

# De jaarrekeningprocedure na Hoge Raad inzake Spyker

Herbert Reimers

**SAMENVATTING** Het oordeel van de Hoge Raad over de jaarrekening van Spyker biedt belangrijke inzichten voor het toezicht op de financiële verslaggeving en de jaarrekeningprocedure. Hoe de rechter omgaat met het IFRS-toetsingskader, de ruimte voor de Ondernemingskamer om een herziening van de jaarrekening te bevelen, de rol van de Ondernemingskamer en van de accountant in de procedure worden besproken. De beschikking van de Hoge Raad legt diverse knelpunten in het toezicht op verslaggeving en de jaarrekeningprocedure bloot, maar geeft ook duidelijkheid.

**RELEVANTIE VOOR DE PRAKTIJK** Dit artikel geeft de lezer inzicht in enkele grenzen van de jaarrekeningprocedure en het AFM-toezicht op de financiële verslaggeving.

## 1 Inleiding

Spyker Cars NV (hierna: 'Spyker') is een effectenuitgevende instelling in de zin van artikel 1, onderdeel b van de Wet toezicht financiële verslaggeving (Wtfv). Sinds haar (her)oprichting heeft Spyker tot en met het boekjaar 2008 geen winsten gerapporteerd, het boekjaar 2006 uitgezonderd. Boekjaar 2006 is het onderwerp van de eerste jaarrekeningprocedure welke door de Autoriteit Financiële Markten ('AFM') is aangespannen uit hoofde van haar toezichtstaak onder de Wtfv. Daarnaast is het de eerste jaarrekening die opgesteld is overeenkomstig de door de Europese Commissie goedgekeurde International Accounting Standards ('IAS') en de International Financial Reporting Standards, die in een jaarrekeningenprocedure is getoetst (hierna gezamenlijk: de 'IFRS').

Spyker heeft haar geconsolideerde jaarrekening 2006 opgesteld op basis van de IFRS. Voor de enkelvoudige jaarrekening 2006 heeft zij gebruikgemaakt van de mogelijkheid om deze op basis van dezelfde waarderingsgrondslagen als die van haar geconsolideerde jaarrekening op te stellen.<sup>1</sup> De AFM meent dat Spyker op drie belangrijke punten en op

twalf meer ondergeschikte punten in haar jaarrekening tekort is geschoten, waardoor niet het op grond van art. 2:362 lid 1 BW vereiste inzicht wordt gegeven. Om die reden heeft de AFM de Ondernemingskamer ('OK') verzocht om te bevelen dat Spyker haar jaarrekening over het boekjaar 2006 overeenkomstig het verzoekschrift van de AFM herziet. De OK heeft bij beschikking van 28 december 2007 het verzoek van de AFM afgewezen, waarna de AFM in cassatie is gegaan. De beschikking van de OK is door mij eerder besproken in dit blad (Reimers, 2008) en te vinden in JOR 2008/38 met noot P.M. van der Zanden. Het cassatieverzoek van de AFM richt zich op een aantal vragen die in de komende paragrafen wordt besproken en waarvan met name de volgende relevant zijn:

- Wat is de te hanteren toetsingsmaatstaf voor herziening van de jaarrekening (paragraaf 2)?
- In hoeverre heeft de rechter ruimte om bij tekortkomingen al dan niet tot herziening te bevelen en wat weegt daarbij mee (paragraaf 3)?
- Hoe ligt de verdeling van de bewijslast en dient de rechter zich actief of juist lijdelijk op te stellen (paragraaf 4)?
- Moet de accountant voorafgaand aan de zitting of juist tijdens de zitting worden gehoord (paragraaf 5)?

Op 24 april 2009 volgde, na conclusie van advocaat-generaal Timmerman, de beschikking van de Hoge Raad waarbij het beroep van de AFM werd verworpen. Hierna bespreek en analyseer ik deze onderwerpen zoals in de beschikking van de Hoge Raad opgenomen en sluit ik in paragraaf 6 af met een conclusie.

## 2 Toetsingsmaatstaf voor herziening

### 2.1 Inleiding

Op verzoek van de daartoe krachtens artikel 2:448 BW bevoegden, kan de OK op basis van art. 2:447 BW bevelen de jaarrekening, het jaarverslag of de daaraan toe te voegen overige gegevens (hierna 'financiële verslaggeving') in te richten overeenkomstig door haar te geven aanwijzingen.

Zij kan het bevel beperken tot toekomstige financiële verslaggeving. Toetsingsmaatstaf voor de jaarrekening is of deze voldoet aan de bij of krachtens art. 3 van de IAS-Verordening gestelde voorschriften (EU-IFRS) dan wel Titel 9 Boek 2 BW. Uit de beschikking van de OK blijkt dat zij voor de jaarrekening van Spyker de maatstaf van IAS 1.13 aan haar beoordeling ten grondslag heeft gelegd, te weten dat de jaarrekening een getrouw beeld moet geven van de financiële positie, de financiële prestaties en de kasstromen van de rechtspersoon. Ondanks tekortkomingen geeft de jaarrekening in de ogen van de OK voldoende informatie om de gebruiker een verantwoord beeld te verstrekken en om hem in staat te stellen economische beslissingen te nemen. De OK ziet daarom geen reden aan het verzoek van de AFM tegemoet te komen.

De AFM gaat in cassatie en klaagt dat de OK op deze wijze een onjuiste invulling heeft gegeven aan het toe te passen materialiteitscriterium.

De Hoge Raad overweegt dat hij het oordeel van de OK niet onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd vindt en dat de OK terecht tot haar conclusie is gekomen 'dat op enkele punten er inderdaad sprake is van tekortkomingen, die evenwel van zodanig gering belang zijn dat niet kan worden gezegd dat het Financieel Verslag 2006 in zijn geheel dan wel de jaarrekening 2006 (of overige gegevens) als onderdeel daarvan niet voldoet of voldoen aan hetgeen op grond van de wet of IFRS vereist is. Daarmee heeft de OK tot uitdrukking gebracht dat geen sprake is van het weglaten of onjuist weergeven van informatie die voor het geven van het vereiste getrouwe beeld van belang is.' (rov 3.5.5.)

De Hoge Raad volgt hier de OK, waardoor de norm voor herziening uitsluitend het getrouwe beeld lijkt te zijn.

## 2.2 Getrouw beeld

Het getrouwe beeld is het doel dat met de verslaggeving moet worden bereikt. Een getrouw beeld vraagt om kwalitatief hoogwaardige grondslagen voor de financiële verslaggeving. Er zijn echter vele verslaggevingsregimes, sets van kwalitatief hoogwaardige grondslagen, die alle tot een getrouw beeld leiden. Beperken wij ons tot Nederland, dan zijn er al elf verschillende Nederlandse verslaggevingsregimes mogelijk, die alle leiden tot een getrouw beeld (Beckman 2009). Daaronder vallen bijvoorbeeld naast EU-IFRS diverse regimes binnen Titel 9 boek 2 BW, zoals integrale toepassing van Titel 9, de mogelijkheid fiscale grondslagen toe te passen en omvangafhankelijke verslaggevingsregimes. In andere landen wordt beoogd met de eigen verslaggevingsregimes ook een getrouw beeld te geven. Voorbeelden zijn de nationale verslaggevingsgrondslagen van de andere lidstaten en de door de EU als gelijk-

waardig erkende, algemeen aanvaarde grondslagen voor financiële verslaggeving van de Verenigde Staten, Canada, Japan, China en India (Verordening 2008). Omdat de verslaggevingsstandaarden van elkaar afwijken, is financiële verslaggeving op verschillende grondslagen niet goed met elkaar vergelijkbaar. Een getrouw beeld alleen leidt dus nog niet tot vergelijkbaarheid. Daarvoor zijn gelijke verslaggevingsgrondslagen noodzakelijk.

## 2.3 Vergelijkbaarheid met financiële verslaggeving van andere effectenuitgevende instellingen

De basis van de EU-regelgeving is de gedachte dat door onder andere harmonisatie van voorschriften er een gemeenschappelijke (interne) markt van de Europese Unie voor goederen, diensten, mensen en kapitaal ontstaat. In de overwegingen bij Verordening 1606/2002/EG staat om die reden dat de IFRS zijn ingevoerd om, naast transparantie, de vergelijkbaarheid van de jaarrekeningen van effectenuitgevende instellingen te verbeteren. Vergelijkbaarheid van jaarrekeningen is alleen maar mogelijk indien bij alle te vergelijken jaarrekeningen dezelfde verslaggevingvoorschriften uniform, en dus zonder afwijkingen, worden toegepast. Zo wordt voorkomen dat 'appels met peren worden vergeleken'. Dwingend voorgeschreven toepassing van IFRS, beperkte keuzemogelijkheden binnen de IFRS en rigoureuze handhaving moeten waarborgen bieden dat de financiële verslaggeving van effectenuitgevende instellingen door toepassing van dezelfde grondslagen vergelijkbaar is.

## 2.4 Materiële afwijkingen en getrouw beeld

De toepassing van de IFRS in de EU moet dus niet alleen leiden tot jaarrekeningen die een getrouw beeld geven, maar tevens tot jaarrekeningen die onderling vergelijkbaar zijn. De IFRS biedt daarvoor het juiste raamwerk. Verondersteld wordt in IAS 1.13 dat door een strikte toepassing van de regels van de IFRS een getrouw beeld wordt gegeven. Bij strikte toepassing is er een gelijke grondslag, wat resulteert in de beoogde vergelijkbaarheid. Strikte toepassing van de regels van de IFRS is daarom de hoofdregel. Binnen de IFRS is ruimte opgenomen voor de schaars voorkomende situatie dat ondanks de strikte toepassing van de regels van de IFRS geen getrouw beeld wordt gegeven. In dat geval moet op basis van IAS 1.17 onder strikte voorwaarden van de regels van de IFRS worden afgeweken, hetgeen uiteraard afbreuk doet aan de vergelijkbaarheid. Omgekeerd leidt niet iedere materiële afwijking van de regels tot strijd met het vereiste getrouwe beeld. Dit blijkt ook uit het feit dat in vele landen met eigen, van IFRS afwijkende verslaggevingsvoorschriften een getrouw beeld wordt gegeven. Echter, IFRS biedt geen ruimte voor een materiële afwijking van de regels zonder dat daar als reden strijd met het getrouwe beeld aan ten grondslag ligt. Op die wijze wordt vergelijkbaarheid zoveel mogelijk behouden.

Het vorenstaande geldt uitsluitend voor materiële afwijkingen van de regels van de IFRS. Afwijkingen van gering belang (niet-materiële afwijkingen) zijn altijd toegestaan (IAS 1.31). Van een materiële afwijking is sprake indien redelijkerwijs kan worden verwacht dat de afwijking de economische beslissingen die gebruikers op basis van de jaarrekening nemen, zou kunnen beïnvloeden. De door IFRS vereiste informatie heeft tot doel de gebruiker van de jaarrekening in staat te stellen om een post in de jaarrekening te begrijpen. Dit betekent dat het achterwege laten van een toelichting bij een materiële post in de jaarrekening impact kan hebben op de besluitvorming van gebruikers.

In de Spyker-casus is relevant om te bezien of de door de OK vastgestelde tekortkomingen van materieel belang zijn. De OK overweegt in rov 3.20 dat 'de informatie die de activering van de belastingvordering ondersteunt, ten onrechte niet als zodanig bij de betreffende post in de toelichting is opgenomen'. Omdat de OK overweegt dat de informatie ten onrechte niet is opgenomen, moet dit mijns inziens betekenen dat er op dat punt een materiële afwijking is. Niet-materiële afwijkingen zijn immers toegestaan. Ploeger (2009) meent mijns inziens ten onrechte dat er (uitsluitend) sprake is van niet-materiële afwijkingen.

Doordat er sprake is van een materiële afwijking staat vast dat de jaarrekening niet voldoet aan de IFRS. Daartoe lijkt de OK dus ook te concluderen. Een materiële afwijking is met een beroep op IAS 1.17 uitsluitend toegestaan indien het strikt naleven van de regels van de IFRS tot misleiding zou leiden. Met andere woorden: indien strikte toepassing van de regels van de IFRS niet tot een getrouw beeld leiden. De afwijking in de jaarrekening van Spyker is echter niet op IAS 1.17 gebaseerd en dit wordt door de OK ook niet als motivering gegeven. De AFM stelde om die reden dat de beschikking van de OK op dat punt onjuist of onvoldoende was gemotiveerd vanuit de verwachting dat bij materiële afwijkingen een bevel moet worden gegeven. De Hoge Raad houdt de beschikking van de OK echter in stand.

In de beschikking van de OK in de jaarrekeningprocedure Aegon/Optas van 5-8-2009 JOR 2009/255 komt de OK tot een vergelijkbare motivering. Ook daar kwam de OK tot de conclusie dat er sprake was van onjuistheden in de jaarrekening (o.a. rov 3.20, 3.21, 3.22, 3.23, 3.24), wat materiële afwijkingen moeten zijn, waarvan echter niet kon worden gezegd dat de jaarrekening daardoor geen getrouw beeld gaf. Het verzoek om herziening werd daardoor afgewezen (rov 3.24).

Het lijkt zo te zijn dat de Hoge Raad en de OK pas tot een herziening van de jaarrekening bevelen indien het getrouwe beeld is aangetast. Een materiële afwijking alleen is voor een herziening niet voldoende.

### 3 Discretionaire bevoegdheid van de OK

#### 3.1 Inleiding

In het door haar ingediende verzoek bij de OK stelde de AFM dat de OK een bevel tot herziening van de jaarrekening had moeten geven, omdat de jaarrekening 2006 van Spyker op bepaalde punten niet in overeenstemming is met de IFRS. De Hoge Raad oordeelt in rov 3.4.3. dat het de OK vrij staat om ook bij tekortkomingen geen bevel te geven. Mij lijkt dat door het gebruik van het woord 'kan' in artikel 2:447 lid 1 BW al naar voren komt dat de OK een zekere discretionaire bevoegdheid toekomt bij het al dan niet toewijzen van een verzoek tot herziening.

#### 3.2 Analyse

Bezie ik de keuzen die de OK op basis van art. 2:447 lid 1 BW heeft, dan zijn dat:

- het geven van een bevel om de jaarrekening waarop het verzoek zich richt, te herzien;
- het geven van een bevel om de toekomstige jaarrekening in te richten conform de aanwijzingen van de OK;
- het afzien van een bevel (op basis van haar discretionaire bevoegdheid).

Het is mijns inziens wenselijk dat de OK de ruimte heeft om een afweging te maken tussen enerzijds de volgens Verordening 1606/2002/EG te behalen doelen, de toename van transparantie en vergelijkbaarheid die met een bevel kunnen worden bereikt en anderzijds de schade die het bevel oplevert voor de effectenuitgevende instelling en de beleggers in deze instelling. Een dergelijke afweging geldt immers ook voor de AFM. Indien de AFM een tekortkoming in de jaarrekening heeft ontdekt waardoor zij de desbetreffende jaarrekening onjuist vindt, kan zij een aanbeveling geven op basis van art. 3 Wet toezicht financiële verslaggeving. Voordat zij die aanbeveling geeft, zal zij een redelijkheidstoetsing moeten doen en daarin voornoemde afweging moeten maken.<sup>2</sup> Een bevel om de jaarrekening te herzien is een zwaar middel, waar een belangrijke verbetering van de transparantie en vergelijkbaarheid tegenover moet staan, wil het gerechtvaardigd zijn (proportionaliteit).

Zoals in paragraaf 2 besproken, lijken de OK en de Hoge Raad als norm voor die toetsing het getrouwe beeld te hanteren. Er is weliswaar sprake van materiële afwijkingen, maar omdat deze geen strijd met het vereiste getrouwe beeld opleveren, is herziening een te zwaar middel. Om die reden wordt geen bevel tot herziening gegeven. Dit lijkt een redelijk uitgangspunt.

Bij een bevel dat uitsluitend voor toekomstige jaarrekeningen wordt gegeven, is de ingrijpendheid echter beperkt.

Indien er sprake is van materiële afwijkingen in de voorliggende jaarrekening die de OK onvoldoende ernstig vindt, zoals in deze casus, lijkt de OK ook bij de redelijkheidstoetsing niet snel om een dergelijk bevel heen te kunnen. De OK laat daarbij echter meewegen dat Spyker heeft toegezegd de als summier aangeduide toelichtingen in de toekomstige jaarrekeningen te zullen verbeteren. Daarmee wordt inhoudelijk dezelfde transparantie en vergelijkbaarheid bereikt als met een bevel van de OK voor de toekomstige jaarrekening. In dit geval lijkt zich te wreken dat de AFM niet eerst een aanbeveling aan Spyker heeft gegeven, maar direct een jaarrekeningprocedure is gestart. Een onderwerp dat overigens ook in de OK-procedure aan de orde kwam. De jaarrekening 2006 van Spyker is op 19 april 2007 vastgesteld. Hoewel de AFM tot 19 oktober 2007 de gelegenheid had een verzoekschrift in te dienen, deed zij dat al op 31 augustus 2007. Daaruit blijkt dat de AFM nog ruim de gelegenheid had om met Spyker te overleggen. Dat heeft de AFM niet gedaan. Het lijkt redelijk indien de AFM maximaal gebruikmaakt van de termijnen om de onder toezicht staande ondernemingen de gelegenheid te bieden de noodzakelijke transparantie op vrijwillige basis te geven.

Een ander aspect dat bij een redelijkheidstoetsing meegeenomen kan worden, is het tijdsverloop. In de jaarrekeningprocedure van 15 september 2009, JOR 2009/320 Perstorp Franklin liet de OK voor het afwijzen van het verzoek meewegen dat het wegnemen van de tekortkoming inmiddels van geringe betekenis was. 'Genoemde tekortkoming is, ondanks het feit dat het gegevens met mogelijk materiële gevolgen voor het vermogen en het resultaat betreft, immers thans in 2009 van betrekkelijk geringe betekenis – ook indien de publieke functie van de jaarrekening in aanmerking wordt genomen, zodat niet kan worden gezegd dat het jaarverslag niet voldoet aan hetgeen op grond van artikel 2:391 BW is vereist.' (rov 3.7)

### 3.3 De herstelsancties van de OK

Opvallend is dat de AFM andere methoden heeft dan de OK om de gewenste transparantie te bereiken. De AFM kan besluiten tot:

- het doen van een mededeling met aanbeveling om in een algemeen verkrijgbaar bericht uit te leggen op welke onderdelen de financiële verslaggeving niet voldoet;
- het doen van een mededeling met aanbeveling om in een algemeen verkrijgbaar bericht uit te leggen hoe de verslaggevingsvoorschriften in de toekomst zullen worden toegepast;
- het doen van een mededeling, deze wordt niet openbaar.

Interessant is ook hoe onder toepassing van IFRS en Titel 9 verschillend moet worden gehandeld indien blijkt dat de jaarrekening in ernstige mate tekortschiet. Op grond van

het BW moet het bestuur, indien blijkt dat de jaarrekening in ernstige mate tekortschiet in het geven van het in artikel 2:362 lid 1 BW bedoelde inzicht:

- het onverwijld aan de aandeelhouders berichten;
- een mededeling over het tekortschieten neerleggen bij het handelsregister.

In IFRS worden in IAS 8.41 tot en met 8.53 voorschriften gegeven hoe gehandeld moet worden indien een materiële fout wordt ontdekt. Dit betreft echter uitsluitend de verwerking in de financiële verslaggeving. Het lijkt daarom vanzelfsprekend dat artikel 2:362 lid 1 BW ook bij toepassing van IFRS van toepassing blijft. In artikel 2:362 lid 9 BW staat wat uit Titel 9 van toepassing blijft indien IFRS wordt toegepast. Artikel 2:362 lid 1 BW wordt daarbij niet genoemd en blijft daarom buiten toepassing. Er lijkt geen reden te zijn voor deze inconsistentie waardoor beleggers en andere belanghebbenden bij de jaarrekening die op basis van IFRS is opgesteld, niet worden geïnformeerd indien blijkt dat de jaarrekening in ernstige mate tekortschiet.

Het valt op dat een bevel van de OK voor de inrichting van toekomstige jaarrekeningen niet in een algemeen verkrijgbaar bericht naar buiten gebracht hoeft te worden. Dat lijkt beduidend minder zwaar dan de aanbeveling van de AFM om in een algemeen verkrijgbaar bericht uit te leggen hoe de verslaggevingsvoorschriften in de toekomst zullen worden toegepast. Een dergelijk bevel zal echter al snel als koersgevoelige informatie aangemerkt worden, wat ook met een persbericht openbaar gemaakt moet worden.

Bij vergelijking van de middelen van de AFM en de OK valt op dat de herziening van de financiële verslaggeving een veel zwaarder middel is dan hetgeen de AFM kan aanbevelen. Bij de herziening op zich heeft de AFM geen belang. Het is de AFM te doen om het vergroten van transparantie ten behoeve van beleggers. Dit kan ook met een minder zwaar middel zoals een persbericht worden bereikt.

### 3.4 Voorstellen tot aanpassing

Het lijkt op zijn plaats als een verzoek om herziening in de zin van 2:448 BW alleen wordt gehonoreerd bij misleidende tekortkomingen die in de weg staan aan het geven van het vereiste getrouwe beeld. Dat sluit aan bij artikel 2:362 lid 6 BW, waarin van in ernstige mate tekortschieten wordt gesproken, wat ernstiger is dan uitsluitend een materiële afwijking. Tegelijkertijd mist naar mijn idee de OK de mogelijkheid om de uitgevende instelling met zetel in Nederland te bevelen in een algemeen verkrijgbaar bericht uit te leggen op welke onderdelen de financiële verslaggeving niet voldoet. Die mogelijkheid heeft de OK wel voor ondernemingen met een zetel buiten de EU en Nederland

als lidstaat van herkomst (2:454 lid 1 BW). De mogelijkheid voor de OK om een dergelijk algemeen verkrijgbaar bericht te bevelen zou prima liggen in de lijn van de vergelijkbare aanbeveling die de AFM kan doen uitgaan. De OK kan dan bij lichtere tekortkomingen de onderneming bevelen om in een algemeen verkrijgbaar bericht uit te leggen op welke onderdelen de financiële verslaggeving niet voldoet, zonder dat de jaarrekening dient te worden herzien. Voordeel is dat dit nu ontbrekende middel niet de zwaarte heeft van een herziening, maar er wel toe leidt dat de markt over de tekortkoming wordt geïnformeerd.

## 4 Bewijslast en lijdelijkheid rechter

### 4.1 Inleiding

In het cassatieberoep klaagt de AFM over de door de OK gehanteerde processuele voorschriften met betrekking tot stelplicht, betwisting van feiten, partijautonomie en lijdelijkheid van de rechter. Zij meent met een beroep op art. 284 lid 1 Rv dat door de aard van de jaarrekeningprocedure bepaalde, voor verzoekschriftprocedures geldende algemene regels van procesrecht niet van toepassing zijn op deze zaak. De OK zou in de visie van de AFM zelfstandig dienen te onderzoeken en beoordelen of de financiële verslaggeving voldoet aan de voorschriften. Daarbij zou de OK zelf de feiten actiever moeten opsporen dan in het algemeen bij een verzoekschriftprocedure. De AFM noemt als motivering mede het publiek belang dat zij nastreeft, haar publiekrechtelijke taak en het feit dat er sprake is van slechts één feitelijk instantie.

De regels van stelplicht en bewijslast, art. 149-207 Rv, zijn op basis van art. 284 lid 1 Rv ook op deze procedure van toepassing voor zover de aard ervan zich daartegen niet verzet. De Hoge Raad ziet geen ruimte voor afwijking van deze regels op basis van de aard van de jaarrekeningprocedure. Zij overweegt dat de aard van deze procedure meebrengt dat degene die een verzoek als bedoeld in art. 2:447 BW doet, aan dit verzoek de nodige feiten ten grondslag legt waaruit de toewijsbaarheid kan volgen en, bij gemotiveerde betwisting, deze feiten ook voldoende aannemelijk maakt. Op grond van het bepaalde in art. 24 Rv. mag de OK aan haar beslissing geen andere feiten ten grondslag leggen dan de feiten die partijen in deze procedure aan het verzoek en het verweer ten grondslag hebben gelegd. In KPN-SOBI<sup>3</sup> (Reimers, 2006) werd deze autonomie van partijen door de Hoge Raad reeds bevestigd. Het publiek belang dat de AFM nastreeft en haar publiekrechtelijke taak rechtvaardigen volgens de Hoge Raad het maken van een uitzondering niet. De Hoge Raad overweegt dat vanwege de mogelijk ernstige gevolgen die aan de verzochte maatregelen kunnen zijn verbonden, van de verzoeker juist mag worden verwacht dat zij haar bezwaren

voldoende motiveert en dat zij ook voldoende duidelijk maakt op grond waarvan zij de stellingen van de effectenuitgevende instelling betwist. De Hoge Raad wijst de klacht van de AFM op dit punt af.

### 4.2 Analyse

De overwegingen van de Hoge Raad staan wel wat haaks op de overwegingen van de wetgever in de Memorie van Toelichting bij de invoering van de Wtffv.<sup>4</sup> Daarin staat dat hoewel van de verzoeker wordt verwacht dat hij het verzoekschrift motiveert, hij niet hoeft te bewijzen dat de jaarrekening onjuist is. Dat is veel minder streng dan 'feiten ten grondslag legt waaruit de toewijsbaarheid kan volgen' van de Hoge Raad. De Memorie van Toelichting lijkt grond te bieden voor de stelling dat de aard van de jaarrekeningprocedure zich tegen onverkorte toepassing van de algemene regels rond stelplicht en bewijslast verzet. Krol (2009) geeft aan dat de rechter zelf feiten in de procedure mag brengen om tot een juiste toepassing van het objectieve recht te komen. Zij stelt dat de rechter een meer actieve rol zal moeten vervullen omdat zij de juiste toepassing van rechtsregels moet toetsen. Zonder kennis van alle relevante feiten zou die toetsing niet goed mogelijk zijn. Indien de rechter een passieve houding aanneemt, blijft de strijd beperkt tot hetgeen de verzoeker kan bewijzen.

Dit legt een probleem bloot dat in de Memorie van Toelichting bij de Wtffv al werd gesignaleerd. De in het geding zijnde stukken kunnen summier zijn, omdat de verzoeker niet altijd over voldoende informatie beschikt om te kunnen beoordelen of de verslaggevingsstandaarden op de juiste wijze zijn toegepast. Het gaat om technische en zeer gecompliceerde materie. Zowel de rechter als de verzoeker ontbeert de specifieke informatie om te bepalen of er inderdaad reden is te twijfelen aan de juiste toepassing van de verslaggevingsvoorschriften.<sup>5</sup>

Bij het toezicht op de financiële verslaggeving van effectenuitgevende instellingen heeft de AFM geen bestuursrechtelijke bevoegdheden. Dit past bij de in de Memorie van Toelichting bij de Wtffv beoogde rol voor de AFM als een soort achtervang. De AFM kan op basis van openbare informatie de financiële verslaggeving van effectenuitgevende instellingen onderzoeken. Indien de AFM twijfel heeft of de verslaggevingsvoorschriften juist zijn toegepast, kan zij de effectenuitgevende instelling om een toelichting vragen. De effectenuitgevende instelling bepaalt zelf op welke wijze en in welke vorm zij de nadere toelichting geeft.<sup>6</sup> Fishing expeditions, verzoeken om een nadere toelichting zonder dat er sprake is van twijfel, zijn niet toegestaan. Indien de effectenuitgevende instelling onvoldoende gevolg geeft aan een verzoek om toelichting, kan de AFM zich wenden tot de OK met het

verzoek te bevelen dat de effectenuitgevende instelling de toelichting alsnog verstrekt. Het is vervolgens aan de OK om te bepalen hoe de toelichting moet worden gegeven. Van onvoldoende gevolg geven is volgens de wetsgeschiedenis bijvoorbeeld sprake bij het geheel niet reageren of reageren zonder nieuwe feiten of omstandigheden te presenteren.<sup>7</sup> Een ander voorbeeld uit de Memorie van Toelichting is een reactie die onvoldoende overtuigingskracht heeft. Het onvoldoende gevolg geven is een weinig concrete norm, waardoor bij een gebrekkige bereidwilligheid van de effectenuitgevende instelling de AFM moeilijk haar standpunt kan bepalen en haar processuele positie kan voorbereiden. Bij onvoldoende informatie zal de AFM meer gebruik moeten maken van de mogelijkheid een toelichting via de OK af te dwingen. Daarbij is de beperkte termijn van zes maanden na vaststelling jaarrekening niet in het voordeel van de AFM. Inmiddels is in de op 26 augustus 2009 ingediende Wijzigingswet Wft een uitbreiding van deze termijn voorzien van zes naar negen maanden. Door deze verlengde termijn wordt het moment waarop een herziening wordt bevolen, uitgesteld. Dit verhoogt de kans dat de gewenste herziening door het tijdsverloop van geringe betekenis wordt, zoals door de OK in Perstorp Franklin overwogen.

Omdat zowel de rechter als de verzoeker een informatieachterstand heeft, was in het oorspronkelijke wetsvoorstel in artikel 2:450 BW voorzien in de mogelijkheid op verzoek of ambtshalve door de OK een onderzoek door een of meer deskundige onderzoekers te laten plaatsvinden. In de Nota van Wijziging werd dit geschrapt omdat de verzoekschriftprocedure, art. 284 Rv jo 194 Rv, hier reeds in voorzag.<sup>8</sup> De verzoeker kan in zijn verzoekschrift aangeven dat de grondslag voor het verzoek tot herziening door hem wordt aangevuld nadat de resultaten van het onderzoek bekend zijn (vgl. 283 Rv). Zeker gezien de lijdelijke houding van de rechter is het de verzoeker aan te bevelen de OK te verzoeken op basis van 194 Rv een deskundigenbericht te bevelen.

## 5 Horen accountant

### 5.1 Inleiding

De accountant die de jaarrekening van Spyker heeft gecontroleerd, is niet voorafgaand aan de behandeling van deze zaak gehoord, maar tijdens de terechtzitting waarop de zaak werd behandeld, nadat partijen hun stellingen hebben toegelicht. In de tijd dat de jaarrekeningprocedure nog een dagvaardingsprocedure was, tot 2006, werd de accountant (ex art. 1001 lid 5 Rv) gehoord tijdens een afzonderlijke zitting voorafgaand aan de mondelinge behandeling.

De AFM meent dat dit horen voorafgaand aan de terechtzitting moet plaatsvinden en legt dit als klacht voor aan de Hoge Raad. De twee belangrijkste argumenten die de AFM daarbij naar voren brengt, zijn de mogelijkheid voor de AFM om voldoende te kunnen reageren op hetgeen de accountant naar voren brengt en het effect op de onafhankelijkheid van de accountant indien deze de stellingen van partijen ter zitting heeft vernomen.

De Hoge Raad overweegt dat art. 2:450 lid 5 BW terecht tot uitgangspunt neemt dat de accountant op een zodanig tijdstip moet worden gehoord dat partijen voldoende gelegenheid hebben te reageren op de door de accountant afgelegde verklaringen. Daaruit volgt echter volgens de Hoge Raad niet dat dit horen van de accountant alleen kan plaatsvinden vóór de behandeling ter terechtzitting van het verzoek door de OK. Evenmin brengen de wettelijke regeling en de goede procesorde mee dat de accountant niet zou mogen worden gehoord nadat partijen hun standpunt hebben toegelicht. In het algemeen zal het standpunt van de accountant aan partijen al (in overwegende mate) bekend zijn en kan het volgens de Hoge Raad de voorkeur verdienen de accountant pas aan het woord te laten nadat de over en weer ingenomen standpunten mondeling zijn toegelicht, zodat de accountant beter in staat is de nog resterende vragen te beantwoorden.

Voorts overweegt de Hoge Raad dat niet valt in te zien dat het enkele feit dat de accountant ter zitting de standpunten van beide partijen heeft vernomen voordat hij aan het woord komt, aan zijn onafhankelijkheid afbreuk zou doen. De door het onderdeel genoemde omstandigheden dat de accountant wordt beperkt door zijn geheimhoudingsplicht jegens de verwerende partij en dat hij in haar opdracht werkt en door haar wordt betaald, kunnen volgens de Hoge Raad op zichzelf niet tot de conclusie leiden dat aan de door hem afgelegde verklaringen geen, of geen doorslaggevend gewicht zou mogen worden gehecht.

### 5.2 Analyse

Deze analyse van de Hoge Raad is niet bevredigend. De controlerend accountant is partij bij de jaarrekening waarbij hij een accountantsverklaring heeft afgegeven. Oordeelt de rechter dat de jaarrekening aanpassing behoeft terwijl de accountant een goedkeurende verklaring heeft afgegeven, dan kan dat vragen oproepen over de juistheid van de accountantsverklaring. In ieder geval wordt dan in schijn de onafhankelijkheid van de accountant aangetast. Dit heeft gevolgen voor de bewijskracht van hetgeen door de accountant naar voren wordt gebracht. Het lijkt om die reden aan te bevelen om ten behoeve van het objectief verkrijgen van feitelijke informatie door de OK de accountant te horen op een tijdstip dat hij zo min mogelijk kennis

heeft kunnen nemen van de toelichtingen van partijen. Daarnaast is het om de objectiviteit van de accountant te bevorderen belangrijk dat de accountant niet betrokken wordt bij de verdediging van de verweerder, zijn cliënt. Hij treedt immers op ten behoeve van het maatschappelijk verkeer (Reimers en Koster, 2009).

In de praktijk blijkt de bijdrage van de accountant ter zitting substantieel te kunnen zijn. Zeker indien het technische en/of complexe materie betreft, doet het horen tijdens de terechtzitting afbreuk aan de gelegenheid voor partijen om daarop te reageren. Dit is in strijd met de goede procesorde (hoor en wederhoor).

## 6 Conclusie

Op vier punten heeft de Hoge Raad een interessante beschikking afgegeven. Het eerste punt betreft de toetsingsmaatstaf in relatie tot materialiteit. De OK en de Hoge Raad stellen het getrouwe beeld als toetsingskader voor het geven van een bevel tot herziening voorop. Het belang van de vergelijkbaarheid schuift daardoor wat meer naar de achtergrond. Beiden menen dat materiële afwijkingen van de regels van de IFRS een bevel niet rechtvaardigen zolang ook met die afwijkingen nog een getrouw beeld wordt gegeven. Daardoor ontstaan enerzijds afwijkingen van de IFRS die de vergelijkbaarheid in het gedrang brengen, maar wordt anderzijds wel recht gedaan aan de proportionaliteit. Een bevel tot herziening van de jaarrekening is ingrijpend en het is goed die ingrijpendheid bij een besluit over het geven van een bevel te betrekken.

Vanwege die ingrijpendheid is het tweede punt, de discretionaire bevoegdheid van de rechter, op zijn plaats. Een bevel voor toekomstige jaarrekeningen is echter een

minder ingrijpend middel dat bij minder ernstige tekortkomingen ingezet moet kunnen worden. Daar lijkt in de Spyker-casus ruimte voor te zijn geweest. De door Spyker gedane toezegging ten aanzien van de toekomstige jaarrekening heeft daar echter in voorzien. Een knelpunt in het toezicht op de verslaggeving is dat de middelen van de OK niet goed aansluiten op de middelen van de AFM. Stroomlijning van de wetgeving door de OK de mogelijkheid te bieden de uitgevende instelling te bevelen om de vastgestelde materiële tekortkomingen in een algemeen verkrijgbaar bericht aan de markt bekend te maken, is gewenst.

Het derde punt gaat over de bewijslast en de lijdelijkheid van de rechter. De OK en de Hoge Raad vinden dat de verzoeker zijn stellingen moet bewijzen. Dat gaat verder dan de wetgever heeft beoogd. De voor de verzoekprocedure beschikbare deskundige lijkt hier de positie van de verzoeker te kunnen versterken.

Het vierde punt betreft het horen van de accountant. De Hoge Raad heeft geen problemen met het horen van de accountant nadat partijen hun stellingen ter zitting hebben toegelicht. Dit lijkt onbevredigend. Het zet onnodig druk op de onafhankelijkheid van de accountant en maakt het voor partijen lastiger om te reageren. Het is wenselijk als de accountant voorafgaand aan de zitting wordt gehoord, zodat voornoemde bezwaren zo veel mogelijk worden weggenomen. ■

Mr. drs. H.K.O. Reimers AA CPA is advocaat bij NautaDutilh.

## Literatuur

- Beckman, H. (2009), Verschillende verslaggevingsregimes: een getrouw beeld?, *Ondernemingsrecht*, 2009/96, pp. 398-404.
- Beckman, H. (2008), *Hoofdlijnen van het jaarrekeningenrecht*, Deventer: Kluwer.
- Krol, A.N. (2007), Rechtspraak OK 28-12-2007 (Spyker), *Ondernemingsrecht*, 2008/69, pp. 241-246.
- Krol, A.N. (2009), Rechtspraak Hoge Raad 24-04-2009 (Spyker), *Ondernemingsrecht*, 2009/108, pp. 461-465.
- Ondernemingskamer 15-09-2009, JOR 2009/320, Perstorp Franklin, met noot J.B.S. Hijink.
- Ondernemingskamer 5-08-2009, Stichting BPVH – Optas/Aegon, met noot H. Beckman, JOR 2009/255.
- Ondernemingskamer 28-12-2007 (Spyker) met noot P.M. Van der Zanden JOR 2008/38.
- Ploeger, P.N. (2009), noot bij Hoge Raad, 24-04-2009 (Spyker), JOR 2009/188.
- Reimers, H.K.O. (2006), Het toetsingskader voor de jaarrekening, *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie*, jg. 80, no. 10, pp. 470-476.
- Reimers, H.K.O. (2008a), De uitspraak van de ondernemingskamer in AFM vs Spyker, *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie*, jg. 82, no. 7/8, pp. 334-339.
- Reimers, H.K.O. (2008b), De wijze van toetsen in een jaarrekeningprocedure, *Vereniging Jaarrekeningenrecht Bundel 2008/2009*, pp. 165-177.
- Reimers, H.K.O. en G.F.E. Koster (2009), De rol van de externe accountant in de jaarrekeningprocedure, *Tijdschrift voor jaarrekeningenrecht*, jg. 4, no. 5, pp. 121-126.
- Verordening 1289/2008/EG.
- Verordening 1606/2002/EG (IAS-Verordening) betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen.