

DE ROL VAN DE HOGE RAAD IN EEN JAARREKENING-PROCEDURE

(n.a.v. H.R. 17 januari 1979 i.z. Douwe Egberts b.v.)

door Prof. Mr. W. J. Slagter

1. Inleiding

De uitspraak van de Ondernemingskamer (verder af te korten als O.K.) van het Gerechtshof te Amsterdam n.a.v. de dagvaarding ten verzoeken van enkele aandeelhouders tot vernietiging van de jaarrekening over het jaar 1974 van Douwe Egberts Koninklijke Tabaksfabriek · Koffiebranderijen · Theehandel b.v. te Joure (verder te noemen D.E.) d.d. 20 januari 1977¹⁾ is de eerste beslissing van de O.K. geweest in een jaarrekening-procedure. Daarvóór had de O.K. reeds enige uitspraken gegeven n.a.v. verzoeken tot het instellen van een enquête²⁾. De onderhavige uitspraak van de Hoge Raad van 17 januari 1979 is tevens de eerste beslissing van de Hoge Raad in een jaarrekening-procedure. De redactie van het MAB achtte het daarom van belang aandacht te besteden aan de rol van de Hoge Raad in een jaarrekening-procedure, mede in het licht van de aan dit arrest van de Hoge Raad voorafgaande Conclusie van de Advocaat-Generaal prof. mr. M. R. Mok. Juist omdat het hier de eerste jaarrekening-procedure voor de Hoge Raad betrof, heeft de A. G. Mok zich moeite gegeven om uiteen te zetten, tot hoever de Hoge Raad kan gaan bij de toetsing van een jaarrekening aan de wet, zoals deze in het licht van de in het maatschappelijk verkeer bestaande opvattingen dient te worden uitgelegd.

De O.K. van het Hof had de jaarrekening 1974 van D.E. niet vernietigd, omdat de door het Hof geconstateerde gebreken niet van zo'n ernstige aard waren, dat zulks nodig was. De O.K. achtte het voldoende, dat de zes aanwijzingen, die hij gaf, in de volgende jaarrekeningen ter harte zouden worden genomen. D.E. berustte in één van deze zes aanwijzingen (de inlichtingen omtrent de wijziging van de waarde van niet geconsolideerde deelnemingen, anders dan voortvloeiende uit de resultaten, dienen voor de gezamenlijke deelnemingen afzonderlijk te vermelden de uit eenzelfde oorzaak (per saldo) voortvloeiende wijzigingen), doch stelde beroep in cassatie in tegen (onderdelen van) de vijf overige aanwijzingen. De A.G. Mok achtte één van deze grieven in cassatie gegrond, welk oordeel door de Hoge Raad gedeeld werd. De Hoge Raad achtte echter nog een tweede grief in cassatie gegrond. Op de op zichzelf belangwekkende aspecten inzake de inrichting van de jaarrekening van een onderneming als D.E. zal ik slechts kort ingaan; voor beschouwingen hieromtrent verwijs ik naar de annotatie van prof. Bak en prof. Boukema in TVVS 1979 blz. 96-101. Ik zal mij in hoofdzaak beperken tot de vraag, welke rol in de toekomst kan worden verwacht van de Hoge Raad bij toetsing van de jaarrekeningen. Daarbij gaat het vooral om twee vragen:

¹⁾ Besproken door J. A. Burggraaff, MAB 1977, blz. 274 en door prof. drs. G. G. M. Bak en prof. mr. C. A. Boukema, TVVS 1977, blz. 87-90 en mr. drs. H. Beckman, TVVS 1977, blz. 122-124.

²⁾ Van die beslissingen hebben er tot dusverre twee tot uitspraken van de Hoge Raad geleid: H.R. 30 oktober 1974 N.J. 1975, 185 en H.R. 19 maart 1975 N.J. 1976, 267 inzake Westertoren-H.V.A.

- zal de Hoge Raad zich beperken tot een marginale toetsing, of zal de Hoge Raad een hem voorgelegde vraag, voorzover als een rechtsvraag te beschouwen, beantwoorden door een integrale toetsing aan de wettelijke regeling?
- welke rol kent de Hoge Raad bij de uitlegging van de wettelijke regeling toe aan de in het maatschappelijk verkeer geldende opvattingen en gebruiken?

2. Gang van zaken bij een jaarrekening-procedure en een cassatie-procedure

Alvorens in te gaan op de vraag, tot hoe ver de toetsing van de Hoge Raad zich zou dienen uit te strekken, eerst ten behoeve van de lezers van het MAB, die niet dagelijks met cassatie-procedures te maken hebben, een enkel woord omtrent de gang van zaken hierbij. In gewone civiele of strafrechtelijke procedures is er doorgaans een rechtsgang in twee feitelijke instanties (rechtbank en gerechtshof), desgewenst te volgen door een derde instantie: een beroep in cassatie bij de Hoge Raad. De jaarrekening- en enquêtoprocedures onderscheiden zich hiervan, doordat er slechts één feitelijke instantie is: de O.K. van het Gerechtshof te Amsterdam.

De dagvaarding tot vernietiging van een jaarrekening dient te worden uitgebracht ten verzoeken van een „belanghebbende”. Het staat vast, dat onder deze vage term in ieder geval een aandeelhouder is begrepen, ook al is hij slechts houder van één aandeel. M.i. ten onrechte heeft de O.K. in zijn uitspraak van 26 mei 1977 (jaarrekening Vulcaansoord) ook een aspirant-aandeelhouder als belanghebbende beschouwd: wanneer het enkele voornemen om t.z.t. een aandeel te kopen reeds voldoende zou zijn om iemand tot „belanghebbende” te bestempelen, is van dit begrip iedere beperkende en omlijnende betekenis komen te ontvallen. Daarnaast rijst ook de vraag, of een ex-aandeelhouder belanghebbende kan zijn: met name rijst de vraag, wannéer men aandeelhouder moet zijn om als „belanghebbende” te worden aanvaard: in het tijdvak, waarover de bestreden jaarrekening zich uitstrekt, ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding of ten tijde van de uitspraak van de O.K. of zelfs pas van de H.R.? Deze vraag was, naar ik aanneem, in de procedure van D.E. van belang, omdat, voorzover mij bekend, de eisende aandeelhouders na 1974 (het jaar van de bestreden jaarrekening) hun aandelen aan een Amerikaanse vennootschap hadden verkocht. De O.K. stelde ten deze vast, dat de eisers „in de ten deze van belang zijnde periode aandeelhouders van D.E.” waren. Hieruit is af te leiden, dat men belanghebbende blijft, ook al heeft men zijn aandelen na die periode en voor het uitbrengen van de dagvaarding verkocht; dit is bij aandelen op naam ook redelijk, omdat het denkbaar is, dat in de koopovereenkomst een verrekenclausule is opgenomen, waarvan het effect afhangt van de uitslag van een jaarrekening-procedure. Een aandeelhouder aan toonder heeft echter zijn belang verloren, indien hij na de periode, waarover de jaarrekening zich uitstrekt doch voor het uitbrengen van de dagvaarding zijn toonder-aandelen verkoopt. Omgekeerd zou ik niet menen, dat iemand, die geen aandeel bezat in de periode, waarover de bestreden jaarrekening zich uitstrekt, doch wel ten tijde van de jaarrekening-procedure, geen „belanghebbende” zou zijn³⁾. Persoonlijk zou ik menen, dat de houder van een aandeel aan toonder alleen belanghebbende is, indien hij ten tijde van de uitspraak nog aandeelhouder is,

³⁾ Zie omtrent het begrip „belanghebbende” P. Sanders en R. Burgert, De jaarrekening nieuwe stijl, derde druk, 1977, blz. 392-397.

doch dat de houder van een aandeel op naam zowel belanghebbende kan zijn, indien hij (slechts) houder was tijdens (een deel van) de periode, waarover de bestreden jaarrekening zich uitstrekt, als wanneer hij houder is *of* ten tijde van de dagvaarding *of* ten tijde van de uitspraak in de jaarrekening-procedure.

Nog een tweede algemene vraag kwam aan de orde in de jaarrekening-procedure van D.E.: de dagvaarding tot vernietiging van de jaarrekening moet worden ingesteld binnen een termijn van twee maanden na vaststelling of goedkeuring van de jaarrekening. Bij een structuur-vennootschap wordt de jaarrekening door de raad van commissarissen vastgesteld en vervolgens door de a.v.a. goedgekeurd. Geldt een jaarrekening ook als goedgekeurd, indien deze, zoals geschiedde m.b.t. de jaarrekening van D.E. over 1974, wordt goedgekeurd behoudens de winstbestemming? En voorts: geldt een jaarrekening als goedgekeurd, indien het besluit daartoe op een a.v.a. wordt genomen met de stemmen van personen, die op dat moment niet meer of nog niet aandeelhouder waren (doordat resp. aandelen reeds aan een koper geleverd waren, resp. doordat de koper zich ten onrechte reeds aandeelhouder waande, hoewel aan de formele eisen voor levering van aandelen op naam nog niet was voldaan)?

De O.K. beantwoordde de eerste vraag terecht bevestigend, al dreigde het ongelukkige art. 314 Boek 2 B.W. (waarin ten onrechte winstvaststelling en winstbestemming aan elkaar gekoppeld worden) een kink in de kabel te brengen. Op de tweede vraag heeft noch de O.K. noch de Hoge Raad antwoord behoeven te geven, doordat de aandeelhoudersvergadering later met de ware aandeelhouders herhaald is en voor alle zekerheid tegen de besluiten tot goedkeuring van de jaarrekening van beide vergaderingen gelijklopende dagvaardingen zijn uitgebracht. Een besluit tot vaststelling of goedkeuring van een jaarrekening, genomen op een a.v.a. met de stemmen van pseudo-aandeelhouders, is reeds op die grond aantastbaar, zelfs al zou er niets op de jaarrekening op zichzelf aan te merken zijn!

Wanneer de partij, die in een jaarrekening procedure door de O.K. niet geheel in het gelijk is gesteld, in cassatie gaat, is er verder geen verschil tussen deze cassatie-procedure en die in civiele en strafrechtelijke procedures. Dat brengt mede, dat ook in jaarrekening-procedures de eiser in cassatie (hetzij de oorspronkelijke eiser, wiens verzoek tot vernietiging van een jaarrekening van een rechtspersoon niet ten volle is toegewezen, hetzij de n.v., b.v., coöperatieve vereniging of onderlinge waarborgmaatschappij, om wier jaarrekening het gaat) in zijn cassatiemiddelen moet stellen, dat en waarom z.i. de (hoogste, ten deze enige) feitelijke instantie de wet heeft geschonden of verkeerd toegepast.

Uit deze formulering blijkt reeds, dat alleen rechtsvragen aan de Hoge Raad mogen worden voorgelegd. De Hoge Raad laat zich niet in met feitelijke vragen. Het oordeel van het Hof omtrent de vaststelling van de feiten is voor de Hoge Raad onaantastbaar. Alleen rechtsvragen, geen feitelijke vragen worden door de Hoge Raad beoordeeld. De vraag, wanneer er sprake is van een rechtsvraag en wanneer van een feitelijke vraag, is in grensgevallen vaak moeilijk te beantwoorden. Een feitelijke vraag kan marginaal een rechtsvraag worden. Zo is de uitlegging van een rechtshandeling (bijv. een overeenkomst) een feitelijke vraag; maar wanneer deze uitlegging zo onbegrijpelijk is, dat geen redelijk oordelend rechter tot een zodanige uitlegging zou kunnen komen, dan kan die uitlegging met een motiveringsklacht worden aangevochten, omdat de vraag, of een Hof aan de mo-

tiveringsplicht heeft voldaan, weer een rechtsvraag is. Wanneer een Hof een uitspraak toespitst op het concrete geval, is deze veel minder vatbaar voor cassatie dan wanneer een Hof zich veroorlooft aan de beslissing in concreto enkele algemene rechtsoordelen te laten voorafgaan.

De cassatiemiddelen worden vervolgens bij pleidooi voor de Hoge Raad mondeling toegelicht door een advocaat. De advocaat van de wederpartij kan insgelijks handelen (in het onderhavige geval geschiedde dit niet, omdat de oorspronkelijke eisers, gedaagden in cassatie, bij de Hoge Raad verstek lieten gaan). De advocaten leggen pleitnota's over. Enige weken later neemt de Procureur-Generaal of een Advocaat-Generaal een „conclusie”, waarin hij een uiteenzetting geeft, waarom z.i. de cassatiemiddelen falen of waarom een cassatiemiddel gegrond moet worden geacht. Daarna doet de Hoge Raad uitspraak, waarbij de Hoge Raad de conclusie van de P.G. of de A.G. als een advies beschouwt, dat zeker zwaar weegt maar dat door de Hoge Raad niet behoeft te worden gevolgd. Wijkt de Hoge Raad van de Conclusie van de P.G. of A.G. af, dan gebeurt dit impliciet: de Hoge Raad treedt niet in discussie met zijn P.G. of A.G.; de Hoge Raad moet alleen motiveren, waarom hij de cassatiemiddelen al dan niet gegrond acht.

3. Marginale of integrale toetsing?

Na deze summiere uiteenzetting over de mogelijkheden en beperkingen van een procedure voor de Hoge Raad thans een korte beschouwing over de beide aan het slot van no. 1 genoemde vragen, en wel in de eerste plaats de vraag, of de toetsing van een jaarrekening-uitspraak in cassatie ruim, gedeeltelijk of eng moet zijn. Aan deze vraag heeft A.G. Mok interessante beschouwingen gewijd in zijn Conclusie, terwijl de Hoge Raad daarop slechts impliciet reageert en dan nog op een wijze, die voor tweeërlei uitleg vatbaar schijnt. A.G. Mok vermeldt de volgende factoren, die het rechtvaardigen stil te staan bij de betekenis van de cassatie-uitspraak in jaarrekening-procedures:

- a) er bestaat slechts één feitelijke instantie. De enige gelegenheid om de zaak nog eens opnieuw te bezien is dus in cassatie;
- b) als feitelijke instantie is slechts één gerechtshof aangewezen. De Hoge Raad behoeft, binnen het terrein van de regels die gelden voor jaarrekeningen, derhalve niet te zorgen voor de rechtseenheid;
- c) van de feitelijke instantie, de ondernemingskamer, maken twee speciale deskundigen, die geen jurist behoeven te zijn, deel uit. Ten aanzien van de cassatie-instantie ontbreekt zo'n voorziening. Volgens wettelijk voorschrift bestaat de Hoge Raad uitsluitend uit juristen en als er al eens een lid is met deskundigheid op een gebied als accountancy, dan is dat toeval;
- d) het is de bedoeling van de wetgever geweest de ondernemingskamer (mede) een beleidsvoerende functie toe te kennen (zie bijv. m.v.t. op het ontwerp-WJO, kamerst. 9595, p. 21, l.k., laatste alinea). Dit komt tot uitdrukking in een aantal vage normen, die in de WJO zijn opgenomen. Voorbeelden vindt men in art. 2 (308): een verantwoord oordeel, art. 5 (311): normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd, artt. 12/13 (318/319): zo getrouw mogelijk.

Factor a levert naar het oordeel van Mok een argument op voor de ruime op-

vatting, de factoren b en c daarentegen voor de enge. Dit oordeel zal weinig be-
twisting ontmoeten. Moeilijker staat het met factor d. Mok zelf twijfelt. Enerzijds
komt hij na uitvoerige beschouwingen tot de slotsom, dat „normen die in het
maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd” een rechtsbegrip
vormen en dus in cassatie toetsbaar zijn; anderzijds komt hij, de factoren a t/m
d tegen elkaar afwegend, tot de conclusie, dat het werk van de O.K. ten dele een
beleidskarakter heeft (factor d!), dat de O.K. derhalve een rechterlijk beleidsor-
gaan zou kunnen worden genoemd, en dat hierbij slechts marginale toetsing past.
Dat komt er dus op neer, dat de Hoge Raad slechts zou kunnen casseren, indien
de O.K. bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zo'n be-
slissing had kunnen komen.

Bak en Boukema (TVVS 1979, blz. 99) wijzen er terecht op, dat in de formu-
lering van de Hoge Raad, die zich over deze vraag niet uitdrukkelijk uitlaat, zowel
aanknopingspunten zijn te vinden voor de opvatting, dat de H.R. marginaal toetst
als voor de gevolgtrekking, dat ruime toetsing heeft plaatsgevonden. De beide au-
teurs wijzen daarvoor enerzijds naar de overweging: „dat oordeel is zozeer ver-
weven met 's Hofs deskundige (dit woord refereert aan factor c! W.J.S.) waarde-
ring van de omstandigheden van het gegeven geval dat in cassatie *slechts* kan wor-
den getoetst of het blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting” alsmede de pas-
sage: „omdat niet valt in te zien waarom de O.K. niet heeft *kunnen* oordelen dat”.

Daartegenover staan passages als „heeft de O.K. niet een onjuist criterium aan-
gelegd” en „leest de O.K. die bepaling alsof (. . .), een lezing die noch in de tekst,
noch in de strekking van die bepaling of in de geschiedenis van haar totstandko-
ming enige steun vindt”.

Het is nuttig, dat Bak en Boukema deze verschillen gesignaleerd hebben; het
is nog nuttiger naar een verklaring voor deze verschillen te zoeken. Deze verkla-
ring is m.i. niet moeilijk. De twee hiervoor geciteerde formuleringen, die wijzen
in de richting van een enge, marginale toetsing, hebben betrekking op de uitleg-
ging van art. 2 WJO (art. 308 Boek 2 B.W.), terwijl de beide passages, die in de
richting van een integrale toetsing wijzen, betrekking hebben op de vraag of, en
zo ja, wanneer een staat van herkomst en besteding der middelen een onderdeel
kan vormen van een jaarrekening resp. op de vraag, of art. 19 lid 1 aanhef en
letter a jo. lid 2 WJO (art. 325 Boek 2 B.W.) niet alleen voorschrijft, dat wordt me-
dedegeeld, welk gedeelte van de bank- en girosaldi niet terstond opeisbaar is,
maar bovendien ook in welke mate dat gedeelte niet terstond opeisbaar is. Kort-
om: indien het om de uitlegging gaat van artikelen uit de wettelijke regeling van
de jaarrekening, waarbij verwezen wordt naar min of meer vage en nog in voort-
durende ontwikkeling zijnde normen, ontleend aan het maatschappelijk verkeer,
stelt de Hoge Raad zich terughoudend op en volstaat met een marginale toetsing.
Gaat het echter om de uitlegging van min of meer gedetailleerde normen, dan
past de Hoge Raad een integrale toetsing toe. Op deze wijze komen de vier door
de A.G. Mok genoemde factoren, waarvan er één wijst in de richting van een rui-
me toetsing en twee, misschien drie in de richting van een enge toetsing, ook zo
veel mogelijk tot hun recht.

4. De invloed van de in het maatschappelijk verkeer geldende opvattingen op de wetsuitlegging

Daarmede is meteen reeds een gedeeltelijk antwoord gegeven op de tweede vraag, die aan het slot van no. 1 aan de orde werd gesteld: welke rol kent de Hoge Raad bij de uitlegging van de wettelijke regeling toe aan de in het maatschappelijk verkeer geldende opvattingen en gebruiken? Daarbij moet in het bijzonder aan twee nadere vragen aandacht worden besteed:

- a) Dient de rechter de Beschouwingen door de commissies jaarverslaggeving van: de Raad van Nederlandse Werkgeversverbonden, de Federatie Nederlandse Vakbeweging, het Christelijk Nationaal Vakverbond en het Nederlands Instituut van Registeraccountants (zich schrijvende Tripartiete Overleg, verder af te korten als T.O.) als richtsnoer te aanvaarden bij het zoeken naar in het maatschappelijk verkeer aanvaardbare normen en dient de rechter althans afwijking ervan te motiveren?
- b) In hoeverre dienen gebruiken hetzij van de branche of van soortgelijke ondernemingen hetzij binnen de betrokken onderneming bij de jaarverslaggeving als norm te worden aanvaard?

A.G. Mok staat uitvoerig stil bij de onder a genoemde vraag en bij het feit, dat het door de O.K. bij herhaling zonder enige motivering afwijken van deze Beschouwingen in kringen van de accountancy enige irritatie heeft gewekt. Mok verwijst hierbij naar een artikel van J. A. Burggraaff, destijds voorzitter van het NIVRA, in het Financiële Dagblad van 13 oktober 1978 en naar een artikel van H. Volten, maandblad De N.V. 1978 blz. 153 e.v. Mok geeft vervolgens dit vrijwel letterlijke citaat uit de pleitnota van mr. Y. Scholten, de advocaat van D.E.:

„Uiteraard heeft de ondernemingskamer het recht om van de Beschouwingen af te wijken, want uiteindelijk heeft de rechter het laatste woord. Doch indien dit geschiedt, dan zal de ondernemingskamer ook dienen te argumenteren waarom zij het op een bepaald punt niet met de Beschouwingen of de toepassing daarvan in een concreet geval eens is. Doet de rechter dit niet, dan vervult hij niet de taak die de wetgever hem heeft opgedragen: zich oriënteren aan de Beschouwingen. Afwijking - en in het bijzonder ongemotiveerde afwijking - van de Beschouwingen doet afbreuk aan het tripartiete overleg en scheidt onzekerheid bij hen, die minutieus de Beschouwingen trachten toe te passen.” Mok is het evenwel met dit betoog niet eens en wel om de volgende redenen:

- a) De wetgever heeft de rechter niet opgedragen zich aan de Beschouwingen te oriënteren. In de m.v.t. is slechts een verwachting uitgesproken. De wetgever kan de rechter trouwens niets opdragen per memorie van toelichting. In de wet wordt over het tripartiete overleg en de Beschouwingen niet gesproken.
- b) De wettelijke bepalingen over de jaarrekening gelden voor elke naamloze en besloten vennootschap, coöperatieve vereniging en onderlinge waarborgmaatschappij. De Beschouwingen moeten zodanig worden opgesteld dat alle betrokken rechtspersonen er aan kunnen voldoen. Ook al probeert het tripartiete overleg het peil op te trekken, de beschouwingen zullen noodzakelijkerwijs een zeker minimalistisch karakter hebben. Het is daarom niet bij voorbaat onredelijk, laat staan onwettig, wanneer aan bepaalde, vooral grotere, ondernemingen hogere eisen worden gesteld.
- c) De Beschouwingen zijn niet onomstreden. Ik verwijs naar de kritische commentaren van Krens en Bulte in TVVS 1972, p. 197 e.v. en 218 e.v., TVVS

1973, p. 310 e.v. en 335 e.v., van Bouma in De N.V. sept. 1972, p. 102 e.v., van Bouma en Feenstra in De N.V. okt. 1973, p. 107 e.v. en van Beckman in TVVS 1976, p. 330 e.v. en 361 e.v.

- d) De onzekerheid die ontstaat doordat de ondernemingskamer zich niet baseert op de Beschouwingen, moet men niet overdrijven. Er worden jaarlijks vele duizenden jaarrekeningen opgesteld. Daarvan zijn er tot dusverre in totaal zes aan de ondernemingskamer voorgelegd en vier daarvan voldeden volgens deze kamer niet aan de eisen.

Het onder a gestelde slaat terug op de in de M.v.T. bij het ontwerp voor de W.J.O. (blz. 14 l.k., eerste volle alinea) uitgesproken verwachting van de Minister van Justitie, dat het georganiseerde bedrijfsleven in samenwerking met de organisatie der accountants „het tot hun taak zullen rekenen om de in het maatschappelijk verkeer geldende normen te inventariseren en te toetsen”. „De hieruit voortvloeiende publikaties . . . zullen . . . mede ter oriëntatie van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam kunnen dienen”.

Inderdaad blijkt uit dit citaat, dat de Minister van Justitie niet de O.K. heeft opgedragen hetgeen ook niet mogelijk is om zich te oriënteren op de Beschouwingen van het T.O., maar men kan toch wel stellen, dat de O.K. de door de Minister uitgesproken verwachtingen heeft teleurgesteld; sterker: wanneer in een jaarrekening-procedure een beroep wordt gedaan op de Beschouwingen, en dit beroep wordt niet gehonoreerd, dan dient de O.K. daarvoor met een deugdelijke argumentatie te komen. Geschiedt dit niet, dan schiet de O.K. in zijn motiveringsplicht tekort. Vooral wanneer de O.K. wil afwijken niet van de voorlopige Beschouwingen, maar van de definitieve tekst waarin de inmiddels geuite kritiek is verwerkt en vooral wanneer de Beschouwingen in overeenstemming zijn met de internationale standaarden voor de jaarrekening van het I.A.S.C., moet men van goeden huize komen om tegen de Beschouwingen in te gaan. Daarbij verdient evenwel opmerking, dat ten tijde van de uitspraak van de O.K. inzake D.E. er nog slechts één aflevering van de Beschouwingen zijn definitieve vorm had gekregen en dat het, gelet op de voorzichtige formulering daarvan zelfs nog de vraag is, of de O.K. hiervan is afgeweken.⁴⁾ In algemene zin ben ik echter van oordeel, dat de huidige toestand onbevredigend is.

Te overwegen zou bijv. zijn om in Titel 6 Boek 2 B.W. een bepaling op te nemen, dat bij a.m.v.b. nader zal worden bepaald, welke normen in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd. Bovendien zou een dergelijke a.m.v.b. niet alleen het terrein van de waarderingsmaatstaven moeten bestrijken maar zich moeten kunnen uitstrekken tot een groot aantal aspecten van de inrichting van de jaarrekening. Deze a.m.v.b. wordt dan door de Minister van Justitie vastgesteld, gehoord de Raad van State alsmede een Commissie, in beginsel op dezelfde wijze samengesteld als het huidige T.O. Toch zou een zekere verbreding van de samenstelling van een dergelijke Commissie wel gewenst zijn, opdat daardoor meer kan worden waar gemaakt, dat de aldus vastgestelde normen in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd. Indien men er al van mag uitgaan, dat het management zich voldoende vertegenwoordigd acht door de werkgeversorganisaties (zodat het niet nodig zou zijn organisaties als het NIVE en het N.C.D. in de Commissie te doen vertegenwoordigen), zou het

⁴⁾ Mr. drs. H. Beckman, De relatie ondernemingskamer Tripartiete Overleg, De Accountant 1978, blz. 189. Overigens meent Beckman, dat bij tegenstrijdigheid tussen de Beschouwingen van het T.O. en uitspraken van de O.K. het T.O. zich eerder moet aanpassen aan de O.K. dan omgekeerd.

toch in ieder geval gewenst zijn ook de groepering van de aandeelhouders in deze Commissie te doen vertegenwoordigen; daarvoor ware te denken aan de Vereniging Effectenbescherming en aan de Vereniging voor de Effectenhandel.

Uit het voorgaande blijkt, dat ik mij niet kan verenigen met de mening van de A.G. Mok, dat de O.K. niet gehouden is te motiveren, waarom hij in een concreet geval afwijkt van de Beschouwingen van het T.O. Die conclusie volgt ook niet uit de door Mok onder a t/m d genoemde argumenten, waarin slechts de plaats en betekenis van de Beschouwingen enigszins wordt gerelativeerd. Tot die relativeering reken ik overigens meer hetgeen Mok onder b dan hetgeen hij onder d schrijft. Zolang de Beschouwingen niet differentiëren tussen verschillende soorten rechtspersonen en ondernemingen - hoewel dat aan het T.O. geenszins is verboden -, zullen de Beschouwingen inderdaad een zeker minimalistisch karakter hebben. Wanneer de O.K. t.a.v. een bepaalde vennootschap zwaardere eisen stelt dan in de Beschouwingen geschiedt, behoeft daarom dat extra niet in strijd te zijn met de Beschouwingen.

Ook al betreft de uitspraak van de O.K. slechts één bepaalde vennootschap, toch kan zo'n uitspraak van belang zijn voor een veel groter aantal ondernemingen, die in dezelfde positie verkeren; dat er tot dusverre slechts zes (inmiddels negen) uitspraken in jaarrekening-procedures zijn geweest, zegt mij dus niet veel. Juist de onderhavige uitspraak inzake D.E. levert hiervan een fraai voorbeeld: de hier gegeven beslissing omtrent de plaats van de staat van herkomst en de besteding der middelen in de jaarrekening heeft een zeer algemene betekenis; de beslissing, dat de verplichtingen uit de in- en verkoopcontracten van grondstoffen moeten worden getoond, is van belang voor alle ondernemingen, die in dezelfde positie verkeren als D.E., namelijk waarbij „de voor de grondstoffen te betalen prijzen een zo overwegend deel van de kostprijs van het gereed product uitmaken en in zo belangrijke mate het resultaat bepalen en waarin derhalve aan de contractpositie een grote betekenis toekomt.”⁵⁾ Juist door de meer algemene werking van uitspraken van de O.K. ontvalt de grond aan het tegen die beslissing gericht cassatiemiddel, dat door die beslissing een relevant verschil zou ontstaan met een groot aantal andere ondernemingen (die in dezelfde positie verkeren). Dit zou ik overigens een betere weerlegging van deze grief hebben gevonden dan de door de Hoge Raad gegeven dooddoener: aan de O.K. „werd slechts een oordeel gevraagd over de jaarrekening van D.E. en uitsluitend daarover heeft zij geoordeeld”. Een rechter behoort nimmer onverschillig te staan tegenover rechtsongelijkheid, die door zijn uitspraak in het leven zou worden geroepen. Vandaar ook, dat op het terrein van de ongeoorloofde mededinging het verwijt van wetsovertreding misplaatst is, indien de eiser andere wetsovertredingen stelselmatig ongemoeid laat.⁶⁾

⁵⁾ Hoe algemeen deze aanwijzing wel beoogde te zijn wordt onderstreept door het feit, dat twee van de drie argumenten, die door eisers waren aangevoerd ten gunste van vermelding van de economische voorraad, en die in zijn algemeenheid ook gelding hebben, op de gewraakte jaarrekening in het geheel niet van toepassing waren (zie ook de noot van Bak en Boukema bij dit arrest in TVVS 1979, blz. 100): er waren geen verkoopcontracten en er was in 1974 geen aanleiding om verliezen uit contractposities te verantwoorden. Overigens behoeft voor D.E. de overgang van vermelding van technische naar economische voorraad geen grote ingreep te betekenen: D.E. placht verliezen uit contractposities - zo zij zich wel voordoen - direct te verantwoorden.

⁶⁾ Vgl. Drion-Martens, Onrechtmatige daad VI, no. 84b en D. W. F. Verkade, Ongeoorloofde mededinging, uitg. W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle 1978, no. 59 betreffende de eis van geslotenheid van een prijsbindingssysteem en D. W. F. Verkade, t.a.p. no. 73 omtrent het geval, dat andere mededingers, waaronder eisers, zich aan dezelfde vorm van ongeoorloofde mededinging schuldig maken; zie ook de t.a.p. geciteerde rechtspraak.

5. De invloed van gebruiken op de wetsuitlegging

In hoeverre dienen gebruiken bij de jaarverslaggeving als norm te worden aangevaard? In het maatschappelijk verkeer geldende normen kunnen niet slechts blijken uit de Beschouwingen van het T.O. maar ook uit het feit, dat een bepaalde wijze van verslaggeving in de loop der jaren gebruikelijk wordt. Een dergelijke gewoonte kan zowel de inrichting van balans en winst- en verliesrekening beïnvloeden als de vraag, welke gegevens de toelichting op deze beide stukken dient te bevatten. Ook zonder wijziging van Titel 6 van Boek 2 is het denkbaar, dat t.z.t. als eis zou kunnen gaan gelden, dat in de toelichting een staat van herkomst en besteding der middelen dient te worden opgenomen. Thans konden O.K. en H.R. in de zaak van D.E. niet verder gaan dan de beslissing, dat, *indien* een staat van herkomst en besteding der middelen in de toelichting op de jaarrekening is opgenomen, dan verschillen in de presentatie met elders in de jaarrekening vermelde gegevens dienen te worden toegelicht. Of de staat van herkomst en besteding der middelen een onderdeel vormt van de toelichting op de jaarrekening of van het directieverslag, hangt af van de presentatie, d.w.z. van de plaats, waarin deze staat in het jaarverslag is opgenomen (niet als bijlage bij het directieverslag maar als onderdeel van het deel van het jaarverslag, dat als jaarrekening is aangeduid).

Gebruik en gewoonte spelen ook een rol in een derde vraag, die in de jaarrekening-procedure van D.E. aan de orde kwam: D.E. bestreed de door de O.K. gegeven aanwijzing, dat de jaarrekening van D.E. in de toekomst melding zou moeten maken van „de uit lopende in- en verkoopcontracten van grondstoffen voortvloeiende rechten en verplichtingen” door de volgende stelling in het cassatiemiddel: „Het is verantwoord, en ook *gebruikelijk*, in de balans de technische voorraad te vermelden, in diër voege, dat, mocht niet de technische maar de economische voorraad in de balans worden opgenomen, daarvan in de toelichting melding dient te worden gemaakt.”

De Hoge Raad kent impliciet geen betekenis toe aan het hier gestelde gebruik; de cassatiegrief wordt verworpen, zonder dat op dit gebruik wordt ingegaan; wel wordt (terecht) verworpen de stelling uit dit cassatiemiddel, dat vermelding van financiële verplichtingen slechts wordt gevegd in de gevallen van art. 25 W.J.O. (art. 331 Boek 2 B.W.). Art. 25 („andere financiële verplichtingen, die naar hun aard of omvang van bijzondere betekenis zijn”) behoort tot de als minimum-vereisten te beschouwen voorschriften, zodat de O.K. in een bepaald geval (resp. een bepaald soort gevallen) verder gaande eisen mag stellen, ook al zou zich nog niet ten deze een bepaald gebruik ontwikkeld hebben. Negatief (het ontbreken van een gebruik) heeft het gebruik voor de inrichting van de jaarrekening een geringere betekenis dan positief.

Niet alleen het gebruik in een bepaalde branche, ook het boekhoudkundig gebruik bij de betrokken onderneming kan een factor van betekenis zijn bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van een wijze van inrichting van een jaarrekening of van een aanwijzing tot wijziging daarvan. Dit blijkt impliciet uit de beslissing van de Hoge Raad op de cassatiegrief, waarbij de vraag aan de orde werd gesteld, of de toelichting op de waardering van de duurzame productiemiddelen behoort te vermelden de investeringen in het verslagjaar, onderscheiden naar de groepen van productiemiddelen. D.E. beantwoordde deze vraag ontkennend, o.m. met een beroep op het feit, dat bij D.E. het gebruik bestaat, dat duurzame productiemiddelen in bestelling/aanbouw eerst op een algemene bouwrekening

worden geboekt, terwijl overboeking naar de groepen van productiemiddelen eerst bij de ingebruikneming plaats vindt. De Hoge Raad ging aan dit argument voorbij, omdat D.E. deze, een onderzoek van feitelijke aard vergende, stelling omtrent haar wijze van boeken van investeringen niet reeds voor de O.K. had aan-gevoerd, terwijl, zoals onder no. 2 gesteld, de Hoge Raad zich niet inlaat met een onderzoek naar de feiten. Ik leid hieruit af, dat de Hoge Raad een gebruik omtrent de wijze van boeking op zichzelf wel relevant acht, en aan dit argument uitsluitend daarom geen aandacht kon besteden, omdat het niet bij de O.K. te berde was gebracht. Ik zou zulks in beginsel ook juist achten, mits men blijft binnen de brede marges, die Titel 6 Boek 2 toelaat; anders zou immers een aanwijzing door de O.K. onoverzienbare en vrijwel onbetaalbare boekhoudkundige consequenties kunnen hebben, zonder dat de daaraan verbonden moeite en kosten opwegen tegen de daardoor te bereiken vergroting van inzicht in vermogen en resultaat.

6. Economische voorraad en technische voorraad

In de Inleiding is reeds opgemerkt, dat het niet de bedoeling van deze bijdrage is op de vaktechnische details van de uitspraak van de Hoge Raad inzake de jaarrekening van D.E. in te gaan, al is een aantal daarvan in het voorgaande reeds terloops ter sprake gekomen. Tot slot vestig ik nog slechts de aandacht op één van de in cassatie gehandhaafde aanwijzingen van de O.K., omdat deze ook buiten de jaarrekening van D.E. de verst strekkende betekenis heeft: de rechten en verplichtingen uit koop- en verkoopcontracten dienen te worden vermeld in dit geval, waarin de grondstoffenprijzen „een zo overwegend deel van de kostprijs van het gereed product uitmaken en in zo belangrijke mate het resultaat bepalen”.⁷⁾ Worden dergelijke rechten en verplichtingen niet (slechts) in de toelichting opgenomen maar ook in de winst- en verliesrekening verwerkt, dan leidt dit tot vervroeging van winst- en verliesneming, een vraagstuk, waaraan prof. drs. G. G. M. Bak, dr. D. Juch en ondergetekende binnenkort een monografie zullen wijden in de serie Bedrijfskundige signalementen (uitg. Stenfert Kroese, Leiden).

Bak en Boukema vestigen in hun annotatie op H.R. 17 januari 1979 i.z. D.E. in TVVS 1979, blz. 101 de aandacht op een artikel van J. A. Burggraaff, MAB juni 1977, blz. 276-277, waarin deze een aantal argumenten noemt die er tegen pleiten vermelding van gegevens omtrent lopende koop- en verkoopcontracten in de jaarrekening als eis te stellen: het betreft gevoelige informatie (van belang voor concurrenten) en manipuleerbare informatie (verschuiving tot voor of na balansdatum is mogelijk) en het is in vele bedrijfstakken geen harde informatie. Dit laatste argument zou ik willen bestrijden: wanneer men verlangt, dat rechten en verplichtingen worden vermeld, dan wordt daarmee slechts gedoeld op juridische rechten en verplichtingen, dus niet vage afspraken, blijkende uit een later te de-taileren letter of intent, die juridisch nog niet bindend is. Men kan trouwens in het algemeen zeggen, dat opgave van de technische voorraad plus voorraden uit koopcontracten (nog niet geleverd) min voorraden uit verkoopcontracten (nog niet afgeleverd) er toe leidt, dat vermelding plaats vindt van de voorraad, waar-over prijsrisico wordt gelopen; volstaat men met vermelding van de technische

⁷⁾ Grondstoffen, verpakkingen en handelsartikelen maakten in 1974 54,3% van de omzet uit. Daarentegen maakten lopende inkoopcontracten in 1974 bij D.E. slechts 10% van het grondstoffengebruik uit.

voorraad, dan wordt opgegeven de voorraad, waarover men op balansdatum (als eigenaar) de beschikking heeft. Hier evenals in een aantal andere gevallen rijst de vraag, of de voorkeur moet worden gegeven aan vermelding van de economisch of van de juridisch relevante gegevens in de jaarrekening. Elders⁸⁾ heb ik bepleit, dat in het algemeen vermelding van de economisch relevante gegevens de voorkeur verdient boven vermelding van de juridisch relevante, tenzij door niet-vermelding daarvan geen verantwoord oordeel zou kunnen worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat van de onderneming. In het laatste geval zou men in het algemeen er mede kunnen volstaan de aanvullende gegevens omtrent de juridische positie in de toelichting op te nemen.

Persoonlijk ben ik derhalve wel gelukkig met de aanwijzing van de O.K. voor die ondernemingen, die in een soortgelijke positie als D.E. verkeren⁹⁾. De gevoelige aard van de informatie behoeft daarvoor geen belemmering te vormen, indien het toegelaten wordt posities uit koop- en verkoopcontracten te salderen¹⁰⁾. Dergelijke contractsposities zijn slechts in beperkte mate manipuleerbaar: zou men nu werkelijk vaak bindende contractsposities in het leven roepen alleen ter wille van de presentatie in een jaarrekening? Hoogstens is enige verschuiving in de tijd tot voor of na de balansdatum mogelijk, maar in dat opzicht beschouw ik het manipuleerbare karakter van de informatie eerder als een voordeel dan als een nadeel; op een wat langere termijn wordt niemand, ook de fiscus niet, door een dergelijke verschuiving benadeeld.

⁸⁾ W. J. Slagter, *De Accountant*, 1979, blz. 786-787.

⁹⁾ Aldus ook H. Beckman en C. A. Buningh, *De jaarrekening, bedrijfseconomische, juridische en fiscale aspecten*, tweede druk, 1977, blz. 98; veel voorzichtiger zijn P. Sanders en R. Burgert, *De jaarrekening nieuwe stijl*, derde druk, 1977, blz. 242-244.

¹⁰⁾ Zie omtrent deze en aanverwante vragen Drs. W. van Bruinissen, *Het Tripartiete Overleg en de „Beschouwingen naar aanleiding van de Wet op de Jaarrekening van Ondernemingen”*, maandblad *De N.V.* 1979, blz. 16.