

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

het consultatievoorstel voor de Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet bekostiging financieel toezicht 2019 en enige andere wetten op het terrein van de financiële markten (Wijzigingswet financiële markten 2022; hierna: “het consultatievoorstel”).

1. Inleiding

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële beroepsorganisatie (hierna: “GCV”) heeft kennis genomen van het consultatievoorstel, gepubliceerd op 6 november 2020 via www.internetconsultatie.nl.¹ Het consultatievoorstel bevat wijzigingen van de Wet op het financieel toezicht (hierna: "Wft"), de Wet bekostiging financieel toezicht 2019 (hierna: "Wbft"), de Wet op het giraal effectenverkeer (hierna: "Wge"), alsmede Boek 2 en Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: "BW").

De GCV laat de voorgestelde wijzigingen in de Wbft, Wge en Boek 7 BW onbesproken. Dit advies spitst zich toe op de voorgestelde wijzigingen van art. 5:25o Wft (Artikel I, onderdeel Z van het consultatievoorstel) en de artikelen 2:394, 2:452 en 2:454 BW (Artikel IV, onderdelen A en B van het consultatievoorstel). Het consultatievoorstel beoogt met deze wijzigingen, kort gezegd, te regelen dat uitgevende instellingen waarvan effecten zijn toegelaten tot een gereguleerde markt en waarvan Nederland de lidstaat van herkomst is, de vastgestelde jaarrekening (en aanverwante stukken) rechtstreeks – in plaats van via de Autoriteit Financiële Markten (hierna: "AFM") – bij het handelsregister deponeren. Hiertoe komen de verplichting voor uitgevende instellingen om de vastgestelde jaarrekening aan de AFM toe te zenden en de verplichting voor de AFM om de vastgestelde jaarrekening (en aanverwante stukken) door te zenden aan het handelsregister, te vervallen. De achtergrond hiervan is, zo wordt in de Memorie van Toelichting op het consultatievoorstel (hierna: "MvT") opgemerkt, "dat de doorzendplicht van de AFM aan het handelsregister op praktische bezwaren stuit en in de praktijk ook niet meer nodig blijkt."²

¹ <https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingswetfm2022>.

² MvT, p. 7.

Over de uitwerking van deze wijzigingen in het consultatievoorstel en de onderbouwing van deze wijzigingen heeft de GCV een aantal vragen en observaties. Deze worden hieronder toegelicht.

2. Onderbouwing dat doorzendplicht problematisch zou zijn, is niet overtuigend en roept vragen op

Inleiding

Hierboven werd de in de MvT gegeven onderbouwing voor het schrappen van de doorzendplicht van de AFM reeds kort genoemd. Deze zou "op praktische bezwaren stuiten" en "in de praktijk niet nodig blijken". In het artikelsgewijze deel van de MvT (pagina 18 van de MvT) is deze onderbouwing verder uitgewerkt. Aldaar wordt het volgende opgemerkt:

"Voor boekjaren vanaf 1 januari 2020 dienen uitgevende instellingen alle jaarlijkse financiële verslagen, waaronder de vastgestelde jaarrekening, op te stellen in een uniform elektronisch format (ESEF). Hierdoor is het niet langer mogelijk om op eenvoudige wijze gegevens aan het rapportageformat toe te voegen, hetgeen in de praktijk problematisch kan zijn voor de deponering bij het handelsregister. Voor deponering van de vastgestelde jaarrekening bij het handelsregister gelden enkele aanvullende eisen, zoals vermelding van de dag van vaststelling en goedkeuring, die niet uit de Wft voortvloeien. Indien de vastgestelde jaarrekening niet voldoet aan deze aanvullende eisen, kan de situatie ontstaan dat uitgevende instellingen door toezending van de jaarrekening aan de AFM hebben voldaan aan de verplichtingen uit de Wft en artikel 2:394, achtste lid, BW, maar de AFM desondanks niet kan voldoen aan haar doorzendplicht omdat – zonder deze aanvullende gegevens – niet bij het handelsregister gedeponeerd kan worden. Dit wordt onwenselijk geacht."

Naar de mening van de GCV bevat de hierboven aangehaalde passage in de MvT een aantal onduidelijkheden en verkeerde aannames.

Miskennis van onderscheid algemeen verkrijgbaar gestelde jaarrekening en vastgestelde jaarrekening

De belangrijkste daarvan is dat in de MvT ten onrechte wordt verondersteld dat de *vastgestelde* jaarrekening voor boekjaren vanaf 1 januari 2020 opgesteld dient te worden in het Europese uniforme elektronische format (hierna: "ESEF"). Bedoeld zal zijn dat voor uitgevende instellingen geldt dat zij voor boekjaren vanaf 1 januari 2020 hun financiële verslaggeving (in de terminologie van de Wft) *algemeen verkrijgbaar* dienen te stellen met inachtneming van ESEF. Concreet houdt dit in, zoals ook volgt uit art. 3 van de Gedelegeerde Verordening (EU) 2018/815³, dat die uitgevende instellingen hun algemeen verkrijgbaar te stellen financiële verslagen dienen op te stellen in XHTML-format (Extensible Hypertext Markup Language).

³ Gedelegeerde Verordening (EU) 2018/815 van de Commissie van 17 december 2018 tot aanvulling van Richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad met technische reguleringsnormen voor de specificatie van een uniform elektronisch verslagleggingsformaat.

Noch in de Gedelegeerde Verordening, noch in de Europese Transparantierichtlijn⁴ waarop deze verordening is gebaseerd, is de *vastgestelde* jaarrekening relevant. Het (ESEF-)vereiste dat een jaarrekening opgesteld moet zijn in XHTML-format geldt dan ook niet voor de (vast te stellen of) vastgestelde jaarrekening. En het al dan niet toevoegen van gegevens aan een algemeen verkrijgbaar gestelde jaarrekening nadat deze is vastgesteld – bijvoorbeeld de dag van vaststelling (verplicht op grond van art. 2:394 lid 1 BW) – kan dan ook niet (om die reden) problematisch zijn.⁵ De MvT gaat ten onrechte voorbij aan het onderscheid dat in het Nederlandse vennootschapsrecht bestaat tussen de algemeen verkrijgbaar gestelde jaarrekening enerzijds en de vastgestelde jaarrekening anderzijds. Weliswaar zal in de praktijk de algemeen verkrijgbaar gestelde jaarrekening doorgaans zonder wijzigingen door de algemene vergadering worden vastgesteld.⁶ Dat betekent echter niet dat de jaarrekening zoals die door de uitgevende instelling wordt voorgelegd aan de algemene vergadering ter vaststelling, per definitie gelijklopend zal (moeten) zijn aan de jaarrekening zoals algemeen verkrijgbaar gesteld in het ESEF-format. En (dus) ook niet dat daaraan (nadien) geen informatie meer kan worden toegevoegd.⁷

Handhaven van huidige art. 5:25o Wft voorkomt juist in MvT genoemde "problemen"

Het komt de GCV voor dat handhaven van de doorzendplicht van de AFM zoals thans is opgenomen in art. 5:25o Wft, anders dan in de MvT wordt opgemerkt, juist voorkomt dat de AFM een jaarrekening aan het handelsregister zou moeten doorzenden waarin niet alle gegevens zouden zijn opgenomen. Bij handhaven van art. 5:25o Wft blijft het de verantwoordelijkheid van de uitgevende instelling om de jaarrekening zoals die is vastgesteld – dat kan de in het ESEF-format algemeen verkrijgbaar gestelde jaarrekening zijn, aangevuld met de benodigde extra gegevens (waaronder de datum van vaststelling door de algemene vergadering, maar bijvoorbeeld ook bepaalde gegevens als bedoeld in art. 2:392 BW) – aan de AFM toe te zenden. De AFM zendt deze vastgestelde jaarrekening vervolgens door aan het handelsregister. Ten opzichte van de huidige regeling, waarbij het eveneens de verantwoordelijkheid is van de uitgevende instelling om de vastgestelde jaarrekening (voorzien van alle vereiste aanvullingen) aan de AFM toe te zenden, verandert er niets.⁸ Wel dient, zoals hieronder in onderdeel 4 nog nader wordt toegelicht, (meer) duidelijkheid te worden verschaft over de wijze waarop deponering van jaarrekeningen van uitgevende instellingen bij het handelsregister dient plaats

⁴ Richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een geregelende markt zijn toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG (PbEU L 390).

⁵ Het is de GCV niet ontgaan dat de AFM op haar website het standpunt inneemt dat "[z]odra de jaarrekening is vastgesteld door de algemene vergadering van aandeelhouders (...) de beursgenoteerde onderneming deze (inclusief het jaarverslag en de overige gegevens) binnen vijf dagen (...) in ESEF [moet] deponeren bij de AFM" (zie: <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/doelgroepen/effectenuitgevende-ondernemingen/financiele-verslaggeving/verrijgbaar-stellen-deponeren>). Het is de GCV niet duidelijk wat de wettelijke basis is voor deze zienswijze van de AFM.

⁶ Hoewel de wetgever juist expliciet – zie art. 5:25c lid 8 Wft – heeft onderkend dat tussen de algemeen verkrijgbaar gestelde en de uiteindelijk vastgestelde jaarrekening verschillen kunnen - en op grond van art. 2:362 lid 6 BW in bepaalde gevallen zelfs moeten – bestaan.

⁷ Overigens wordt in de MvT opgemerkt dat vermelding van "goedkeuring" (van de jaarrekening) als aanvullende eis voor deponering van de jaarrekening bij het handelsregister zou gelden. Het is de GCV niet duidelijk op welke "goedkeuring" in dit verband wordt bedoeld.

⁸ De doorzendplicht is ingevoerd in, kort gezegd, de Wet tot aanpassing van onder meer de Wft ter implementatie van de Transparantierichtlijn (Kamerstukken 31 093; Stb. 2016, 31; hierna: Wet ter implementatie van de Transparantierichtlijn).

te vinden in het licht van art. 19a Handelsregisterwet 2007 en het daarop gebaseerde Besluit elektronische deponering handelsregister.⁹

3. Onderbouwing dat AFM voor toezicht niet over vastgestelde jaarrekening dient te beschikken roept eveneens vragen op

Het tweede element ter onderbouwing van het voorstel om de doorzendplicht te schrappen, bestaat eruit dat de AFM, blijkens de MvT, niet over de vastgestelde jaarrekening zou behoeven te beschikken in het kader van het door de AFM gehouden toezicht op de financiële verslaggeving, zoals onder meer voortvloeiend uit de Wet toezicht financiële verslaggeving (hierna: "Wtfv"). In de MvT (op p. 18) wordt daarover opgemerkt:

"Daarnaast is in de praktijk gebleken dat toezending van de vastgestelde jaarrekening aan de AFM niet meer nodig is. Bij de invoering van artikel 5:25o Wft werd toezending van de vastgestelde jaarrekening aan de AFM doelmatig geacht voor haar toezicht uit hoofde van de Wet toezicht financiële verslaggeving (Wtfv) omdat de AFM direct na vaststelling over de betrokken stukken kon beschikken. Met de doorzendplicht van de AFM uit artikel 5:25o Wft werd beoogd te voorkomen dat de vastgestelde jaarrekening door de uitgevende instelling bij zowel de AFM als het handelsregister gedeponereerd zou moeten worden. In de praktijk blijkt de toezending van de vastgestelde jaarrekening aan de AFM evenwel geen toegevoegde waarde te hebben voor haar toezicht. Het toezicht van de AFM dat voortvloeit uit de richtlijn transparantie en is geïmplementeerd in hoofdstuk 5.1a Wft, heeft betrekking op de opgemaakte jaarrekening en niet op de vastgestelde jaarrekening. Ook voor haar toezicht uit hoofde van de Wtfv is toezending van de vastgestelde jaarrekening aan de AFM niet nodig. De AFM beschikt ingevolge artikel 5:25m Wft over de opgemaakte jaarrekening van de uitgevende instelling en kan op grond daarvan reeds een aanvang maken met haar toezicht uit hoofde van de Wtfv. Om die reden wordt het niet langer nodig geacht dat de uitgevende instelling de vastgestelde jaarrekening aan de AFM toezendt en dat de AFM deze doorzendt en wordt voorgesteld deze verplichtingen te schrappen. Hierdoor dienen uitgevende instellingen de jaarrekening (en aanverwante stukken) rechtstreeks te deponeren bij het handelsregister op grond van artikel 2:394, eerste (en vierde) lid, BW."

Het komt de GCV voor dat met deze opmerkingen in de MvT miskend wordt wat de bedoeling van de wetgever was bij de invoering van de Wtfv en de reikwijdte van de Wtfv – ook thans nog – is. Zo werd in de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de Wtfv destijds uitdrukkelijk opgemerkt dat "het toezicht door de AFM *achteraf* (na vaststelling door de AvA of de algemene ledenvergadering) plaatsvindt"¹⁰ (cursivering in origineel). Dit komt ook – nog steeds – tot uitdrukking

⁹ Staatsblad 2016, 149.

¹⁰ Verwezen wordt naar de Memorie van Toelichting op het voorstel voor de Wtfv, Kamerstukken II 2005/2006, 30 336, nr. 3, p. 18. Ook in de parlementaire geschiedenis bij het voorstel voor de Wet ter implementatie van de Transparantierichtlijn werd dit uitgangspunt overigens (nogmaals) benadrukt, zoals volgt uit de opmerking dat "[o]p de vastgestelde jaarrekening van de uitgevende instellingen (...) de AFM immers toezicht [houdt] uit hoofde van de Wtfv (Kamerstukken II 2006/2007, 31 093, nr. 3, p. 30).

in art. 1, onderdeel d, onder 1°, van de Wtffv alwaar "financiële verslaggeving" is gedefinieerd als (onder andere) de *vastgestelde* jaarrekening. Het consultatievoorstel brengt in de bepalingen van de Wtffv geen wijzigingen. Als gevolg hiervan kan het (mogelijk) zo zijn dat de AFM op grond van art. 5:25m Wft een aanvang kan maken met haar toezicht uit hoofde van de Wtffv. Naar de mening van de GCV dient het fundamentele uitgangspunt dat aan de Wtffv ten grondslag ligt – te weten: de vastgestelde jaarrekening is het vertrekpunt voor het toezicht van de AFM op financiële verslaggeving – echter ongewijzigd te blijven. Dat brengt mee dat indien de AFM van haar bevoegdheden uit hoofde van de Wtffv gebruik wil maken, er sprake dient te zijn van een vastgestelde jaarrekening.

De GCV kan uiteraard niet treden in de afweging dat – naar de GCV aanneemt: voor de AFM – "de toezending van de vastgestelde jaarrekening aan de AFM evenwel geen toegevoegde waarde [blijkt] te hebben voor haar toezicht." Daar staat echter tegenover dat voor uitgevende instellingen die toezending, althans de doorzending door de AFM aan het handelsregister van de vastgestelde jaarrekening, wél nog steeds toegevoegde waarde heeft. Ervan uitgaande dat, in afwijking van hetgeen thans in het consultatiedocument wordt voorgeteld, het bepaalde in art. 5:25o Wft blijft bestaan, wordt immers voorkomen voor uitgevende instellingen dat een "dubbele deponeringsplicht" ontstaat – dat wil zeggen: dat eenzelfde document bij twee verschillende overheidsorganen dient te worden gedeponerd. Voorkoming van deze dubbele deponeringsplicht, die ook genoemd is bij de invoering van de doorzendplicht¹¹, is (in dat geval) voor uitgevende instellingen ook thans nog steekhoudend.

4. Overige observaties rondom ESEF en conclusie

Gezien de vragen die de voorgestelde wijzigingen in het consultatievoorstel opwerpen, adviseert de GCV het voorgestelde Artikel I, onderdeel Z en Artikel IV, onderdelen A en B, van het consultatievoorstel te schrappen.

Het voorgaande laat onverlet dat over de verhouding tussen de verplichtingen die voortvloeien uit de Gedelegeerde Verordening omtrent het toepassen van ESEF en de deponering van de uiteindelijk vastgestelde jaarrekening in de praktijk de nodige vragen bestaan. Die hangen met name samen met de vraag of, en zo ja op welke wijze, het Besluit elektronische deponering handelsregister zal worden aangepast. Thans zijn op grond van art. 4 van dat besluit uitgevende instellingen uitgezonderd van de verplichting, opgenomen in art. 2 van dat besluit, om de vastgestelde jaarrekening bij het handelsregister te deponeren via het zogenoemde Standard Business Reporting. Bij de totstandkoming van het Besluit elektronische deponering handelsregister in 2016 werd in de Nota van toelichting opgemerkt dat "[d]e aanwijzing tot verplicht elektronisch deponeren door uitgevende instellingen zal (...) volgen uit een door de Minister van Financiën op te stellen besluit".¹² De GCV is niet bekend met de voornemens omtrent dit door de Minister van Financiën op te stellen besluit en daardoor evenmin met de gedachtenvorming over de wijze waarop uitgevende instellingen op termijn aan art. 19a Handelsregisterwet 2007 invulling dienen te geven.

¹¹ Vergelijk Kamerstukken II 2006/2007, 31 093, nr. 3, p. 11 en p. 30-31.

¹² Nota van toelichting bij het Besluit elektronische deponering handelsregister, Stb. 2016, 149, p. 8.

Den Haag, 18 december 2020

Bijlage: Samenstelling van de GCV



Bijlage

Samenstelling van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht:

Mr. A.F.J.A. (Fons) Leijten, advocaat Stibbe, Amsterdam - voorzitter

Mr. M.Y.H.J. (Manon) den Boer, notaris DLA Piper, Amsterdam

Mr. Y. (Yvette) Borrius, advocaat Florent, Amsterdam

Mr. G.C. (Gerco) van Eck, notaris Loyens & Loeff, Rotterdam

Prof. mr. J.B.S. (Steven) Hijink, advocaat-lid, counsel Stibbe, Amsterdam

Prof. mr. L.G.H.J. (Louis) Houwen, advocaat Dirkzwager, Nijmegen

Mr. drs. R.H. (Reinier) Kleipool, notaris De Brauw Blackstone Westbroek, Amsterdam

Mr. F.J. (Frank) Oranje, notaris Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, Den Haag (in herinnering)

Mr. M.L.E. (Mariëtte) Plaggemars, notaris Damsté, Enschede

Prof. mr. G.T.M.J. (Geert) Raaijmakers, advocaat NautaDutilh, Amsterdam

Prof. mr. G.J.C. (Günther) Rensen, notaris-lid, professional support lawyer Allen & Overy, Amsterdam

Mr. G.P. (Guido) Roth, advocaat Finnius, Amsterdam

Secretariaat:

Mr. N.J.M. Sjerps

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)

Postbus 16020

2500 BA Den Haag

T 070 3307226

E j.sjerps@knb.nl
