

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Reactie inzake Voorstel van Wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van Richtlijn 2006/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006, tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG, 83/349/EEG, 86/635/EEG en 91/674/EEG betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening (PbEU L 224) (het "wetsvoorstel")

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie ("Gecombineerde Commissie") heeft een beperkt aantal opmerkingen bij het wetsvoorstel:

1. Het wetsvoorstel houdt onder meer het voorstel in een nieuw derde lid toe te voegen aan artikel 2:381 BW. De voorgestelde bepaling gebruikt het begrip "verbonden partijen". Het BW definieert niet wat een verbonden partij is. Blijkens de toelichting moet om te bepalen wat een verbonden partij is volgens de richtlijn worden teruggesproken naar de definitie als opgenomen in de door de Europese Unie goedgekeurde IFRS en moet dit begrip uitgelegd worden aan de hand van de definitie zoals die is opgenomen in de huidige tekst van alinea 9 van IAS 24.

De Gecombineerde Commissie is van mening dat dit uit een oogpunt van wetgevingstechniek geen gelukkige keuze is. In de eerste plaats geldt artikel 2:381 BW en daarmee de voorgestelde bepaling alleen voor ondernemingen die nu juist IFRS niet op hun jaarrekening toepassen. Omdat IFRS niet van toepassing is, is ook IAS 24 en daarmee de definitie niet op hen van toepassing. Het komt de Gecombineerde Commissie voor dat voor de toepassing van de definitie zoals die is opgenomen in alinea 9 van IAS 24, die definitie althans de verwijzing naar die definitie in de wet en niet slechts in de Memorie van toelichting zou moeten worden opgenomen, ook omdat de

richtlijn tot implementatie waarvan het wetsvoorstel strekt, naar zijn aard geen rechtstreekse werking heeft. Het tweede bezwaar van de Gecombineerde Commissie betreft het gebruik van het woord "huidige" waar verwezen wordt naar de tekst van alinea 9 van IAS 24. Dit doet de vraag rijzen of, indien de tekst van deze IAS, althans van alinea 9, op enig tijdstip gewijzigd zou worden aan de hand van welke tekst op grond van de Nederlandse wetgeving vastgesteld moet worden of van een verbonden partij sprake is. Een inhoudelijke wetswijziging in de vorm van een automatisch renvoi, komt de Gecombineerde Commissie ongewenst voor. Indien bijvoorbeeld op grond van de lengte van de definitie in IAS 24 of het van het BW afwijkende woordgebruik bezwaar zou bestaan tegen het opnemen van de definitie in het BW, meent de Gecombineerde Commissie dat een technische oplossing gevonden zou kunnen worden door bijvoorbeeld in artikel 2:381 BW de mogelijkheid te openen voor het bij een algemene maatregel van bestuur vaststellen van de inhoud van de definitie door te verwijzen naar de toepasselijke Europese regelgeving. Dit zou ook de mogelijkheid openen voor een betrekkelijk eenvoudige inhoudelijke aanpassing indien de definitie in de Europese regelgeving op enig tijdstip wordt aangepast, terwijl duidelijk is wanneer de betrokken wijziging van kracht wordt.

2. Hoewel in het kader van dit wetsvoorstel volstaan zou kunnen worden met het opnemen in artikel 2:381 BW van een uitwerking van de definitie c.q. te voorzien in het vaststellen daarvan bij algemene maatregel van bestuur, denkt de Gecombineerde Commissie dat het wellicht beter is een dergelijke definitie op te nemen in artikel 2:361 BW. De reden is dat ook het ter consultatie voorliggende ontwerp Besluit transparantie uitgevende instellingen het begrip "verbonden partijen" gebruikt. In het algemeen zal op de financiële verslaggeving van uitgevende instellingen IFRS van toepassing zijn waarmee IAS 24 van toepassing is. Dit geldt echter niet zonder meer voor de enkelvoudige jaarrekening van uitgevende instellingen die immers de keuze hebben hun enkelvoudige balans overeenkomstig Titel 9 van Boek 2 BW in te richten en er uitgevende instellingen zijn die geen geconsolideerde balans behoeven op te stellen.

3. De Gecombineerde Commissie vindt het wetgevingstechnisch niet erg gelukkig dat de Memorie van toelichting in paragraaf 3 onder e voor de toelichting op het wetsvoorstel verwijst naar de toelichting op het hiërarchisch lagere Besluit corporate governance dat zelfs nog niet in ontwerp is gepubliceerd. Het komt de Gecombineerde Commissie voor dat de strekking van een dergelijke toelichting hetzij in het wetsvoorstel zelf moet worden opgenomen, dan wel in ieder geval in de toelichting op dat wetsvoorstel. De combinatie tussen Richtlijn 2006/46/EG, het concept voor de aanpassing van de Nederlandse Corporate Governance Code en het nog niet gepubliceerde ontwerp Besluit corporate governance roept een belangrijke vraag op: de richtlijn stelt een tweeledige eis ten aanzien van de verplichtingen tot het opnemen van een "in control statement" in het jaarverslag en daarmee aan het accountantsonderzoek. Aan de ene kant houdt de richtlijn een minimumeis in t.w. dat de controlesystemen in relatie tot het financiële verslaggevingsproces beschreven moeten worden in het jaarverslag en dat de accountantsverklaring daarop mede betrekking moet hebben. Aan de andere kant bepaalt de richtlijn verder dat de accountant moet nagaan of het jaarverslag de overige informatie die ziet op de eisen van de corporate governance code die de vennootschap toepast, inhoudt. Indien het ontwerp voor de wijziging van de Nederlandse Corporate Governance Code in de voorgestelde

vorm tot stand komt en bij het Besluit corporate governance wordt voorgeschreven, betekent dat niet alleen dat ondernemingen in hun jaarverslag verslag moeten doen van de wijze waarop hun controlesystemen in de verslagperiode hebben gefunctioneerd in relatie tot het financiële verslaggevingsproces, maar een veel ruimere verklaring zullen moeten afleggen. De vraag is hoe de accountant dat deel van de verklaring in zijn onderzoek moet betrekken. Daarmee zou de Nederlandse regelgeving indirect mogelijk aanzienlijk zwaardere eisen stellen dan in Europees verband zijn voorgeschreven en ontstaat een Nederlandse "kop" op de Europese regeling.

Het staat de wetgever vanzelfsprekend vrij te besluiten verdergaande eisen te stellen dan uit de Europese richtlijn voortvloeien. De Gecombineerde Commissie vraagt zich echter af of, indien een dergelijke verder gaande eis gesteld zou moeten worden, het in ons systeem niet beter is dat te doen in het kader van een wet in formele zin dat wil zeggen in het kader van dit wetsvoorstel in plaats van dit in eerste instantie over te laten aan een uiteindelijk min of meer informeel gremium als de Monitoring Commissie.

Hoewel het daarbij niet rechtstreeks gaat om het onderhavige wetsvoorstel vraagt de Gecombineerde Commissie aandacht voor het risico dat de Nederlandse Corporate Governance Code waar het gaat om "in control statements" andere eisen zou kunnen stellen dan waartoe de wetgever hetzij in het kader van de totstandkoming van dit wetsvoorstel dan wel bij de vaststelling van het Besluit corporate governance waarbij de Europese regelgeving verder wordt geïmplementeerd, besluit. De Gecombineerde Commissie meent dat de beantwoording van de vraag wat de corporate governance statement moet inhouden niet uitgesteld kan worden tot het moment dat de materiele wetgever moet besluiten in hoeverre bepaalde wijzigingen van de Nederlandse Corporate Governance Code voorgeschreven moeten worden en dat de Code terzake in ieder geval in deze fase geen regelingen zou moeten inhouden.

De Gecombineerde Commissie sluit bepaald niet uit dat, indien geen duidelijk kader wordt geschapen, de combinatie van het nog niet bekende Besluit corporate governance, de Nederlandse Corporate Governance Code en het beginsel "pas toe of leg uit" het voor bestuurders van uitgevende instellingen buitengewoon moeilijk zal maken te weten wat zij in de door hen te ondertekenen corporate governance verklaring moeten verklaren en dat het ook voor de accountant die onderzoek zal moeten doen naar de juistheid van de corporate governance verklaring nagenoeg onmogelijk zou kunnen worden te weten wat hij moet onderzoeken en waarover hij een verklaring moet afleggen.

25 augustus 2008