

# Implementatiewet Richtlijn openbaarmaking winstbelasting – met “implementatiehaakje” voor de CSRD – bij de Tweede Kamer ingediend

## Ondernemingsrecht 2022/89

### 1. Inleiding

Op 1 juli 2022 is het voorstel tot Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk wetboek tot implementatie van Richtlijn (EU) 2021/2101 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2021 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU wat betreft de openbaarmaking van informatie over de winstbelasting door bepaalde ondernemingen en bijkantoren (“Wetsvoorstel”) bij de Tweede Kamer ingediend.<sup>1</sup>

Het Wetsvoorstel strekt primair tot invoering van een wettelijke grondslag voor de implementatie van Richtlijn (EU) 2021/2101 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU wat betreft de openbaarmaking van informatie over de winstbelasting door bepaalde ondernemingen en bijkantoren (“Richtlijn”). Daarnaast is het Wetsvoorstel gebruikt om de in Titel 9 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (“BW”) opgenomen wettelijke grondslagen voor algemene maatregelen van bestuur voor de inhoud van het bestuursverslag en andere jaarlijkse verslaggeving te herschikken en uit te breiden. Het Wetsvoorstel bevat hierdoor de wettelijke grondslag om op een later moment de (door de Europese Commissie voorgestelde) Europese *Corporate Sustainability Reporting Directive* (“CSRD”)<sup>2</sup> te implementeren zonder dat nieuwe aanpassingen van Boek 2 BW benodigd zijn, zoals (ook) wordt opgemerkt in de Memorie van Toelichting (“MvT”) op het Wetsvoorstel.<sup>3</sup>

De voorgestelde wijzigingen in Boek 2 BW die primair verband houden met de implementatie van de Richtlijn laat ik in deze bijdrage onbesproken.<sup>4</sup> Ik beperk mij tot de voorgestelde aanpassingen in Boek 2 BW – alsmede in eni-

ge andere wetten, waaronder de Wet op de economische delicten (“WED”), de Wet op het financieel toezicht (“Wft”) en de Wet toezicht financiële verslaggeving (“Wtftv”) – die verband houden met de toekomstige implementatie van de CSRD en de (mede in verband daarmee) voorgestelde herschikking en herformulering van de grondslag voor het bij of krachtens algemene maatregel van bestuur stellen van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het bestuursverslag en andere jaarlijkse verslagen en verklaringen. Op dit punt is de kern van die aanpassingen in dit Wetsvoorstel dat de huidige leden 5 en 6 van art. 2:391 BW komen te vervallen. Deze artikelliden bevatten thans de grondslag om bij algemene maatregel van bestuur nadere voorschriften te stellen omtrent de inhoud van het bestuursverslag. Onder meer het Besluit inhoud bestuursverslag<sup>5</sup> – het besluit dat (naleving van) de Nederlandse Corporate Governance Code heeft “verankerend” – is op die grondslag gebaseerd.

In het Wetsvoorstel wijzigt dit. Voorgesteld wordt om een nieuw art. 2:391a BW in te voeren.<sup>6</sup> Dat nieuwe art. 2:391a BW bevat in het eerste lid een algemene grondslag om bij algemene maatregel van bestuur nadere voorschriften omtrent de inhoud van het bestuursverslag te kunnen stellen. In het voorgestelde lid 2 van het nieuwe art. 2:391a BW is daarnaast een grondslag opgenomen dat “[b]ij of krachtens algemene maatregel van bestuur (...) ter uitvoering van bindende EU-rechtshandelingen regels [kunnen] worden gesteld (...) tot het opnemen van informatie in het bestuursverslag (...)”. Lid 2 van voorgesteld art. 2:391a BW somt op waarop deze regels met name betrekking hebben. Het gaat daarbij onder meer om “de inhoud van de informatie” (onderdeel a); “de verantwoordelijkheid van het bestuur en de raad van commissarissen voor de naleving van de verplichtingen” (onderdeel b); “het [door een accountant] laten onderzoeken van de informatie” (onderdeel c) en “de wijze van handhaving van de verplichtingen” (onderdeel d).

### 2. Vooraf: geen openbare consultatie van een voorontwerp van het Wetsvoorstel

Het afgelopen decennium is het een goed gebruik geworden dat voorafgaand aan de indiening van een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer een ambtelijk voorontwerp van dat voorstel door middel van een internetconsultatie openbaar werd gemaakt. Een recent (ondernemingsrechtelijk) voorbeeld daarvan is de consultatie van de wetsvoorstellen gericht op herziening van het personenvennootschapsrecht waarvan op 10 oktober 2022 ontwerpen zijn gepubliceerd.<sup>7</sup> Ook van Nederlandse (ondernemingsrechtelijke) wetgeving die uitsluitend ziet op implementatie van Europese richtlijnen is gebruikelijk

1 Kamerstukken II 2021/22, 36 157, nr. 1 e.v.

2 COM(2021) 189 final, 2021/0104 (COD). Zie over de voorgestelde CSRD meer uitvoerig: L.J.M. Baks, L.K. van Dijk & J.B.S. Hijink, ‘Reuzenstappen op het terrein van duurzaamheidsverslaggeving: de Europese CSRD en oprichting van de ISSB’, *Ondernemingsrecht 2022/36* met verdere verwijzingen, en in deze aflevering L.K. van Dijk & J.B.S. Hijink, ‘Finalisering van de Europese CSRD: een mijlpaal voor duurzaamheidsverslaggeving met grote impact op het ondernemingsrecht vanaf 2025’, *Ondernemingsrecht 2022/87*.

3 Kamerstukken II 2021/22, 36 157, nr. 3, p. 2-3 (MvT).

4 Zie over de Richtlijn nader: D. van der Vliet & F.M. van Klaveren, ‘De definitieve EU-richtlijn inzake publieke Country-by-Country reporting nader beschouwd’, *WFR 2022/127*.

5 *Stb.* 2004, 747 (zoals nadien gewijzigd en hernoemd).

6 Art. I onderdeel C Wetsvoorstel.

7 Zie: <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpv2>.

dat, voorafgaand aan indiening van een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer, een ambtelijk voorontwerp openbaar wordt geconsulteerd. Voorbeelden daarvan zijn het voorontwerp voor de Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen<sup>8</sup> en het voorontwerp ter implementatie van de richtlijn langetermijnbetrokkenheid aandeelhouders.<sup>9</sup>

Een ambtelijk voorontwerp van het Wetsvoorstel is echter niet (door middel van een openbare internetconsultatie) openbaar geconsulteerd. Slechts met enkele partijen is een ontwerp van het Wetsvoorstel besproken. In de MvT wordt de keuze om geen internetconsultatie te laten plaatsvinden als volgt gemotiveerd:

“Er heeft geen internetconsultatie plaatsgevonden, omdat dat bij richtlijnimplementatie niet noodzakelijk is (artikel 1:7 van de Algemene Wet Bestuursrecht), vanwege de korte implementatietermijn en omdat er nauwelijks beleidsvrijheid in de richtlijn zit.”<sup>10</sup>

Bij deze keuze, en de onderbouwing daarvan, kan een aantal kanttekeningen worden geplaatst. Zoals hierboven al is opgemerkt, is het houden van een openbare internetconsultatie over ambtelijke voorontwerpen van wetgeving de afgelopen jaren goed gebruik geworden. Het houden van een dergelijke consultatie draagt ook bij aan verbetering van de kwaliteit van de wetgeving. De in de MvT bij het Wetsvoorstel gegeven motivering voor de keuze voor het achterwege laten van een openbare consultatie is ook niet erg sterk. In het bijzonder voor de aanpassingen in het Wetsvoorstel die niet voortvloeien uit de Richtlijn is (nog) geen sprake van richtlijnimplementatie waarvoor een korte termijn zou gelden. Zoals ook door de Raad van State in zijn advies wordt opgemerkt (“Advies RvS”):

“regelt [het Wetsvoorstel] in die zin niet zozeer een implementatie van de onderhavige richtlijn [openbaarmaking winstbelasting], maar bereidt deze voor. De delegatiegrondslagen uit de eerder genoemde bepalingen worden enigszins veralgemeniseerd en bij elkaar gebracht.”<sup>11</sup>

De keuze om de grondslagen voor het stellen van nadere voorschriften voor (onder meer) het bestuursverslag te wijzigen is, anders dan in de MvT wordt opgemerkt, geen richtlijnimplementatie. Bovendien bestaat ten aanzien van de wijze waarop de Nederlandse wetgever Europese voorschriften die zien op de inhoud van het bestuursverslag (en aanverwante verslagen en verklaringen) wil

vormgeven, juist wel beleidsvrijheid. De beslissing om een openbare consultatie van een ambtelijk voorontwerp van het Wetsvoorstel achterwege te laten is daardoor spijtig. Dat is te meer van belang omdat, zoals hieronder wordt toegelicht, in het Wetsvoorstel fundamentele (beleids)keuzes worden gemaakt die aanleiding geven tot vragen en opmerkingen en omdat het Wetsvoorstel fouten en inconsistenties bevat.

### 3. Het Wetsvoorstel bevat een verstrekkende nieuwe grondslag om in ministeriële regeling voorschriften te stellen

Het nieuw voorgestelde art. 2:391a lid 2 BW bevat als aanhef dat “bij of krachtens algemene maatregel van bestuur” (cursivering auteur) regels kunnen worden gesteld. Deze regels kunnen (onder meer) betrekking hebben op “de wijze van handhaving” van nieuw in te voeren verplichtingen (voorgesteld art. 2:391a lid 2 onder d BW) en “de naleving van een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gedragscode” (voorgesteld art. 2:391a lid 2 onder e BW).

Als gevolg van de gekozen formulering biedt art. 2:391a lid 2 BW de mogelijkheid tot delegatie van regelgevende bevoegdheid in een ministeriële regeling. Die bevoegdheid lijkt, omdat (onder meer) is bepaald dat het kan gaan om regels die betrekking hebben op “de wijze van handhaving van verplichtingen” zeer verstrekkend. De voorgestelde bepaling impliceert dat op het niveau van een ministeriële regeling strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving geïntroduceerd kan worden van verplichtingen rondom het opnemen van informatie in het bestuursverslag, afzonderlijke verslagen of daarmee samenhangende verklaringen. Vanuit rechtstatelijk perspectief en in het licht van de rechtszekerheid is dit naar mijn mening zeer onwenselijk. Kunnen reeds vraagtekens worden geplaatst bij het op het niveau van een algemene maatregel van bestuur introduceren van regels die zien op de wijze van handhaving – zie ook de opmerkingen van de RvS aangaande de aanpassingen in de WED in art. II Wetsvoorstel<sup>12</sup> –, die kanttekeningen gelden te meer bij (de mogelijkheid van) het stellen van dergelijke voorschriften in een ministeriële regeling. De voorgestelde bepaling van art. 2:391a lid 2 BW staat ook op gespannen voet met Aanwijzing voor de Regelgeving 2.24, waarin wordt opgemerkt: “Delegatie van regelgevende bevoegdheid aan een minister wordt beperkt tot voorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling, voorschriften die dikwijls wijziging behoeven en voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld.”

Bedacht dient hierbij te worden dat de huidige grondslag van art. 2:391 lid 5 BW om nadere regels te stellen over

8 Zie: <https://www.internetconsultatie.nl/omzettingfusiesplitsing/b1>; de consultatieperiode liep van 7 februari tot 7 maart 2022.

9 Zie: <https://www.internetconsultatie.nl/langetermijnbetrokkenheidaandeelhouders>, de consultatieperiode liep van 27 februari tot 27 maart 2018.

10 MvT, p. 16.

11 Advies Raad van State en Nader Rapport, *Kamerstukken II 2021/22*, 36 157, nr. 4, p. 2.

12 Advies RvS, p. 3, zie hierover nader paragraaf 4 hierna.

(onder meer) "de naleving van een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gedragscode" niet voorziet in de mogelijkheid tot delegatie van regelgevende bevoegdheid in een ministeriële regeling. Waarom – op dit punt – uitbreiding van de mogelijkheid van delegatie van regelgevende bevoegdheid nodig zou zijn, wordt in de MvT niet gemotiveerd.<sup>13</sup>

#### 4. **Onderscheid leden 1 en 2 van art. 2:391a BW is onduidelijk, relevantie onderscheid in het licht van strafbaarstelling op grond van de WED is zeer groot**

In art. II Wetsvoorstel is een aanpassing opgenomen van de WED. In dat artikel wordt de thans bestaande verwijzing in de WED naar art. 2:392a BW vervangen door een verwijzing naar het nieuwe art. 2:391a lid 2 BW. Door de RvS is in zijn advies terecht aandacht gevraagd voor de – (ook) naar mijn mening onwenselijke – uitbreiding van de WED naar de algemene maatregelen van bestuur over het bestuursverslag. In reactie op het Advies RvS is in het Nader Rapport opgemerkt:

"De bepaling in het wetsvoorstel over artikel 1 onder 4° WED is daarom (...) aanpast [sic]. Het verwijst nu enkel naar artikel 2:392a lid 2, BW [bedoeld is: 2:391a lid 2, auteur], zodat artikel 1 onder 4° WED alleen betrekking heeft op algemene maatregelen van bestuur ter uitvoering van bindende EU-rechtshandelingen."<sup>14</sup>

Met deze opmerking miskent de Minister dat het onderscheid tussen nationale regelgeving die geen EU-oorsprong heeft – en welke blijkens de MvT zal worden opgenomen in een algemene maatregel van bestuur waarvoor de rechtsgrondslag in art. 2:391a lid 1 BW is gelegen<sup>15</sup> – en regelgeving die dat wel heeft, in de praktijk niet eenvoudig te maken is. Zo noemt de MvT als voorbeeld van een algemene maatregel voortvloeiend uit nationaal beleid "de verplichting voor grote vennootschappen om in het bestuursverslag te rapporteren over de man-vrouwverhouding in de top en subtop en over de streefcijfers ten aanzien van die verhouding".<sup>16</sup> Dit voorschrift is echter opgenomen in het Besluit inhoud bestuursverslag – een algemene maatregel van bestuur die blijkens voorgesteld art. V Wetsvoorstel zal worden "omgehangen" en komt te berusten op art. 2:391a BW. Daarbij wordt echter niet ge-

specificeerd of de nieuwe grondslag van het Besluit inhoud bestuursverslag is gelegen in het eerste lid van art. 2:391a BW of in het tweede lid van art. 2:391a BW. Zuivere toepassing van het door de Minister genoemde onderscheid om voorschriften die voortvloeien uit nationaal beleid op te nemen in algemene maatregelen van bestuur op de grondslag van het eerste lid van art. 2:391a BW en voorschriften ter uitvoering van bindende EU-rechtshandelingen op te nemen in algemene maatregelen van bestuur op de grondslag van het tweede lid van art. 2:391a BW, zou ertoe moeten leiden dat de bepalingen uit het huidige Besluit inhoud bestuursverslag worden "herverkaveld" en worden opgenomen in twee afzonderlijke algemene maatregelen van bestuur (met verschillende rechtsgrondslagen).

De rechtsgrondslag waarop een algemene maatregel van bestuur komt te berusten is, zo beschreef ik hiervoor, van belang met het oog op de voorgestelde strafbaarstelling in art. II Wetsvoorstel. Omdat van alle thans geldende op art. 2:391 lid 5 BW berustende algemene maatregelen van bestuur<sup>17</sup> wordt voorgesteld dat deze (mede) op het voorgestelde art. 2:391a BW komen te berusten (dus inclusief het tweede lid), geldt voor alle voorschriften in deze besluiten dat zij (ingevolge art. II Wetsvoorstel) in de WED strafbaar worden gesteld. Sowieso is hierdoor, anders dan in de MvT wordt opgemerkt, van "een zuiver technische wijziging" bij de "omhanging" geen sprake. Deze uitbreiding is, mede gezien het verstrekkende gevolg van strafbaarstelling, daarnaast onwenselijk. Om deze – ook in de ogen van de Minister voor Rechtsbescherming<sup>18</sup> – ongewenste uitbreiding te voorkomen, dient het voorgestelde art. V (en eventueel ook het voorgestelde art. II) in het Wetsvoorstel te worden aangepast.

#### 5. **Onjuiste aanpassing in voorgesteld art. IV Wetsvoorstel**

Voorgesteld art. IV Wetsvoorstel bepaalt dat in art. 1 onderdeel d onder 8° Wtffv de passage "bedoeld in artikel 392a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek" wordt vervangen. In genoemd artikel van de Wtffv bestaat deze zinsnede echter helemaal niet. Wel bevat dit artikel in de Wtffv de zinsnede "bedoeld in artikel 5:25e van de Wet op het financieel toezicht of in artikel 392a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek". Het woord "bedoeld" is ten onrechte meegenomen in de aan te passen passage en de te vervangen passage moet zijn "of in artikel 392a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek". Dit is een voorbeeld van een onjuistheid in het Wetsvoorstel dat door het houden

13 In de MvT, p. 18 wordt weliswaar toegelicht waarom het opnemen van een grondslag voor ministeriële regelingen nodig zou zijn, maar die motivering ziet uitsluitend op aspecten die samenhangen met de (implementatie van de) Richtlijn. Er wordt geen rechtvaardiging gegeven voor veruiming van de delegatiegrondslag die op reeds bestaande regelingen – waaronder de voorschriften opgenomen in het Besluit inhoud bestuursverslag – ziet.

14 Advies RvS, p. 3-4.

15 Vergelijk MvT, p. 10: "In het eerste lid van artikel 391a komt de rechtsgrondslag te staan voor nationale regelingen die betrekking hebben op het bestuursverslag."

16 MvT, p. 10.

17 Naast het al genoemde Besluit inhoud bestuursverslag gaat het onder meer om het Besluit artikel 10 overnamerichtlijn (*Stb.* 2006, 191), het Besluit instelling auditcommissie (*Stb.* 2016, 507) en het Besluit bekendmaking niet-financiële informatie (*Stb.* 2017, 100).

18 Vergelijk immers de opmerking in het Advies RvS, p. 3: "Een uitbreiding naar alle algemene maatregelen van bestuur die over het bestuursverslag gaan, gaat de reikwijdte van dit wetsvoorstel te buiten."

van een openbare internetconsultatie voorkomen had kunnen worden.

## 6. **Inconsistentie rol Autoriteit Financiële Markten ("AFM") in Boek 2 BW en de Wtfov**

In art. I onderdelen E tot en met I Wetsvoorstel wordt een aantal aanpassingen gedaan die, kort gezegd, inhouden dat de jaarrekeningprocedure van art. 2:447 e.v. BW ook kan worden geëntameerd gericht tegen "het afzonderlijke verslag en de verklaringen bedoeld in artikel 391a lid 2 [BW]". Daarnaast bevat het Wetsvoorstel wijzigingen – opgenomen in het voorgestelde art. IV – van de Wtfov; de wet die regelt op welke wijze de AFM haar toezicht op verslaggeving dient uit te oefenen. Deze wijzigingen lijken onderling echter niet consistent.

Art. IV Wetsvoorstel laat het toepassingsbereik van de Wtfov ongewijzigd tot "het opgemaakte jaarlijks verslag over betalingen aan overheden", nu dat zinsdeel in de voorgestelde wijziging behouden blijft in art. 1 onderdeel d onder 8° Wtfov. Dat lijkt ook uitdrukkelijk de bedoeling, zo volgt uit p. 21 van de MvT bij het Wetsvoorstel.<sup>19</sup> Tegelijkertijd wordt in de MvT uitdrukkelijk opgemerkt dat de voorgestelde aanpassingen in art. 2:447 tot en met 2:451 BW<sup>20</sup> tot doel hebben deze "artikelen aan te vullen zodat de procedure voor de ondernemingskamer ook betrekking zal hebben op *alle* in artikel 391a genoemde afzonderlijke jaarlijkse verslagen en verklaringen [cursivering, auteur]" en dat "[i]n artikel 448, tweede lid (...) de AFM [wordt] uitgesloten van de ondernemingskamerprocedure voor zover het gaat om het verslag inzake de winstbelasting (...)".<sup>21</sup> Naar het mij voorkomt leidt dit tot een inconsistentie. Enerzijds wordt op deze wijze (in art. I onderdelen E tot en met I Wetsvoorstel) wél geregeld dat (ook) de AFM aangaande alle genoemde afzonderlijke verslagen en verklaringen een procedure bij de OK kan entameren.<sup>22</sup> Anderzijds wordt tegelijkertijd niet het toepassingsbereik uitgebreid van de Wtfov – waarin het "voortraject" voor de AFM is opgenomen alvorens zij een procedure bij de OK kan entameren – door de Wtfov op al die verslagen en verklaringen van toepassing te verklaren. Als gevolg hiervan dient de AFM voorafgaand aan het entameren van een procedure bij de OK die betrekking heeft op een jaarrekening, bestuursverslag of verslag over betalingen aan overheden eerst de voorprocedure van de Wtfov te doorlopen,

terwijl voor alle andere (toekomstige) in art. 2:391a BW bedoelde afzonderlijke jaarlijkse verslagen en verklaringen die voorprocedure niet behoeft te worden doorlopen. Voor zover dit verschil is beoogd, zou het op zijn minst in de rede hebben gelegen die keuze in de MvT te motiveren.

## 7. **Concluderende opmerkingen**

Het belang van de CSRD – en (dus) ook de implementatie daarvan – voor het Nederlandse ondernemingsrecht kan niet worden overschat.<sup>23</sup> Het is een te belangrijk onderwerp om "zijdelings" in een wetsvoorstel over een aanpalend onderwerp mee te nemen. Het zou de wetgever daarom sieren om de implementatie van de CSRD alsnog de parlementaire aandacht te geven die het verdient. De voortekenen daarop zijn overigens niet gunstig. In het 11 oktober 2022 vastgestelde verslag van – nota bene – de vaste commissie voor Financiën, de commissie van de Tweede Kamer die met het vooronderzoek van het Wetsvoorstel is belast, zijn de punten die in deze bijdrage zijn aangestipt niet geadresseerd.<sup>24</sup> Hopelijk komt daarin alsnog een kentering. De implementatietermijn voor de CSRD bedraagt 18 maanden, welke termijn nog moet aanvangen. Er resteert derhalve voldoende tijd voor het parlement om de (wijze van implementeren van de) CSRD serieus te nemen.

*Prof. mr. J.B.S. Hijink*<sup>25</sup>

19 Alwaar is opgemerkt: "De verwijzing naar artikel 392a in de Wet toezicht financiële verslaggeving wordt vervangen door een indirecte verwijzing naar het Besluit rapportage van betalingen aan overheden, nu het nieuwe artikel 391a deze rapportageverplichting niet meer bij naam noemt. (...) Het gebruik van het woord "desbetreffende" verwijst naar het in dit onderdeel van artikel 1 van de Wet toezicht financiële verslaggeving genoemde "jaarlijkse verslag over betalingen aan overheden"."

20 De wijzigingen voorgesteld in art. I onderdelen E tot en met I Wetsvoorstel.

21 MvT, p. 20.

22 Behoudens inzake de uitdrukkelijk in voorgesteld art. 2:448 lid 2 BW uitgezonderde verslagen inzake de winstbelasting.

23 Zie in deze zin in deze aflevering ook: L.K. van Dijk & J.B.S. Hijink, *Ondernemingsrecht* 2022/87.

24 *Kamerstukken II* 2021/22, 36 157, nr. 5.

25 Steven Hijink is hoogleraar Jaarrekeningenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen, advocaat te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift. Deze bijdrage is een bewerking van het advies van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (te vinden op <https://www.knb.nl/cms/streambin.aspx?requestid=fe210c58-8f82-4390-a934-ed06bacc73ba>), waarvan de auteur de penvoerder was.