aantal punten worden gewijzigd. Zo zal de procedure die op dit moment wordt ingeleid met een dagvaarding, vervangen worden door een verzoekschriftprocedure. De termijn voor het instellen van de vordering wordt verlengd. Aan de Autoriteit Financiële Markten (AFM) zal een aantal bevoegdheden worden toegekend met betrekking tot de financiële verslaggeving van Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen. De AFM wordt onder meer bevoegd om een procedure bij de Ondernemingskamer aan te spannen, indien zij twijfelt of de door de onderneming gepubliceerde periodieke financiële informatie wel vol-

1 Stb. 1970, 414.

2 In dit artikel zal ik verder alleen het begrip jaarrekening gebruiken.

3 Deze verplichting vloeit rechtstreeks voort uit Verordening 1606/2002 van 19 juli 2002.

4 Zie artikel 2:362 lid 8 BW.

doet aan IAS/IFRS of titel 9 van boek 2 BW. Het voorontwerp heeft al tot een reeks publicaties geleid.<sup>5</sup>

In vergelijking met het aantal enquêteprocedures, is het aantal jaarrekeningprocedures gering te noemen. Recent zijn er uitspraken door de Ondernemingskamer gewezen in een procedure tegen KPN, waartegen cassatie is ingesteld, en Reed Elsevier, beide aangespannen door SOBI. Daarin heeft de Ondernemingskamer haar oordeel over een aantal interessante inhoudelijke punten gegeven, zoals de verwerking van verwateringswinst, de waardering en verwerking van warrants en conversierechten en de waardering van immateriële vaste activa, waaronder goodwill, licenties en uitgeefrechten. Ik ga in dit artikel niet in op de overwegingen en beslissingen van de Ondernemingskamer op deze punten, maar volsta met een verwijzing naar de annotaties bij de arresten.<sup>6</sup> In dit artikel besteed ik aandacht aan de jurisprudentie met betrekking tot de jaarrekeningprocedure<sup>7</sup> en bespreek daarbij de volgende onderwerpen:

- Wie zijn belanghebbenden?
- Aanvang en einde van de dagvaardingstermijn.
- Rol van de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving en internationale normen.
- Omvang van de toetsing door de Ondernemingskamer.<sup>8</sup>

### Belanghebbenden

De wet geeft geen nadere invulling aan het begrip belanghebbende. In de jurisprudentie is dit begrip vele malen aan de orde gesteld. In 1985 introduceerde de Hoge Raad de zogenoemde tweekringentheorie. Tot de eerste kring van belanghebbenden behoren de 'bij de onderneming betrokkenen ter bescherming van wier belangen de jaarrekeningprocedure en

het leven is geroepen'. Personen die tot deze kring horen, worden verondersteld belanghebbenden te zijn. Zij behoeven als eisers in een procedure geen nadeel te stellen en aan te tonen. Personen die niet tot deze eerste kring van belanghebbenden behoren, de zogenoemde tweede kring, worden slechts als belanghebbenden aangemerkt wanneer de door hen verlangde wijziging van de jaarrekening ertoe kan leiden dat een specifiek en concreet nadeel, in hun betrokkenheid tot de onderneming, ongedaan wordt gemaakt of verminderd.<sup>9</sup>

Tot de eerste kring van belanghebbenden behoren in de eerste plaats de aandeelhouders van de vennootschap wier jaarrekening het betreft. Niet van belang is of de eisende aandeelhouder al aandeelhouder was in het jaar waarop de jaarrekening betrekking heeft.<sup>10</sup> Gewezen aandeelhouders behoren niet tot deze kring.<sup>11</sup> Een aandeelhouder in spe kan daarentegen wel tot deze eerste kring behoren. De Ondernemingskamer overwoog in haar beslissing van 26 mei 1977<sup>12</sup> dat hoewel eiseres ten tijde van het indienen van de dagvaarding nog geen aandeelhouder van de vennootschap was, zij toch als belanghebbende was aan te merken, nu zij op dat tijdstip overwoog een aandeel te kopen en daaraan uitvoering heeft gegeven. Ten aanzien van indirecte aandeelhouders heeft de Ondernemingskamer bepaald dat deze niet tot de eerste kring behoren, tenzij de dochtermaatschappij wier jaarrekening het betreft, (nagenoeg) het enige actief is van de moedermaatschappij waarin de eisende partij aandelen houdt. Uit jurisprudentie van de Ondernemingskamer wordt niet helemaal duidelijk of de moedermaatschappij een bepaald minimum belang in de dochtermaatschappij moet hebben. In het arrest van 15 maart 1979<sup>13</sup> hield de moedermaatschappij de meerderheid van de aandelen. In de uitspraak van de Ondernemingskamer van 27 december

5 Zie onder andere Hijink, Toezicht door de AFM op de financiële verslaggeving van beursvennootschappen, *O&F*, juli 2005, nr 66; Eeuwijk, *Bedrijfsjuridische berichten*, juni 2005, nr. 12; Beckman en De Jong, De AFM: waakhond of pitbull?, *MAB*, december 2004; Van Angeren, Bestuursrechtelijke aspecten voorontwerp wet toezicht financiële verslaggeving beursgenoteerde ondernemingen, *Ondernemingsrecht* 2004-8; Josephus Jitta, Het voorontwerp voor de Wet toezicht financiële verslaggeving, *Ondernemingsrecht* 2004-03; Wagemakers, Financiële verslaggeving: een civielrechtelijke handhaving en een publieke taakstelling, *AA* 53 (2004) 4.

6 OK 8 juli 2004, *JOR* 2004, 233 (Koninklijke KPN N.V.) m.nt. Van der Zanden en *Ondernemingsrecht* 2004-13 m.nt. Krol en OK 7 november 2002, *JOR* 2003, 1 m.nt. Van der Zanden; OK 20 november 2003, *JOR* 2004, 10 (Reed Elsevier) m.nt. Van der Zanden en *Ondernemingsrecht* 2004-4 m.nt. Krol.

7 De jurisprudentie inzake jaarrekeningprocedures werd eerder besproken door H.M. Heijnen, Van rechtspleging inzake jaarrekeningen en jaarverslagen, *Dossier* nr. 32, juni 1998 en D.A.M. Meeles, *de naamloze vennootschap* 66/3, mei/juni 1988.

8 Voor een uitgebreide analyse van deze en andere onderwerpen in het kader van de jaarrekeningprocedure verwijs ik naar H. Beckman, Knelpunten in de jaarrekeningprocedure, in: *Rechtspleging in het ondernemingsrecht*, 1997.

9 HR 26 juni 1985, *NJ* 1986, 307 (N.V. Gemeenschappelijke Kernenergiecentrale Nederland) m.nt. Maeijer.

10 OK 21 juli 1988, *NJ* 1989, 341 (Hamm en Hak Beheer BV).

11 HR 23 december 1987, *NJ* 1989, 680 (Vendex International N.V. en Vede B.V.) m.nt. Maeijer.

12 *NJ* 1980, 122 (N.V. Vulcaansoord).

13 *NJ* 1979, 573 (N.V. Gerofabriek).

1979<sup>14</sup> werd een belang van 50% voldoende geacht. In de uitspraak van 16 februari 1989<sup>15</sup> hield de moedermaatschappij eveneens 50% in de dochtermaatschappij. De aandeelhouder van de moedermaatschappij volstond met de stelling dat de moedermaatschappij een overheersende invloed heeft op de dochtermaatschappij. Dit achtte de Ondernemingskamer niet voldoende voor ontvankelijkheid. In de uitspraak van 16 februari 1995<sup>16</sup> werd de indirecte aandeelhouder eveneens niet-ontvankelijk verklaard, omdat de dochtermaatschappij niet (nagenoeg) het enige actief van de moedermaatschappij was. Het eigen vermogen van de dochtermaatschappij maakte gemiddeld 11 tot 23% uit van het eigen vermogen van de moedermaatschappij gedurende het relevante boekjaar. De Ondernemingskamer vond dit onvoldoende om de indirecte aandeelhouder als belanghebbende aan te merken.

28 Certificaathouders worden op dezelfde voet behandeld als aandeelhouders.<sup>17</sup> Hetzelfde geldt voor leden van een vereniging, coöperatie<sup>18</sup> of onderlinge waarborgmaatschappij en vennoten in een vennootschap onder firma<sup>19</sup> of commanditaire vennootschap, voorzover daarop titel 9 van boek 2 BW van toepassing is.

De ondernemingsraad wordt ook tot de eerste kring van belanghebbenden gerekend.<sup>20</sup> Of een individuele werknemer als belanghebbende uit de eerste kring kan worden aangemerkt, is uitgemaakt in een uitspraak van de Hoge Raad.<sup>21</sup> De Hoge Raad oordeelde dat een werknemer in beginsel het vereiste belang heeft, zodat hij geen specifiek en concreet nadeel hoeft te stellen. Hij kan echter niet als belanghebbende uit de eerste kring gelden, indien de gedaagde (de werkgever) aanvoert dat het achterwege blijven van de door hem verlangde wijziging in de

inrichting van de stukken, gelet op de omstandigheden van het geval, geen nadeel voor hem in zijn betrokkenheid als werknemer bij de onderneming kan opleveren. Qua stelplicht en bewijslast neemt de werknemer dus een soort tussenpositie in tussen de eerste en tweede kring: de werknemer wordt vermoed belanghebbende te zijn behoudens tegenbewijs. Waarschijnlijk geldt een dergelijke regel ook voor individuele ondernemingsraadsleden. Bestuurders worden daarentegen aangemerkt als belanghebbenden uit de tweede kring (zie hierna).

Vakbonden behoren volgens de Ondernemingskamer eveneens tot de eerste kring van belanghebbenden.<sup>22</sup> De Ondernemingskamer heeft kort na elkaar twee uitspraken gewezen met betrekking tot vakbonden, waarbij de genoemde voorwaarden enigszins verschillen. In beide uitspraken worden als voorwaarden voor ontvankelijkverklaring gesteld dat de vakbonden volgens hun statuten de belangen van werknemers moeten behartigen en dat tot hun leden werknemers bij de gedaagde vennootschap behoren. In de uitspraak uit 1977 noemde de Ondernemingskamer voorts de bevoegdheid van de vakbonden om op grond van artikel 2:346 BW een verzoek tot het instellen van een enquête in te dienen en de verplichting van de vennootschap om de vakbonden te informeren over belangrijke voorgenomen besluiten. In de zaak uit 1980 stelt de Ondernemingskamer dat indien de hiervoor genoemde voorwaarden zijn vervuld, de vakbond in het algemeen een rechtstreeks belang heeft, dat het overleg met de vennootschap geschiedt op basis van de een jaarrekening die het door de wet vereiste inzicht geeft.

De Ondernemingskamer houdt bij het aanmerken van eisers als belanghebbenden uit de eerste kring vaak een slag om de arm door woorden als 'in begin-

14 NJ 1981, 255 (Koninklijke Nederlandse Hoogovens en Staalfabrieken N.V. en Estel N.V.) m.nt. Maeijer.

15 NJ 1990, 279 (Koninklijke Nederlandsche Springstoffenfabrieken N.V. en Muiden Chemie B.V.) m.nt. Maeijer.

16 NJ 1995, 312 (Gevepar International B.V.).

17 OK 8 februari 1979, NJ 1979, 574 (Papierfabrieken Van Gelder Zonen N.V.), OK 15 maart 1979, NJ 1979, 573 (N.V. Gerofabriek), OK 18 december 1997, JOR 1998, 43 (ITP Holland Beleggingsmaatschappij B.V.), OK 29 juli 1999, JOR 1999, 196 (Blauw Media B.V.) m.nt. Beckman.

18 OK 3 oktober 1996, JOR 1996, 133 (Zuivelcoöperatie Coberco UA) en HR 12 februari 1992, NJ 1992, 439 (Coöperatieve Tuinbouw Veiling 'Kampen-Zwolle/IJsselmeerpolders (KZY)' BA) m.nt. Maeijer.

19 OK 16 oktober 1986, NJ 1987, 978 (Jongeneel Beheer B.V.) m.nt. Maeijer.

20 Zie OK 13 november 1980, NJ 1981, 258 (British-American Tobacco Company (Nederland) B.V.) m.nt. Maeijer, OK 26 juni 1986, NJ 1987, 976 (Howson Algraphy Europe B.V.), OK 28 januari 1988, NJ 1989, 460 (B.V. Stevedore Company Quick Dispatch) en OK 25 april 1991, NJ 1992, 237 (BAT Nederland B.V.).

21 HR 20 mei 1987, NJ 1987, 973 (B.V. Koninklijke Maatschappij 'De Schelde') m.nt. Maeijer.

22 OK 13 november 1980, NJ 1981, 258 (British-American Tobacco Company (Nederland) B.V.) m.nt. Maeijer en OK 14 april 1977, NJ 1978, 442 (Homburg B.V.) m.nt. Maeijer.

sel' of 'in het algemeen' of door toevoegingen waaruit het concrete belang blijkt. Betekent dit dat de Ondernemingskamer het mogelijk acht dat een gedaagde tegenbewijs levert dat de gevorderde aanpassingen in de inrichting van de jaarrekening geen nadeel opleveren voor de eiser? In de literatuur zijn de meningen hierover verdeeld. Afgezien van de uitspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de positie van werknemers,<sup>23</sup> heeft de Hoge Raad tot dusver deze 'tegenbewijsregel' niet aanvaard ten aanzien van de andere categorieën belanghebbenden.

Personen die niet tot de eerste kring behoren, moeten stellen en zondig bewijzen dat zij een specifiek en concreet nadeel lijden, dat kan worden opgeheven of verminderd door de verlangde wijziging(en) in de jaarrekening. De volgende personen zijn in de jurisprudentie als dergelijke belanghebbenden aangemerkt en al dan niet ontvankelijk verklaard, afhankelijk van de vraag of zij dit nadeel aannemelijk konden maken:

- a concurrenten<sup>24</sup>;
- b crediteuren<sup>25</sup>;
- c een voormalig vennoot van een vennootschap onder firma<sup>26</sup>;
- d een (voormalig) bestuurder<sup>27</sup>;
- e een verkoper van aandelen<sup>28</sup>;
- f een voormalig werknemer of certificaathouder<sup>29</sup>;
- g een vereniging of stichting die zich de behartiging van bepaalde belangen ten doel stelt<sup>30</sup>.

Ten aanzien van een bestuurder overwoog de Ondernemingskamer in een uitspraak van 18 december 1997 dat de enkele ongemotiveerde verwijzing naar artikel 2:248 BW (bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement) en artikel 2:249 BW (aansprakelijkheid voor misleidende jaarrekening) onvoldoende is om aan te nemen dat sprake is van een specifiek en

concreet nadeel. In de zaak die werd gewezen op 13 maart 2003 werd een voormalig bestuurder wel ontvankelijk verklaard. De bestuurder was enig bestuurder in het jaar waarop de betreffende jaarrekening betrekking had. In de jaarrekening had het nieuwe bestuur diverse voorzieningen en afwaarderingen getroffen. Dit zou eventueel tot aansprakelijkstelling door de rechtspersoon van de voormalig bestuurder kunnen leiden. De bestuurder was geen decharge verleend. Hij had er om die reden belang bij dat de jaarrekening van de rechtspersoon de grootte van het vermogen en het resultaat getrouw, duidelijk en stelselmatig weergeeft.

Het wetsvoorstel toezicht financiële verslaggeving beoogt op dit punt geen verandering.

### Termijn

In artikel 1001 lid 1 Rv staan drie tijdstippen genoemd waarbinnen de rechtsvordering moet worden ingesteld. Deze vordering moet worden ingesteld:

- a tot twee maanden na de dag waarop de jaarrekening is vastgesteld of, indien goedkeuring vereist is, is goedgekeurd<sup>31</sup>; of
- b indien de stukken ten kantore van het handelsregister of van de vennootschap ter inzage van eenieder moeten worden gelegd: tot twee maanden na de dag waarop deze stukken gedeponerd zijn; of
- c indien de jaarrekening ter inzage is gelegd als bedoeld onder b, terwijl deze nog niet is vastgesteld of goedgekeurd: binnen twee maanden na de dag waarop uit de neergelegde mededeling of neergelegde jaarrekening blijkt dat deze is vastgesteld of goedgekeurd.

Artikel 1001 lid 1 Rv omschrijft niet met zoveel woorden vanaf welk moment de procedure kan wor-

23 HR 20 mei 1987, *NJ* 1987, 973 (b.V. Koninklijke Maatschappij 'De Schelde') m.nt. Maeijer.

24 OK 27 september 1984, *NJ* 1987, 975.

25 HR 3 februari 1988, *NJ* 1989, 225 (NABA Beheer B.V.) m.nt. Maeijer en OK 18 augustus 2005, *JOR* 2005, 273 (Travium Holding B.V. en Travium Vastgoed B.V.) waarin de crediteur ook ontvankelijk werd geacht met betrekking tot de jaarrekening van de dochtermaatschappij van de debiteur omdat deze deelneming het enige actief van de debiteur vormde.

26 OK 16 oktober 1986, *NJ* 1987, 978 (Jongeneel Beheer B.V.).

27 OK 13 maart 2003, *JOR* 2003, 140 m.nt. Maeijer (N.V. Gelderse Ontwikkelingsmaatschappij 'GOM'), OK 18 december 1997, *JOR* 1998, 43 (ITP Holland Beleggingsmaatschappij B.V.).

28 OK 17 maart 2005, *JOR* 2005, 121 (Bingham B.V.).

29 OK 25 september 1997, *NJ* 1998, 391 (Van Oord ACZ Waterbouw B.V. en Van Oord ACZ B.V.), OK 29 juli 1999, *JOR* 1999, 196 (Blauw Media B.V.) en OK 25 januari 1979, *NJ* 1979, 572 (Hendrik Sijthoff's Financieele Bladen B.V.).

30 HR 26 juni 1985, *NJ* 1986, 307 (N.V. Gemeenschappelijke Kernenergiecentrale Nederland). Stichting Onderzoek Bedrijfs Informatie Sobi die frequent als eiser in jaarrekeningprocedures optreedt, doet dit als aandeelhouder of als gemachtigde namens bepaalde met name genoemde belanghebbenden. Vgl. OK 3 oktober 1996, *JOR* 1996, 133 (Zuivelcoöperatie Coberco UA) waar de OK overweegt dat artikel 3:305a BW betreffende collectieve actie niet van toepassing is op Sobi, zodat Sobi niet gehouden is tot het voeren van voorafgaand overleg zoals vereist in dit artikel.

31 Bij wijziging van boek 2 BW in verband met aanpassing van het structuurregime (Kamerstukken 28 179) is de eis van goedkeuring van de jaarrekening bij structuurvennootschappen geschrapt.

den geïnitieerd. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling<sup>32</sup> blijkt dat de vordering kan worden ingesteld met betrekking tot jaarrekeningen die nog niet zijn vastgesteld of goedgekeurd, mits deze ten kantore van de vennootschap of het handelsregister zijn gedeponereerd. Omgekeerd kan de vordering ook worden ingesteld indien de jaarrekening wel is vastgesteld of goedgekeurd, maar nog niet is gepubliceerd.<sup>33</sup>

Als datum van deponering (zie sub b) geldt de dag waarop de stukken blijkens de daarop door de Kamer van Koophandel geplaatste vermelding in het dossier bij het handelsregister zijn gedeponereerd.<sup>34</sup> Dit kan dus later zijn dan de datum van ontvangst van de stukken door de Kamer van Koophandel. Indien op de gedeponereerde jaarrekening geen melding wordt gemaakt van de datum van vaststelling of goedkeuring, zoals vereist in artikel 2:394 BW, terwijl deze wel is vastgesteld of goedgekeurd, brengt een redelijke en met de strekking van de wettelijke bepaling (weergegeven onder sub c) strokende wetstoepassing mee dat moet worden aangenomen dat ook dan de termijn binnen welke de rechtspersoon moet worden gedagvaard, eindigt binnen twee maanden na de dag waarop de mededeling betreffende de datum van vaststelling of goedkeuring is gedeponereerd.<sup>35</sup> De eventuele wetenschap van de eiser ten aanzien van de datum van vaststelling of goedkeuring doet hieraan niet af.

In het wetsvoorstel toezicht financiële verslaggeving wordt de verzoekschrifttermijn verlengd naar twaalf maanden. Deze termijn begint te lopen na de dag waarop de jaarrekening is vastgesteld of, indien deze niet is vastgesteld, na de dag waarop deze is gedeponereerd ten kantore van het handelsregister of, indien de AFM een aanbeveling aan de beursvennootschap heeft gedaan, na de dag waarop dit bericht algemeen verkrijgbaar is gesteld.

### Maatschappelijk aanvaardbare normen

Volgens artikel 2:362 lid 1 BW (eerste volzin) moet de jaarrekening volgens de normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede voorzover de aard van een jaarrekening dat toelaat, omtrent de solvabiliteit en de liquiditeit van de rechtspersoon. Wat de bronnen van in het maatschappelijk verkeer aanvaardbare normen kunnen zijn, wordt opengelaten. Welke rol is hier weggelegd voor de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving (RJ-richtlijnen)?

In een aantal recente uitspraken heeft de Ondernemingskamer expliciet de RJ-richtlijnen in haar oordeelsvorming betrokken. In de procedure tegen KPN<sup>36</sup> overwoog de Ondernemingskamer dat de RJ-richtlijnen hebben te gelden als ‘aanbevelingen waarin de – geëvolueerde – maatschappelijke opvattingen omtrent de – nadere uitwerking van de – wettelijke regeling tot uitdrukking komen’. In het arrest inzake Reed Elsevier<sup>37</sup> stelde de Ondernemingskamer dat voor de uitleg van de betrokken wettelijke bepalingen, de RJ-richtlijnen ‘als gezaghebbende kenbronnen van in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar te beschouwen normen’ hebben te gelden en dat van geval tot geval dient te worden bezien of en in hoeverre voor de toepassing van de aan de orde zijnde wettelijke bepalingen gewicht moet worden toegekend aan enige bepaling uit de RJ-richtlijnen. Ik merk hierover op dat een dergelijke uitdrukkelijke afweging in de uitspraken tegen KPN en Reed Elsevier niet is terug te vinden. Bovendien lijkt het er op dat de Ondernemingskamer zich af en toe in haar oordeelsvorming té veel laat leiden door de RJ-richtlijnen en daarbij de wettelijke bepalingen uit het oog dreigt te verliezen.<sup>38</sup> In de procedure tegen KPN oordeelde de Ondernemingskamer zelfs dat een bepaalde ontwerp-richtlijn die pas met ingang van 1 januari 2001 gelding zou hebben, al voor het boekjaar 2000 als de norm gold. De door KPN

32 Zie de conclusie van de advocaat-generaal bij HR 18 september 1991, *NJ* 1991, 834 (Coöperatieve Tuinbouw Veiling ‘Kampen-Zwolle/IJsselmeerpolders (KZY)’ BA).

33 Vgl. OK 3 oktober 1996, *JOR* 1996, 133 (Zuivelcoöperatie Coberco UA).

34 OK 25 april 1991, *NJ* 1992, 237 (BAT Nederland B.V.). In dezelfde uitspraak besliste de OK dat de datum waarop de vennootschap de jaarstukken naar het handelsregister heeft verzonden, geldt als datum van openbaarmaking in de zin van artikel 2:394 lid 1 BW.

35 HR 18 september 1991, *NJ* 1991, 834 (Coöperatieve Tuinbouw Veiling ‘Kampen-Zwolle/IJsselmeerpolders (KZY)’ BA).

36 OK 7 november 2002, *JOR* 2003, 6, m.nt. Van der Zanden.

37 OK 20 november 2003, *JOR* 2004, 10, m.nt. Van der Zanden.

38 Zie mijn annotatie bij Reed Elsevier in *Ondernemingsrecht* 2004-4. Zie voorts Berk, Lodewijk en Veerman, *De Richtlijnen voor de jaarverslaggeving-Dutch GAAP, Onderneming & Financiering* nr. 66, juli 2005.



gehanteerde methode stemde overeen met de in 2000 geldende RJ-richtlijn, maar deze werd door de OK klaarblijkelijk als niet langer maatschappelijk aanvaardbaar beschouwd. Het is de vraag of dit oordeel in cassatie standhoudt.

In een uitspraak van 24 juni 2004<sup>39</sup> nam de Ondernemingskamer wel een meer kritische houding aan ten opzichte van de RJ-richtlijnen. De gedaagde beriep zich erop dat RJ-richtlijn 252 met betrekking tot het boekjaar 1998 nog geen gedetailleerde bepalingen omvatte voor het vormen van een reorganisatievoorziening. Dit achtte de Ondernemingskamer niet relevant, gelet op het feit dat in 1998 ook al gold dat voor het vormen van voorzieningen sprake moest zijn van concrete, specifieke risico's, die op de balansdatum aanwezig waren of voortvloeien uit gebeurtenissen die vóór de balansdatum hadden plaatsgevonden of handelingen die voor die datum waren verricht.<sup>40</sup>

Kan aan buitenlandse jaarrekeningvoorschriften betekenis worden toegekend voor de invulling van in het maatschappelijk verkeer aanvaardbare normen? KPN beriep zich op US GAAP voor de rubricering van het conversierecht als tussenpost tussen het eigen vermogen en vreemd vermogen, omdat Nederlandse voorschriften op dit punt ontbreken. Dit werd mede ingegeven door het feit dat de aandelen KPN ook in de Verenigde Staten zijn genoteerd en KPN als beleid had om, voorzover zij daartoe vrijheid had in haar Nederlandse jaarrekening, zo dicht mogelijk bij US GAAP aan te sluiten. De Ondernemingskamer is echter van mening dat het Nederlandse recht wel duidelijke regels ten aanzien van de rubricering bevat, maar geeft niet aan welke regels zij op het oog heeft. De Ondernemingskamer laat zich voorts niet uitdrukkelijk uit over de vraag of internationaal opererende ondernemingen, zoals KPN, normen mogen hanteren die in het internationale maatschappelijk verkeer aanvaardbaar zijn. Op andere punten refereert de Ondernemingskamer overigens wel aan US GAAP en IAS/IFRS ter ondersteuning van haar overwegingen. In dit verband wijs ik voorts op artikel 2:362 lid 1 BW (tweede volzin) waarin is bepaald dat rechtspersonen die deel uitmaken van een internationale groep, de jaarrekening mogen opstellen naar de in het maatschappelijk verkeer aanvaardbare normen

van een andere lidstaat, indien hiermee het inzichtvereiste is gediend. Aan buitenlandse voorschriften zou derhalve – afhankelijk van de omstandigheden – betekenis moeten worden toegekend.

Nederlandse rechtspersonen, die effecten hebben uitgegeven die zijn genoteerd aan een beurs in een van de lidstaten, moeten IAS/IFRS toepassen op hun geconsolideerde jaarrekening, voorzover deze standaarden zijn vastgesteld en goedgekeurd door de Europese Commissie. Nederlandse rechtspersonen waarvoor dit niet geldt, kunnen vrijwillig IAS/IFRS toepassen op hun geconsolideerde jaarrekening, mits daarbij alle van toepassing zijnde, vastgestelde en goedgekeurde standaarden worden toegepast. Voorts kunnen alle Nederlandse rechtspersonen vrijwillig IAS/IFRS toepassen op hun enkelvoudige jaarrekening, wederom onder de voorwaarde dat alle vastgestelde en goedgekeurde standaarden worden toegepast en dat de geconsolideerde jaarrekening eveneens conform IAS/IFRS is opgesteld. Indien de geconsolideerde jaarrekening conform IAS/IFRS wordt opgesteld, is het overigens ook mogelijk om in de enkelvoudige jaarrekening de waarderingsgrondslagen toe te passen die ook in de geconsolideerde jaarrekening zijn toegepast (dus zonder integrale toepassing van IAS/IFRS).<sup>41</sup> Kortom, de internationale jaarrekeningstandaarden gelden als in het maatschappelijk verkeer aanvaardbare normen. Bij de uitleg van bepalingen in titel 9 van boek 2 BW zal aan deze normen gewicht moeten worden toegekend.

### Volledige of marginale toetsing

Ten aanzien van de vraag naar de omvang van de toetsing door de Ondernemingskamer kan een onderscheid worden gemaakt tussen (rechts)feiten die ten grondslag liggen aan de presentatie in de jaarrekening en de opname en waardering van posten in de jaarrekening.

Ten aanzien van het eerste punt heeft de Ondernemingskamer zich in het verleden uiterst terughoudend opgesteld. Zo achtte de Ondernemingskamer zich niet bevoegd om het al dan niet bestaan van bepaalde afspraken te toetsen of om een uitleg te geven aan een bepaalde overeenkomst.<sup>42</sup> Volgens de Ondernemingskamer moet in deze gevallen worden uitgegaan van het oordeel van de bevoegde organen

39 *JOR* 2004, 272 (N.V. Gelderse Ontwikkelingsmaatschappij 'GOM'), m.nt. Van der Zanden.

40 Anders dan Van der Zanden in zijn noot opmerkt, vloeien deze eisen voort uit de wetsgeschiedenis en de bewoordingen van artikel 2:374 lid 1 sub b BW (oud) en niet uit de RJ-richtlijnen die in 2000 zijn ingevoerd.

41 Zie artikel 2:362 lid 8 BW.

42 OK 14 april 1977, *NJ* 1978, 441 (Sekisui Systeembouw N.V.) en OK 31 mei 1979, kenbaar uit HR 26 maart 1980, *NJ* 1980, 1 (Pakhoed Holding N.V.).

van de rechtspersoon, tenzij dit oordeel onaanvaardbaar is. Daarnaast hecht de Ondernemingskamer belang aan het oordeel van de accountant. In een recentere uitspraak toonde de Ondernemingskamer zich actiever. In deze zaak overwoog de Ondernemingskamer dat het niet aannemelijk, zo niet uitgesloten was, dat een door de rechtspersoon gestelde transactie met een derde daadwerkelijk tot stand was gekomen. Of de Ondernemingskamer zich tegenwoordig actiever opstelt, is op grond van deze uitspraak niet met zekerheid te zeggen, nu het in deze zaak om een evident onzakelijke transactie ging.

Vragen in verband met de opname en waardering van posten hebben zich in de jurisprudentie met name voorgedaan met betrekking tot de vorming en hoogte van voorzieningen. Een aantal malen oordeelde de Ondernemingskamer dat er een voorziening had moeten worden getroffen. In beide gevallen was dit tamelijk evident. In het eerste geval was sprake van een besluit van het bestuur om geen uitvoering te geven aan het besluit tot benoeming van een directeur. De Ondernemingskamer oordeelde dat daarvoor terecht een voorziening was getroffen, onafhankelijk van de vraag of de directeur van dit voorname reeds voor het einde van het boekjaar in kennis was gesteld.<sup>43</sup> De andere uitspraak had betrekking op door de rechtspersoon ten onrechte ontvangen subsidies. De Ondernemingskamer overwoog dat, gegeven de wetenschap van de directeur dat deze subsidies ten onrechte waren ontvangen, welke wetenschap aan de rechtspersoon moet worden toegerekend, er voor de rechtspersoon gereede aanleiding bestond in de jaarrekening een voorziening te treffen ter zake van het risico van terugvordering.<sup>44</sup> In een andere procedure stelde de Ondernemingskamer zich terughoudend op en hanteerde daarbij dezelfde overweging als hiervoor aangegeven met betrekking tot de toetsing van (rechts)feiten die aan de jaarrekening ten grondslag liggen.<sup>45</sup> Soortgelijke overwegingen hanteerde de Ondernemingskamer in deze procedures met betrekking tot de toetsing van de omvang van de getroffen voorzieningen. In een zaak van latere datum hanteerde de Ondernemingskamer dezelfde formule voor de bepaling van de omvang van andere actief- en passiefposten. De Ondernemingskamer liet

in dit geval na om de beoordelingsvrijheid van de ondernemingsleiding in te kaderen voorzover de uitkomst daarvan onaanvaardbaar zou zijn. Dit was aanleiding voor de Hoge Raad om met een eigen formulering te komen<sup>46</sup>:

‘Bij het bepalen van de omvang van de onderscheidene posten van de jaarrekening moeten veelal factoren in aanmerking worden genomen, ten aanzien waarvan ten tijde waarop de jaarrekening dient te worden vastgesteld [*bedoeld zal zijn: opgemaakt*] nog geen zekerheid bestaat. Mede als gevolg daarvan kunnen zich, ook wanneer de omvang van die posten wordt bepaald met inachtneming van de bij of krachtens titel 8 [*thans titel 9*] van boek 2 BW gestelde maatstaven en, ook voor het overige, binnen de grenzen der redelijkheid, uiteenlopende waarderingen voordoen, waarbij overigens valt te bedenken dat de door die maatstaven en grenzen bepaalde ruimte niet steeds dezelfde zal zijn en soms slechts plaats zal bieden voor een [*lees: één*] waardering. In geval de rechtspersoon bij het vaststellen van de jaarrekening is gekomen tot waarderingen die met bedoelde maatstaven stroken en de grenzen der redelijkheid niet overschrijden, kan derhalve niet worden gezegd dat de jaarrekening in zoverre niet voldoet aan de in artikel 999 Rv bedoelde voorschriften, ook al zouden andere waarderingen evenzeer aan die maatstaven beantwoorden en zich binnen die grenzen bevinden. In verband daarmee staat het de OK, oordelende op de voet van artikel 999 e.v., niet vrij om in zodanig geval haar eigen waardering voor die van rechtspersoon in de plaats te stellen.’ [*mijn cursivering*]

De Ondernemingskamer sloot zich bij deze formulering aan in een zaak uit 1998.<sup>47</sup> In deze zaak overweegt de Ondernemingskamer dat de rechtspersoon een zekere beoordelingsvrijheid toekomt om een voorziening in de jaarrekening op te nemen en de omvang daarvan te schatten. De Ondernemingskamer licht toe waarom een voorziening nodig was en waarom de geschatte omvang daarvan niet onredelijk was te achten. De Hoge Raad bevestigt de uitspraak van de Ondernemingskamer.<sup>48</sup> Daarbij geeft de Hoge Raad expliciet aan welke toetsing moet plaatsvinden ten aanzien van de toepassing van de

43 OK 29 november 1979, NJ 1980, 632 (Hendrik Sijthoff's Financieele Bladen B.V.) m.nt. Maeijer.

44 OK 15 januari 1998, NJ 1998, 452 (Zuivelcoöperatie Coberco U.A.).

45 OK 31 mei 1979, kenbaar uit HR 26 maart 1980, NJ 1980, 1 (Pakhoed Holding N.V.). Zie voorts OK 3 april 1980, NJ 1981, 35 ('Ultramarco B.V.') m.nt. Maeijer.

46 HR 2 februari 1989, NJ 1991, 183 (Machinefabriek G.J. Nijhuis B.V.) m.nt. Maeijer.

47 OK 15 oktober 1998, JOR 1999, 6 (Van Oord ACZ B.V. en Van Oord ACZ Waterbouw B.V.).

48 HR 22 maart 2000, JOR 2000, 78 (Van Oord ACZ B.V.).

wettelijke bepaling inzake voorzieningen.<sup>49</sup> Geheel in lijn hiermee gaat de Ondernemingskamer in een latere zaak expliciet in op de toepassing van deze wettelijke bepaling.<sup>50</sup>

De Ondernemingskamer heeft zich in een aantal zaken ook uitgelaten over de vraag of een vordering al dan niet terecht in de balans was opgenomen. Ten aanzien van een beweerdelijke claim van de rechtspersoon die niet in de balans was opgenomen, hanteerde de Ondernemingskamer de hiervoor weergegeven formule met betrekking tot de beoordelingsvrijheid van de ondernemingsleiding.<sup>51</sup> In een zaak waar de rechtspersoon een actieve belastinglatentie had opgevoerd, overwoog de Ondernemingskamer dat de rechtspersoon dit niet had mogen doen, omdat niet als vaststaand mocht worden aangenomen dat te zijner tijd een belastingclaim zou ontstaan. De Hoge Raad vond deze maatstaf te streng en oordeelde dat een actieve belastinglatentie mag worden opgenomen, indien in redelijkheid mag worden aangenomen dat realisatie van de belastingclaim te zijner tijd zal kunnen plaatsvinden.<sup>52</sup>

Tot slot wijs ik erop dat indien de waardering van bepaalde (actief)posten ter discussie staat, de Ondernemingskamer kritisch kijkt naar de toelichting op de betreffende posten. Zo oordeelde de Ondernemingskamer in de zaak tegen GOM dat de afwaardering van haar participaties en daarmee samenhangende vorderingen op zichzelf aanvaardbaar was, maar het gelet op de absoluut en relatief zeer omvangrijke afwaardering in de rede had gelegen dat

GOM de gronden voor de afwaardering in de toelichting op de jaarrekening meer in detail zou hebben uiteengezet. In de zaak tegen KPN oordeelde de Ondernemingskamer dat de toelichting bij de post goodwill en licenties, waarvan de waarde overigens niet onjuist werd geacht, ontoereikend was omdat daarin niet de argumenten waren vermeld die voor de ondernemingsleiding aanleiding waren om af te zien van een afwaardering.

In het wetsvoorstel toezicht financiële verslaggeving krijgt de Ondernemingskamer de mogelijkheid om op verzoek van de verzoeker of ambtshalve een of meer personen te benoemen tot het instellen van een nader onderzoek of de jaarrekening voldoet aan de voorschriften onder IAS/IFRS, titel 9 van boek 2 BW of de Wet toezicht beleggingsinstellingen. Hiermee wordt onder andere beoogd om voldoende informatie boven tafel te krijgen om te kunnen beoordelen of de informatie zoals gepresenteerd in de jaarrekening juist is. Dit zou weleens een einde kunnen betekenen aan de terughoudendheid van de Ondernemingskamer om zich een zelfstandig oordeel te vormen over de juistheid van de gepresenteerde (rechts)feiten. Dat zou naar mijn idee een gewenste ontwikkeling zijn.

**Mr. drs A.N. Krol is advocaat bij Loyens & Loeff N.V. te Rotterdam.**

49 Zie artikel 2:374 lid 1 BW.

50 OK 24 juni 2004, *JOR* 2004, 272 (N.V. Gelderse Ontwikkelingsmaatschappij 'GOM') m.nt. Van der Zanden. Zie voorts OK 25 januari 2001, *JOR* 2001, 87 (Blauw Media B.V.) waarin de OK oordeelde dat de post voorzieningen uit de balans moest worden geschrapt, met overeenkomstige verhoging van de post eigen vermogen.

51 OK 29 november 1979, *NJ* 1980, 632 (Hendrik Sijthoff's Financiële Bladen B.V.) m.nt. Maeijer.

52 OK 31 mei 1979, kenbaar uit HR 26 maart 1980, *NJ* 1980, 1 (Pakhoed Holding N.V.). Zie ook HR 23 maart 1988, *NJ* 1989, 227 (Hollandia-Kloos N.V.).