

VOORWOORD

De Vereniging Jaarrekeningenrecht is opgericht in 2007. Sinds haar oprichting streeft zij ernaar om eens per twee jaar een bundel uit te geven. Voor u ligt de vijfde bundel. De eerste vier bundels zijn uitgegeven door Boom juridische uitgevers. Het bestuur van de vereniging is zeer verheugd dat deze vijfde bundel – de VJR Bundel 2016-2018 – de eerste is die wordt opgenomen in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, welke serie door Wolters Kluwer wordt uitgegeven.

De VJR Bundel 2016-2018 bevat negen bijdragen op het terrein van het jaarrekeningenrecht in ruime zin. Centraal in deze bundel staat het onderwerp “doorwerking van formele aspecten van het jaarrekeningenrecht in het ondernemingsrecht”. Dat onderwerp was tevens het thema van het op 3 november 2016 te Nijmegen gehouden symposium van de vereniging. In de eerste zeven bijdragen wordt aan dit onderwerp vanuit uiteenlopende gezichtspunten aandacht besteed. De VJR Bundel 2016-2018 sluit af met een tweetal bijdragen over de positie van de accountant.

De Vereniging Jaarrekeningenrecht streeft ernaar om elke twee jaar een symposium te organiseren en ter gelegenheid daarvan een nieuwe bundel uit te geven. Daarnaast organiseert de vereniging voor haar leden enkele malen per jaar bijeenkomsten over uiteenlopende onderwerpen op het gebied van het jaarrekeningenrecht, verzorgd door sprekers met verschillende achtergronden. Het bestuur van de Vereniging Jaarrekeningenrecht hoopt dat de vereniging hiermee kan bijdragen aan een toenemende belangstelling voor en studie van het jaarrekeningenrecht.

Het bestuur van de Vereniging Jaarrekeningenrecht dankt alle auteurs voor hun bijdragen aan de VJR Bundel 2016-2018 en mr. drs. L. in 't Veld voor de redactionele ondersteuning bij de afronding van deze bundel. Tevens is het bestuur van de vereniging de wetenschappelijke leiding van het Van der Heiden Instituut erkentelijk voor opname in die serie.

Het bestuur van de Vereniging Jaarrekeningenrecht

Mr. drs. J.F. Garvelink
Dr. C.J.A. van Geffen
Prof. mr. J.B.S. Hijink
Mr. S.A.G. Hoogeveen
Prof. dr. mr. P.M. van der Zanden RA

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	V
Deel I: Symposiumbijdragen	1
<i>Prof. mr. J.B.S. Hijink</i>	
Doorwerking van formele aspecten van jaarrekeningenrecht en de opkomst van de OOB in het commune ondernemingsrecht	3
1 Inleiding	3
2 De kern van het – huidige – Nederlandse jaarrekeningenrecht	4
3 Doorwerking van formele aspecten van jaarrekeningenrecht in het commune ondernemingsrecht	6
4 Tendensen in het jaarrekeningenrecht – verdergaande Europeanisering (?)	8
5 Opkomst en betekenis van de OOB	9
6 De OOB als aanknopingspunt voor opleggen van nieuwe voorschriften in het ondernemingsrecht	12
7 Bespiegeling: hoe moet de opkomst van de OOB en het gebruik van de OOB als aanknopingspunt voor voorschriften in het commune ondernemingsrecht worden geduid?	15
<i>Mr. C.J.A. van Geffen</i>	
Fout(en)herstel in de jaarrekening en de mededeling ex art. 2:362 lid 6 BW	17
1 Inleiding	17
2 Meer of minder fouten?	18
3 RJ-richtlijn 150 Fouterherstel	19
4 Wettelijk kader	20
5 Vaststellen jaarrekening	21
6 Desavue-situatie	23
7 Uitgevende instelling	26
8 Aard van de fout en fout(en)herstel	28
8.1 Materiële fout	28
8.2 Fundamentele fout	29
8.3 Soorten fouten	29
8.4 Wijziging in RJ-bundel 2016	30

9	Materialiteit	30
10	Naschrift: toekomst	31

Prof. dr. mr. P. M. van der Zanden RA

De rol en positie van de accountant bij “fouten” in de jaarrekening (of de controle daarvan)		33
1	Inleiding	33
2	Rol van de accountant	34
3	De functie van de accountantsverklaring in het vennootschapsrecht	36
4	Categorieën “fouten” in de jaarrekening (of de controle)	37
	4.1 Algemeen	37
	4.2 Fouten in de verslaggeving	38
	4.3 Fouten in de controle	40
5	Handelingsmogelijkheden voor de accountant bij “fouten” in de jaarrekening of de daarbij behorende verklaring	41
6	Afsluiting	48

Prof. mr. T.M.C. Arons

Collectieve afhandeling van schade: nut en noodzaak van een nieuwe regeling ontbreekt		49
1	Inleiding	49
2	Art. 3:305a BW: huidige stand van zaken en Motie Dijkema	51
3	Voorontwerp juli 2014	53
4	Wetsvoorstel van 16 november 2016	54
	4.1 Algemeen	54
	4.2 Strengere ontvankelijkheidseisen 305a-organisaties	55
	4.3 De scope rule	56
	4.4 Verloop van de collectieve schadevergoedingsactie	57
5	Kritische bespreking van het Wetsvoorstel	59
	5.1 Algemeen	59
	5.2 Voordelen opt-in model	60
	5.3 Nadelen introductie EB	62
6	Conclusie	63

Deel II: Overige bijdragen 65

Mr. drs. L. in 't Veld

**Het (uitgedijde) takenpakket van de auditcommissie,
in het bijzonder ten aanzien van de relatie met de externe accountant: over
reguliere, specifieke en autonome taken** 67

1	Inleiding	67
2	Achtergrond	69
3	Samenstelling van de auditcommissie	71
4	Het (uitgedijde) takenpakket van de auditcommissie	73
4.1	Het reguliere deel van het takenpakket van de auditcommissie	75
4.2	Enkele specifieke of autonome delen van het takenpakket van de auditcommissie, in het bijzonder ten aanzien van (het onderhouden van) de relatie met de externe accountant	76
5	Een blik vooruit: dijt het takenpakket van de auditcommissie van de beursvennootschap, in het bijzonder ten aanzien van de relatie met de externe accountant, nog verder uit?	79

Prof. mr. G. van Solinge & mr. K.A.M. van Vught

**Tussen Ondernemingskamer en rechtbank.
Samenloopvragen rondom het gebrekkige jaarrekeningbesluit** 83

1	Inleiding	83
2	Tussen jaarrekeningprocedure en vernietigingsprocedure	84
2.1	De vernietiging van het jaarrekeningbesluit in de jaarrekeningprocedure	84
2.2	Samenloop met art. 2:14 en 2:15 BW	85
2.3	Uitgangspunten van samenloop	87
3	Rechtsgronden	88
3.1	Jaarrekeningprocedure	88
3.2	Nietigheid buiten de jaarrekeningtitel	90
3.3	Vernietiging buiten de jaarrekeningprocedure	91
4	Rechtsvorderingen	93
5	Rechtsgevolgen	93
5.1	Vernietiging door de Ondernemingskamer	93
5.2	Vaststelling van nietigheid en vernietiging door de rechtbank	94
6	Conclusie: geen samenloop	97

Mr. drs. S.W. van den Berg

Een waarderingskader voor waarderingsopdrachten in ondernemingsrechtelijke procedures	99
1 Inleiding	99
2 Waarderingsrapporten: welke begrippen en welk waarderingsperspectief?	101
3 Intermezzo: nabetalingsclausules	104
4 Waardering in juridische context: welk waarderingsperspectief?	110
4.1 Enquêterecht	110
4.2 Geschillenregeling	113
4.3 Uitkoopprocedure	115
4.4 Blokkeringsregeling	117
4.5 Interventiewet	118
4.6 Tussenconclusie	119
5 Waarderingskader	121
6 Samenvatting	125

Mr. drs. J.F. Garvelink

Corruptie in de jaarrekening en de controle daarvan door de accountant	127
1 Inleiding	127
2 Positie verslaggeving en controle in verhouding tot (het voorkomen van) corruptie	128
3 Corruptie en verslaggeving	129
4 Accountantscontrole	137
5 Conclusie	149

Mr. S.A.G. Hoogeveen & mr. A.P.P. Witteveen

Kroniek van het accountantstuchtrecht	151
1 Inleiding	151
2 Het bereik van het tuchtrecht en de tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid	151
2.1 Het bereik van het tuchtrecht	151
2.2 Tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid	153
3 Processuele en procedurele aspecten	154
3.1 Klachttermijnen	154
3.2 Zesjaarstermijn	154
3.3 Driejaarstermijn	154
3.4 Concentratie van klachten	155
3.5 Ne bis in idem	155
3.6 Misbruik van tuchtrecht	156
3.7 Geen contractuele uitsluiting tuchtrecht	157
3.8 Stelplicht/bewijslast	157

Inhoudsopgave

4	Het Openbaar Ministerie, de NBA of het BFT als klager	157
4.1	OM	157
4.2	NBA	158
4.3	BFT	159
5	Belangenverstrengeling en geheimhouding	160
5.1	Verschillende belangen	160
5.2	Geheimhouding	162
6	Jaarrekening	162
6.1	Beoordelingsopdracht	162
6.2	Samenstelling	163
6.3	Controle	163
7	Advieswerkzaamheden	165
8	Onderzoek door de accountant, de accountant als deskundige	166
8.1	Algemeen	166
8.2	Gerechtelijk deskundige	166
8.3	Partijdeskundige	168
8.4	Persoonsgericht onderzoek	169
9	Fiscale werkzaamheden	170
10	De accountant, declaraties en niet-betalende cliënten	170
10.1	Declaraties	170
10.2	Niet-betalende cliënten	171

DOORWERKING VAN FORMELE ASPECTEN VAN JAARREKENINGENRECHT EN DE OPKOMST VAN DE OOB IN HET COMMUNE ONDERNEMINGSRECHT

*'The future ain't what it used to be.'*¹

Prof. mr. J.B.S. (Steven) Hijink²

1 Inleiding

Het Nederlandse jaarrekeningenrecht, zo schreef ik eerder, is verbrokken en zal naar mijn verwachting – weliswaar langzaam, maar in toenemende mate – verder verbrokken.³ Tegelijkertijd zijn formele aspecten van het Nederlandse jaarrekeningenrecht van belang in het commune Nederlandse ondernemingsrecht. De invloed van formele aspecten van het jaarrekeningenrecht op het commune ondernemingsrecht neemt bovendien, zo is mijn indruk, toe. Aan deze, op het eerste gezicht wellicht paradoxaal ogende, ontwikkeling schenk ik in deze bijdrage aandacht. De nadruk ligt daarbij op de opkomst van de zogenoemde “organisatie van openbaar belang” (hierna: OOB) en de wijze waarop de OOB in toenemende mate het aanknopingspunt vormt voor het opleggen van voorschriften in het ondernemingsrecht.⁴

-
- 1 Yogi Berra, voormalig Amerikaans honkballer en honkbalcoach. Zie ook: https://www.goodreads.com/author/quotes/79014.Yogi_Berra.
 - 2 Steven Hijink is hoogleraar Jaarrekeningenrecht aan het Van der Heijden Instituut, Onderzoekscen-
trum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat te Amsterdam. Deze
bijdrage is een gecombineerde uitwerking van een op 22 mei 2015 in Rotterdam gehouden voordracht
bij het symposium ‘Algemene aspecten van de rechtspersoon’ (vanwege het verschijnen van
Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* (2015)) en de inleidende voordracht gehouden op 3 november 2016 te
Nijmegen tijdens het symposium van de Vereniging Jaarrekeningenrecht over ‘Doorwerking van
formele aspecten van jaarrekeningenrecht in het ondernemingsrecht’. Deze bijdrage is afgesloten op
31 december 2017.
 - 3 Hierover uitvoerig: J.B.S. Hijink, ‘Verbrokken jaarrekeningenrecht en de vraag of verdere verbrokke-
ling te vermijden is’, in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters
Kluwer 2016, p. 149-168.
 - 4 De OOB vormt (ook) in de accountancywetgeving een belangrijk aanknopingspunt voor het
opleggen van voorschriften. Zo gelden voor accountantsorganisaties die wettelijke controles (willen)
verrichten bij OOB’s verdergaande (vergunning)eisen op grond van de Wet toezicht accountantsor-
ganisaties (Wta). Ik besteed aan die voorschriften hierna geen rol en beperk mij in deze bijdrage tot
ondernemingsrechtelijke voorschriften.

In de hieronder opgenomen paragrafen start ik daartoe met een korte bespreking van de kern van het – huidige – Nederlandse jaarrekeningenrecht (paragraaf 2). Daarna schets ik op welke wijze formele aspecten van het jaarrekeningenrecht in het commune ondernemingsrecht doorwerken (paragraaf 3). In de daaropvolgende paragraaf schenk ik aandacht aan de vraag of de tendens van verdergaande Europeanisering in het jaarrekeningenrecht zich zal doorzetten (paragraaf 4). De opkomst en betekenis van de OOB (paragraaf 5) en de tendens dat in toenemende mate de OOB komt te gelden als aanknopingspunt voor het opleggen van nieuwe voorschriften in het commune ondernemingsrecht (paragraaf 6) worden daarna besproken. Ik eindig met enkele bespiegelende opmerkingen over de vraag hoe deze ontwikkelingen moeten worden geïdentificeerd (paragraaf 7).

2 De kern van het – huidige – Nederlandse jaarrekeningenrecht

De kern van het Nederlandse jaarrekeningenrecht vinden we in Titel 9 van Boek 2 BW.⁵ Behoudens de bepalingen over de inrichting van de jaarrekening en het bestuursverslag zoals opgenomen in Titel 9 van Boek 2 BW en de daarop gebaseerde lagere regelgeving⁶, zijn ook in uiteenlopende andere Nederlandse wetten in formele zin (alsmede daarop gebaseerde lagere regelgeving) en in Europese wet- en regelgeving⁷ voorschriften van jaarrekeningenrecht te vinden.

In Titel 9 van Boek 2 BW is onder meer bepaald dat de jaarrekening dient te bestaan uit de balans, de winst- en verliesrekening en de toelichting daarbij.⁸ Verder volgt uit Titel 9 van Boek 2 BW onder welke omstandigheden een rechtspersoon een

5 Ik doel daarmee op de *inrichtings*vereisten voor de jaarrekening en het bestuursverslag, welke zijn gebaseerd op de EU Richtlijn Jaarrekeningen uit 2013 (Richtlijn 2013/34/EU, *PbEU* L 182, 2013). Formele vereisten rondom de jaarrekening – zoals de opmaakplicht voor het bestuur van een rechtspersoon – laat ik rusten. Deze zijn elders in Boek 2 BW opgenomen.

6 Voorbeelden van besluiten, uitgevaardigd op basis van Titel 9 van Boek 2 BW, zijn het Besluit modellen jaarrekening (Besluit van 23 december 1983 tot vaststelling van modelschema's voor de inrichting van jaarrekeningen, *Stb.* 1983, 666), het Besluit actuele waarde (Besluit van 14 juni 2005, houdende regels over de inhoud, de grenzen en de wijze van toepassing in de jaarrekening van waardering tegen actuele waarde, *Stb.* 2005, 321) alsmede het – op 29 augustus 2017 voor het laatst gewijzigde – Besluit inhoud bestuursverslag (oorspronkelijk *Stb.* 2004, 747, laatstelijk gewijzigd door *Stb.* 2017, 332).

7 In het bijzonder de IAS-verordening (Verordening (EG) 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor de jaarrekening (*PbEG* 2002, L 243)). Hierover uitvoerig: J.B.S. Hijink, *Naar een Europees jaarrekeningenrecht*, oratie EUR, Kluwer: Deventer 2013 (hierna: Hijink 2013).

8 Art. 2:361 lid 1 BW, met dien verstande dat coöperaties en stichtingen de wins- en verliesrekening dienen te vervangen door een exploitatierekening indien dat het inzicht in de jaarrekening dient (art. 2:361 lid 2 BW).

geconsolideerde jaarrekening dient op te stellen ('de consolidatieplicht') en van welke rechtspersonen en vennootschappen de financiële informatie in de geconsolideerde jaarrekening moeten worden opgenomen ('de consolidatiekring').⁹ Ook zijn in Titel 9 van Boek 2 BW voorschriften opgenomen over het bestuursverslag (art. 2:391 BW), de controle van de jaarrekening door de accountant ('het deskundigenonderzoek'; art. 2:393 BW) en de openbaarmaking van de jaarrekening door middel van nederlegging bij het handelsregister (art. 2:394 BW).

Uit het eerste artikel(lid) van Titel 9 van Boek 2 BW – art. 2:360 lid 1 BW – volgt dat Titel 9 van Boek 2 BW van toepassing is op:

- de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de NV en de BV;
- banken, betaalinstanties en elektronischgeldinstellingen ongeacht hun rechtsvorm;
- een CV of VOF waarvan alle vennoten die volledig jegens schuldeisers aansprakelijk zijn kapitaalvennootschappen zijn naar buitenlands recht; en
- de zogenoemde commerciële stichting of vereniging.

Ook de kernbepaling voor de inrichting van de jaarrekening is opgenomen in Titel 9 van Boek 2 BW. Op grond van art. 2:362, lid 1 BW geeft de jaarrekening:

*'volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede voor zover de aard van de jaarrekening dat toelaat, omtrent de solvabiliteit en de liquiditeit van de rechtspersoon.'*¹⁰

Naast deze uit (Titel 9 van) Boek 2 BW voortvloeiende eisen rondom de jaarrekening en het bestuursverslag, geldt voor beursvennootschappen¹¹ sinds boekjaren die zijn aangevangen op of na 1 januari 2005 dat deze de geconsolideerde jaarrekening moeten inrichten met inachtneming van de *International Financial Reporting Standards* (IFRS) zoals deze zijn goedgekeurd door de Europese Commissie volgens het

⁹ Art. 2:406, lid 1, eerste zinsdeel, respectievelijk tweede zinsdeel BW.

¹⁰ Zie over deze norm ook: H. Beckman, *Jaarrekening en Verantwoording*, Deventer 2007, p. 16-17.

¹¹ Naamloze of besloten vennootschappen waarvan effecten (dat wil zeggen: (certificaten van) aandelen of schuldtitels) zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt. Zie over de uiteenlopende betekenissen die aan het begrip "beursvennootschap" in de Nederlandse wet- en regelgeving wordt toegekend ook: A.A. Bootsma, J.B.S. Hijink en L. in 't Veld, 'Multiple corporate citizenship', *Ondernemingsrecht* 2015/120) (hierna: Bootsma/Hijink/In 't Veld 2015), p. 623 met verdere verwijzingen.

mechanisme zoals omschreven in de IAS-verordening (EU IFRS).¹² De EU IFRS hebben rechtstreekse werking. Niet-beursvennootschappen kunnen vrijwillig kiezen voor toepassing van de EU IFRS in hun geconsolideerde jaarrekening.¹³

In de praktijk spelen bij toepassing van de voorschriften van Titel 9 van Boek 2 BW verder de zogenoemde Richtlijnen voor jaarverslaggeving van de Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ-richtlijnen) een belangrijke rol. De RJ-richtlijnen zijn geen voorschriften die gebaseerd zijn op Titel 9 van Boek 2 BW: het zijn ‘richtlijnen’ uitgevaardigd door een particuliere organisatie die – in beginsel – geen rechtsreeks bindende werking hebben.¹⁴ Tegelijkertijd is over de RJ-richtlijnen door de Hoge Raad in het arrest KPN/SOBI opgemerkt dat de voorschriften van deze richtlijnen ‘een belangrijk oriëntatiepunt en gezaghebbende kenbron [kunnen] vormen voor wat in het concrete geval als aanvaardbaar heeft te gelden.’¹⁵ Het gevolg hiervan is dat de RJ-richtlijnen in de praktijk van grote betekenis zijn voor de inrichting van jaarrekeningen van Nederlandse rechtspersonen.¹⁶

3 Doorwerking van formele aspecten van jaarrekeningenrecht in het commune ondernemingsrecht

In het commune ondernemingsrecht – het rechtspersonenrecht zoals dat met name in Boek 2 BW is te vinden – spelen transparantie en het afleggen van verantwoording en rekenschap een belangrijke rol. Zo kan uitkering van de winst bij een naamloze vennootschap slechts plaatsvinden na vaststelling van de jaarrekening waaruit blijkt dat winstuitkering geoorloofd is.¹⁷ De geconsolideerde jaarrekening speelt verder

12 De door de Europese Commissie goedgekeurde IFRS worden als verordening gepubliceerd in het Europese Publicatieblad, zie Verordening (EG) Nr. 1126/2008 van de Commissie van 3 november 2008 tot goedkeuring van bepaalde internationale standaarden voor jaarrekeningen overeenkomstig Verordening (EG) nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2008, L 338), zoals nadien gewijzigd.

13 Art. 2:362 lid 8 BW. Beursvennootschappen en niet-beursvennootschappen kunnen tevens vrijwillig de enkelvoudige jaarrekening inrichten met inachtneming van de EU IFRS; voor niet-beursvennootschappen geldt in dat geval dat op grond van art. 2:362 lid 8 BW ook in de geconsolideerde jaarrekening de EU-IFRS moeten worden toegepast (voor beursvennootschappen geldt dit reeds uit hoofde van de IAS-verordening).

14 Zie over de betekenis van de RJ-richtlijnen ook de discussie tussen Beckman en Hoogendoorn in H. Beckman, ‘IAS-wetsvoorstel en richtlijnen voor de jaarverslaggeving’, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 505-506 en M.N. Hoogendoorn, ‘De betekenis van de Richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving’, in: *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer 2006, p. 225-236.

15 HR 10 februari 2006, *NJ* 2006, 241, m.nt. Maeijer, r.o. 5.5.

16 Zie hierover ook de (kritische) opmerkingen in Asser/Maeijer & Kroeze 2-1*2015/515, onderdeel e.

17 Art. 2:105 lid 3 BW. Ook bij uitkeringen van winst bij besloten vennootschappen kan de vastgestelde jaarrekening een rol spelen; vergelijk art. 2:216 lid 1, eerste volzin, BW.

een rol bij beantwoording van de vraag of bij de naamloze vennootschap bepaalde bestuursbesluiten tot het nemen of afstoten van een deelneming onderworpen zijn aan goedkeuring van de algemene vergadering.¹⁸ En het niet tijdig gedeponeed hebben van de jaarrekening, het bestuursverslag danwel de daaraan toe te voegen gegevens (waaronder – indien de rechtspersoon verplicht is tot het laten onderzoeken van de jaarrekening door een accountant – de controleverklaring) kan leiden tot aansprakelijkheid van bestuurders of commissarissen bij faillissement van de rechtspersoon.¹⁹

Vanwege de betekenis die tijdige en juiste informatieverschaffing – ook – heeft voor besluitvorming in het commune ondernemingsrecht, is er – naar mijn indruk: in toenemende mate – aandacht van benadeelden voor de vraag wie binnen of rondom de onderneming verantwoordelijk kan worden gehouden indien het verstrekken van informatie door de rechtspersoon niet tijdig of op onjuiste wijze is geschied. Voorbeelden hiervan zijn de wijze van omgang met fouterstel in jaarrekeningen²⁰ en de rol van de externe accountant daarbij.²¹ Maar ook de aansprakelijkheid van bestuurders of commissarissen bij schending van de publicatieplicht van de jaarrekening²², van leden van auditcommissies²³ of bij het doen van uitkeringen op basis van (verouderde) financiële informatie²⁴, alsmede de wijze waarop benadeelden schade collectief op de daarvoor verantwoordelijken kunnen verhalen²⁵ zijn onderwerpen die (in toenemende mate) op warme belangstelling mogen rekenen.

18 Vergelijk art. 2:107a lid 1, onderdeel c BW.

19 Art. 2:138 en 2:248, respectievelijk 2:150 en 2:260 BW. Hierover ook: N. Kreileman, 'De aansprakelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurder ex art. 2:138 en 2:248 BW', in: Van Solinge e.a. *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (VDHI 140) 2017, p. 204 e.v.

20 Waarover meer uitvoerig de bijdrage van Van Geffen in deze bundel.

21 Waarover meer uitvoerig de bijdrage van Van der Zanden in deze bundel.

22 Zie noot 19.

23 Hierover: U.B. Verboom, 'Aansprakelijkheid van commissarissen, in het bijzonder van leden van auditcommissies', in: Van Solinge e.a. *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (VDHI 140) 2017, p. 221 e.v.

24 Hierover S.C.E.F. Moulen Janssen, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders bij winstuitkeringen bij een BV: terechte onrust?', in: Van Solinge e.a. *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (VDHI 140) 2017, p. 377 e.v.

25 Waarover meer uitvoerig Arons in deze bundel.

4 Tendensen in het jaarrekeningenrecht – verdergaande Europeanisering (?)

Tot enige jaren geleden vormde de Europese wetgever de motor voor harmonisatie van de inrichtingsvoorschriften voor de financiële verslaggeving – in het bijzonder de (geconsolideerde) jaarrekening. Niet zonder reden is daardoor het jaarrekeningenrecht in de literatuur als meest vergaand Europees geharmoniseerd deel van het vennootschapsrecht genoemd.²⁶

Het afgelopen decennium is die ontwikkeling tot stilstand gekomen. De samenvoeging in 2013 van de Vierde Richtlijn Vennootschapsrecht met de Zevende Richtlijn Vennootschapsrecht tot de EU Richtlijn Jaarrekeningen²⁷ is niet gepaard gegaan met vernieuwing. De totstandkoming van de Europese IAS-verordening in 2002 was voor de harmonisatie van de inrichtingsvoorschriften van – in het bijzonder – de geconsolideerde jaarrekening weliswaar een enorm sprong voorwaarts.²⁸ Echter, wat de inhoudelijke vernieuwing van de (EU) IFRS betreft is de vaart er sinds een jaar of vijf uit.²⁹

Verdergaande Europeanisering van het toezicht op jaarrekeningen – of breder: op financiële verslaggeving – van beursvennootschappen is weliswaar een wenselijke stap, maar ook op dat terrein maakt de Europese wetgever maar weinig voortgang.³⁰ Zo zijn het nog steeds de nationale toezichthouders die bevoegd zijn om erop toe te zien dat tijdig periodieke financiële informatie – waaronder de jaarrekening – openbaar wordt gemaakt. Illustratief voor deze achterblijvende Europese harmonisatie van het toezicht op de naleving van de *inrichtingsvoorschriften* voor de financiële verslaggeving van beursvennootschappen is de recente opmerking van de Europese Commissie dat:

26 Zie in deze zin H. Beckman, 'Europees jaarrekeningenrecht', in: *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Boom 2006, p. 93-131, op p. 94-95. Meer uitvoerig over de harmonisering van de inrichtingsvoorschriften voor financiële verslaggeving: J.B.S. Hijink, *Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen*, diss. UvA 2010, p. 16 e.v.

27 Zie noot 5.

28 Waarover meer uitvoerig Hijink 2013.

29 Zie ook het interview met de (Nederlandse) voorzitter van de IASB – de *standard setter* die de IFRS uitvaardigt – in het Financieel Dagblad van 3 juli 2017: "Boekhoudbaas Hoogervorst belooft bedrijven rust".

30 Zie hierover ook – toegespitst op de richtsnoeren van de European Securities and Markets Authority (ESMA) op het terrein van toezicht op de naleving van voorschriften voor financiële informatie – mijn kritische opmerkingen in J.B.S. Hijink, 'Europees toezicht in het jaarrekeningenrecht', in: *Vereniging Jaarrekeningenrecht Bundel 2014/2015*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015 (hierna: Hijink (2015)), p. 39 e.v.

[a]n overwhelming majority of respondents argue there is no need to strengthen enforcement and supervisory convergence in the field of financial reporting. Enforcement should remain a national responsibility.³¹

Het voorgaande maakt duidelijk dat na enkele decennia de Europeanisering van het jaarrekeningenrecht tot stilstand is gekomen. Op één specifiek terrein, buiten het commune ondernemingsrecht, blijkt die harmonisering – welhaast onder de radar – echter nog wel verder te gaan. Ik doel daarmee op de Europese opkomst van de OOB en de wijze waarop de OOB in toenemende mate het aanknopingspunt vormt voor het opleggen van voorschriften in het ondernemingsrecht.

5 Opkomst en betekenis van de OOB

De OOB is door de Europese wetgever geïntroduceerd in het in 2004 gepubliceerde voorstel³² voor – uiteindelijk – Richtlijn 2006/43/EG, de Europese richtlijn betreffende de wettelijke controles van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen.³³ Deze richtlijn werd aangekondigd in de Mededeling van de Europese Commissie uit 2003 over “versterking van de wettelijke accountantscontrole in de EU”³⁴, als reactie op de zogenoemde boekhoudschandalen van het begin van de eeuwwisseling.

-
- 31 Zie p. 115 van de Commission Staff Working Document Impact Assessment (SWD(2017) 308 final), door de Europese Commissie op 20 september 2017 gepubliceerd in verband met enkele voorstellen op het terrein van de financiële markten waarmee de Europese toezichthouders worden versterkt. Hierover ook: E.J. van Praag, ‘Capital Markets Union + Brexit = European Supervisory Authorities 2.0’, *Ondernemingsrecht* 2017, p. 858-863. Zie ook mijn kritische kanttekeningen in J.B.S. Hijink, ‘Regulering van de beursvennootschap: over Deel 5 Wft als rommelkamer en ontwikkelingen buiten Boek 2 BW’, *Ondernemingsrecht* 2017, p. 834-846 (hierna: Hijink 2017a), op p. 843-844.
- 32 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de wettelijke accountantscontrole van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen en tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad, Brussel, 16 maart 2004, COM(2004) 177 definitief.
- 33 Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2006 betreffende de wettelijke controles van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen, tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 84/253/EEG van de Raad (*PbEUL* 157). Richtlijn 2006/43 leidde tot intrekking van de Achtste richtlijn vennootschapsrecht ingetrokken (Achtste Richtlijn 84/253/EEG van de Raad van 10 april 1984 inzake de toelating van personen, belast met de wettelijke controle van boekhoudbescheiden, *PbEG* L 126).
- 34 Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement – Versterking van de wettelijke accountantscontrole in de EU, COM/2003/0286 def (*PbEG* C 263).

In overweging 23 van Richtlijn 2006/43/EG wordt over de OOB opgemerkt dat aanzien deze

‘sterker in de kijker lopen en economisch belangrijker zijn, (...) er aan de wettelijke controle van hun jaarrekening of geconsolideerde jaarrekening strengere [dienen] eisen te worden gesteld.’³⁵

Bij het stellen van aanvullende eisen aan de wettelijke controle van de (geconsolideerde) jaarrekening is het echter niet gebleven. Onder de noemer “Bijzondere bepalingen betreffende de wettelijke controles van de jaarrekening van organisaties van openbaar belang” bevatte Richtlijn 2006/43/EG een separaat hoofdstuk met aanvullende verplichtingen.³⁶ Deze variëren van het verplicht door accountantsorganisaties te publiceren transparantieverlag³⁷ en een in frequentie vaker toe te passen kwaliteitsbeoordeling van uitgevoerde wettelijke controles³⁸, tot verplichte instelling van een auditcommissie bij en door OOB’s.³⁹ Met name (de voorgestelde invoering van) deze laatste verplichting vormde voor Winter aanleiding om in november 2004 te verzuchten dat hij ‘de introductie van het begrip instelling van openbaar belang een wat zorgelijke ontwikkeling [vond].’⁴⁰ Hij voegde daaraan toe:

‘Dit soort begrippen beginnen al snel een eigen leven te leiden, zonder dat men nog de vraag stelt of er ook een werkelijke behoefte bestaat aan de daaraan vast te knopen regels, die die behoefte dan heeft en of het gerechtvaardigd is en zin heeft een verplichting op te leggen om in die behoefte te voorzien.’⁴¹

35 Overweging 23 van Richtlijn 2006/43/EG. In het voorstel uit 2004 is dezelfde passage opgenomen in overweging 19.

36 Een deel van deze verplichtingen is thans overigens overgeheveld naar de in 2014 tot stand gebracht EU Audit Verordening (Verordening (EU) nr. 537/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende specifieke eisen voor de wettelijke controles van financiële overzichten van organisaties van openbaar belang en tot intrekking van Besluit 2005/909/EG van de Commissie (*PbEU* L 158)).

37 Artikel 40 Richtlijn 2006/43/EG, thans opgenomen in art. 13 EU Audit Verordening.

38 Artikel 43 Richtlijn 2006/43/EG, thans opgenomen in art. 8 EU Audit Verordening.

39 Artikel 41 Richtlijn 2006/43/EG, thans art. 39 Richtlijn 2006/43/EG (ten gevolge van de gemaakte aanpassing in Richtlijn 2006/43/EG door wijzigingsrichtlijn 2014/56/EU (*PbEU* L 158)).

40 Vergelijk J.W. Winter, ‘BV, NV en beursvennootschap’, in: P. van Schilfgaarde e.a., *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, Deventer: Kluwer 2005 (hierna: Winter 2005), p. 113.

41 Winter 2005, p. 113.

In Nederland werd Richtlijn 2006/43/EG hoofdzakelijk geïmplementeerd in de Wta.⁴² In die wet, tot stand gekomen in 2006, was vooruitlopend op de implementatie van Richtlijn 2006/43/EG reeds een definitie van het begrip OOB opgenomen. Sindsdien⁴³ worden, op grond van art. 1, eerste lid van de Wta onder OOB's verstaan:

- 1°. een in Nederland gevestigde rechtspersoon naar Nederlands recht waarvan effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht;
- 2°. een bank met zetel in Nederland als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht waaraan een vergunning is verleend ingevolge die wet;
- 3°. een centrale kredietinstelling met zetel in Nederland als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht waaraan een vergunning is verleend ingevolge die wet;
- 4°. een verzekeraar als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht met zetel in Nederland, niet zijnde een verzekeraar met beperkte risico-omvang als bedoeld in dat artikel;
- 5°. een onderneming, instelling of openbaar lichaam, behorende tot een van de ingevolge artikel 2 aangewezen categorieën;

OOB's zijn, zoals uit bovenstaande omschrijving blijkt, derhalve – kort gezegd – steeds beursvennootschappen, banken of (bepaalde) verzekeraars. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur andere categorieën ondernemingen of instellingen tot OOB te bestempelen. Een dergelijke uitbreiding heeft tot het heden niet plaatsgevonden. Wel is een uitbreiding aangekondigd.⁴⁴ Het

42 Wet van 19 januari 2006, houdende het toezicht op accountantsorganisaties (Wet toezicht accountantsorganisaties), *Stb.* 2006, 70. Inwerkingtreding vond plaats op 1 oktober 2006, het wetsvoorstel werd behandeld onder *Kamerstukken* 29 658. Implementatie van Richtlijn 2006/43/EG vond plaats door de Wet van 12 juni 2008 (*Stb.* 2008, 243), inwerkingtreding op 28 juni 2008, behandeld onder *Kamerstukken* 31 270.

43 De definitie van OOB in de Wta is sinds oktober 2006 enige malen gewijzigd. Dit betroffen steeds – althans dat was het oogmerk – technische aanpassingen. Voorbeelden daarvan zijn het vervangen van het begrip “effectenbeurs” door “gereguleerde markt” en van “kredietinstelling” door “bank”. Verder zijn verwijzingen naar voormalige toezichtwetten vervangen door een verwijzing naar de op 1 januari 2007 ingevoerde Wet op het financieel toezicht (Wft). Ook is het artikellid vernummerd van “h” naar “1”.

44 De achtergrond hiervan is gelegen in de evaluatie van de Wta, welke is uitgevoerd in 2014. Zie E.V.A. Eijkelenboom & J.B.S. Hijink (red.), *Bouwen aan vertrouwen. Evaluatie van de Wet toezicht accountantsorganisaties*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2014. Overigens werd, naar aanleiding van de uitkomsten van die evaluatie, daarin opgemerkt dat “[v]oorstelbaar is om de huidige definitie van OOB uit te breiden tot organisaties en instellingen van een bepaalde omvang die (deels) met publiek geld worden gefinancierd. Aanbevolen wordt de gevolgen van deze uitbreiding te onderzoeken en de uitbreiding te consulteren voor te leggen.” (zie p. 26). De minister van Financiën “las” in die suggestie dat: “in het evaluatierapport een aanbeveling [wordt] gedaan over uitbreiding

ministerie van Financiën publiceerde op 4 april 2017 namelijk een ambtelijk voorontwerp voor het Besluit aanwijzing organisaties van openbaar belang in de zin van de Wta.⁴⁵ De beoogde inwerkingtreding van het besluit was 1 januari 2018, maar die termijn is niet gehaald.

Waar – vooralsnog – geen uitbreiding heeft plaatsgevonden van het aantal instellingen dat als een OOB moet worden beschouwd in de zin van de Wta, is er wel sinds 1 november 2015 een definitie van OOB opgenomen in (artikel 398 lid 7 van) Boek 2 BW.⁴⁶ De opname van een definitie van de OOB in Boek 2 BW – met een inhoudelijk overigens licht van de Wta afwijkende omschrijving – houdt verband met de introductie van dit begrip in de EU Richtlijn Jaarrekeningen.⁴⁷ Hoewel die Europese richtlijn voornamelijk bestaat uit het bijeenbrengen van de voorschriften die voorheen in de Vierde⁴⁸ en Zevende⁴⁹ Vennootschapsrecht waren opgenomen, is één van de weinige vernieuwingen in die richtlijn het afzonderlijk adresseren van de OOB én het aan de OOB opleggen van specifieke voorschriften.

6 De OOB als aanknopingspunt voor opleggen van nieuwe voorschriften in het ondernemingsrecht

Na de introductie van de OOB in Europese regelgeving in 2006, is een kleine tien jaar later de ontwikkeling zichtbaar dat de OOB in toenemende mate als kapstok fungeert om nieuwe ondernemingsrechtelijke voorschriften aan op te hangen of om bestaande bepalingen uit te breiden.

van de reikwijdte van de definitie van OOB's met organisaties en instellingen met een bepaalde omvang die (deels) met publiek geld worden gefinancierd (...) Ik ben in principe voornemens om deze aanbeveling op te volgen en onderzoek te doen naar (de gevolgen van) deze uitbreiding." (vergelijk de opmerking in *Kamerstukken II* 2014/15, 33 977, nr. 2, p. 5).

45 Zie: <https://www.internetconsultatie.nl/besluitorganisatiesvanopenbaarbelang/details>. De consultatietermijn liep tot 1 mei 2017. Over dit ontwerp: Herbert Reimers, Janneke Timmers en Victor Valckx, 'Aanvullende maatregelen voor accountantsorganisaties en uitbreiding definitie organisaties van openbaar belang', *TvJ* 2017, p. 97-103.

46 Als gevolg van de inwerkingtreding van de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening (*Stb.* 2015, 349; behandeld onder *Kamerstukken* 34 367). Overigens wordt daarnaast – sinds 1 januari 2013, als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet op het accountantsberoep (*Stb.* 2012, 680) – in art. 2:393 lid 1 BW nog steeds gesproken over een OOB's "als bedoeld in de Wta".

47 Zie noot 5.

48 Vierde Richtlijn van de Raad van 25 juli 1978 betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (78/660/EEG, *PbEG* L 222).

49 Zevende Richtlijn van de Raad van 13 juni 1983 betreffende de geconsolideerde jaarrekening (83/349/EEG, *PbEG* L 193).