

Het wetsvoorstel voor de Wet toezicht financiële verslaggeving

Inleiding

Op 1 november 2005 heeft de Minister van Financiën bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal een voorstel ingediend voor de Wet toezicht financiële verslaggeving (hierna: het Wetsvoorstel). Al eerder (op 28 november 2003) had de Minister van Financiën een voorontwerp gepubliceerd.¹ Het Wetsvoorstel introduceert onder meer actief, publiek onafhankelijk toezicht op de externe financiële verslaggeving van effectenuitgevende instellingen. Hiermee wordt, zo blijkt uit de memorie van toelichting, gestreefd naar een verbetering van de toepassing van (internationale) verslaggevingsvoorschriften door deze instellingen.

In het kader van het Wetsvoorstel wordt onder een effectenuitgevende instelling verstaan een statutair in Nederland gevestigde rechtspersoon of vennootschap waarvan de (certificaten van) aandelen of (certificaten van) obligaties zijn toegelaten tot de handel aan een van overheidswege toegelaten effectenbeurs.

Publiek onafhankelijk toezicht door Autoriteit Financiële Markten

Het toezicht op de financiële verslaggeving van effectenuitgevende instellingen wordt opgedragen aan de Autoriteit Financiële Markten (AFM). De eerste toezichtstaak van de AFM is het toezicht op de naleving van de verplichting van effectenuitgevende instellingen om hun financiële verslaggeving algemeen verkrijgbaar te stellen en binnen een bepaalde termijn bij de AFM te deponeren. Op grond van de voorgestelde wijziging van artikel 5 Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995) en het beoogde artikel 5a van die wet zullen effectenuitgevende instellingen verplicht zijn hun financiële verslaggeving te deponeren bij de AFM. De door de effectenuitgevende instellingen gedeponeerde financiële verslaggeving zal, op grond van artikel 5 van het Wetsvoorstel, worden opgenomen in een door de AFM te houden register.

De verplichting tot deponering van financiële verslaggeving geldt niet voor beleggingsinstellingen, omdat het toezicht dat door het Wetsvoorstel wordt geïntroduceerd,

volgens de memorie van toelichting, niet ziet op beleggingsinstellingen.

Om de hiervoor genoemde verplichting te kunnen afdwingen, voorziet het Wetsvoorstel in een uitbreiding in de Wte 1995 van de mogelijkheden voor de AFM om boetes en lasten onder dwangsom op te leggen, indien een effectenuitgevende instelling niet (tijdig) aan haar verplichtingen voldoet. Een effectenuitgevende instelling kan zich tegen oplegging van deze maatregelen verzetten door op grond van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) (in combinatie met de Wte 1995) bezwaar te maken of beroep in te stellen bij de bestuursrechter.

De kern van het Wetsvoorstel wordt gevormd door de tweede toezichtstaak van de AFM. Deze omvat het toezicht op de naleving door effectenuitgevende instellingen van de voor hen geldende (internationale) verslaggevingsvoorschriften. Dit toezicht zal bestaan uit het steekproefsgewijs onderzoeken van de door de effectenuitgevende instellingen bij de AFM gedeponeerde financiële gegevens. Het gaat hier dus om toezicht ná vaststelling en publicatie. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de AFM bij haar onderzoek slechts dient te toetsen of aan de geldende voorschriften is voldaan en niet of de (gepresenteerde) feiten die aan de financiële verslaggeving ten grondslag liggen, feitelijk juist zijn.

Ter voorbereiding op deze nieuwe toezichtstaak is de AFM begonnen met het bestuderen van de financiële verslaggeving van effectenuitgevende instellingen over het boekjaar 2004.² Diverse effectenuitgevende instellingen hebben inmiddels een schriftelijk verzoek ontvangen om (vrijwillig) enkele vragen van de AFM over hun financiële verslaggeving te beantwoorden. De AFM lijkt zich, vooruitlopend op de invoering van de wet, dus grondig voor te bereiden op haar nieuwe taak.

Recht van de AFM om inlichtingen te vragen

Op grond van artikel 2 lid 1 van het Wetsvoorstel kan de AFM indien zij op grond van openbare feiten of omstandigheden redenen heeft om te twijfelen of de financiële verslaggeving (of een onderdeel daarvan) van een effectenuitgevende instelling voldoet aan de geldende (internationale) verslaggevingsvoorschriften van de desbetreffende instelling, een nadere toelichting omtrent de toepassing van deze voorschriften verlangen. Onder 'openbare feiten of omstandigheden' dienen met name te worden verstaan feiten en omstandigheden over de effectenuitgevende instelling die algemeen bekend zijn (bijvoorbeeld omdat hierover berichten in de pers verschenen zijn). Hieronder valt blijkens de memorie van toelichting uitdrukkelijk niet informatie waar-

1. Zie bijv. M.W. Josephus Jitta, Het Voorontwerp voor de Wet toezicht financiële verslaggeving, *Ondernemingsrecht* 2004/021; C.M. Grundmann-van de Krol, *Publicatieverplichtingen voor effectenuitgevende instellingen; wijziging van de Wte 1995 zoals voorgesteld in het consultatie wetsvoorstel Wet toezicht financiële verslaggeving*, *Ondernemingsrecht* 2004/026; M.W. Josephus Jitta, Het toezicht van de AFM op de financiële verslaggeving, *Ondernemingsrecht* 2005/63; J.B.S. Hijink, *Toezicht door de AFM op de financiële verslaggeving van beursvennootschappen*, *Onderneming & Financiering* 2005-66, p. 22.

2. Op de website van de AFM (www.afm.nl) is een concept te vinden voor de brief die de AFM in het kader van dit pretoezicht in het kader van de Wet toezicht financiële verslaggeving gebruikt. Het concept dateert van 5 april 2005.

over de AFM beschikt uit hoofde van toezichtsbevoegdheden uit andere toezichtstaken (bijvoorbeeld uit hoofde van de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta)).³ Hierdoor wordt wordt getracht om vermenging van toezichtsbevoegdheden bij de AFM te voorkomen. Het is maar de vraag of dat op deze manier werkt. Kan het immers niet zo zijn dat bepaalde informatie en omstandigheden met betrekking tot een effectenuitgevende instelling juist vanwege het uitoefenen door de AFM van de (andere) aan haar toebedeelde toezichtstaken (bijvoorbeeld het toezicht op accountantsorganisaties op grond van de Wta) tot het publiek domein gaan behoren? Het is niet duidelijk of de AFM in zo'n geval het recht heeft om een effectenuitgevende instelling om nadere inlichtingen te vragen. Dit zou niet het geval moeten zijn.

Uit het bepaalde in artikel 2 lid 4 van het Wetsvoorstel volgt dat de AFM ook om nadere inlichtingen kan vragen met betrekking tot de jaarrekening van een effectenuitgevende instelling die nog niet is vastgesteld, maar die wel overeenkomstig het bepaalde in artikel 2:394 lid 2 BW is gedeponeerd ten kantore van het handelsregister.

Na ontvangst van de gevraagde toelichting kan de AFM de desbetreffende effectenuitgevende instelling schriftelijk meedelen dat de gerezen twijfel of de financiële verslaggeving voldoet aan de geldende (internationale) verslaggevingsvoorschriften, door de toelichting niet is weggenomen. De AFM kan een schriftelijke mededeling doen; zij is daartoe evenwel niet verplicht. Evenmin is zij verplicht om in het geval dat de gerezen twijfel door de verkregen toelichting is weggenomen de desbetreffende effectenuitgevende instelling daarvan in kennis te stellen. Hieruit volgt dat voor de effectenuitgevende instelling na het verstrekken van de gevraagde toelichting een periode van onzekerheid aanbreekt die kan voortduren totdat de termijn voor het instellen van een jaarrekeningprocedure is verstreken. Dit lijkt onwenselijk, zeker gezien het feit dat de termijn waarbinnen een jaarrekeningprocedure kan worden ingesteld, op basis van het Wetsvoorstel wordt verlengd van twee maanden (zie art. 1001 Rv) tot twaalf maanden.

De schriftelijke mededeling kan volgens artikel 3 lid 2 van het Wetsvoorstel vergezeld gaan van een aanbeveling aan de effectenuitgevende instelling om binnen een bepaalde termijn een bericht algemeen verkrijgbaar te stellen en bij de AFM te deponeren, waarin de effectenuitgevende instelling uitlegt op welke wijze deze de geldende (internationale) financiële verslaggevingsvoorschriften in de toekomst zal toepassen en wat de gevolgen daarvan zullen zijn op de financiële verslaggeving, of op welke onderdelen de financiële verslaggeving van de effectenuitgevende instelling in ernstige mate tekortschiet in het geven van het in artikel 2:362 lid 1 BW bedoelde inzicht. De verwijzing naar artikel

2:362 lid 1 is onbegrijpelijk, aangezien dit artikel sinds de recente wijziging van titel 9 Boek 2 BW naar aanleiding van de IAS-verordening niet van toepassing is op jaarrekeningen die zijn opgesteld conform IFRS. Hieronder valt in elk geval de door de effectenuitgevende instelling opgestelde geconsolideerde jaarrekening.

Als de effectenuitgevende instelling weigert de door de AFM gevraagde toelichting te verstrekken, kan de AFM op grond van het beoogde artikel 2:452 BW aan de Ondernemingskamer verzoeken om de effectenuitgevende instelling te bevelen de gevraagde toelichting te verschaffen. Blijkens dit artikel kan de AFM een dergelijk verzoek doen tot twaalf maanden na de dag van deponering bij de AFM van de financiële gegevens waarop de gevraagde toelichting ziet.

Op grond van het Wetsvoorstel dient de AFM het feit dat een effectenuitgevende instelling om nadere toelichting is gevraagd of dat zij een effectenuitgevende instelling een schriftelijke mededeling (al dan niet vergezeld met een aanbeveling) als bedoeld in artikel 3 van het Wetsvoorstel heeft doen toekomen, geheim te houden. Het is echter de vraag of de desbetreffende effectenuitgevende instelling dat ook kan doen. In de memorie van toelichting wordt erkend dat openbaarmaking van een verzoek om een toelichting of een schriftelijke mededeling grote gevolgen kan hebben voor de beurskoers van de door de effectenuitgevende instelling uitgegeven effecten. Het is derhalve niet onwaarschijnlijk dat de ontvangst door een effectenuitgevende instelling van een verzoek om een nadere toelichting of een schriftelijke mededeling van de AFM kan worden beschouwd als koersgevoelige informatie, die onverwijld openbaar gemaakt zou moeten worden. Uit de memorie van toelichting blijkt echter dat in het op de Wte 1995 gebaseerde Besluit markt-misbruik een uitzondering zal worden opgenomen op de verplichting voor effectenuitgevende instellingen tot openbaarmaking van het feit dat de AFM om een nadere toelichting heeft verzocht of een mededeling heeft gedaan.

Procedure bij de Ondernemingskamer

De regels met betrekking tot de jaarrekeningprocedure zijn thans opgenomen in de artikelen 999 tot en met 1002 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Op grond van het Wetsvoorstel wordt de regeling inzake de jaarrekeningprocedure 'overgeheveld' naar titel 9 van Boek 2 BW. Deze titel zal na de inwerkingtreding van het Wetsvoorstel bestaan uit precies honderd artikelen (tenminste als er op basis van de parlementaire behandeling van het Wetsvoorstel geen nieuwe artikelen worden toegevoegd).

De jaarrekeningprocedure wordt daarnaast ook op belangrijke punten gewijzigd. De meest in het oog springende wijziging is dat de bestaande dagvaardingsprocedure wordt vervangen door een verzoekschriftprocedure en dat de termijn voor het instellen van een jaarrekeningprocedure wordt verlengd van twee maanden naar twaalf maanden.

3. Kamerstukken II 2004/06, 29 658.

In het beoogde artikel 2:449 lid 1 en 2 BW is bepaald dat een jaarrekeningprocedure aanhangig kan worden gemaakt binnen twaalf maanden na vaststelling van de jaarrekening of indien de jaarrekening niet is vastgesteld 'tot twaalf maanden na de dag der nederlegging van de jaarrekening ten kantore van het handelsregister'. Deze formulering (die letterlijk is overgenomen uit het Wetsvoorstel) lijkt niet geheel zuiver. Het zou beter zijn geweest als daaraan was toegevoegd 'overeenkomstig het bepaalde in artikel 2:394 lid 2', omdat in het Wetsvoorstel bedoeld lijkt te worden op de situatie dat de jaarrekening binnen twee maanden na afloop van de voor het opmaken voorgeschreven termijn niet volgens de wettelijke voorschriften is vastgesteld. In dat geval dient het bestuur de jaarrekening onverwijld openbaar te maken door de jaarrekening te deponeren ten kantore van het handelsregister (met de aantekening dat de jaarrekening nog niet is vastgesteld).

Voor derden is het overigens niet altijd duidelijk wanneer de jaarrekening precies is vastgesteld. Dit doet zich met name voor als verzuimd wordt de vastgestelde jaarrekening overeenkomstig het bepaalde in artikel 2:394 lid 1 BW openbaar te maken. Het huidige artikel 1001 Rv voorziet hierin in die zin dat de termijn waarbinnen een jaarrekeningprocedure aanhangig kan worden gemaakt, verstrijkt twee maanden na de datum waarop de vastgestelde jaarrekening op grond van het bepaalde in artikel 2:394 lid 1 BW is gedeponereerd bij het handelsregister. Wordt verzuimd de vastgestelde jaarrekening tijdig te deponeren, dan worden derden beschermd doordat de termijn voor het aanhangig maken van een jaarrekeningprocedure pas verstrijkt twee maanden na deponering van de vastgestelde jaarrekening bij het handelsregister. Het zou logisch zijn om een gelijke regeling in het Wetsvoorstel op te nemen. Deze ontbreekt echter.

Uit het Wetsvoorstel wordt overigens niet duidelijk of de genoemde termijn van twaalf maanden voor het instellen van een jaarrekeningprocedure van een gedeponereerde jaarrekening weer opnieuw gaat lopen zodra deze is vastgesteld. Dit lijkt, gezien de formulering van de beoogde leden 1 en 2 van artikel 2:449 BW, wel het geval. De memorie van toelichting biedt op dit punt echter geen duidelijkheid.

Op grond van lid 3 van het beoogde artikel 2:449 BW kan een jaarrekeningprocedure verder aanhangig worden gemaakt binnen twaalf maanden nadat een effectenuitgevende instelling een bericht als hiervoor beschreven algemeen verkrijgbaar heeft gesteld. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de reden hiervoor is het feit dat de discussies tussen de AFM en de effectenuitgevende instelling omtrent de financiële verslaggeving tot aan het moment van het algemeen verkrijgbaar stellen van een dergelijk bericht voor derden niet kenbaar hoeven te zijn. Volgens de memorie van toelichting is niet uit te sluiten dat een dergelijk bericht voor een belanghebbende juist de aanleiding vormt om een jaarrekeningprocedure te initiëren.

Zoals thans ook het geval is, zal met betrekking tot tekortkomingen die niet uit de stukken blijken, gelden dat een jaarrekeningprocedure aanhangig kan worden gemaakt tot twaalf maanden na de dag waarop de verzoeker van de tekortkoming redelijkerwijs niet meer onkundig kon zijn.

Op grond van het Wetsvoorstel dient de griffier van de Ondernemingskamer ervoor te zorgen dat een afschrift van de beschikking van de Ondernemingskamer wordt neergelegd ten kantore van het handelsregister van de plaats waar de desbetreffende rechtspersoon volgens zijn statuten zijn zetel heeft. Op grond van artikel 2:394 lid 2 BW, tweede volzin, is de rechtspersoon zelf thans gehouden een afschrift van het arrest van de Ondernemingskamer te deponeren bij het handelsregister. Met het oog op het Wetsvoorstel zou deze verplichting van de rechtspersoon kunnen komen te vervallen. Het is overigens opmerkelijk dat het afschrift op grond van het Wetsvoorstel gedeponereerd dient te worden ten kantore van het handelsregister waar de rechtspersoon zijn zetel heeft. Op grond van artikel 2:394 lid 2 BW juncto artikel 6 van de Handelsregisterwet dient de jaarrekening thans te worden gedeponereerd bij het handelsregister van de feitelijke plaats van vestiging van de rechtspersoon.

Ten slotte is het opmerkelijk dat het Wetsvoorstel niet voorziet in een overgangsregeling waarin wordt bepaald hoe zal worden omgegaan met jaarrekeningprocedures die vóór inwerkingtreding van het Wetsvoorstel door middel van een dagvaarding aanhangig zijn gemaakt. Het zou voor de hand liggen dat in het Wetsvoorstel wordt bepaald dat voor de procedures die op het moment van inwerkingtreding van het Wetsvoorstel aanhangig zijn, de huidige regeling zoals opgenomen in de artikelen 999 e.v. Rv, blijft gelden.

Conclusie

Met het Wetsvoorstel wordt de AFM belast met weer een nieuwe toezichtstaak. De AFM neemt de nieuwe rol die haar wordt toebedeeld serieus en is al flink aan het oefenen geslagen. De effectenuitgevende instellingen zijn gewaarschuwd. Met het Wetsvoorstel wordt ook de jaarrekeningprocedure ingrijpend gewijzigd. Het lijkt er alleen op alsof sommige wijzigingen nog niet echt goed zijn doordacht.

*Mr. N.K. Valk
Stibbe*