

Praktijkvraag

Bestuursverslag en fouterstel

A. Dieleman RA¹

1. Inleiding

Dit themanummer van TvJ gaat vooral over fouterstel in de jaarrekening. Minstens zo interessant is de vraag hoe moet worden omgegaan met fouterstel in het bestuursverslag.² Ik beperk me daarbij – naar analogie van fouterstel bij de jaarrekening – tot situaties waarbij het bestuursverslag ‘in ernstige mate tekort schiet in het geven van het getrouwe beeld dat het bestuursverslag moet geven’ (art. 2:391 lid 1 BW). Ik licht toe waarom dit onderwerp naar mijn mening vaktechnisch gezien zo mogelijk nog interessanter is dan het parallelle vraagstuk bij fouten in de jaarrekening:

1. herstel van fouten waarbij de jaarrekening in ernstige mate tekort schiet wordt expliciet geregeld in art. 2:362 lid 6 BW.³ Voor fouten waardoor het bestuursverslag in ernstige mate tekort schiet bevatten Titel 9 van Boek 2 BW en het Besluit inhoud bestuursverslag geen voorschriften;
2. de jaarrekening wordt vastgesteld door de algemene vergadering (art. 2:101 en 210 lid 3 BW). Het bestuursverslag wordt daarentegen niet vastgesteld door de algemene vergadering.
3. de jaarrekening moet worden gedeponereerd bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel⁴, voor het bestuursverslag geldt die verplichting niet. Het mag ten kantore van de rechtspersoon worden gehouden (mits op verzoek tegen kostprijs een exemplaar wordt verstrekt en dit feit bij het handelsregister wordt

gemeld).⁵ Ik merk daarbij op dat de Stuurgroep Publiek Belang van de NBA recent een Green Paper over Organisatiecontinuïteit heeft gepubliceerd, waarin wordt voorgesteld deze optie (om het bestuursverslag ten kantore van de rechtspersoon te houden) te schrappen;

4. in het verlengde daarvan: in de controleverklaring die bij de gepubliceerde jaarrekening wordt gevoegd, wordt (ook) aandacht besteed aan het bestuursverslag, terwijl het bestuursverslag niet aan de gepubliceerde jaarrekening hoeft te zijn toegevoegd (als van de in het vorige punt genoemde vrijstelling gebruik wordt gemaakt);
5. de verantwoordelijkheid van de accountant met betrekking tot het bestuursverslag is wezenlijk anders dan bij de jaarrekening. De jaarrekening wordt voorzien van een controleverklaring waarin de accountant (met een hoge mate van zekerheid) verklaart dat de jaarrekening een getrouw beeld geeft. Met betrekking tot het bestuursverslag is sprake van een beperktere toets.⁶ De accountant gaat na a) of het bestuursverslag in overeenstemming met Titel 9 van Boek 2 BW is opgesteld; b) of het met de jaarrekening verenigbaar is; en c) of het bestuursverslag materiële onjuistheden bevat in het licht van de tijdens de controle van de jaarrekening verkregen kennis en begrip van de rechtspersoon en zijn omgeving.⁷ Naar aanleiding van de aanpassing van art. 2:393 BW en de gewijzigde Standaard 720 van de Nadere Voorschriften Controle en Overige Standaarden (NV COS) geldt met ingang van 2016 een iets uitgebreidere diepgang voor de controle van het bestuursverslag in vergelijking tot de situatie daarvoor, maar het leidt zeker niet tot een hoge mate van zekerheid over het getrouwe beeld dat het bestuursverslag moet geven (art. 2:391 lid 1 BW).⁸

1. Anton Dieleman is directeur vaktechniek bij Mazars en lid van de redactie van Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht.

2. Dit artikel gaat in op rechtspersonen die op grond van art. 2:391 BW verplicht zijn een bestuursverslag op te maken.

3. Ik volsta met een korte toelichting, gegeven andere artikelen in dit themanummer die uitgebreid op dit onderwerp ingaan: Informeren van leden of aandeelhouders, het deponeren van een mededeling bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel en het toevoegen van een accountantsverklaring indien de jaarrekening overeenkomstig art. 2:393 BW is onderzocht.

4. Ik abstraher in dit artikel van de wettelijke vrijstellingsmogelijkheden die Titel 9 van Boek 2 BW biedt.

5. Art. 2:394 lid 4 BW.

6. Art. 2:393 lid 3 BW.

7. Ik verwijs voor de taak van de accountant naar mijn artikel ‘Verantwoordelijkheid accountant voor het bestuursverslag’, in *TvJ* 2018, nr. 2.

8. Zie ook hiervoor de in de vorige voetnoot genoemde bijdrage aan *TvJ*.

Het onder punt 2 genoemde aspect van het vaststellen door de algemene vergadering is ook in het licht van mijn bijdrage aan dit themanummer essentieel. Door het vaststellen van de jaarrekening door de algemene vergadering ontstaat feitelijk *de* (definitieve) jaarrekening van de rechtspersoon. Het is niet toegestaan de jaarrekening daarna te wijzigen.⁹ Dat is de achterliggende reden waarom het fouterstel (indien de jaarrekening in ernstige mate tekort schiet) verloopt langs de route van art. 2:362 lid 6 BW: door het deponeren van een 'aanvullende' mededeling bij het handelsregister. Het deponeren van een nieuwe (gecorrigeerde) jaarrekening is volgens de wettekst niet toegestaan als vervanging van de mededeling (met controleverklaring – de zogenoemde *désaveu*verklaring).

2. Verantwoordelijkheid bestuur

2.1. Algemeen

Titel 9 BW 2 bevat geen procedurele (opmaak) voorschriften voor het bestuursverslag. Voor wat betreft de inhoud van dat bestuursverslag geeft art. 2:391 BW (en hoofdstuk 400 van de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving('RJ')) aanwijzingen met betrekking tot de inhoud van het bestuursverslag. Uit de formulering van art. 2:392 lid 1 BW blijkt dat het bestuursverslag aan de jaarrekening moet worden toegevoegd. Dat het bestuur verantwoordelijk is voor de inhoud van een bestuursverslag volgt allereerst uit de wettelijke bepaling dat het bestuur verantwoordelijk is voor het tijdig ter inzage leggen (art. 101 en 210 lid 1 BW) en voorts omdat het bestuur verantwoordelijk is voor de inhoud omdat het naar derden toe aansprakelijk is indien het bestuursverslag een misleidende voorstelling van zaken geeft (art. 2:139 en 249 BW).

Als blijkt – na vaststelling van de jaarrekening – dat het daaraan toegevoegde bestuursverslag (of het bestuursverslag dat ten kantore van de rechtspersoon wordt gehouden) in ernstige mate tekort schiet, rust dan ook op het bestuur van de rechtspersoon de verantwoordelijkheid actie te ondernemen. Indien voor de algemene vergadering blijkt dat het bestuursverslag in ernstige mate tekort schiet lijkt mij – naar analogie van de procedure met betrekking tot de jaarrekening (art. 2:362 lid 6 BW) – dat aanpassing door het bestuur voor de hand ligt. Te meer omdat dat moment vóór deponering bij het Handelsregister (dan wel beschikbaar stelling bij de rechtspersoon) ligt en het moeilijk is voor te stellen dat dan geen herstel van de fout zou plaatsvinden.

9. Ik abstraheer hierbij van de mogelijkheid dat de Ondernemingskamer naar aanleiding van een jaarrekeningprocedure op grond van art. 2:447 BW kan verplichten de jaarrekening opnieuw op te maken. Overigens geldt deze bevoegdheid van de Ondernemingskamer ook ten aanzien van het bestuursverslag.

Uiteraard zou hiertegen door het bestuur kunnen worden ingebracht dat de herstelroute van art. 2:362 lid 6 BW alleen betrekking heeft op de jaarrekening – en dat Titel 9 van Boek 2 BW verder niets regelt over herstel van het bestuursverslag. Een dergelijke visie strookt niet met de verantwoordelijkheid van het bestuur voor een bestuursverslag dat aan de genoemde regelgeving moet voldoen. Herstel van het onjuiste bestuursverslag is derhalve vereist; hoewel een expliciete wettelijke verplichting ontbreekt.

2.2. Bestuursverslag gedeponerd bij het handelsregister

Als het bestuursverslag bij het handelsregister is gepubliceerd zijn er feitelijk twee mogelijkheden tot herstel:

1. aanpassen van het bestuursverslag waarna het verslag wel aan de eisen van Titel 9 BW 2 en de RJ voldoet; of
2. naar analogie van de herstelprocedure bij de jaarrekening een mededeling deponeren bij het handelsregister waarin het herstel wordt toegelicht.

De tweede optie lijkt mij het meest voor de hand te liggen. Ik onderbouw dat met de volgende argumenten:

- a. het bestuursverslag is zodanig onlosmakelijk met de jaarrekening verbonden dat het aanpassen van het bestuursverslag een nieuw jaarverslag (jaarrekening en bestuursverslag en overige gegevens) betekent. Omdat er al een oorspronkelijke versie van dit jaarverslag is gepubliceerd, kan dit aanleiding geven tot *verwarring*;
- b. het deponeren van een mededeling volgt de procedure die ook bij een jaarrekening die in ernstige mate tekort schiet (o.b.v. art. 2:362 lid 6 BW) wordt gehanteerd;
- c. tot slot kan een bestuursverslag dat in ernstige mate tekort schiet ook worden veroorzaakt door een jaarrekening die in ernstige mate tekort schiet. In dat geval kan de correctie van jaarrekening en bestuursverslag in één mededeling worden geïntegreerd.

Terzijde merk ik op dat de informatieplicht van het bestuur richting leden of aandeelhouders voor een jaarrekening die in ernstige mate tekort schiet, naar mijn mening onverkort moet worden toegepast op het bestuursverslag. Maar ook hier geldt dat een expliciete wettelijke verplichting hiertoe ontbreekt.

2.3. Bestuursverslag niet gedeponerd bij het Handelsregister

Als het bestuursverslag niet is gedeponerd bij het Handelsregister ligt de situatie iets eenvoudiger. In veel gevallen, (zo blijkt uit de praktijk) wordt het bestuursverslag dan nooit opgevraagd. Dat betekent dat alleen sprake is van een versie van het bestuurs-

verslag dat ten kantore van de rechtspersoon wordt gehouden. In die situatie lijkt mij aanpassing van het bestuursverslag zelf het meest voor de hand liggen als herstel van de ernstige tekortkoming. Bovendien zou een afzonderlijke mededeling – als het bestuursverslag nadien wordt opgevraagd – de duidelijkheid naar de gebruiker ook niet bevorderen. Als het bestuursverslag inmiddels wel is opgevraagd of ingezien (in de zin van art. 2:394 lid 4 BW) moet het bestuur overwegen of het de personen of organisaties die het hebben ontvangen actief informeert over de tekortkoming in het bestuursverslag. Omdat het bestuur veelal niet weet om welke reden het bestuursverslag is opgevraagd, zal dit er in de praktijk in veel gevallen toe leiden dat de opvrager wordt geïnformeerd over de onjuistheid in het bestuursverslag.

3. Verantwoordelijkheid accountant

3.1. Algemeen

Een tekortkoming in het bestuursverslag waardoor het inzicht in ernstige mate tekort schiet betekent in ieder geval dat de eerder afgegeven controleverklaring ook onjuist is. Er is immers sprake van een bestuursverslag dat niet aan de eisen van Titel 9 BW en de RJ voldoet.

Terzijde merk ik op dat dit nog niet hoeft te betekenen dat de verklaring ten onrechte is afgegeven. Dit hangt samen met de andere verantwoordelijkheid die de controlerend accountant heeft voor het bestuursverslag ten opzichte van de controle van de jaarrekening (en dus andere werkzaamheden vereist) en de vraag of de accountant bij de controle van de jaarrekening redelijkerwijs over de informatie kon beschikken om vast te stellen dat het bestuursverslag tekort schoot. Ik laat dat aspect verder buiten beschouwing.

Op basis van art. 9 van de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants ('VGBA') vraagt een in ernstige mate tekort schietend bestuursverslag actie van de accountant. Genoemd artikel luidt:

1. *Indien de accountant betrokken is bij of in verband wordt gebracht met informatie die materieel onjuist, onvolledig of misleidend is:*
 - a. *neemt hij een maatregel gericht op het wegnemen van de onjuistheid, onvolledigheid of misleiding; of*
 - b. *voegt de accountant aan deze informatie een mededeling toe waarin hij de onjuistheid, onvolledigheid of misleiding aan de beoogde gebruikers van de informatie kenbaar maakt.*
2. *Indien de maatregel of mededeling, bedoeld in het eerste lid, niet mogelijk is distantieert de accountant zich van deze informatie.*

De actie die de accountant neemt hangt vervolgens af van de wijze waarop het bestuur van de rechtspersoon omgaat met het bestuursverslag dat in ernstige mate tekort schiet.

3.2. Bestuur corrigeert bestuursverslag

Als het bestuur het bestuursverslag corrigeert op één van de hiervoor beschreven wijzen, dan leidt de reparatie ertoe dat de tekst van de controleverklaring (achteraf) op dat moment correct is (of beter gezegd 'wordt'). Maar de oorspronkelijke verklaring blijft anderzijds onjuist omdat deze is toegevoegd aan de jaarrekening waarbij een bestuursverslag is opgenomen dat (achteraf gezien) in ernstige mate tekort schiet.

Alsdan rijst de vraag of de accountant aan een dergelijke mededeling, naar analogie van de mededeling bij een jaarrekening die in ernstige mate tekort schiet, ook een verklaring toevoegt. Titel 9 van Boek 2 BW vereist dat niet omdat regels voor fouterstel van het bestuursverslag daarin ontbreken. Voor de duidelijkheid naar de gebruiker is het mijns inziens wel wenselijk om op identieke wijze te handelen. En gebruikers hebben tot slot – op grond van de verantwoordelijkheid die de accountant heeft met betrekking tot het bestuursverslag – recht op een oordeel van de accountant. Dat het (na correctie van het bestuursverslag) betekent dat de oorspronkelijke controleverklaring (achteraf gezien) alsnog juist is, repareert de controleverklaring die bij de oorspronkelijke jaarrekening en het bestuursverslag is afgegeven niet.

De accountant zal het bestuur er ook op wijzen dat een dergelijke verklaring bij de informatie wordt gevoegd die aan leden of aandeelhouders wordt verstrekt. Zij hebben immers in eerste instantie ook kennis genomen van een onjuiste controleverklaring.

Als het bestuursverslag niet bij het handelsregister is gedeponeerd is uiteraard het aanvullend deponeren van een mededeling met controleverklaring niet nodig.

3.3. Bestuur weigert bestuursverslag te corrigeren

Complexer wordt het voor de controlerend accountant als het bestuur weigert het bestuursverslag te corrigeren. Mogelijk gebeurt dat met een beroep op de wettekst van Titel 9 van Boek 2 BW die – in tegenstelling tot de procedure bij een ernstige tekortkoming in de jaarrekening – geen (expliciet) herstel van het bestuursverslag vereist. Alsdan wordt art. 9 VGBA relevant, omdat de accountant een verklaring heeft verstrekt die (mede) betrekking heeft op een bestuursverslag dat onvolledig, onjuist of misleidend is. Daarbij komt bestuurdersaansprakelijkheid om de hoek komt kijken bij een misleidend bestuursverslag (art. 2:139 en 249 BW).

De accountant zal het bestuur van de rechtspersoon derhalve verzoeken om het bestuursverslag te corrigeren (of een mededeling te deponeren). Weigert het bestuur om dat te doen, dan is het ultimatum medium van de accountant dat hij zijn eerder afgegeven controleverklaring van onwaarde verklaart. De aankondiging van deze voorgenomen actie en de hiervoor genoemde bestuurdersaansprakelijkheid zullen een in eerste instantie weigerachtig be-

stuur hopelijk ertoe brengen dat correctie van het bestuursverslag (of deponeren van de mededeling) alsnog plaatsvindt.