

Het nut van de *in control* verklaring in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid

DRS. J. BROUWER RA

In dit artikel wordt ingegaan op de meerwaarde van een *in control* statement bij het aansprakelijk stellen van bestuurders. Vanuit financieel perspectief wordt betoogd dat alleen al het afgeven van een *in control* verklaring een zeer complexe zo niet onmogelijke taak is. Met behulp van het beslissingsmodel van Strik en de DSB Bank insolventie wordt vervolgens betoogd dat alleen sprake kan zijn van bestuurdersaansprakelijkheid indien de foutieve *in control* statement leidt tot een misleidende voorstelling van zaken én de bestuurder hier bewust aan heeft meegewerkt. Concluderend wordt gesteld dat het nut van de verklaring niet zozeer ligt op het juridisch vlak, als wel in de verbetering van de kwaliteit van de informatiesystemen van organisaties.

De Nederlandse Corporate Governance Code (de Code), is voor het eerst ingevoerd in december 2004 met als doel verbeterde transparantie in de jaarrekening, betere verantwoording van de raad van commissarissen en versterking van de zeggenschap en bescherming van aandeelhouders.¹ De Code geeft best practice bepalingen voor bestuurders, de raad van commissarissen, de aandeelhouders en de accountant om tot deugdelijk ondernemingsbestuur te komen. In tegenstelling tot wat veel mensen denken, is de Code niet ontleend aan de Sarbanes-Oxley Act, de Amerikaanse wetgeving op het gebied van governance en control die in 2002 is ingevoerd. De Nederlandse Code is ontleend aan de Britse Cadbury en Greenbury rapporten die in 1992 respectievelijk 1995 zijn verschenen, naar aanleiding van de Britse fraudeschandalen zoals Maxwell, BCCI en Polly Peck. In 2000 zijn de rapporten samengevoegd tot de Britse Combined Code (herzien in 2010). Het belangrijkste verschil tussen de Europese governance codes en de Amerikaanse Sarbanes-Oxley Act, is dat waar in Europa het niet voldoen aan de richtlijnen nog met een toelichting mag worden afgedaan, het zogenaamde *comply or explain*, deze mogelijkheid in de VS niet is toegestaan (daar kent men alleen *comply*).

In 2008 is de Code door de Monitoring Commissie Corporate Governance, ook wel bekend als de Commissie Frijns, geactualiseerd. De herziene Code is op 1 januari 2009 in

werking getreden en omvat naast principes van goed bestuur de volgende rapportageverplichting over de risicobeheersing van de vennootschap in het jaarverslag:

- Een beschrijving van de voornaamste risico's gerelateerd aan de strategie van de vennootschap;
- Een beschrijving van de opzet en werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen met betrekking tot de voornaamste risico's;
- Een beschrijving van eventuele belangrijke tekortkomingen in de interne risicobeheersings- en controlesystemen die in het boekjaar zijn geconstateerd, welke eventuele significante wijzigingen in die systemen zijn aangebracht, welke eventuele belangrijke verbeteringen van die systemen zijn gepland en dat een en ander met de auditcommissie en de raad van commissarissen is besproken;²
- Een verklaring van het bestuur dat de interne risicobeheersings- en controlesystemen ten aanzien van de financiële verslaggevingsrisico's een redelijke mate van zekerheid geven dat de financiële verslaggeving geen onjuistheden van materieel belang bevat en dat de risicobeheersings- en controlesystemen in het verslagjaar naar behoren hebben gewerkt.³

De laatste wordt ook wel de *in control* verklaring genoemd. Tot dusver is de Code alleen verplicht voor beursgenoteerde naamloze vennootschappen. Juridisch gezien

1 www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/corporate-governance.

2 De Nederlandse Governance Code Best Practice Bepaling II 1.4.

3 De Nederlandse Governance Code Best Practice Bepaling II 1.5.

valt de *in control* verklaring onder art. 2:139 BW, dat inhoudt dat bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schade geleden door derden ten gevolge van een misleidend jaarverslag. Hieronder vallen overigens ook de andere rapportageverplichtingen van de Code zoals het beschrijven van de voornaamste risico's en de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen.⁴ Opgemerkt wordt dat het bestuur van de vennootschap ervoor kan kiezen van de bepalingen van de Code af te wijken, indien zij in het jaarverslag de redenen voor deze keuze uiteenzetten. Uit het nalevingsrapport 2009 van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code blijkt desalniettemin dat beursgenoteerde naamloze vennootschappen de bepalingen ten aanzien van interne risicobeheersing goed naleven.⁵

In dit artikel ga ik in op de vraag of een foutieve *in control* verklaring of een van de andere rapportageverplichtingen van de Code in praktijk kan leiden tot het vaststellen van bestuurdersaansprakelijkheid. Ik ben tot deze vraag gekomen enerzijds omdat in de afgelopen twee jaar stemmen zijn opgekomen die beweren dat de *in control* verklaring niets meer is dan 'gebakken lucht' en wijziging of afschaffing van de *in control* verklaring bepleiten. Anderzijds zijn er de nodige juridische hobbels te noemen om de onjuistheid en/of onvolledigheid van een *in control* verklaring aan te tonen en daarnaast bestuurders hiervoor hoofdelijk aansprakelijk te stellen. Tevens is het de vraag of bij het beoordelen van de *in control* verklaring gesteund kan worden op de goedkeurende verklaring van de externe accountant. Ik zal deze aspecten hieronder verder uitwerken.

Is een *in control* verklaring gebakken lucht?

In zijn oratie '*In control*' verklaringen: gebakken lucht of een te koesteren fenomeen? betoogt Paape dat het *in control* zijn van een vennootschap méér omvat dan het benoemen van risico's en het treffen van mitigerende beheersmaatregelen. Volgens Paape vergt het vaststellen van *in control* zijn een oordeel over het gehele management control systeem van de vennootschap. Het management control systeem omvat naast interne risicobeheersing nog vele andere elementen zoals de missie, strategie en doelstellingen van de vennootschap, de cultuur en leiderschapstijl, key performance indicators, bezoldiging van bestuurders, de wijze waarop personeel wordt gemotiveerd, het gebruik van informatie en communicatiesystemen, de wijze waarop wordt gemonitord, het verwerken van feedback en het lerend vermogen van de vennootschap. Naast een oordeel van de afzonderlijke elementen dient ook beoordeeld te worden hoe de samenhang tussen deze elementen wordt gewaarborgd. Dat een oordeel over dit complexe geheel van variabelen niet eenvoudig is, maakt dat het afgeven van

een *in control* verklaring zoals gevraagd in de regelgeving een vrij onmogelijke zaak wordt.⁶ Ondanks dat de *in control* verklaring over de financiële verslaggeving de gebruiker van het jaarverslag feitelijk geen zekerheid geeft, pleit Paape toch de *in control* verklaring te behouden en zelfs op strategisch en operationeel niveau in ere te herstellen. De reden hiervoor is dat Paape het proces voorafgaand aan de *in control* verklaring en de bestuurlijke aandacht voor interne risicobeheersing belangrijker acht dan de inhoud van de *in control* verklaring zelf.

Het afgeven van een *in control* verklaring is een complex proces, dat mede leidt tot vertrouwen in formele systemen dat niet is gerechtvaardigd.

Aanvullend op de oratie van Paape stelt Van de Ven in zijn inaugurele rede *Administratieve Organisatie: praktisch relevant maar ook wetenschappelijk interessant?* dat onderzoeken inherente beperkingen laten zien omtrent het juist onderkennen van relevante bedreigingen en het goed inschatten van de kans op het optreden van risico's: sommige bedreigingen zijn vooraf lastig te herkennen en de kans van optreden van onzekere risico's is vooraf niet vast te stellen. Dit maakt het wel of niet accepteren van een risico een politieke afweging van het management. Het proces van risicomanagement wordt verder beperkt doordat de objectiviteit van degene die de risico's inschat beïnvloed kan worden en doordat de betrouwbaarheid van wiskundige modellen die risicoinschattingen maken vaak wordt overschat. Volgens Van de Ven dreigt een maatschappelijk gesignaleerde tendens van het verschuiven van vertrouwen in mensen naar vertrouwen in abstracte systemen, wat in casu leidt tot een hoge mate van vertrouwen in de formele systemen [waaronder de *in control* verklaring, red.] dat niet gerechtvaardigd is.⁷ Het verplicht stellen van een onmogelijke verklaring zoals de *in control* verklaring leidt volgens Van de Ven tot een verwachtingskloof die zeer schadelijke effecten kan hebben. Schades die ondanks de *in control* verklaring optreden, zullen leiden tot een verdere verlaging van het vertrouwen in mensen, wat wordt gevolgd door een roep om uitbreiding van de interne risicobeheersing. Het belang van de menselijke component in de effectiviteit van interne beheersing wordt hiermee volledig ondergraven. Van de Ven pleit voor het doorbreken van deze negatieve spiraal door de *in control* verklaring af te schaffen.⁸ Samengevat is het nog maar de vraag of een vennootschap in staat is een *in control* verklaring af te geven die de lading dekt. Paape en Van de Ven stellen zelfs dat dat onmogelijk is. Doorredenerend in het geval dat het onmogelijk is een

6 L. Paape, '*In control*' verklaringen: gebakken lucht of een te koesteren fenomeen?, Oratie Nyenrode Universiteit, te vinden op: <http://commissie-corporategovernance.nl/page/downloads/sept2008Prof.dr.L.Paape.pdf>.

7 A. van de Ven, *Administratieve Organisatie: praktisch relevant maar ook wetenschappelijk interessant?*, Oratie Universiteit van Tilburg, p. 43, te vinden op: http://www.accountant.nl/readfile.aspx?ContentID=42569&ObjectID=396766&Type=1&File=0000026600_Oratie_Arco_van_de_Ven.pdf.

8 Idem, p. 46.

4 D.A.M.H.W. Strik, 'De ondertekening van de 'in control'-verklaring en financiële verslaggeving naar Nederlands en Amerikaans recht', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2008-2009*, Deventer: Kluwer 2009, p. 156.

5 Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Nalevingsrapport 2009*, te vinden op www.commissiecorporategovernance.nl.

'deugdelijke' *in control* verklaring af te geven, terwijl de huidige regelgeving dat wel vereist, is het twijfelachtig of een bestuurder aansprakelijk gesteld kan worden als hij zich aan de regelgeving houdt en de *in control* verklaring achteraf niet blijkt te kloppen.

Het juridische aspect van de *in control* verklaring

Aansprakelijkheidstelling van de bestuurder voor het afgeven van een foutieve *in control* verklaring zal geschieden op basis van art. 2:139 BW inzake het misleidende jaarverslag. Daar waar *in control* verklaring staat, kunnen ook de overige rapportageverplichtingen van de Code gelezen worden.

De juistheid van de *in control* verklaring

Om te bepalen of er daadwerkelijk sprake is van aansprakelijkheid heeft Strik het volgende beslissingsmodel opgesteld:⁹

1. Is de inhoud van de *in control* verklaring feitelijk onjuist? Veel vennootschappen bezigen de term 'naar beste weten' in hun verklaring. Het is aan de eisende partij om aan te tonen dat het bestuur niet naar beste weten gehandeld heeft. Dit is in de praktijk heel lastig aan te tonen. Overigens, indien aangetoond kan worden dat een bestuurder weet had van een materiële tekortkoming in het interne risicobeheersings- en controlesysteem of redelijkerwijs van deze tekortkoming had moeten weten en desondanks verklaard *in control* te zijn, is geen *in control* verklaring nodig om bestuurdersaansprakelijkheid vast te stellen: de bestuurder heeft dan sowieso onzorgvuldig gehandeld.

Alleen wanneer een onjuiste *in control* verklaring leidt tot een misleidend jaarverslag kan er sprake zijn van bestuurdersaansprakelijkheid.

2. Geeft het jaarverslag een misleidende voorstelling van de vennootschap als gevolg van de onjuiste *in control* verklaring?

Een onjuiste *in control* verklaring hoeft niet tot gevolg te hebben dat het jaarverslag als geheel een misleidende voorstelling van de vennootschap geeft. Alleen in het geval dat er "welbewust een scheve voorstelling van de toestand van de vennootschap wordt gegeven" is er sprake van een misleidend jaarverslag.¹⁰ Dit zou zich kunnen voordoen op het moment dat een bestuurder weet heeft gehad van een materiële tekortkoming in de interne beheersing en deze uiteindelijk tot een materiële afwijking in de financiële verantwoording heeft geleid. De onjuiste *in control* verklaring heeft dan tevens gevolgen voor de betrouwbaarheid van de financiële verantwoording als geheel.

3. Kan de bestuurder bewijzen dat de onjuiste *in control* verklaring niet aan hem te wijten is?

Een bestuurder die kan aantonen dat hij geen schuld heeft, kan niet aansprakelijk worden gehouden. Een bestuurder kan zich op verschillende wijzen disculperen: allereerst kan hij weigeren de jaarrekening te ondertekenen of in uiterste geval aftreden. Er moet in dat geval voor aftreden geen sprake zijn geweest van nalatigheid in het treffen van maatregelen om de ongewenste gevolgen af te wenden, bijvoorbeeld het tijdig informeren van de auditcommissie of de raad van commissarissen. Een ander verweer is dat de bestuurder geen idee had dat hij een onjuiste *in control* verklaring heeft getekend. De collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur voor het jaarverslag maakt dat de individuele bestuurder niet zomaar aanspraak op dit verweer kan maken: zowel de financiële als de niet-financiële bestuurder moet kunnen aantonen dat hij zich voldoende moeite getroost heeft om de juistheid van de *in control* verklaring vast te stellen door minimaal op hoofdlijnen kennis te nemen van de aanwezige risicobeheersings- en controlesystemen en van de bevindingen en adviezen van interne en externe accountants die onderzoek hebben gedaan naar de effectiviteit van deze systemen.¹¹ Hier eindigt het beslissingsmodel van Strik. Ikzelf voeg hier graag nog aan toe dat de bestuurder zich tevens dient te vergewissen dat belangrijke adviezen door de organisatie zijn opgevolgd.

Een derde beroep op disculpatie is het vertrouwensverweer. Voor grote complexe vennootschappen is het overzichtelijker het *in control* proces op te knippen. Hierbij wordt een sub-*in control* verklaring afgegeven voor de effectiviteit van de interne risicobeheersing op bijvoorbeeld afdelingsniveau of – als er sprake is van een groep – op entiteit- of segmentniveau. Op basis van de sub-*in control* verklaringen stelt het bestuur een overkoepelende *in control* verklaring op. Volgens Mussche¹² zit hier een probleem: bij het opstellen van de *in control* verklaring vertrouwt het bestuur op de informatievoorziening uit de vennootschap, terwijl de interne beheersing juist het risico omvat dat het bestuur onjuiste informatie ontvangt. Bij het beoordelen van de effectiviteit van het interne risicobeheersings- en controlesysteem gebruikt het bestuur dus informatie die voortkomt uit datzelfde systeem. In het geval van sub-*in control* verklaringen is het dus heel goed mogelijk dat een onjuiste *in control* verklaring wordt veroorzaakt doordat de bestuurder heeft vertrouwd op de onjuiste sub-*in control* verklaring van het afdelingshoofd.

De volledigheid van de *in control* verklaring

Naast het feit dat een *in control* verklaring onjuistheden kan bevatten, kan de *in control* verklaring ook onvolledig zijn. Hiervan kan sprake zijn indien het bestuur besluit be-

9 D.A.M.H.W. Strik, a.w., p. 157.

10 D.A.M.H.W. Strik, a.w., p. 158.

11 D.A.M.H.W. Strik, a.w., p. 163.

12 M. Mussche, 'Gerechtigd vertrouwen is geen onbehoorlijk bestuur: het vertrouwensverweer', *Ars Aequi* 2008, p. 790-793.

langrijke (strategische) risico's niet in haar rapportageverplichting mee te nemen, die later een materieel effect op de betrouwbaarheid van de financiële verslaggeving blijken te hebben. Als voorbeeld gebruik ik het jaarverslag 2008 van DSB Bank. Hierbij merk ik op dat DSB Bank geen beursgenoteerde vennootschap is en daarom niet hoeft te voldoen aan de Code. DSB Bank valt wel onder de bepalingen van de Wet financieel toezicht die vergelijkbare of zelfs verdergaande eisen stelt aan de betrouwbaarheid en verantwoording van de interne risicobeheersings- en controlesystemen dan de Code. Om die reden kan het jaarverslag van DSB Bank mijns inziens aan de bepalingen van de Code getoetst worden.

Op 20 juli 2009 wordt het jaarverslag 2008 van DSB Bank in de algemene vergadering van aandeelhouders goedgekeurd. Het verslag van de raad van bestuur gedateerd 29 juni 2009 concludeert dat de vooruitzichten van DSB Bank voor 2009 ondanks de kredietcrisis zelfs goed zijn omdat "de neergelegde basis, te weten een kredietportefeuille van goede kwaliteit en een risico monitoring functie bestaande uit systemen en procedures, in combinatie met de ruime liquiditeit en solvabiliteit, een solide basis vormt voor de toekomst."¹³ Op 19 oktober 2009 verkeert DSB Bank, drie maanden na openbaarmaking van het jaarverslag, in staat van faillissement. Het is de vraag of de gebeurtenissen die hebben geleid tot het faillissement van DSB Bank niet eerder als risico geïdentificeerd en vermeld hadden kunnen en moeten worden in het jaarverslag 2008. Hiervoor wordt gekeken naar het rapport van de Commissie van Onderzoek DSB Bank (het DSB rapport) dat op 23 juni 2010 haar resultaten over de oorzaken van het faillissement van DSB Bank bekend heeft gemaakt:¹⁴

Het verdienmodel van DSB Bank

Een belangrijke oorzaak voor het faillissement van DSB Bank is het verdienmodel van de bank. DSB Bank behaalde een groot deel van haar inkomsten uit hoge provisies op koopsompolissen die een klant bij het verkrijgen van een krediet verplicht was af te nemen. Sinds het bekend worden van de hoge provisies bij het grote publiek eind 2006 (de woekerpolisaffaire) zijn steeds strengere eisen gesteld aan transparantie van kosten en zorgplicht naar consumenten. Desalniettemin hield DSB Bank vast aan het verdienmodel van hoge provisies. Volgens het DSB rapport had DSB Bank reeds in 2006 erkend dat hun verdienmodel door de toekomstige strengere regelgeving en de publieke verontwaardiging onhoudbaar zou zijn met als gevolg dat – bij het ontbreken van een alternatieve inkomstenbron – de resultaten van DSB Bank onder druk zouden komen te staan. Deze situatie werd in maart 2009 werkelijkheid, toen DSB Bank onder zware druk de verkoop van koopsompolissen moest staken. In het jaarverslag 2008 wordt geen melding gemaakt van mogelijke continuïteitsproblemen als gevolg

van het verdienmodel van de bank en het ontbreken van alternatieven om de mogelijke inkomstendalingen op te vangen.

De kwaliteit van de hypotheekportefeuille

De woekerpolisaffaire heeft voor veel banken en verzekeraars tot gevolg gehad dat zij een schikking met gedupeerde polishouders hebben moeten treffen. DSB Bank verkocht als tussenpersoon koopsompolissen aan haar hypotheekhouders, waarbij DSB Bank een hoge provisie (gemiddeld rond de 50%) opstreek. DSB Bank betaalde de betreffende koopsommen aan de verzekeraar door de hypotheek van haar klanten in één keer met de gehele koopsom te verhogen. Hierdoor stegen de hypotheek van DSB Bank hypotheekhouders vaak boven de marktwaarde van de woning uit (overkreditering) met als gevolg dat veel DSB Bank hypotheekhouders de hypotheeklasten niet meer konden betalen of na verkoop van de woning met een restschuld bleven zitten. Deze situatie was in 2008 bij DSB Bank bekend. Een jaar na het faillissement van DSB Bank blijkt dat minimaal € 100 miljoen nodig is om de klachten van gedupeerde hypotheekhouders van DSB Bank adequaat af te handelen.¹⁵ In het jaarverslag 2008 maakt DSB Bank geen melding van de klachten van gedupeerde hypotheekhouders. Daarnaast heeft DSB Bank in de jaarrekening 2008 geen (toereikende) voorziening opgenomen voor reductie van schulden, terwijl door verschillende verzekeringsmaatschappijen op dat moment wel al schikkingen met gedupeerde polishouders werden getroffen en in de jaarrekening werden voorzien. Ook wordt anderszins geen melding gemaakt van problemen met de kwaliteit van de hypotheekportefeuille (bijvoorbeeld in de paragraaf gebeurtenissen na balansdatum).

Leningen DSB Beheer

Uitmo 2008 heeft DSB Bank bijna € 75 miljoen aan leningen aan DSB Beheer (de moedermaatschappij) verstrekt. Deze leningen staan in het jaarverslag 2008 nominaal op de balans gewaardeerd. Een deel van de leningen heeft betrekking op de aankoop van twee intermediairbedrijven door DSB Beheer in 2007. Deze bedrijven zouden eerst door DSB Bank aangekocht worden, echter weigerde De Nederlandse Bank (DNB) een verklaring van geen bezwaar af te geven omdat de aankopen te veel zouden drukken op de solvabiliteit van DSB Bank. De intermediairbedrijven zijn vervolgens door DSB Beheer aangekocht, waarbij DSB Bank de aankopen heeft gefinancierd met een lening. In 2008 heeft DSB Beheer een aantal deelnemingen van DSB Bank verkocht aan andere dochterondernemingen van DSB Beheer. De verkoop is gefinancierd door DSB Bank die de vordering op DSB Beheer in 2008 verhoogde met € 30 miljoen. De leningen van DSB Bank aan DSB Beheer waren vooral bedoeld om de uitgaven aan de voetbalclub AZ en het Scheringamuseum te kunnen blijven financieren. Daarbij was de aflossingscapaciteit van DSB Beheer afhankelijk

¹³ Jaarverslag DSB Bank NV 2008, p. 10.

¹⁴ Rapport van de Commissie van Onderzoek DSB Bank. Den Haag 23 juni 2010, te vinden op: <http://www.fd.nl/csFdArtikelen/WEB-HFD/y2010/m06/d29/16787954>.

¹⁵ NOS Nieuws 19 oktober 2010: Veel meer DSB klanten met klachten, te vinden op: <http://nos.nl/artikel/192404-veel-meer-dsbklanten-met-klachten.html>.

van haar inkomstenbronnen, die weer voor een groot deel bestonden uit dividendopbrengsten van DSB Bank. In het DSB rapport vraagt de Commissie zich af of de externe accountant de nominale waardering van de lening ultimo 2008 niet had moeten bekritisieren. In het jaarverslag 2008 is geen informatie opgenomen waaruit bovenstaande situatie blijkt of wordt toegelicht, namelijk dat DSB Bank de activiteiten van DSB Beheer feitelijk financierde en dat het risico dat de geleende sommen niet terugbetaald konden worden ultimo 2008 reeds aannemelijk was.

Gevolgen voor het jaarverslag

Bovenstaande feiten betekenen niet dat het jaarverslag en de gepresenteerde cijfers van DSB Bank ultimo 2008 onjuist waren of dat het opnemen van deze feiten in het jaarverslag 2008 tot een andere financiële verantwoording hadden geleid. Echter, het opnemen van informatie zoals het risico van het DSB Bank verdienmodel voor de continuïteit van de bank, de kwaliteit van de hypotheekportefeuille en de feitelijke relatie tussen DSB Bank en DSB Beheer, zou tot gevolg kunnen hebben gehad dat belanghebbenden na het lezen van het jaarverslag 2008 van DSB Bank tot andere inzichten zouden zijn gekomen. Met andere woorden: door het niet volledig verschaffen van belangrijke informatie die een materieel effect op de continuïteit van de organisatie en de betrouwbaarheid van de financiële verslaggeving kunnen hebben, heeft DSB Bank mogelijk bewust een misleidende voorstelling van zaken gegeven. Deze omstandigheid wordt versterkt doordat in de passage gebeurtenissen na balansdatum geen aanvullende informatie is verstrekt over bovengenoemde zaken en er een 'schone' verklaring door de externe accountant is afgegeven. Dit terwijl op het moment dat het jaarverslag wordt getekend – 29 juni 2009 – reeds bekend is dat het verdienmodel van DSB Bank onhoudbaar is geworden, de klachten van hypotheekhouders zeer waarschijnlijk zouden resulteren in compenserende maatregelen door DSB Bank en gezien kon worden dat de inkomsten van DSB Beheer (door teruglopende dividendopbrengsten en transferopbrengsten van voetballers) onvoldoende zouden zijn om de lening aan DSB Bank af te lossen.

Het bewust weglaten van belangrijke informatie, c.q. een onvolledige *in control* verklaring, zou tevens tot bestuurdersaansprakelijkheid kunnen leiden.

Kan een bestuurder door het weglaten van belangrijke informatie aansprakelijk worden gesteld? Het is niet vastgesteld dat de jaarrekening over 2008 zal moeten worden herzien, immers het weglaten van bovengenoemde feiten hoeft geen materieel effect op de financiële verantwoording over 2008 te hebben gehad. Echter, door het weglaten van de informatie is mogelijk "welbewust een scheve voorstelling van de toestand van de vennootschap gegeven". Wil een bestuurder aansprakelijk gesteld worden voor het niet volledig verschaffen van informatie dient, mijns inziens, aan de volgende criteria voldaan te worden:

1. Er is een causaal verband tussen de weggelaten infor-

matie en de betrouwbaarheid van de financiële verantwoording van de organisatie als geheel; en

2. De bestuurder heeft door het weglaten van de betreffende informatie welbewust een misleidende voorstelling van de toestand van de vennootschap willen creëren.

Deze criteria wijken niet veel af van de criteria om de juistheid van de *in control* verklaring vast te stellen. Belangrijk verschil is dat met de juistheid van de *in control* verklaring wordt vastgesteld dat de vermelde informatie inhoudelijk klopt. Bij het vaststellen van de volledigheid van de *in control* verklaring is de essentie dat geen belangrijke informatie is weggelaten, bijvoorbeeld geconstateerde materiële tekortkomingen in de interne beheersing, maar ook significante risico's die de continuïteit en de betrouwbaarheid van de financiële verslaggeving kunnen beïnvloeden.

De rol van de externe accountant

Aan het begin van dit artikel heb ik de vraag gesteld of voor het beoordelen van de *in control* verklaring gesteund kan worden op de goedkeurende verklaring van de accountant. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, zal eerst gekeken moeten worden naar de taken en verantwoordelijkheden van de externe accountant ten aanzien van het jaarverslag. In een jaarrekeningcontrole is de externe accountant primair verantwoordelijk voor de controle van de betrouwbaarheid van de financiële verantwoording van de vennootschap (de jaarrekening). Tevens is de externe accountant verantwoordelijk om – voor zover hij kan beoordelen – vast te stellen dat het jaarverslag conform BW Titel 9 is opgesteld en geen materiële tekortkomingen of tegenstrijdigheden met de jaarrekening bevat. Ten aanzien van de *in control* verklaring, de risicoparagraaf en de beschrijving van de belangrijkste interne beheersingssystemen, heeft de accountant de additionele verantwoordelijkheid om vast te stellen dat de in de Code voorgeschreven mededelingen en gegevens in de *in control* verklaring zijn opgenomen en deze verenigbaar zijn met jaarrekening en het jaarverslag.¹⁶

Hier zit een probleem: om te beoordelen of het jaarverslag en de *in control* verklaring verenigbaar zijn met de jaarrekening, baseert de externe accountant zich op de bevindingen die zijn voortgekomen uit zijn controlewerkzaamheden ten aanzien van de financiële verslaggeving. De externe accountant controleert dus niet het totale interne risicobeheersings- en controlesysteem van een vennootschap, terwijl het bestuur daar wel een uitspraak over doet. Hetzelfde geldt voor de risicoparagraaf: de Code vereist een uitspraak over de voornaamste risico's met betrekking tot de strategie van de vennootschap en een beschrijving van de opzet en werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen. Voor de wettelijke controle beoordeelt de externe accountant alleen welke risico's een materiële afwijking in de jaarrekening van dat jaar tot gevolg kunnen

16 NIVRA Praktijkhandleiding 1109: De verantwoordelijkheid van de accountant bij de toetsing van in het jaarverslag opgenomen corporate governance-informatie.

hebben (verslaggevingsrisico's). De overige risico's kan de externe accountant alleen op hoofdlijnen beoordelen.

Concluderend kan gesteld worden dat een goedkeurende accountantsverklaring naar aanleiding van een wettelijke controle geen garantie is voor een betrouwbare *in control* verklaring. Natuurlijk zal de externe accountant controleren dat de *in control* verklaring geen tegenstrijdigheden met zijn bevindingen uit de wettelijke controle bevat, echter daarmee heeft de externe accountant niet het totale interne risicobeheersings- en controlesysteem van de vennootschap gecontroleerd. Wie meer zekerheid wil over de totstandkoming van de *in control* verklaring, kan de externe accountant om een additioneel assurance rapport vragen. Deze werkzaamheden vormen in ieder geval geen onderdeel van de reguliere accountantscontrole.

Conclusie

Heeft de *in control* verklaring toegevoegde waarde in het vaststellen van bestuurdersaansprakelijkheid? Het antwoord is niet eenduidig te geven. Allereerst is beredeneerd dat alleen al het verklaren dat een vennootschap *in control* is, een complexe, zo niet onmogelijke opgave is. Juridisch zal een onjuistheid in de *in control* verklaring alleen tot bestuurdersaansprakelijkheid leiden als het jaarverslag als geheel een misleidende voorstelling geeft én de onjuiste *in control* verklaring aan de bestuurder te wijten valt. Ook het vaststellen van bestuurdersaansprakelijkheid op basis van een onvolledige *in control* verklaring zal mijns inziens alleen slagen indien een direct causaal verband wordt aangetoond tussen de omissie in de *in control* verklaring en de schade geleden door derden én dat de bestuurder willens en wetens een misleidende voorstelling van de toestand van de vennootschap heeft willen creëren. In praktijk nog best een lastige klus!

Bovenstaand betekent niet dat de *in control* verklaring helemaal geen nut heeft in het kader van bestuurdersaan-

sprakelijkheid: een bestuurder die een 'schone' *in control* verklaring tekent terwijl op dat moment al belangrijke tekortkomingen in de interne risicobeheersings- en controlesystemen zijn geconstateerd, zou zijn verklaring nog wel eens tegen zich gebruikt kunnen zien. Toch zal het altijd aan de specifieke omstandigheden en de formulering van de verklaring liggen of de bestuurder ook daadwerkelijk aansprakelijk gesteld kan worden.

De wettelijke controle van de accountant geeft geen garantie voor een betrouwbare *in control* verklaring.

De waarde van de *in control* verklaring ligt mijns inziens dan ook niet op het vlak van bestuurdersaansprakelijkheid. In het algemeen kan gesteld worden dat met de *in control* verklaring de bestuurlijke aandacht voor interne beheersing is toegenomen en dat veel vennootschappen ondanks dat zij niet volledig *in control* zijn, een grote kwaliteitsslag in hun interne risicobeheersings- en controlesystemen hebben doorgevoerd. De keerzijde van de medaille is dat het maatschappelijk verkeer wel erg de nadruk legt op certificeringsmiddelen zoals de *in control* verklaring en daarmee steeds minder vertrouwt op de integriteit van mensen in de vennootschap. Te veel procedures en regels maken dat mensen meer en meer zullen gaan handelen conform de letter van de wet, daar waar de vennootschap misschien meer gebaat is bij menselijk handelen en flexibiliteit.

Over de auteur

Drs. J. Brouwer RA is als accountant werkzaam bij de Horatio Assurance Group. Zij houdt zich hier bezig met forensic investigation en faillissementsonderzoeken in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid, alsook afhandeling van schadezaken bij wanprestatie en (on)rechtmatige daad. Hiervoor is zij zes jaar werkzaam geweest bij KPMG als forensisch accountant en specialist op het gebied van internal audit en internal control.