

De rol van de accountant bij (de corporate governance verklaring in) het bestuursverslag van beursvennootschappen

Ondernemingsrecht 2018/103

Over de wetgevers goede bedoelingen, een bezorgde schrager en een sussende commissie-Van Manen

1. Inleiding

Beursvennootschappen zijn op grond van het Besluit inhoud bestuursverslag ("Besluit") gehouden verantwoording af te leggen over de wijze waarop, en de mate waarin, de principes en best practice bepalingen ("bpb's") van de Nederlandse corporate governance code ("Code") worden nageleefd. Van beursvennootschappen wordt verwacht dat zij over de naleving van de Code rapporteren in een verklaring inzake corporate governance ("corporate governance verklaring"). De corporate governance verklaring moet als onderdeel van, of als bijlage bij, het bestuursverslag openbaar worden gemaakt. De corporate governance verklaring kan ook op de website van de beursvennootschap worden gepubliceerd, in welk geval in het bestuursverslag moet worden verwezen naar de locatie waar de corporate governance verklaring op de website beschikbaar is. De corporate governance verklaring maakt onderdeel uit van het bestuursverslag of wordt daarvan geacht onderdeel uit te maken.¹

De accountant die is belast met het onderzoek van de jaarrekening als bedoeld in art. 2:393 BW was tot de implementatie van Richtlijn 2013/34/EU ("Jaarrekeningrichtlijn") gehouden na te gaan of het bestuursverslag voldeed aan de daaraan gestelde wettelijke eisen en met de jaarrekening verenigbaar was. Ten aanzien van bestuursverslagen die betrekking hebben op boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2016 dient de accountant na te gaan of het bestuursverslag overeenkomstig de daaraan gestelde wettelijke eisen is opgesteld, met de jaarrekening verenigbaar is en of het bestuursverslag, in het licht van de tijdens het onderzoek van de jaarrekening verkregen kennis en begrip omtrent de rechtspersoon en zijn omgeving, materiële onjuistheden bevat.

Hoewel de corporate governance verklaring – ook al ten tijde van de omzetting van de Jaarrekeningrichtlijn – werd geacht onderdeel uit te maken van het bestuursverslag, werd de rol van de accountant bij de corporate governance verklaring met de omzetting van de Jaarrekeningrichtlijn niet aangepast aan de gewijzigde rol van de accountant bij (de overige onderdelen van) het bestuursverslag. Mede naar aanleiding van de onduidelijkheid die kennelijk daarvoor is ontstaan, heeft de wetgever bij de aanwijzing van

de herziene Code als wettelijke gedragscode als bedoeld in art. 2:391 lid 5 BW aanleiding gezien het onderscheid tussen de rol van de accountant bij het bestuursverslag en de corporate governance verklaring op te heffen en daarmee de rol van de accountant in het Besluit te verduidelijken.² De Vereniging Effecten Uitgevende Ondernemingen ("VEUO") heeft daarop gereageerd door als een van de schragende partijen van de Code haar zorgen te uiten over de gevolgen van deze wijziging. De Monitoring Commissie Corporate Governance Code onder voorzitterschap van Van Manen ("commissie-Van Manen") heeft vervolgens geprobeerd de zorgen van de VEUO weg te nemen door accountants op te roepen op een "praktische wijze" invulling te geven aan hun gewijzigde rol ten aanzien van de corporate governance verklaring in het bestuursverslag. De Nederlandse beroepsorganisatie van accountants ("NBA") heeft in haar beroepsreglementering aan deze oproep (deels) gehoor gegeven.

In deze bijdrage beschrijven wij de – mede door de hierboven beschreven ontwikkelingen ontstane – onduidelijkheid over de rol van de accountant bij de corporate governance verklaring in het bestuursverslag. Vervolgens leggen wij enkele (andere) onduidelijkheden in de systematiek van het Besluit bloot. Daartoe bespreken wij allereerst in par. 2 de gevolgen van de omzetting van de Jaarrekeningrichtlijn voor de rol van de accountant bij het bestuursverslag. In par. 3 staan wij stil bij de ontwikkelingen rondom de in het Besluit (alsnog) gewijzigde rol van de accountant bij de corporate governance verklaring. Par. 4 staat in het teken van de "praktische" invulling van de gewijzigde rol van de accountant bij de corporate governance verklaring, waarna wij in par. 5 enkele andere onduidelijkheden aangaande het Besluit aanstippen die – onzes inziens ten onrechte – nog onvoldoende aandacht hebben gekregen. Wij besluiten deze bijdrage in par. 6.

2. De vanwege de Jaarrekeningrichtlijn gewijzigde rol van de accountant bij het bestuursverslag

2.1 De gewijzigde rol van de accountant bij het bestuursverslag

Tot de omzetting van de Jaarrekeningrichtlijn was in art. 2:393 lid 3 BW bepaald dat de accountant aan wie de opdracht tot het onderzoek van de jaarrekening was verleend, behoorde na te gaan of het bestuursverslag, voor zover hij dat kon beoordelen, overeenkomstig de daaraan te stellen eisen is opgesteld en met de jaarrekening verenigbaar is. De rol van de accountant bij het bestuursverslag in deze vorm stamt af van de implementatie van de voorganger van de Jaarrekeningrichtlijn.³

² Besluit van 29 augustus 2017 (Stb. 2017, 332). Datum inwerkingtreding: 1 januari 2018. Het gewijzigde Besluit is van toepassing op bestuursverslagen die betrekking hebben op boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2017.

³ Vierde Richtlijn 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van art. 54, lid 3, onder g), van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (Pb 1978, 222). Zie H. Beckman, 'De nieuwe EU-richtlijn jaarrekeningen', *Ondernemingsrecht* 2013/73.

¹ Vgl. art. 2a lid 3 van het Besluit.

Met de implementatie van de Jaarrekeningrichtlijn in de Nederlandse wetgeving is de rol van de accountant ten aanzien van het bestuursverslag zodanig uitgebreid dat de accountant ook zal moeten nagaan of het bestuursverslag, in het licht van de tijdens het onderzoek van de jaarrekening verkregen kennis en begrip omtrent de rechtspersoon en zijn omgeving, materiële onjuistheden bevat.⁴ Door de minister is toegelicht dat deze aanpassing tot gevolg heeft dat een "actieve onderzoeksplicht" voor de accountant ontstaat om materiële onjuistheden in het bestuursverslag te signaleren.⁵ Art. 3c van het Besluit, waarin het accountantsonderzoek ten aanzien van de corporate governance verklaring als onderdeel van het bestuursverslag was opgenomen, bleef met de omzetting van de Jaarrekeningrichtlijn ongewijzigd.

2.2 De aanvankelijk ongewijzigde rol van de accountant bij de corporate governance verklaring

Met de aanwijzing van de Code Tabaksblat in het Besluit van 23 december 2004⁶ als gedragscode ten aanzien waarvan beursvennootschappen in hun bestuursverslag over de naleving behoorden te rapporteren, werd in de nota van toelichting opgemerkt dat de accountant zou moeten nagaan of in het bestuursverslag wordt gerapporteerd over de naleving van de Code en voorts zou moeten vaststellen of de rapportage over de naleving van de Code met de jaarrekening zou overeenstemmen.⁷ De accountant hoefde zich daarbij geen oordeel te vormen over de wijze waarop het bestuur met corporate governance vraagstukken van de vennootschap omgaat of de wijze waarop het bestuur uitleg geeft over eventuele niet-naleving van de Code. Het onderzoek van de accountant ten aanzien van de corporate governance verklaring zou de accountant tegelijkertijd wel de mogelijkheid bieden eventuele tekortkomingen in de rapportage over de naleving van de Code in zijn verklaring op te nemen of naar aanleiding daarvan beperkingen aan zijn verklaring te verbinden.

Met de implementatie van Richtlijn 2006/46/EG ("Auditrichtlijn") in het Besluit⁸ is de verplichting om een corporate governance verklaring openbaar te maken uitgebreid voor de binnen het toepassingsbereik van dit besluit vallende beursvennootschappen. De accountant werd verplicht na te gaan of de corporate governance verklaring de vereiste mededelingen zou bevatten. Bovendien zou de accountant de mededelingen in de corporate governance verklaring met betrekking tot de belangrijkste kenmerken van het beheers- en controlesysteem van de vennootschap in verband met het financiële verslaggevingsproces en, voor zover van

toepassing, enkele ingevolge het Besluit artikel 10 overnamerichtlijn verplichte mededelingen en gegevens moeten betrekken bij zijn onderzoek of het bestuursverslag met de jaarrekening verenigbaar is.⁹ Daarmee werd – in navolging van de Auditrichtlijn – in het Besluit onderscheid gemaakt tussen twee categorieën in de corporate governance verklaring op te nemen informatie waarvoor verschillende regimes voor het onderzoek van de accountant zouden gelden. Aangezien destijds kennelijk geen reden bestond de corporate governance verklaring grondiger door de accountant te laten onderzoeken dan in de Auditrichtlijn was voorgeschreven, is ervoor gekozen het in de Auditrichtlijn gehanteerde onderscheid te handhaven en een specifieke bepaling voor het accountantsonderzoek van de corporate governance verklaring met die strekking in het Besluit op te nemen.¹⁰

3. De alsnog gewijzigde rol van de accountant, een bezorgde schrager en de geruststellende woorden van de commissie-Van Manen

3.1 De alsnog gewijzigde rol van de accountant bij de corporate governance verklaring

Op 8 december 2016 is de door de commissie-Van Manen herziene Code gepubliceerd. Door de minister is vervolgens aangekondigd de herziene Code in het Besluit aan te wijzen als gedragscode als bedoeld in art. 2:393 lid 5 BW.¹¹ Met inachtneming van de wettelijke voorhangprocedure is het ontwerpbesluit dat strekt tot wijziging van het Besluit ("Ontwerpbesluit") voorgedragen.¹²

Gedurende de behandeling van het Ontwerpbesluit is aandacht gevraagd voor de reikwijdte en diepgang van het accountantsonderzoek van de corporate governance verklaring. Opgemerkt werd dat op dat moment in het Besluit was opgenomen dat de accountant zou moeten nagaan of de corporate governance verklaring de voorgeschreven elementen bevat en ten aanzien van – slechts – twee specifieke onderdelen van de corporate governance verklaring zou moeten nagaan of deze verenigbaar met de jaarrekening zouden zijn. Daarmee zou de accountant niet in de gelegenheid zijn de kennis die hij tijdens het onderzoek van de jaarrekening heeft verkregen, te gebruiken bij het onderzoek van de corporate governance verklaring. Dit zou mogelijk ten koste gaan van de zekerheid die aan de betrouwbaarheid van de in de corporate governance verklaring opgenomen informatie kan worden ontleend.¹³

Door toenmalig minister Dijsselbloem van Financiën is daarop gereageerd door op te merken dat de door de accountant ten aanzien van de corporate governance verklaring aan te leggen toets inderdaad beperkt is tot een

4 Zie hierover ook: A. Dieleman, "Verantwoordelijkheid accountant voor het bestuursverslag", *TvJ* 2018, nr. 2, p. 37-45.

5 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34176, 6, p. 6.

6 Besluit van 23 december 2004 (*Stb.* 2004, 747).

7 Nota van toelichting bij het Besluit van 23 december 2004 (*Stb.* 2004, 747), p. 8.

8 Besluit van 20 maart 2009 (*Stb.* 2009, 154) tot wijziging van het Besluit van 23 december 2004.

9 Art. 3c lid 1 (oud) Besluit.

10 Nota van toelichting bij het Besluit van 20 maart 2009 (*Stb.* 2009, 154), p. 14.

11 *Kamerstukken II* 2016/17, 31083, 52.

12 *Kamerstukken II* 2016/17, 31083, 53.

13 *Kamerstukken II* 2016/17, 31083, 54, p. 2 en 3.

aanwezigheidstoets en deze slechts ten aanzien van twee specifieke onderdelen verdergaat dan dat.¹⁴ Op verzoek van de Kamerleden kondigde de minister aan de door de accountant bij het onderzoek van de corporate governance verklaring aan te leggen toets – alsnog – te laten aansluiten bij de wijze waarop de accountant (de overige onderdelen van) het bestuursverslag dient te onderzoeken. Daarmee zal de naleving van de herziene Code in de corporate governance verklaring worden onderworpen aan de zogenoemde verenigbaarheidstoets, zodat de accountant bij zijn onderzoek van het bestuursverslag ook de daarin opgenomen corporate governance verklaring in zijn geheel toetst op informatie die hem tijdens het onderzoek van de jaarrekening ter kennis is gekomen. Gebruikers van de in de corporate governance verklaring opgenomen informatie zouden daarmee meer zekerheid aan de betrouwbaarheid van deze informatie kunnen ontleen.¹⁵

3.2 De VEUO als bezorgde schragener ...

Naar aanleiding van de aankondiging van de minister het Besluit zodanig aan te passen dat de accountant de corporate governance verklaring in het vervolg op dezelfde wijze zal toetsen als (de overige onderdelen van) het bestuursverslag, heeft de VEUO als een van de schragende partijen van de Code haar zorgen geuit over de voorgenen uitbreiding van de rol van de accountant bij de verantwoording over de naleving van de Code in de corporate governance verklaring.¹⁶

De VEUO voert aan dat de uitbreiding van de rol van de accountant bij het bestuursverslag naar de in de corporate governance verklaring opgenomen informatie niet zou aansluiten bij de aard van laatstbedoelde rapportage. De VEUO refereerde onder meer aan de discussie over de rol van de accountant die tijdens de herziening van de Code zou hebben plaatsgevonden. De uitkomst van die discussie was onder meer dat bpb 1.7.7 van het voorstel van de Code, waarin was opgenomen dat de accountant tekortkomingen (in de verantwoording) over de naleving van de Code zou moeten signaleren, uiteindelijk niet in de herziene Code zou worden opgenomen. De commissie-Van Manen heeft die keuze toegelicht dat het niet haar insteek is geweest de taakopdracht van de accountant uit te breiden.¹⁷ Erg overtuigend is die redenering van de commissie-Van Manen overigens niet, nu in het voorstel van de Code nog werd toegelicht dat de signalerende rol van de accountant in deze zin beperkt zou blijven tot slechts die tekortkomingen in de verantwoording over de naleving van de Code die de accountant bij de uitvoering van zijn controlewerkzaamheden tegenkomt. De vrees voor uitbreiding van de taakopdracht van de accountant lijkt dan ook niet terecht:

“Daarbij wordt van de externe accountant niet verwacht dat hij de complete naleving van de Code door de ven-

nootschap controleert. Het uitgangspunt van deze bepaling is dat de accountant tekortkomingen moet signaleren die hij bij de uitvoering van de werkzaamheden tegenkomt.”¹⁸

Daarnaast is door de commissie-Van Manen als reden voor het niet opnemen van de voorgestelde bpb in de herziene Code aangevoerd dat het bestuur en de raad van commissarissen ook zonder deze bepaling erop zouden mogen vertrouwen dat de accountant eventuele tekortkomingen in de verantwoording over de naleving van de Code zou opmerken.¹⁹ Ook dit argument overtuigt allerminst, nu dit evenzeer geldt voor meldingen van de accountant aan de voorzitter van de auditcommissie of de raad van commissarissen indien hij misstanden of onregelmatigheden constateert of vermoedt, terwijl in de Code een dergelijke “signaleringsplicht” wel is opgenomen.²⁰ Bovendien geldt meer in het algemeen dat de Code in Nederland aanvaarde inzichten omtrent corporate governance bevat, zodat voor meer in de Code opgenomen principes en bpb's zal gelden dat ook zonder deze bepalingen erop mag worden vertrouwd dat deze regels in beginsel zullen worden nageleefd.²¹

Naast het feit dat de gewijzigde rol van de accountant volgens de VEUO niet goed zou aansluiten bij de aard van de corporate governance verklaring, meende de VEUO dat “verruiming van de toets (...) veel onduidelijkheid met zich [zal] meebrengen voor wat betreft de wijze waarop de accountant daar invulling aan zal geven en daarmee ook voor de onderneming”. Door de VEUO is daaraan toegevoegd dat voorkomen zou moeten worden dat accountants de Code als een specifieke wettelijke plicht zullen gaan beschouwen, als gevolg waarvan het onderzoek van de accountant veel extra werk voor de accountant en de beursvennootschap zal genereren. Door de VEUO wordt opgemerkt dat ook zonder wijziging van de rol van de accountant bij de corporate governance verklaring in het Besluit van de accountant zou mogen worden verwacht dat de accountant feitelijke onjuistheden signaleert. Evenwel zou de VEUO ervoor willen waken dat een (te) actieve onderzoeksplicht wordt gelezen in de verenigbaarheidstoets die de accountant na inwerkingtreding van het gewijzigde Besluit zal moeten aanleggen. Volgens de VEUO zou een actieve onderzoeksplicht, behalve veel aanvullende werkzaamheden en bijkomende kosten, weinig toevoegen.

3.3 ... en de geruststellende woorden van de commissie-Van Manen

De commissie-Van Manen heeft op de brief van de VEUO gereageerd door begrip te tonen voor de door de VEUO geuite zorgen. Volgens de commissie-Van Manen heeft zij bij

14 Kamerstukken II 2016/17, 31083, 54, p. 4 en 5.

15 Aldus – nog steeds – de minister. Kamerstukken II 2016/17, 31083, 54, p. 5.

16 Brief van 10 augustus 2017, te raadplegen via www.veuo.nl.

17 Zie het Verantwoordingsdocument van de commissie-Van Manen, p. 10, te raadplegen via www.mccg.nl.

18 Zie het Voorstel voor herziening van de Code, p. 21-22, te raadplegen via www.mccg.nl.

19 Zie De belangrijkste wijzigingen in vogelvlucht van de commissie-Van Manen, p. 3, te raadplegen via www.mccg.nl.

20 Bpb 2.6.3 van de Code.

21 Zie o.a. HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7970, JOR 2007/178, m.nt. Nieuwe Weme (ABN AMRO).

het opstellen van de Code als uitgangspunt gehanteerd de taakopdracht van de accountant niet te willen uitbreiden.²² Tegelijkertijd laat de commissie-Van Manen weten dat de door de accountant uit te voeren verenigbaarheidstoets ten aanzien van de corporate governance verklaring niet hoeft te leiden tot een onwenselijke situatie:

“De verenigbaarheidstoets is slechts een kleine stap verder dan de aanwezigheidstoets, sluit aan bij de praktijk en past goed bij het uitgangspunt dat de accountant zegt wat hij ziet.”²³

De commissie-Van Manen merkt ten slotte op dat de gevolgen van de aanpassing van de rol van de accountant bij de corporate governance verklaring afhankelijk is van de uitwerking van deze toets in de praktijk. Accountants worden daarom door de commissie-Van Manen opgeroepen een “praktische” invulling te geven aan de verenigbaarheidstoets die zij bij het onderzoek van de corporate governance verklaring zullen moeten aanleggen. De commissie-Van Manen heeft aangekondigd daarover in gesprek te gaan met de NBA met als doel accountants tot een praktische benadering te bewegen.

4. De door de commissie-Van Manen voorgestane “praktische” invulling van de wettelijke plicht

4.1 Standaard 720 NV COS

Voor de door de commissie-Van Manen voorgestane praktische invulling van het onderzoek van de corporate governance verklaring zijn allereerst de door de NBA vastgestelde Nadere voorschriften controle- en overige standaarden (“NV COS”),²⁴ in het bijzonder standaard 720 (“NV COS 720”), van belang.²⁵ In NV COS 720 is de verantwoordelijkheid van de accountant met betrekking tot andere informatie, kort gezegd de in de jaarlijkse verslaggeving opgenomen financiële en niet-financiële informatie die geen onderdeel uitmaakt van de jaarrekening of de accountantsverklaring, behandeld.²⁶

Uit NV COS 720 volgt, kort samengevat, dat de accountant dient na te gaan of de andere informatie, waaronder (de

corporate governance verklaring van) het bestuursverslag, verenigbaar is met de jaarrekening en de door de accountant met het onderzoek van de jaarrekening of anderszins verkregen kennis.²⁷ De accountant is gehouden de andere informatie door te nemen en de daarin opgenomen informatie te vergelijken met de gegevens in de jaarrekening en de door de accountant tijdens het onderzoek van de jaarrekening verkregen kennis, controle-informatie en de tijdens dat onderzoek door hem getrokken conclusies.²⁸ De accountant dient de bevindingen van zijn onderzoek op te nemen in zijn verklaring en te verduidelijken dat het oordeel van de accountant bij de jaarrekening zich niet uitstrekt tot de andere informatie.²⁹

4.2 De NBA-handreiking als de door de commissie Van Manen voorgestane “praktische” invulling?

Tegelijk met haar oproep heeft de commissie-Van Manen aangekondigd de door haar voorgestane praktische invulling van de rol van de accountant bij (de corporate governance verklaring van) het bestuursverslag onder de aandacht te brengen bij de NBA. De NBA heeft vervolgens in de door haar herziene handreiking betreffende de accountant en corporate governance informatie³⁰ (“NBA-handreiking”) nadere aanwijzingen gegeven met betrekking tot de rol van de accountant bij de corporate governance verklaring.

In de NBA-handreiking is verduidelijkt dat de accountant moet nagaan of de corporate governance verklaring overeenkomstig het Besluit is opgesteld (de aanwezigheidstoets), verenigbaar is met de jaarrekening (de verenigbaarheidstoets) en, in het licht van de tijdens het onderzoek van de jaarrekening of anderszins verkregen kennis, materiële onjuistheden bevat (de actieve onderzoeksplicht).³¹ Daarbij is toegelicht dat het onderzoek van de corporate governance verklaring geen doel op zich zou moeten zijn, maar moet worden verricht in het kader van het onderzoek van de jaarrekening.

Het valt daarbij op dat in de NBA-handreiking het standpunt wordt ingenomen dat de accountant alleen onderdelen van de corporate governance verklaring dient te onderzoeken die verband houden met het onderzoek van de jaarrekening en de kennis die de accountant tijdens dat onderzoek heeft verkregen.³² Zo zou de accountant volgens de NBA onder meer geen werkzaamheden hoeven te verrichten ten aanzien van de rapportage over het vast te stellen beloningsbeleid (principe 3.1 van de Code) en de samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen (principe 2.1 van de Code).³³ Het is echter de vraag of dat in overeenstemming is

22 Zie de reactie van de commissie-Van Manen, p. 2, te raadplegen via www.mccg.nl. Zie voorts p. 10 in het Verantwoordingsdocument van de commissie-Van Manen.

23 Zie de reactie van de commissie-Van Manen, p. 2.

24 *Stcrt.* 2018, 65.

25 NV COS 720 is de vastgestelde vertaling van de door International Auditing and Assurance Standards Board (IAASB) uitgevaardigde International Standard on Auditing 720 (ISA 720). Art. 19 lid 2, onderdeel a, van de Wet op het accountantsberoep (“Wab”) bevat de wettelijke grondslag voor de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (“VGBA”), op basis waarvan de nadere voorschriften van de NV COS door de NBA zijn vastgesteld. Te raadplegen via www.nba.nl/tools/hra-2017/?folder=3926, laatst geraadpleegd d.d. 17 augustus 2018.

26 NV COS 720, par. 12(c). Te denken valt onder meer aan (de corporate governance verklaring in) het bestuursverslag. De overige aan de jaarrekening toe te voegen gegevens als bedoeld in art. 2:392 lid 1 BW behoren, net als het verslag van de raad van commissarissen, ook tot de andere informatie als bedoeld in NV COS 720.

27 NV COS 720, par. 11.

28 NV COS 720, par. 14.

29 NV COS 720, par. 22.

30 Zie de (herziene) NBA-handreiking 1109 (“Accountant en corporate governance informatie”), gepubliceerd op 12 februari 2018 en beschikbaar via www.nba.nl. Zie voorts het Slotdocument van de commissie-Van Manen, p. 34, te raadplegen via www.mccg.nl.

31 Zie de NBA-handreiking, p. 8-9.

32 Zie de NBA-handreiking, p. 9.

33 Zie de NBA-handreiking, p. 9.

met art. 3c van het Besluit, nu daaruit volgt dat het onderzoek van de accountant zich uitstrekt tot de rapportage over de naleving van *alle* onderdelen uit de Code die tot het bestuur of de raad van commissarissen van de vennootschap zijn gericht.

Daarnaast bevat de NBA-handreiking een overzicht van de principes en bpb's van de Code die bepalen dat corporate governance informatie moet worden opgenomen in het bestuursverslag of het verslag van de raad van commissarissen.³⁴ In de NBA-handreiking is uitgewerkt welke werkzaamheden volgens de verschillende standaarden van de NV COS van de accountant worden verwacht. Ook heeft de NBA bij sommige bepalingen enkele voorbeeldvragen opgenomen die tijdens het onderzoek van de corporate governance verklaring aan het bestuur en de raad van commissarissen kunnen worden gesteld en worden documenten genoemd die de accountant bij dat onderzoek zou kunnen raadplegen. Vanwege het generieke karakter van de analyse acht de NBA het wel van belang dat accountants hun werkzaamheden aanpassen aan de specifieke situatie van elke individuele opdracht. Bovendien moeten accountants waken voor een “*tick the box*” mentaliteit.³⁵

De NBA-handreiking en de daarin door de NBA gemaakte analyse kunnen echter niet voorkomen dat volgens ons nog diverse vragen onbeantwoord blijven. Wanneer een uitleg over een afwijking van de Code ontbreekt, zou dit kunnen duiden op een materiële onjuistheid. Op basis van de NBA-handreiking dient de accountant na te gaan of voor elke afwijking een uitleg wordt gegeven en of de gegeven uitleg overeenkomt met zijn kennis.³⁶ De vraag is of nu ook meer in het algemeen geldt dat de accountant van alle principes en bpb's moet nagaan of deze door de vennootschap worden nageleefd? Bovendien is de vraag hoe dient te worden omgegaan met zogenoemde “veronderstelde toepassing”.³⁷ De vennootschap is tenslotte niet verplicht van iedere bepaling uit de Code afzonderlijk te vermelden of zij deze toepast. Als gevolg hiervan kan uit de corporate governance verklaring van de vennootschap niet direct worden afgeleid of alle bpb's van de Code ook daadwerkelijk worden toegepast. Bij het antwoord op die vraag is onder meer van belang of de “actieve onderzoeksplicht” van de accountant bij het bestuursverslag zich, ondanks de door de VEVO geuite vrees, ook tot de in de corporate governance verklaring opgenomen informatie uitstrekt. En leidt die eventuele actieve

onderzoeksplicht er zelfs toe dat de accountant de gegeven uitleg bij niet-naleving van de Code dient te beoordelen?³⁸

Wij zijn benieuwd naar de wijze waarop accountants in de praktijk invulling geven aan deze door de commissie-Van Manen en de NBA voorgestane “praktische” benadering van art. 3c van het Besluit. Wij roepen daarom op bij de monitoring van de naleving van de herziene Code aandacht te besteden aan de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan het onderzoek van de corporate governance verklaring.³⁹

5. Overige onduidelijkheden in het Besluit

De door de commissie-Van Manen voorgestane praktische invulling van het gewijzigde onderzoek van de corporate governance verklaring heeft de onduidelijkheid rondom de rol van de accountant bij de corporate governance verklaring eerder laten toe- dan afnemen. Daarnaast leidt de in het Besluit gehanteerde systematiek tot andere onduidelijkheden in (het toepassingsbereik van) het Besluit. Zo hebben verschillende voorschriften uit het Besluit elk een eigen toepassingsgebied, onder meer omdat diverse bepalingen met verschillende Europese grondslagen in het Besluit zijn geïmplementeerd.⁴⁰ Het (gewijzigde) toepassingsbereik van het Besluit komt kort gezegd op het volgende neer.

Tot 1 januari 2018 was het Besluit van toepassing op *naamloze* vennootschappen (NV's) waarvan aandelen of certificaten van aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt als bedoeld in art. 1:1 van de Wft of een met een gereguleerde markt vergelijkbaar systeem uit een staat die geen lidstaat is als bedoeld in dat artikel. Na aanpassing geldt dat het Besluit ook van toepassing is op *besloten* vennootschappen (BV's).⁴¹ Bovendien is het Besluit vanaf dat moment niet langer van toepassing op beursvennootschappen die – alleen – beschikken over een notering aan een met een gereguleerde markt vergelijkbaar systeem buiten de EU/EER.⁴²

Daarnaast is de reikwijdte van de in art. 3 lid 1 van het Besluit opgenomen verplichting te rapporteren over de naleving van de Code verruimd en in overeenstemming gebracht met hetgeen daarover door de commissie-Van Manen in de

34 Zie de NBA-handreiking, p. 15 e.v. Ook hier had het op zijn plaats geweest als de NBA-handreiking (beter) had aangesloten bij het Besluit door een analyse op te nemen van *alle* principes en bpb's die gericht zijn tot het bestuur en de raad van commissarissen.

35 Zie ook de NBA-handreiking, p. 15.

36 Zie de NBA-handreiking, p. 9.

37 Zie uitgebreid hierover A.A. Bootsma, ‘Vierde rapport over de naleving van de Nederlandse Corporate Governance Code: waarheen leidt de weg?’, *Bb* 2013/29 en de discussie tussen G. van der Laan & M. de Roo (*MAB* 88(10), p. 409-416 en *MAB* 89(4), p. 157-158) en A.A. Bootsma (*MAB* 89(4), p. 155-157). Zie ook het Monitoring Rapport boekjaar 2013 (29 januari 2015), p. 17-19, te raadplegen via www.mcgg.nl.

38 Zie de elementen waaraan uitleg bij afwijking van de Code ten minste aan zal moeten voldoen, zoals opgenomen in de Code.

39 Zie ook de aanbeveling van de commissie-Van Manen in haar Slotdocument van 29 januari 2018, te raadplegen via www.mcgg.nl. Zie over dit Slotdocument S. Rietveld, ‘Slotdocument Monitoring Commissie: terugblik, maar vooral ook vooruitkijken’, *MvO* 2018, nr. 5 en 6, p. 157-163.

40 Zie in dit verband bijvoorbeeld de verplichting om in de corporate governance verklaring mededeling te doen omtrent het diversiteitsbeleid van art. 3a onder d Besluit, welke verplichting op grond van art. 1 lid 4 van het Besluit slechts van toepassing is op kort gezegd “grote” vennootschappen waarvan effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt als bedoeld in art. 1:1 van de Wet op het financieel toezicht.

41 Daarover o.a. A.A. Bootsma, J.B.S. Hijink & L. in 't Veld, ‘De eerste beurs-BV’, *Ondernemingsrecht* 2016/111. Zie voorts A.A. Bootsma, ‘Thinking, fast and slow’, *Ondernemingsrecht* 2018/55.

42 Daarover o.a. A.A. Bootsma & J.B.S. Hijink, ‘De beurs-NV in den vreemde’, *Ondernemingsrecht* 2014/15 en A.A. Bootsma, J.B.S. Hijink & L. in 't Veld, ‘Multiple corporate citizenship’, *Ondernemingsrecht* 2015/120.

Code is bepaald.⁴³ Zowel de Code als de hiervoor bedoelde verplichting in het Besluit zijn nu van toepassing op Nederlandse vennootschappen – zowel NV's als BV's – waarvan aandelen of certificaten van aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt of een daarmee vergelijkbaar systeem en grote Nederlandse vennootschappen – NV's en BV's met een balanswaarde van meer dan € 500 miljoen – waarvan aandelen of certificaten van aandelen zijn toegelaten tot de handel op een multilaterale handelsfaciliteit ("MTF") of een daarmee vergelijkbaar systeem.

Het voorgaande heeft als gevolg dat ten aanzien van de verplichting te rapporteren over de naleving van de Code per type beursvennootschap andere voorschriften gelden.⁴⁴ Zo geldt voor beursvennootschappen die beschikken over een beursnotering binnen de EU/EER dat zij op grond van art. 2a van het Besluit moeten rapporteren over de naleving van de Code in een corporate governance verklaring. Art. 2a van het Besluit is echter niet van toepassing op beursvennootschappen die – alleen – over een beursnotering buiten de EU/EER beschikken. Dat leidt ertoe dat een onderscheid kan worden gemaakt tussen beursvennootschappen die verplicht zijn om een "uitgebreide" corporate governance verklaring als bedoeld in art. 2a van het Besluit openbaar te maken en beursvennootschappen die gehouden zijn in een "beperkte" corporate governance verklaring over de naleving van de Code te rapporteren.

Het onderscheid tussen de "uitgebreide" en "beperkte" corporate governance verklaring komt, weliswaar in iets andere bewoordingen, ook aan de orde in de NBA-handreiking. In de NBA-handreiking worden – onder verwijzing naar RJ-Uiting 2017-10 'Bijlage bij hoofdstuk 400 Bestuursverslag' ("RJ-Uiting 2017-10") – drie typen beursvennootschappen onderscheiden, te weten i) die waarop zowel de Code als het Besluit van toepassing is (bijvoorbeeld een vennootschap genoteerd aan een gereguleerde markt binnen de EU/EER); ii) die waarop alleen het Besluit van toepassing is (bijvoorbeeld een vennootschap met aan een gereguleerde markt genoteerde overige effecten, zonder aandelen genoteerd te hebben op een MTF); en iii) die waarop alleen de Code van toepassing is en die om die reden niet verplicht zijn te rapporteren in de vorm van een corporate governance verklaring in de zin van art. 2a van het Besluit (bijvoorbeeld de beursvennootschap genoteerd buiten de EU/EER).⁴⁵

6. Conclusie

Beursvennootschappen zijn op grond van het Besluit gehouden verantwoording af te leggen over de wijze waarop, en de mate waarin, de principes en bpb's van de Code worden nageleefd. Beursvennootschappen plegen dat te doen in een corporate governance verklaring die onderdeel uitmaakt van het bestuursverslag. Tot voor kort legde de accountant een andere toets aan bij zijn onderzoek van de corporate governance verklaring dan bij het onderzoek van (de overige onderdelen van) het bestuursverslag. Met de aanwijzing van de door de commissie-Van Manen herziene Code in het Besluit is dit onderscheid opgeheven en is ten aanzien van de rol van de accountant bij de corporate governance verklaring aangesloten bij de rol van de accountant bij (de overige onderdelen van) het bestuursverslag. Nadat de VEVO haar zorgen over de wijziging van de rol van de accountant bij de corporate governance verklaring uitte, zag de commissie-Van Manen aanleiding accountants op te roepen hun nieuwe rol op een "praktische" wijze in te vullen.

De wetgever lijkt, mede door de onverwachte inmenging van de VEVO en de commissie-Van Manen, niet in alle opzichten te zijn geslaagd in het voornemen de rol van de accountant bij de corporate governance verklaring te verduidelijken. De accountant zal de corporate governance verklaring aan eenzelfde toets moeten onderwerpen als (de overige onderdelen van) het bestuursverslag en daarbij NV COS 720 en de aanwijzingen in de NBA-handreiking in acht moeten nemen. Andere onduidelijkheden vloeien voort uit de door de wetgever in het Besluit gehanteerde systematiek. Sinds 1 januari 2018 wordt in het Besluit onderscheid gemaakt tussen de "uitgebreide" corporate governance verklaring op grond van art. 2a van het Besluit voor beursvennootschappen die genoteerd zijn binnen de EU/EER en de "beperkte" corporate governance verklaring, bestaande uit de corporate governance mededeling op grond van art. 3 lid 1 van het Besluit, voor beursvennootschappen die alleen buiten de EU/EER zijn genoteerd.

Wij zien benieuwd naar de wijze waarop accountants een "praktische" invulling zullen geven aan hun nieuwe rol bij (de corporate governance verklaring in) het bestuursverslag van beursvennootschappen.

*Mr. S. Rietveld & mr. drs. L. in 't Veld*⁴⁶

43 Een – ander – verschil dat overigens is blijven bestaan tussen de Code en het Besluit heeft betrekking op de in het Besluit opgenomen verplichting dat de mededeling over de naleving van de Code beperkt is tot de principes en bpb's die zijn gericht tot het bestuur en de raad van commissarissen, terwijl de Code uitgaat van verantwoording over ook de overige principes en bpb's.

44 Ook de NBA en de Raad voor de Jaarverslaggeving ("RJ") maken een onderscheid tussen beursvennootschappen waarop het gehele Besluit van toepassing is en die waarop slechts een deel van het besluit van toepassing is. Zie NBA-handreiking, p. 4 en RJ-Uiting 2017-10, p. 6 onder kolom E, te raadplegen via www.rjnet.nl. Zie – in meer algemene zin – over de gevolgen van meervoudige nationaliteit voor de toepassing van ondernemingsrechtelijke voorschriften: A.A. Bootsma, J.B.S. Hijink & L. in 't Veld, 'Multiple corporate citizenship', *Ondernemingsrecht* 2015/120.

45 NBA-handreiking, p. 4. Een vierde type betreft nog de vennootschap die op grond van andere regelgeving of op vrijwillige basis de Code naleeft. Zie ook uitgebreid de tabel in RJ-Uiting 2017-10, p. 4 t/m 6.

46 Sandra Rietveld en Lars in 't Veld zijn verbonden aan een advocatenkantoor te Amsterdam. Daarnaast is Lars promovendus aan het Van der Heijden Instituut, Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, van de Radboud Universiteit.