

De (toekomst) bestendigheid van de toekomstbestendighedsparagraaf

prof. mr. J.B.S. Hijink en mr. drs. L. in 't Veld¹

1. Inleiding

Op 25 september 2014 – ook wel aangeduid als *Freaky Thursday* voor het accountantsberoep² – publiceerde de Werkgroep toekomst accountantsberoep ('Werkgroep') het rapport 'In het publiek belang' ('In het publiek belang').³ In dat rapport werden maar liefst 53 maatregelen voorgesteld die uiteindelijk zouden moeten leiden tot een verbetering van de kwaliteit en onafhankelijkheid van de door externe accountants uitgevoerde wettelijke controles. Een van de door de Werkgroep voorgestelde maatregelen, gericht op het tegemoetkomen aan de kennelijke behoeften van de gebruikers van financiële verslaggeving, was het invoeren van uitgebreide(re) voorschriften met betrekking tot de verslaggeving over continuïteit (srisico's) van controleplichtige rechtspersonen.⁴

In de in december 2018 gepubliceerde White paper Continuïteit ('White paper') stelt de door de NBA ingestelde Stuurgroep Publiek Belang ('Stuurgroep') onder andere voor controleplichtige rechtspersonen te verplichten een toekomstbestendighedsparagraaf in het bestuursverslag te laten opnemen en deze door de accountant te laten beoordelen of controleren.⁵ In de toekomstbestendighedsparagraaf

zou het bestuur van de rechtspersoon verslag moeten doen van de verwachting of de met de rechtspersoon verbonden onderneming in staat is het geheel der werkzaamheden op korte en lange termijn voort te zetten.⁶ Daarnaast stelt de Stuurgroep voor om de mogelijkheid om het bestuursverslag ten kantore van de rechtspersoon ter inzage te houden, voor deze rechtspersonen te laten vervallen.⁷

In deze bijdrage staan wij stil bij het voorstel van de Stuurgroep om het bestuur van controleplichtige rechtspersonen te verplichten een zogenoemde toekomstbestendighedsparagraaf in het bestuursverslag te laten opnemen. Daartoe bespreken wij in par. 3 de achtergrond en inhoud van dat voorstel. Vervolgens vergelijken wij, in par. 4, het voorstel met de verplichting voor beursvennootschappen om een zogenoemde 'in control'-verklaring in het bestuursverslag op te nemen. In par. 5 staan wij stil bij de rol van de externe accountant bij het onderzoek van deze informatie in het bestuursverslag, om vervolgens in par. 6 de wijze waarop de Stuurgroep de verplichting tot het opnemen van een toekomstbestendighedsparagraaf wettelijk wenst te verankeren, te bespreken. Wij besluiten deze bijdrage ten slotte in par. 7 door stil te staan bij de (toekomst)bestendigheid van het door de Stuurgroep gedane voorstel zelf.

Daaraan voorafgaand vangen wij deze bijdrage in par. 2 aan met enkele beschouwingen bij de niet door de Stuurgroep gestelde, doch wat ons betreft fundamentele voorvraag wat het belang en de waarde (nog) is van de huidige vorm van financiële verslaggeving – waaronder de jaarrekening, het bestuursverslag en de daarbij afgegeven controleverklaring – voor haar gebruikers in een maatschappij die in toenemende mate aan (steeds snellere) veranderingen onderhevig is.

-
1. Steven Hijink en Lars in 't Veld zijn werkzaam bij Stibbe en verbonden aan het Van der Heijden Instituut, Onderzoekscentrum Onderneming & Recht van Radboud Universiteit Nijmegen. Lars is tevens coördinerend redacteur van dit tijdschrift.
 2. Zie J.B.S. Hijink, 'Freaky Thursday' voor accountants – veranderingen in de wet- en regelgeving voor de accountantsector aangekondigd', *Ondernemingsrecht* 2014/139.
 3. Het rapport 'In het publiek belang' is beschikbaar via www.nba.nl.
 4. In het publiek belang, maatregel 7.4.
 5. White paper, p. 13. Zie voor een (kritische) bespreking van de voorstellen in de White paper de bijdrage van Krol in deze aflevering van dit tijdschrift. Zie voorts (kritisch): J.B. Huizink, 'White paper continuïteit', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2019/2 (hierna: Huizink 2019). De inhoud van de White paper is gebaseerd op de eerder ter consultatie voorgelegde Green paper Organisatiecontinuïteit ('Green paper') en de tijdens

de consultatieperiode ontvangen reacties op de in de Green paper gedane voorstellen.

6. White paper, p. 15 e.v. Vgl. art. 2:384 lid 3 BW.
7. Art. 2:394 lid 4 BW. Zie voor een bespreking van dat voorstel de bijdrage van Vergoossen in deze aflevering van dit tijdschrift.

2. De niet-gestelde, fundamentele voorvraag: wat is (nog) het belang van financiële verslaggeving in het licht van (de beoordeling van) de toekomstbestendigheid van ondernemingen?

In 2016 publiceerden Lev en Gu een zeer lezenswaardig boek met als titel *'The End of Accounting and The Path Forward for Investors and Managers'*.⁸ Dat boek bevat de resultaten van een door hen uitgevoerde studie naar – de toegevoegde waarde van – de wijze waarop bestuurders thans financieel verslag (behoren te) doen van de prestaties van door hen geleide ondernemingen. Een van de door Lev en Gu – enigszins provocerend – geponeerde stellingen is dat een groot deel van de (beoogde) gebruikers van de financiële verslaggeving, zoals beleggers en investeerders, zich bij het maken van (economische) beslissingen in steeds mindere mate baseert op de thans in de financiële verslaggeving opgenomen gegevens.⁹ Deze en andere door Lev en Gu geponeerde stellingen – en de ter ondersteuning voor die stellingen aangedragen argumenten en aanwijzingen – werpen de vraag op of de huidige vorm van (financiële) verslaggeving (nog) wel kan voldoen aan de functie en doelstellingen die het eigenlijk heeft.¹⁰

Om tot het antwoord op die vraag te komen, blikken Lev en Gu onder meer terug op de wijze waarop gedurende de afgelopen eeuw de financiële verslaggeving van ondernemingen is ontwikkeld. Zij komen tot de conclusie dat ondanks alle (technologische) ontwikkelingen die zich in die periode hebben voorgedaan, de vorm en structuur van de wijze waarop door ondernemingen financieel verslag wordt gedaan van hun prestaties nauwelijks is gewijzigd.¹¹ Hoewel de termijnen voor openbaarmaking zijn verkort, de omvang van de informatieverschaffing is toegenomen en de jaarrekening als onderdeel van de financiële verslaggeving is vergezeld geraakt van een bestuursverslag en meer uitvoerige toelichtingen op individuele posten, blijft het vertrekpunt van – voorschriften ten aanzien van – de financiële verslaggeving nog altijd de (fi-

nanciële) gegevens zoals opgenomen in de balans en winst- en verliesrekening.¹²

Tegelijkertijd leven we vandaag de dag in een wereld waarin bedrijfsmodellen in toenemende mate aan verandering onderhevig zijn en de waarde – of toekomstbestendigheid – van (het bedrijfsmodel van) een onderneming in steeds groter worden de mate wordt bepaald door naar hun aard lastig (financieel) te waarderen immateriële activa en groeiperspectieven.¹³ Ook de relevantie van in het verleden gerealiseerde winsten lijkt aan belang te hebben ingeboet ten bate van (de inschatting van) de potentiële winstgevendheid van bedrijfsmodellen.¹⁴

Daar komt nog bij dat – mede vanwege de snel transformerende, disruptieve wereld waarin wij thans leven – sprake blijkt te zijn van een afname van de levensduur van bedrijfsmodellen,¹⁵ een en ander mede als gevolg van de technologische ontwikkeling die momenteel wordt doorgemaakt en de opkomst van *artificial intelligence*.¹⁶ Ook in dat opzicht is (niet-financiële) informatieverschaffing over de toekomstbestendigheid van het bedrijfsmodel van de onderneming van belang.¹⁷ Daarbij past ook de toenemende aandacht voor duurzaamheidsverslaggeving, die op onlosmakelijke wijze verband houdt met verslaggeving over toekomstbestendigheid van de onderneming.¹⁸ Dat het huidige kader aan financiële verslaggevingsvoorschriften thans nog niet in staat lijkt te zijn ook die aspecten van de bedrijfsvoering in de financiële verslaggeving tot uitdrukking te laten komen, toont onzes inziens te meer aan dat met de huidige vorm van financiële verslaggeving niet lijkt te kunnen worden voldaan aan de verscheidenheid aan – al dan niet bekende –

8. B. Lev & F. Gu, *The End of Accounting and The Path Forward for Investors and Managers*, Hoboken, New Jersey: John Wiley & Sons, Inc. 2016 (hierna: Lev & Gu 2016).

9. Lev & Gu 2016, p. xiv.

10. Zie over de doelstellingen en functies van publicatieverplichtingen, waaronder de verplichting tot openbaarmaking van de financiële verslaggeving, o.a. J.B.S. Hijink, *Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2010, p. 107-130, met de aldaar opgenomen verdere verwijzingen. Vgl. A.J. Brouwer, 'Organisatiecontinuïteit en de jaarrekening', *Ondernemingsrecht* 2019/38 (hierna: Brouwer 2019), p. 215: 'De jaarrekening is voor veel stakeholders een belangrijke basis om te beoordelen hoe de organisatie er financieel voorstaat en dus om te beoordelen hoe groot het risico op discontinuïteit is.'

11. Lev & Gu 2016, p. 8.

12. Illustratief daarvoor is de in Lev & Gu 2016, p. 2-3 en p. 9 e.v. (Appendix 1.1), opgenomen vergelijking van de financiële verslaggeving van United States Steel Corporation over de boekjaren 1902 en 2012.

13. Zie Lev & Gu 2016, p. 80 e.v. Zie in gelijke zin Brouwer 2019, p. 216-217.

14. Zie o.a. *Het Financieele Dagblad* van 30 oktober 2018 ('Ook zonder winst welkom op de beurs'). Zie in gelijke zin Lev & Gu 2016, p. 15 e.v., 29 e.v.; Brouwer 2019, p. 216-217.

15. Zie o.a. *Het Financieele Dagblad* van 9 december 2018 ('Overleven op de beurs'), met verwijzing naar het rapport '2018 Corporate Longevity Forecast: Creative Destruction is Accelerating' van Innosight van februari 2018, beschikbaar via www.innosight.com.

16. Zie o.a. J.B.S. Hijink, 'De invloed van financiële toezichthouders op intern toezicht: over dynamiek in de praktijk en de robo-commissaris', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Toezicht. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op 10 en 11 november 2017 (Serie vanwege het van der Heijden Instituut, nr. 151)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018; J.B.S. Hijink, 'Robots in de boardroom', *Ondernemingsrecht* 2019/3.

17. Zie in gelijke zin Brouwer 2019, p. 217 e.v.

18. Zie o.a. J.B.S. Hijink & L. in 't Veld, 'Sustainability reporting', in: Beekhoven van den Boezem, Jansen & Schuijling (red.), *Sustainability and Financial Markets (Serie Law of Business and Finance, Vol. 17)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

behoeften van de beoogde gebruikers van de financiële verslaggeving.

De fundamentele voorvraag, die uit het voorgaande voortvloeit, of de financiële verslaggeving in haar huidige vorm en de rol van de externe accountant daarbij (nog) wel voldoende aansluiten op de behoeften van haar gebruikers, is in de White paper buiten beschouwing gebleven. Hoewel die benadering op zichzelf alleszins begrijpelijk is – het betreft een fundamentele vraag waarop het antwoord simpelweg niet eenvoudig, binnen een kort tijdsbestek, te geven is – leidt die keuze er wel toe dat de door de Stuurgroep gedane voorstellen impliciet veronderstellen dat het huidige kader van financiële verslaggeving en de rol van de externe accountant daarbij nog voldoende ruimte bieden om aan de behoeften van haar gebruikers tegemoet te komen en geen fundamentele aanpassingen behoeven. Het gevolg is echter ook dat de discussie over de door de Stuurgroep gedane voorstellen – waaronder de kritiek daarop – is versmald.

In de volgende paragrafen zullen wij ons concentreren op de toekomstbestendigheid van de toekomstbestendighedsparagraaf in de vorm zoals deze door de Stuurgroep is voorgesteld en de fundamentele voorvraag laten rusten. Dat laat echter onverlet dat die vraag – de vraag of de wijze waarop ondernemingen in hun financiële verslaggeving thans informatie (kunnen) verschaffen over duurzaamheid en de toekomstbestendigheid van de onderneming en de rol die de accountant daarbij heeft, nog voldoende kan voorzien in de behoeften van de bij de onderneming betrokkenen – een veel relevantere is. Lev en Gu plaatsen daar – onzes inziens terecht – enkele vraagtekens bij. Als mogelijke oplossingsrichtingen voor relevantere wijze van informatieverschaffing door ondernemingen zou onder meer kunnen worden gedacht aan het op (meer) continue – in plaats van periodieke – basis verslag doen van de toekomstbestendighedsrisico's en -kansen van de onderneming of door ondernemingen in toenemende mate niet-financiële, op de toekomst gerichte informatie over de onderneming te laten verschaffen.¹⁹ Wij zullen in een nog te verschijnen bijdrage nader terugkomen op deze fundamentele voorvraag en mogelijke oplossingsrichtingen.

3. Aanloop naar, en achtergrond bij, het voorstel voor een toekomstbestendighedsparagraaf

Op *Freaky Thursday* werden drie voor het accountantsberoep van belang zijnde rapporten openbaar gemaakt. Een daarvan was het rapport 'In het publiek belang', waarin de Werkgroep naar aanleiding van de aangenomen motie van Tweede Kamerlid Nijboer²⁰ voorstellen heeft gedaan om de kwaliteit en onafhankelijkheid van de door externe accoun-

tants uit te voeren wettelijke controles (beter) te waarborgen.²¹ Een deel van de door de Werkgroep gedane maatregelen was gericht op het verbeteren van de relevantie van de wettelijke controle door enerzijds het bestuur van controleplichtige rechtspersonen uitgebreider te laten rapporteren over risico's met betrekking tot de continuïteit van de met de rechtspersoon verbonden onderneming en anderzijds de rol van de externe accountant bij (de controle van) dat onderdeel van de verslaggeving te verduidelijken.

De aanleiding voor deze voorstellen was mede gelegen in de constatering van de Werkgroep dat er in het maatschappelijk verkeer, althans binnen bepaalde maatschappelijke geledingen, kennelijk hogere verwachtingen bestaan met betrekking tot de rol van de accountant aangaande het waarschuwen voor, of zelfs het voorspellen van, mogelijke discontinuïteit van de rechtspersoon en de met hem verbonden onderneming dan onder de thans toepasselijke wet- en regelgeving van de accountant verwacht wordt.²² De Werkgroep merkte daarover op:

*'Kritiek op het functioneren van accountants heeft zich de afgelopen jaren vaak gericht op het onvermogen van accountants om faillissementen te voorspellen en fraudes te ontdekken. Het is naar de mening van de werkgroep van belang dat accountants duidelijker en explicieter rapporteren en een realistisch beeld scheppen over hun rol op deze gebieden. (...) De rol van de controlerend accountant bij relevante delen van het directieverslag moet worden verduidelijkt, met name ten aanzien van risicomanagement, strategie executie, governance en continuïteit.'*²³

In het rapport 'In het publiek belang' merkte de Werkgroep ten aanzien van het zogenoemde continuïteitsvraagstuk op:

21. Daarnaast publiceerde de AFM die dag een (kritisch) rapport met de uitkomsten van haar onderzoek naar de kwaliteit van wettelijke controles door de vier grootste accountantsorganisaties ('Uitkomsten onderzoek kwaliteit wettelijke controles Big 4-accountantsorganisaties'), beschikbaar via www.afm.nl. Bovendien publiceerde een onderzoeksteam van de Erasmus Universiteit Rotterdam, waarvan wij deel uitmaakten, de uitkomsten van de evaluatie van de Wet toezicht accountantsorganisaties ('Wta') (zie E.V.A. Eijkelenboom & J.B.S. Hijink (red.), *Bouwen aan vertrouwen. Evaluatie van de Wet toezicht accountantsorganisaties ('Wta') (ICFG deel 1)*, Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2014).

22. In het publiek belang, p. 56-57. Men pleegt in dat verband, maar bijvoorbeeld ook in verband met de rol van de accountant bij (het ontdekken van) fraude, te spreken van het bestaan van een verwachtingskloof. Hierover o.a. K.H. Boonzaaijer, E.V.A. Eijkelenboom & L. in 't Veld, 'Draagt nieuwe wetgeving voor accountants(organisaties) bij aan het dichten van de verwachtingskloof', *Ondernemingsrecht* 2016/56.

23. In het publiek belang, p. 12.

19. Zie voorts Lev & Gu 2016, p. 213 e.v.; Brouwer 2019, p. 219 e.v.

20. *Kamerstukken II* 2013/14, 32681, 9.

‘Ten aanzien van de continuïteit is een cruciale vraag wat de toegevoegde waarde is van de accountant bij het beoordelen van de levensvatbaarheid van een onderneming.’²⁴

Volgens de Werkgroep zou de toegevoegde waarde van de externe accountant bij het continuïteitsvraagstuk met name zijn gelegen in, en zou zijn of haar rol dus met name gericht moeten zijn op, de informatie en inzichten die hij of zij, vanuit zijn of haar specifieke ervaring en expertise, verkrijgt bij de uitvoering van de wettelijke controle. Ten aanzien van de vraag wat de accountant vervolgens met de in dat kader verkregen informatie en inzichten moet doen, schetst de Werkgroep twee mogelijke benaderingen. De eerste benadering gaat uit van een model waarin de externe accountant slechts in uitzonderlijke gevallen rapporteert over continuïteitsrisico's, zodat een specifiek signaal kan worden afgegeven indien de continuïteit van de onderneming gevaar zou lopen. De Werkgroep zag echter als grootste nadeel van die benadering dat het uitgaat van een nogal arbitraire en digitale grens tussen het ontbreken en het bestaan van continuïteitsrisico's. De andere door de Werkgroep overwogen benadering gaat uit van een model waarin de externe accountant als standaardonderdeel van de door hem of haar af te geven controleverklaring over (risico's omtrent) het voortbestaan van de onderneming rapporteert. Hoewel die benadering volgens de Werkgroep meer recht zou doen aan de specifieke omstandigheden en de complexiteit die zich bij de beoordeling van het continuïteitsvraagstuk zouden kunnen voordoen, zou deze benadering als risico met zich dragen dat de door de externe accountant in de verklaring gebruikte passages al snel zullen verworden tot standaardteksten zonder informatiewaarde (*boiler plate language*).²⁵ De Werkgroep stelde met het oog op het voorgaande daarom een derde benadering voor:

‘De werkgroep meent dat het uitgaande van deze gebruikersbehoefte en gezien de plaats van de accountant binnen de totale governance gepast zou zijn als de onderneming zelf in haar jaarrekening of jaarverslag verplicht wordt om een genuanceerde analyse op te nemen van haar continuïteitsrisico's. (...) Indien deze situatie wordt bereikt, kan de accountant in zijn controleverklaring, of een afzonderlijke beoordelingsverklaring, een expliciet oordeel geven over deze analyse. In dit model is de verhouding tussen de onderneming en de accountant zoals deze hoort te zijn: de onderneming legt verantwoording af en de accountant geeft daar een oordeel bij.’

Tijdens een naar aanleiding van *Freaky Thursday* gehouden algemeen overleg heeft toenmalig minis-

ter Dijsselbloem, op verzoek van Tweede Kamerlid Nijboer en mede als reactie op de hierboven beschreven voorstellen van de Werkgroep, toegezegd de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de organen van de gecontroleerde rechtspersoon en de externe accountant nadrukkelijker in de wet te definiëren en dat niet langer alleen ‘over de band van de accountant’ te doen.²⁶ De NBA heeft vervolgens de door de minister toegeworpen handschoen opgenomen door een consultatie te houden over de rol van de externe accountant bij het bestuursverslag.²⁷ Op basis van de tijdens de consultatieperiode ontvangen reacties heeft de NBA zich in een position paper op het standpunt gesteld dat de verantwoordelijkheid voor de continuïteit van de onderneming bij het bestuur van de gecontroleerde onderneming behoort, de inhoud van de verslaggeving ten aanzien van continuïteit(risico's) moet tegemoetkomen aan de informatiebehoeften van de gebruikers van die verslaggeving en de externe accountant zich een oordeel moet kunnen vormen van de juistheid en volledigheid van de in de verslaggeving opgenomen continuïteitsanalyse.²⁸

Een en ander heeft ertoe geleid dat de Stuurgroep bij de voorbereidingen van het opstellen van de White paper aanleiding heeft gezien het continuïteitsvraagstuk te selecteren als een van de maatschappelijk relevante thema's ten aanzien waarvan een actieve(re) en beter zichtbare bijdrage van de accountant is vereist om te komen tot het door de accountantsberoepsgroep beoogde vertrouwensherstel.²⁹ Volgens de Stuurgroep zou het onwenselijk zijn dat het onder de huidige verslaggevingsvoorschriften alleen verplicht is in de verslaggeving bij het continuïteitsvraagstuk stil te staan indien het uitgangspunt dat het geheel der werkzaamheden van de met de rechtspersoon verbonden onderneming kan worden voortgezet, onjuist of haar juistheid aan gerede twijfel onderhevig is.³⁰ De Stuurgroep acht het verder onwenselijk dat de externe accountant zich in het kader van wettelijke controle beperkt tot, kort gezegd, een beoordeling van de wijze waarop het bestuur van de gecontroleerde onderneming met de continuïteitsveronderstelling in de verslaggeving is omgegaan en of sprake is van een onzekerheid van materieel

26. Kamerstukken II 2014/15, 33977, 5, p. 18.

27. Zie het Consultatiedocument van de NBA van 13 november 2015 ('De accountant en het bestuursverslag. Verder kijken dan de jaarrekening'), te raadplegen via www.nba.nl, alsmede de uitkomsten van de consultatie, gepubliceerd op 9 februari 2016, eveneens beschikbaar via www.nba.nl.

28. Zie de position paper van de NBA van 22 juni 2016 ('Een relevant en betrouwbaar bestuursverslag'), beschikbaar via www.nba.nl. Bovendien kondigt de NBA in de position paper aan te streven naar een oordeel over het bestuursverslag van beursgenoteerde ondernemingen.

29. Zie p. 7 van de Veranderagenda Audit van juni 2017, beschikbaar via www.nba.nl.

30. White paper, p. 12. Vgl. art. 2:384 lid 3 BW en Richtlijn 170 van de Raad voor de Jaarverslaggeving ('RJ').

24. In het publiek belang, p. 58.

25. In het publiek belang, p. 59.

belang over de vraag of de continuïteit van de met de rechtspersoon verbonden onderneming gewaarborgd blijft.³¹ Kortom, volgens de Stuurgroep zou de thans toepasselijke wet- en regelgeving de lat (te) hoog leggen voor situaties waarin het bestuur van de rechtspersoon respectievelijk de externe accountant verplicht zouden zijn zich uit te laten over de continuïteitsrisico's van de gecontroleerde rechtspersoon.³² Het voorgaande zou er volgens de Stuurgroep onder meer toe hebben geleid dat in de praktijk grote terughoudendheid bij het bestuur en de externe accountant bestaat om in de financiële verslaggeving respectievelijk de controleverklaring bij het continuïteitsvraagstuk stil te staan door te wijzen op eventuele continuïteitsrisico's of onzekerheden.³³ Aandacht voor het continuïteitsvraagstuk zou immers al snel verworden tot *self fulfilling prophecy*.³⁴

De Stuurgroep stelt daarom voor in art. 2:391 BW op te nemen dat het bestuur van controleplichtige rechtspersonen een zogenoemde toekomstbestendigheidspaaragraaf in het bestuursverslag moet opnemen. Het voorgestelde aan art. 2:391 BW toe te voegen artikellid, waarvan de formulering voor verbetering vatbaar is, zou volgens de Stuurgroep als volgt moeten luiden:

*'In het bestuursverslag worden mededelingen gedaan omtrent de toekomstbestendigheid; daarbij wordt zowel aandacht besteed aan de korte termijn (de periode van 12 maanden na opstelling van het verslag) als aan de langere termijn. Mededelingen worden gedaan omtrent de onderkende risico's en onzekerheden alsmede de voorgenomen en getroffen maatregelen ter beheersing van deze risico's en onzekerheden, gericht op het kunnen voldoen aan de verplichtingen op de korte termijn. Het bestuur stelt kwantitatieve ramingen op ter onderbouwing van de mededelingen voor de korte termijn. De ramingen bevatten tenminste de winst- en verliesrekening en het kasstroomoverzicht. De toelichting op de ramingen bevat de gehanteerde veronderstellingen en onderkende onzekerheden bij de totstandkoming van de ramingen. Deze ramingen mogen worden opgenomen in het bestuursverslag. Daarnaast worden mededelingen gedaan omtrent de waardecreatie op langere termijn. De keuze van de gekozen periode voor de gehanteerde langere termijn wordt toegelicht.'*³⁵

Daarbij is van belang dat de Stuurgroep onderscheid maakt tussen toekomstbestendigheid van

de onderneming op de korte termijn tot 12 maanden na het opmaken van het bestuursverslag³⁶ en toekomstbestendigheid van de onderneming gedurende een door het bestuur van de rechtspersoon te kiezen lange(re) termijn.³⁷

4. De 'in control'-verklaring voor beursvennootschappen

Blijkens de White paper bestaan er enkele parallellen tussen de door de Stuurgroep voorgestelde toekomstbestendigheidspaaragraaf en het streven naar langetermijnwaardcreatie waarop de Code zich richt.³⁸ Zo is in de Code bepaald dat het bestuur onder meer dient te verklaren dat in het bestuursverslag de materiële risico's en onzekerheden zijn vermeld die relevant zijn met het oog op het voortbestaan van de met de beursvennootschap verbonden onderneming voor een periode tot twaalf maanden na het opmaken van het bestuursverslag.³⁹

In 2016 heeft de vorige Monitoring Commissie Corporate Governance Code, onder voorzitterschap van Van Manen ('commissie-Van Manen'), de Code herzien. Een van de door de commissie-Van Manen doorgevoerde hervormingen in de herziene Code is dat het bestuur zich dient te richten naar de continuïteit en langetermijnwaardcreatie van de met de beursvennootschap verbonden onderneming.⁴⁰ Het bestuur dient daartoe onder meer in het bestuursverslag een beschrijving op te nemen van de voornaamste risico's waarvoor de beursvennootschap zich ziet geplaatst.⁴¹ Bovendien dient het bestuur in het bestuursverslag te verklaren dat het naar de huidige stand van zaken gerechtvaardigd is dat de verslaggeving is opgesteld op basis van de continuïteitsveronderstelling en in het bestuursverslag de materiële risico's en onzekerheden zijn vermeld die relevant zijn voor de verwachting van het bestuur ten aanzien van de continuïteit van de vennootschap voor een periode van twaalf maanden na opstelling van het verslag.⁴²

De in de Code opgenomen best practice bepaling die strekt tot het afleggen van de zogenoemde 'in control'-verklaring heeft sinds haar introductie in de Code Tabaksblad van 2003 een ware transformatie ondergaan. Zo kon het bestuur van de beursvennootschap onder de Veertig Aanbevelingen van de commissie-Peters⁴³ nog volstaan door in het bestuursverslag een beschrijving op te nemen van de aan het behalen van de doelstellingen en de

31. White paper, p. 11. Vgl. Standaard 570 van de Nadere voorschriften controle- en overige standaarden ('NV COS'). Zie voorts de bijdrage van Dieleman aan deze aflevering van dit tijdschrift.

32. White paper, p. 12.

33. White paper, p. 12.

34. White paper, p. 12.

35. White paper, p. 15.

36. In het aanvankelijke Green paper werd overigens nog uitgegaan van een periode van 2 jaren na afloop van het boekjaar. Vgl. White paper, p. 7; Green paper, p. 15.

37. White paper, p. 16.

38. White paper, p. 4, 23.

39. Best practice bepaling 1.4.3 van de Code.

40. Principe 1.1 Code.

41. Best practice bepaling 1.4.2 Code.

42. Best practice bepaling 1.4.3 Code.

43. De Veertig aanbevelingen van de commissie-Peters uit 1997 zijn beschikbaar via www.mccg.nl.

strategie van de onderneming verbonden risico's.⁴⁴ De Code Tabaksblad introduceerde vervolgens een best practice bepaling op basis waarvan het bestuur, in navolging van Amerikaanse wetgeving op dat terrein⁴⁵, zou moeten verklaren dat de interne risicobeheersings- en controlesystemen *adequaat en effectief* zijn.⁴⁶ Dat deze betrekkelijk algemeen geformuleerde 'in control'-verklaring van de Code Tabaksblad behoorde tot een van de meest uitgelegde en niet-nageleefde bepalingen gaf de toenmalige Monitoring Commissie Corporate Governance Code ('commissie-Frijns') aanleiding om door middel van een aanbeveling te verduidelijken dat aan de verplichting tot het afleggen van de 'in control'-verklaring ook al is voldaan indien het bestuur verklaart dat de risicobeheersings- en controlesystemen een *redelijke mate van zekerheid* geven dat de verslaggeving *geen onjuistheden van materieel belang* bevat, de risicobeheersings- en controlesystemen in het afgelopen boekjaar naar behoren hebben gewerkt en de verwachting is dat deze systemen ook in het lopende boekjaar naar behoren zullen werken.⁴⁷ Hoewel de mate van naleving van deze beste practice bepaling uit de Code Tabaksblad door de aanpassing van de commissie-Frijns aanzienlijk verbeterde, bleek dat het afleggen van het zogenoemde *forward looking statement* ten aanzien van de werking van de risicobeheersing- en controlesystemen voor het lopende boekjaar toch nog door veel beursvennootschappen werd vermeden.⁴⁸

In de vervolgens op basis van de door commissie-Frijns herziene Code af te leggen 'in control'-verklaring kon worden volstaan met een verklaring dat de financiële verslaggeving geen onjuistheden van materieel belang bevat en dat de risicobeheersings- en controlesystemen in het verslagjaar naar behoren hebben gewerkt.⁴⁹ Het *forward looking statement* maakte, in tegenstelling tot de door de commissie-Frijns opgestelde conceptversie van de Code, niet langer onderdeel uit van de 'in control'-verklaring die door het bestuur van de beursvennootschap moest worden afgelegd.⁵⁰

Ook gedurende de daaropvolgende herziening van de Code door de commissie-Van Manen is de formulering van de 'in control'-verklaring een van de onderwerpen van debat geweest. Door de commissie-Van Manen is toen voorgesteld de 'in control'-verklaring te verbreden van alleen financiële verslaggevingsrisico's naar ook andersoortige,

niet-financiële risico's.⁵¹ Bovendien is voorgesteld een *forward looking statement* aan de 'in control'-verklaring toe te voegen waarin het bestuur verklaart dat de continuïteit van de met de beursvennootschap verbonden onderneming voor de komende twaalf maanden is gewaarborgd. Deze door de commissie-Van Manen gedane voorstellen ontvingen veel kritiek, hetgeen er onder meer toe heeft geleid dat de commissie-Van Manen de *forward looking statement* in de Code heeft beperkt tot een verklaring van het bestuur dat het op het moment van het opmaken van het bestuursverslag gerechtvaardigd is dat de verslaggeving is opgemaakt op basis van de continuïteitsveronderstelling.⁵²

Blijkens de White paper beschouwt de Stuurgroep het opnemen van het *forward looking statement* in de door commissie-Van Manen herziene Code als een positieve ontwikkeling.⁵³ Toch merkt de Stuurgroep op bewust te kiezen voor het doen van een voorstel voor een toekomstbestendigheidsparaagraaf dat niet alleen inhoudelijk verdergaat dan het *forward looking statement* van de Code, maar ook een breder toepassingsbereik kent dan de in best practice bepaling 1.4.3 van de Code voorgeschreven 'in control'-verklaring. Volgens de Stuurgroep is het belang en de relevantie van het continuïteitsvraagstuk namelijk niet beperkt tot de beursvennootschappen waarop de Code zich richt.⁵⁴

5. De rol van de externe accountant bij (de voorgestelde toekomstbestendigheidsparaagraaf en de 'in control'-verklaring in) het bestuursverslag

Tot de omzetting van Richtlijn 2013/34/EU ('Jaarrekeningenrichtlijn') was in art. 2:393 lid 3 BW bepaald dat de met de controle van de jaarrekening belaste accountant behoorde na te gaan of het bestuursverslag, voor zover dat zou kunnen worden beoordeeld, overeenkomstig de daaraan te stellen eisen is opgesteld en met de jaarrekening verenigbaar is.⁵⁵ Met de implementatie van de Jaarrekeningenrichtlijn in Nederlandse wetgeving is de rol van de accountant bij het bestuursverslag zodanig gewijzigd dat de accountant sindsdien ook moet nagaan of het bestuursverslag vrij is van materiele onjuistheden.⁵⁶ Met de wettelijke verankering

44. Aanbeveling 21 van de commissie-Peters.

45. Zie M.J. van Ginneken, 'De 'Sarbanes-Oxley Act of 2002': het Amerikaanse antwoord op Enron (II)', *Ondernemingsrecht* 2004/54.

46. Best practice bepaling II.1.4 Code Tabaksblad.

47. Zie p. 64 van het rapport over de naleving van de Code Tabaksblad over het boekjaar 2004 van december 2005, beschikbaar via www.mccg.nl.

48. Zie de rapporten over de naleving van de Code Tabaksblad over de boekjaren 2005 (p. 38), 2006 (p. 37) en 2007 (p. 25), beschikbaar via www.mccg.nl.

49. Best practice bepaling II.1.5 Code 2008.

50. Zie onder randnummer 26 van de Verantwoording van het werk van de Commissie van de Code 2008.

51. Zie bpb 1.4.2 van de voorstellen voor de Code 2016, beschikbaar via www.mccg.nl.

52. Zie p. 8-9 van de Verantwoording van het werk van de commissie Van Manen, beschikbaar via www.mccg.nl.

53. White paper, p. 23.

54. White paper, p. 7.

55. Art. 2:393 lid 3 BW (oud).

56. Art. 2:393 lid 3 BW. Zie o.a. S. Rietveld & L. in 't Veld, 'De rol van de accountant bij (de corporate governance verklaring in) het bestuursverslag van beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2018/103 (Rietveld & In 't Veld 2018), p. 596-597; A. Dieleman, 'Verantwoordelijkheid accountant voor het bestuursverslag', *Tv*

van de door commissie-Van Manen herziene Code is verduidelijkt dat de accountant ook ten aanzien van de corporate governance-verklaring en, voor zover deze daarvan geen onderdeel uitmaakt, de 'in control'-verklaring in het bestuursverslag dient na te gaan of deze overeenkomstig de daaraan te stellen eisen zijn opgesteld, te verenigen zijn met de gegevens in de jaarrekening en niet anderszins materiële onjuistheden bevatten.⁵⁷ Bovendien zal het bestuursverslag en de daarin opgenomen corporate governance- en 'in control'-verklaring door de accountant aan de in Standaard 720 van de NV COS opgenomen controlewerkzaamheden moeten worden onderworpen.

Vanwege het door de Stuurgroep gedane voorstel een toekomstbestendigheidspaaragraaf te laten opnemen in het bestuursverslag zal de daarin opgenomen informatie op basis van art. 2:393 lid 3 BW en Standaard 720 van de NV COS door de externe accountant moeten worden betrokken in het kader van de door hem uitgevoerde wettelijke controle.⁵⁸ Daarbij merkt de Stuurgroep op dat de door de accountant op basis van Standaard 570 van de NV COS te verrichten werkzaamheden ten aanzien van de beoordeling van het continuïteitsvraagstuk een belangrijke basis kunnen vormen voor de werkzaamheden die hij of zij dient uit te voeren ten aanzien van de in het bestuursverslag opgenomen toekomstbestendigheidspaaragraaf.⁵⁹ Ondanks dat de Stuurgroep om die reden van mening is dat de aan de wettelijke controle te stellen eisen nauwelijks aanpassing behoeven, beveelt zij toch aan in de controleverklaring te benadrukken dat de op de toekomst gerichte informatie onzeker is en zich niet eenvoudig door de externe accountant laat controleren:

"Daarnaast bevelen wij aan om een aanvullende tekst op te nemen aan het einde van dit onderdeel van de verklaring om richting de lezer te benadrukken dat de paragraaf "Toekomstbestendigheid" toekomstgerichte informatie bevat en dat de uitkomsten waarschijnlijk zullen afwijken, aangezien de veronderstelde gebeurtenissen zich veelal niet op gelijke wijze zullen voordoen als in de paragraaf "Toekomstbestendigheid" is aangenomen."⁶⁰

Volgens de Stuurgroep zou het wenselijk zijn om op die wijze in de door de externe accountant af te geven controleverklaring te benadrukken dat de in de toekomstbestendigheidspaaragraaf opgenomen informatie afhankelijk is van toekomstige risico's en onzekerheden. Het is daarbij de vraag hoe de door de Stuurgroep voorgestelde passage met betrekking tot de toekomstbestendigheidspaaragraaf zich verhoudt tot overige onderdelen van

het bestuursverslag waarvan de informatie (mede) op de toekomst gericht is.⁶¹ Bovendien valt op dat de Stuurgroep hiermee, in tegenstelling tot hetgeen de wetgever eerder heeft beoogd, voorstelt alsnog onderscheid aan te brengen tussen de verantwoordelijkheid van de externe accountant bij de informatie in de toekomstbestendigheidspaaragraaf en de overige onderdelen van het bestuursverslag.⁶²

6. De voorgestelde (wettelijke) verankering van de voorstellen in de White paper

De Stuurgroep heeft in de White paper voorgesteld titel 9 van Boek 2 BW, in het bijzonder art. 2:391 BW, aan te vullen met de verplichting die zal moeten komen te gelden voor alle rechtspersonen die verplicht zijn een bestuursverslag openbaar te maken, een toekomstbestendigheidspaaragraaf in het bestuursverslag te laten opnemen.⁶³ Als mogelijk alternatief stelt de Stuurgroep voor een dergelijke verplichting in de Richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving ('RJ-richtlijnen') of de Code op te nemen.

Tijdens de behandeling van de Wet aanvullende maatregelen accountantsorganisaties is door minister Hoekstra, mede naar aanleiding van de eerder door zijn ambtsvoorganger Dijsselbloem gedane toezegging de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de organen van de gecontroleerde rechtspersoon en de externe accountant wettelijk te verankeren, gereageerd op vragen over de status van de voorstellen met betrekking tot verplichte informatieverstrekking door het bestuur over de continuïteitsrisico's van de met de rechtspersoon verbonden onderneming en de rol van de externe accountant daarbij.⁶⁴ Onder verwijzing naar de thans uit titel 9 van Boek 2 BW en de Code voortvloeiende verplichtingen ten aanzien van informatieverschaffing over (risico's omtrent) de continuïteit in de jaarrekening en het bestuursverslag en de gewijzigde rol van de externe accountant bij het bestuursverslag merkte minister Hoekstra op dat 'al informatieverstrekking [plaatsvindt] door het bestuur van een onderneming in de jaarrekening en het bestuursverslag over strategie, continuïteitsrisico's en/of andere risico's en de accountant (...) deze informatie [meeneemt] in zijn controlewerkzaamheden.'⁶⁵ De

2018, nr. 2.

57. Zie Rietveld & In 't Veld, p. 597 e.v.

58. White paper, p. 18.

59. White paper, p. 18.

60. White paper, p. 18.

61. Vgl. White paper, p. 14, alwaar de Stuurgroep zelf opmerkt dat door het voorstel voor het laten opnemen van een toekomstbestendigheidspaaragraaf 'de indruk [kan] bestaan dat de accountant zich op een riskanter gebied gaat begeven. Naar de mening van de werkgroep is dat niet het geval omdat de accountant altijd al toekomstgerichte informatie in zijn oordeelsvorming moest betrekken, maar die informatie werd tot dusverre niet altijd zichtbaar in het bestuursverslag.'

62. Zie Rietveld & In 't Veld 2018, p. 597-598.

63. White paper, p. 24.

64. Kamerstukken I 2017/18, 34677, E, p. 7.

65. Kamerstukken I 2017/18, 34677, E, p. 9.

minister zag aldus – mede gezien de complexiteit van het continuïteitsvraagstuk en het internationale speelveld – (nog) geen reden om op dit terrein in Nederlandse wetgeving een individuele koers te gaan varen.⁶⁶ Dat standpunt heeft de minister nog eens herhaald, zij het in iets voorzichtiger bewoordingen, tijdens het algemeen overleg met de vaste commissie voor Financiën van 18 december 2018.⁶⁷ Ten aanzien van het internationale speelveld kan er nog worden gewezen op het bevindingen van het door Kingman voorgezeten *Independent Review of the Financial Reporting Council* in het door haar uitgebrachte gelijknamige rapport ('Kingman-rapport'), waarin zij zich kritisch heeft uitgelaten over de door Britse beursvennootschappen op basis van de Britse corporate governance code ('Britse Code') af te leggen *viability statements*, waaraan de Stuurgroep bij het doen van de voorstellen inspiratie heeft ontleend.⁶⁸ In het Kingman-rapport valt te lezen:

*'It is widely acknowledged that whilst a well-meant innovation, viability statements are not performing an effective role. In general they consist of boilerplate statements that provide little meaningful insight for investors and users of accounts.'*⁶⁹

In het Kingman-rapport wordt om die reden in overweging gegeven de praktijk van het afleggen van de *viability statements* te evalueren en te herzien of, indien dat niet zou leiden tot het gewenste effect, te overwegen het *viability statement* uit de Britse Code te schrappen.⁷⁰

7. De (toekomst)bestendigheid van de toekomstbestendigheidspaaragraaf

Over het voorstel van de Stuurgroep in de White paper om een toekomstbestendigheidspaaragraaf in het bestuursverslag te laten opnemen en deze door de accountant te laten beoordelen is veel te zeggen. In deze bijdrage hebben wij met name aandacht besteed aan de achtergrond bij de keuzes die aan dit voorstel ten grondslag liggen en aan de samenhang met de 'in control'-verklaring van de Code. Bij het voorstel – in het bijzonder de beoogde wijze van (wettelijke) verankering – kan een aantal kanttekeningen worden geplaatst.⁷¹

Gezien de opmerkingen van de minister van Financiën in de Tweede Kamer en de internationale ontwikkelingen, is het daarbij nog maar de vraag of de door de Stuurgroep gewenste aanpassing van titel 9 van Boek 2 BW en de voorgestelde wijzigingen in de NV COS ook daadwerkelijk zullen worden doorgevoerd. Er kunnen, met andere woorden, op dat punt vraagtekens worden geplaatst bij de toekomstbestendigheid van het door de Stuurgroep gedane voorstel tot het verplicht laten opnemen van een toekomstbestendigheidspaaragraaf in het bestuursverslag. Dat heeft de Stuurgroep zich er overigens niet van doen weerhouden om externe accountants alvast aan te moedigen het bestuur aan te sporen tot het hanteren van lage(re) drempels bij het opnemen van toelichtingen op veronderstellingen en onzekerheden in de jaarrekening. Daarmee meent de Stuurgroep ook zonder een aanpassing van de toepasselijke wetgeving – over de 'band' van de door de accountant af te geven controleverklaring – tot de haar gewenste situatie te kunnen komen.⁷² Deze en voorgaande kanttekeningen bij het voorstel laten evenwel onverlet dat het wenselijk is om meer pregnant de fundamentele vraag te stellen of, en op welke wijze, het bestuur aandacht zou moeten schenken aan de verwachting of de met de rechtspersoon verbonden onderneming in staat is het geheel der werkzaamheden van de onderneming op de korte en de lange termijn voort te zetten. Hoewel niet geadresseerd door de Stuurgroep, ontlokt de White paper het opwerpen van deze vraag – en verstrekkender: de vraag of het huidige kader van financiële verslaggevingsvoorschriften en de rol van de accountant daarbij (nog) toereikend zijn om te kunnen voorzien in relevante informatieverschaffing aan de bij de onderneming betrokkenen en kunnen tegemoetkomen aan de behoeften van de beoogde gebruikers in tijden van snelle verandering. Als dat de winst is van het door de Stuurgroep gedane voorstel, dan overstijgt de White paper de conclusie dat het opnemen van een toekomstbestendigheidspaaragraaf zelf mogelijk niet erg toekomstbestendig is.

66. Kamerstukken I 2017/18, 34677, E, p. 9.

67. Kamerstukken II 2018/19, 33977, 23, p. 25.

68. Bepalingen 30 (voorheen C.1.3) en 31 (voorheen C.2.2) van de Britse Code. De Britse Code is te raadplegen via www.frc.org.uk.

69. Zie het document 'Independent Review of the Financial Reporting Council (FRC)' van december 2018, beschikbaar via www.gov.uk.

70. Overweging 52 van het Kingman-rapport.

71. Zie voor kritische besprekingen van (andere) aspecten van de White paper: Huizink 2019 en de bijdrage van Krol in deze aflevering van dit tijdschrift.

72. White paper, p. 24. Zie voorts J.B.S. Hijink, L.A. van de Sandt & L. in 't Veld, 'Wat controleplichtige ondernemingen hebben te vrezen van de regelgeving voor, en het toezicht op, accountants(organisaties)', *TOP* 2019, nr. 2 (nog te verschijnen).