



Universiteit
Leiden
The Netherlands

In control-regelingen in Nederland en de Verenigde Staten: een vergelijkende analyse

Koster, H.; Lycklama à Nijeholt, M.P.; Verdoes, T.L.M.

Citation

Koster, H., Lycklama à Nijeholt, M. P., & Verdoes, T. L. M. (2021). In control-regelingen in Nederland en de Verenigde Staten: een vergelijkende analyse. *Onderneming En Financiering*, 29(2), 20-30. doi:10.5553/OenF/157012472021029002003

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3277130>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

In control-regelingen in Nederland en de Verenigde Staten: een vergelijkende analyse*

H. Koster, M.P. Lycklama à Nijeholt & T.L.M. Verdoes

1 Inleiding

De door de Minister van Financiën en de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties op 18 december 2018 ingestelde Commissie toekomst accountancysector (hierna: CTA) had tot taak onderzoek te doen naar en te adviseren over de vraag hoe de kwaliteit van wettelijke controles van accountants duurzaam verbeterd kan worden, welke beleids- of wetswijzigingen daarvoor wenselijk zijn en of die wijzigingen juridisch haalbaar zijn.¹ De CTA heeft op 17 januari 2020 (gepubliceerd op 20 januari 2020) haar eindrapport uitgebracht. In dit rapport, 'Vertrouwen op controle', bespreekt de CTA een aantal maatregelen die de kwaliteit van de wettelijke controles door accountants kunnen verbeteren. Zo is de CTA voorstander van het afgeven van een *in control*-verklaring en controle daarvan door de accountant.² In dit artikel onderzoeken wij de nu al bestaande *in control*-regelingen in Nederland en vergelijken die met de bestaande wettelijke regeling van de *in control*-verklaring in de Verenigde Staten (hierna: VS). Ook beantwoorden wij de vraag in hoeverre er verschillen tussen beide rechtsstelsels op dit terrein bestaan.

2 Waarom is in control belangrijk

Een eerste vraag die gesteld kan worden, is wat *in control* zijn eigenlijk betekent. Bij in control zijn kan worden gedacht aan zicht hebben op of voorbereid zijn op de toekomst. Wat zou er kunnen gebeuren en hoe kunnen we ons daartegen wapenen? Een verdergaande betekenis is die van beheersing, het in de hand hebben van en het kunnen doen van voorspellingen over de toekomst, in de zin van 'ons kan niets gebeuren'. Hoewel de betekenis van in control verschillend kan zijn, roept het in control zijn in een verantwoordingsperspectief een essentiële vraag op: in hoeverre kunnen ondernemingen verantwoord en controleerbaar 'in control' zijn? Kunnen we van ondernemingen verwachten dat zij op een verantwoorde wijze een *in control*-verklaring afleggen, en wat betekent dat dan precies? Deze vraag gaat vooraf aan en beïnvloedt mede het uiteindelijke oordeel over de eventuele invoering van een vorm van *in control*-verklaring. Voor het antwoord op de vraag of we van ondernemingen kunnen verwachten dat zij op een verantwoorde wijze een *in control*-verklaring kunnen afleggen, en wat dat dan precies betekent, zijn de opzet

* Voor dit artikel is geput uit een nog te verschijnen wetenschappelijk rapport waar de auteurs aan mee hebben gewerkt.

1 De Instellingsregeling Commissie toekomst accountancysector (Stcrt. 2019, 105).

2 CTA, Vertrouwen op controle, 2020, punt 373, p. 98.

en de werking van de processen van de jaarverslaggeving en de accountantscontrole van belang.

De American Accounting Association duidt *accounting* (jaarverslaggeving) aan als: ‘the process of identifying, measuring and communicating economic information to permit informed judgements and decisions by users of the information’.³ Accounting genereert informatie voor (betere) besluitvorming. Doel van de accountantscontrole van een jaarrekening is het verschaffen van zekerheid over de getrouwheid ervan, opdat de ondernemingsleiding en stakeholders de jaarrekening kunnen gebruiken voor hun beslissingen. De kwaliteit van de informatie die accountants gebruiken voor hun controlewerkzaamheden is (mede) afhankelijk van de kwaliteit van de door cliënten aangeleverde informatie. Die informatie is op haar beurt weer afhankelijk van de kwaliteit van de interne risicobeheersings- en controlesystemen.

De Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (hierna: COSO) definieert in haar COSO Framework interne risicobeheersings- en controlesystemen als volgt: ‘a process effected by an entity’s board of directors, management and other personnel, designed to provide reasonable assurance regarding the achievement of objectives relating to operations, reporting and compliance’.⁴ De implementatie van interne risicobeheersings- en controlesystemen brengt kosten met zich mee, maar er zijn ook duidelijke voordelen aan verbonden. Onderzoek toont aan dat een kwalitatief goede interne beheersing onder andere samenhangt met efficiëntere investeringsbeslissingen, een lager operationeel risico en beter voorraadmanagement.⁵ Ook komt winstmanipulatie minder voor bij entiteiten met betere interne beheersingsmaatregelen en van dergelijke entiteiten zijn de jaarrekeningen informatiever.⁶ Betere interne beheersingsmaatregelen gaan vaak samen met een hogere kwaliteit van verslaggeving.⁷ Goed functionerende interne risicobeheersings- en controlesystemen zijn derhalve cruciaal voor goed ondernemingsbestuur.

3 American Accounting Association, A statement of basic accounting theory, 1966.

4 J. Stephen McNally, The 2013 COSO Framework & SOX Compliance: One approach to an effective transition, Strategic Finance, juni 2013, p. 4. Te raadplegen op www.coso.org/documents/COSO%20McNallyTransition%20Article-Final%20COSO%20Version%20Proof_5-31-13.pdf.

5 Zie J. Bédard, N. Glaudemans, M. Jans, M. van Peteghem, A. Renders, C. Schelleman, & L. Zou, FAR literature review – Internal controls, 2019, p. 4, waar wordt verwezen naar meerdere studies hierover. Dit is te raadplegen op <https://foundationforauditingresearch.org/files/far-project-2017b03-bedard---literature-review-1591969574.pdf>.

6 Zie Bédard e.a. 2019, p. 4, waar wordt verwezen naar meerdere studies hierover.

7 Zie Bédard e.a. 2019, p. 4, waar wordt verwezen naar meerdere studies hierover. Zie voorts ook J. Bouwens, The relation between Auditors and Auditees. How does the Regulator affect that relation under SOX? (UVA working paper), 2020, p. 4-5.

3 In control in Nederland

3.1 Wettelijke bepalingen

In Nederland kennen we een aantal wettelijke en codebepalingen over risico's en interne risicobeheersings- en controlesystemen. Zo schrijven art. 2:141 lid 2 en 2:251 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) voor dat het bestuur ten minste één keer per jaar de raad van commissarissen (hierna: RvC) schriftelijk op de hoogte stelt van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap.⁸ Deze artikelen zijn van toepassing op zowel beursgenoteerde als niet-beursgenoteerde vennootschappen die een RvC hebben ingesteld.

Daarnaast is art. 2:391 BW relevant. Op basis van het eerste lid van dit artikel dient het bestuursverslag een getrouw beeld te geven van de toestand op de balansdatum, de ontwikkeling gedurende het boekjaar en de resultaten van de rechtspersoon en van de groepsmaatschappijen waarvan de financiële gegevens in zijn jaarrekening zijn opgenomen. Het bestuursverslag bevat, in overeenstemming met de omvang en de complexiteit van de rechtspersoon en groepsmaatschappijen, een evenwichtige en volledige analyse van de toestand op de balansdatum, de ontwikkeling gedurende het boekjaar en de resultaten. Indien noodzakelijk voor een goed begrip van de ontwikkeling, de resultaten of de positie van de rechtspersoon en groepsmaatschappijen, omvat de analyse zowel financiële als niet-financiële prestatie-indicatoren, met inbegrip van milieu- en personeelsaangelegenheden. Het bestuursverslag geeft tevens een beschrijving van de voornaamste risico's en onzekerheden waarmee de rechtspersoon wordt geconfronteerd.

Voorts is vereist op grond van het tweede en derde lid van art. 2:391 BW dat in het bestuursverslag bepaalde mededelingen worden gedaan. Op basis van het tweede lid betreft dit mededelingen over de verwachte gang van zaken; daarbij wordt, voor zover gewichtige belangen zich hiertegen niet verzetten, in het bijzonder aandacht besteed aan de investeringen, de financiering en de personeelsbezetting en aan de omstandigheden waarvan de ontwikkeling van de omzet en van de rentabiliteit afhankelijk is. Mededelingen worden voorts gedaan omtrent de werkzaamheden op het gebied van onderzoek en ontwikkeling. Vermeld wordt ook hoe bijzondere gebeurtenissen waarmee in de jaarrekening geen rekening behoeft te worden gehouden, de verwachtingen hebben beïnvloed. Ook dienen op basis van het derde lid van art. 2:391 BW ten aanzien van het gebruik van financiële instrumenten door de rechtspersoon en voor zover dit van betekenis is voor de beoordeling van zijn activa, passiva, financiële toestand en resultaat, de doelstellingen en het beleid van de rechtspersoon inzake risicobeheer te worden vermeld. Daarbij wordt aandacht besteed aan het beleid inzake de afdekking van risico's verbonden aan alle belangrijke soorten voorgenomen transacties. Voorts wordt aandacht besteed aan de door de rechtspersoon gelopen prijs-, krediet-, liquiditeits- en kasstroomrisico's.

8 Op basis van de nog niet van kracht zijnde art. 2:47 lid 11 en 2:292a lid 11 BW van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen gaat dit ook gelden voor de andere Boek 2 BW-rechtspersonen. Deze wet treedt in werking op 1 juli 2021.

Op basis van het vijfde lid van art. 2:391 BW kunnen bij algemene maatregel van bestuur nadere voorschriften worden gesteld omtrent de inhoud van het bestuursverslag, waaronder een verklaring inzake corporate governance. Deze voorschriften kunnen in het bijzonder betrekking hebben op naleving van een in de algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gedragscode en op de inhoud, de openbaarmaking en het accountantsonderzoek van een verklaring inzake corporate governance en een niet-financiële verklaring.⁹ Deze algemene maatregel van bestuur is het Besluit inhoud bestuursverslag, dat ziet op beursgenoteerde entiteiten. Art. 3a van dit Besluit bepaalt dat de vennootschap mededeling doet omtrent de belangrijkste kenmerken van het beheers- en controlesysteem van de vennootschap in verband met het proces van financiële verslaggeving van de vennootschap en van de groep waarvan de financiële gegevens in de jaarrekening zijn opgenomen.¹⁰ Art. 3a van dit Besluit schrijft voor dat een accountant dient na te gaan of de verklaring inzake corporate governance overeenkomstig dit besluit is opgesteld en met de jaarrekening verenigbaar is, en of de verklaring, in het licht van tijdens het onderzoek van de jaarrekening verkregen kennis en begrip omtrent de rechtspersoon en zijn omgeving, materiële onjuistheden bevat. Door deze vastlegging in het Besluit inhoud bestuursverslag is er geen ruimte meer voor bestuurders om op basis van ‘comply or explain’ hier gemotiveerd van af te wijken.

Ten slotte noemen wij de periodieke verplichtingen voor uitgevende instellingen. In art. 5:25c van de Wet op het financieel toezicht (Wft) is vastgelegd dat in de jaarlijkse financiële verslaggeving van deze instellingen in het bestuursverslag de wezenlijke risico's waarmee de uitgevende instelling wordt geconfronteerd, zijn beschreven. Op basis van art. 5:25d Wft geldt voor de halfjaarlijkse financiële verslaggeving dat het halfjaarlijks bestuursverslag een beschrijving geeft van de voornaamste risico's en onzekerheden voor de overige zes maanden van het desbetreffende boekjaar.

3.2 Code-bepalingen

De Nederlandse Corporate Governance Code (hierna: NCGC) bevat ook enkele relevante principes en *best practice* bepalingen over risico's en interne beheersingsystemen. De principes kunnen worden opgevat als breedgedragen algemene opvattingen over goede corporate governance. De principes zijn uitgewerkt in *best practice* bepalingen. De *best practices* betreffen normen voor het gedrag van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders. Zij geven de ‘best practice’ weer en zijn een invulling van de algemene beginselen van goede corporate governance. Vennootschappen kunnen hiervan gemotiveerd afwijken, tenzij het Besluit inhoud bestuursverslag dat niet toestaat.

9 Dit als bedoeld in Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanvullende verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (PbEU 2013, L 182).

10 Dit is opgenomen naar aanleiding van Richtlijn 2006/46/EG.

Zo bepaalt principe 1.2 dat de vennootschap over adequate interne risicobeheersings- en controlesystemen dient te beschikken. Het bestuur is verantwoordelijk voor het identificeren en beheersen van de risico's verbonden aan de strategie en de activiteiten van de vennootschap. Het bestuur inventariseert en analyseert de risico's die verbonden zijn aan de strategie en de activiteiten van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur stelt de risicobereidheid vast en besluit welke maatregelen tegenover de risico's worden gezet (best practice bepaling 1.2.1). Op basis van de risicobeoordeling ontwerpt, implementeert en onderhoudt het bestuur adequate interne risicobeheersings- en controlesystemen. Deze systemen worden voor zover relevant geïntegreerd in de werkprocessen binnen de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en zijn bekend bij diegenen voor wier werk zij relevant zijn (best practice bepaling 1.2.2). Het bestuur monitort de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen en voert ten minste jaarlijks een systematische beoordeling uit van de opzet en de werking van de systemen. Deze monitoring heeft betrekking op alle materiële beheersingsmaatregelen, gericht op strategische, operationele, compliance- en verslaggevingsrisico's. Hierbij wordt onder meer rekening gehouden met geconstateerde zwaktes, misstanden en onregelmatigheden, signalen van klokkenluiders, geleerde lessen en bevindingen van de interne auditfunctie en externe accountant. Waar nodig worden verbeteringen in interne risicobeheersings- en controlesystemen doorgevoerd (best practice bepaling 1.2.3).

Principe 1.4 bepaalt dat het bestuur verantwoording aflegt over de effectiviteit van de opzet en werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen. Op grond van best practice bepaling 1.4.1 bespreekt het bestuur de effectiviteit van de opzet en de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen als bedoeld in best practice bepalingen 1.2.1 tot en met 1.2.3 met de auditcommissie en legt daarover verantwoording af aan de RvC. Het bestuur legt, zo bepaalt best practice bepaling 1.4.2, in het bestuursverslag verantwoording af over:

- 1 de uitvoering van de risicobeoordeling met een beschrijving van de voornaamste risico's waarvoor de vennootschap zich geplaatsd ziet in relatie tot haar risicobereidheid. Hierbij kan worden gedacht aan strategische, operationele, compliance- en verslaggevingsrisico's;
- 2 de opzet en werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen over het afgelopen boekjaar;
- 3 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 voorzien, en dat deze onderwerpen besproken zijn met de auditcommissie en de RvC; en
- 4 de gevoeligheid van de resultaten van de vennootschap voor materiële wijzigingen in externe omstandigheden.

Van belang is dat het bij de in punt 1 genoemde voornaamste risico's niet gaat om een uitputtende uiteenzetting van alle mogelijke risico's, maar om een weergave van de belangrijkste risico's waarvoor de vennootschap zich geplaatsd ziet. De beschrijving van de voornaamste risico's in punt 1 sluit aan bij de in art. 2:391 BW

voorgeschreven risicoparagraaf en op de beschrijving van wezenlijke risico's in het kader van art. 5:25c Wft.

Op grond van best practice bepaling 1.4.3 verklaart het bestuur in het bestuursverslag met een duidelijke onderbouwing dat:

- 1 het verslag in voldoende mate inzicht geeft in tekortkomingen in de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen;
- 2 voornoemde systemen een redelijke mate van zekerheid geven dat de financiële verslaggeving geen onjuistheden van materieel belang bevat;
- 3 het naar de huidige stand van zaken gerechtvaardigd is dat de financiële verslaggeving is opgesteld op *going concern*-basis; en
- 4 in het verslag de materiële risico's en onzekerheden zijn vermeld die relevant zijn ter zake van de verwachting van de continuïteit van de vennootschap voor een periode van twaalf maanden na opstelling van het verslag.

Bij deze best practice bepaling is het de bedoeling dat het bestuur ook vooruitblijkt naar de risico's die relevant zijn voor de continuïteit van de vennootschap. Het betreft zowel gesignaleerde materiële tekortkomingen als materiële risico's en onzekerheden die redelijkerwijs zijn te voorzien op het moment dat de verklaring wordt gegeven.¹¹

Voor de RvC geldt op grond van principe 1.5 dat hij toezicht houdt op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hierbij richt de RvC zich tevens op de effectiviteit van de interne risicobeheersings- en controlesystemen van de vennootschap en de integriteit en kwaliteit van de financiële verslaggeving. De RvC bespreekt de onderwerpen waarover de auditcommissie op basis van best practice bepaling 1.5.3 verslag uitbrengt. Dit ziet op de effectiviteit en de opzet en de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen, de wijze waarop de effectiviteit van het interne en externe auditproces is beoordeeld, materiële overwegingen inzake de financiële verslaggeving, en de wijze waarop de materiële risico's en onzekerheden zijn geanalyseerd en besproken, en wat de belangrijkste bevindingen van de auditcommissie zijn.

Op grond van best practice bepaling 1.5.1 bereidt de auditcommissie de besluitvorming van de RvC voor over het toezicht op de integriteit en kwaliteit van de financiële verslaggeving van de vennootschap en op de effectiviteit van de interne risicobeheersings- en controlesystemen van de vennootschap. Zij richt zich onder meer op het toezicht op het bestuur ten aanzien van de relatie met en de naleving van aanbevelingen en opvolging van opmerkingen van de interne auditor en de externe accountant. Op grond van best practice bepaling 1.5.3 brengt de auditcom-

11 NCGC 2016, p. 43 e.v.

missie verslag uit aan de RvC over haar beraadslaging en bevindingen. In dit verslag wordt in ieder geval vermeld:

- 1 de wijze waarop de effectiviteit en de opzet en de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen, bedoeld in best practice bepalingen 1.2.1 tot en met 1.2.3, is beoordeeld;
- 2 de wijze waarop de effectiviteit van het interne en externe auditproces is beoordeeld;
- 3 materiële overwegingen inzake de financiële verslaggeving; en
- 4 de wijze waarop de materiële risico's en onzekerheden, bedoeld in best practice bepaling 1.4.3, zijn geanalyseerd en besproken, en wat de belangrijkste bevindingen van de auditcommissie zijn.

4 In control in de VS

In de VS wordt de Sarbanes-Oxley Act (hierna: SOX) wel beschouwd als de grootste aanpassing van het vennootschaps- en financieel recht sinds de Securities and Exchange-wetgeving uit de jaren dertig van de vorige eeuw. SOX is mede een reactie op de misstanden. Tijdens de behandeling in het Huis van Afgevaardigden en de Senaat speelde de Enron-affaire en daar kwam de teloorgang van WorldCom nog bovenop. Bijna unaniem gingen beide Kamers van het Congres daardoor akkoord met SOX. Tijdens de hoorzittingen kwamen allerlei problemen aan het licht, waaronder onvoldoende toezicht op accountants, belangenverstrengeling, onvoldoende onafhankelijkheid van accountants, creatief boekhouden, fraude en een niet-transparante verslaggeving. Niet alleen de direct betrokkenen, ook andere partijen in de *equity value chain* werden in de analyse en wetgeving meegenomen, zoals banken, beleggingsanalisten en kredietbeoordelaars. Onderdeel van de SOX-wetgeving is een wettelijke in control-verklaring.

De in dit kader relevante belangrijke bepalingen van SOX zijn art. 302, 404 en 906. Op grond van art. 302 SOX dienen de CEO en de CFO in ieder jaarverslag of kwartaalverslag bepaalde verklaringen ('certify') af te leggen met betrekking tot interne controles, hun verantwoordelijkheid daarvoor en 'disclosures' daarover, en te verklaren dat naar hun wetenschap de financiële overzichten en andere financiële informatie in het verslag in alle materiële opzichten de financiële toestand en de bedrijfsresultaten van de uitgevende instelling getrouw weergeven.¹² Op basis van art. 404 SOX dient het jaarverslag van beursgenoteerde ondernemingen een 'internal control report' te bevatten, waarin:

- 1 de verantwoordelijkheid van het management voor het opzetten en onderhouden van een adequate interne controlestructuur en procedures voor financiële rapportage wordt toegelicht;¹³ en

12 G.T.M.J. Raaijmakers & O.M. Buma, In control statement, in: J.B.S. Hijink, M.P. Nieuwe Weme, G.P. Oosterhoff & L. in 't Veld (red.), Handboek Jaarrekeningenrecht (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 164), Deventer: Wolters Kluwer 2020, hoofdstuk 38, p. 882.

13 Raaijmakers & Buma 2020, p. 882.

- 2 per het einde van het laatste boekjaar een beoordeling is opgenomen van de effectiviteit van de interne controlestructuur en de procedures van de uitgaande instelling voor de financiële verslaggeving.¹⁴

Het in punt 2 genoemde betreft een ‘echte’ in control-verklaring:

‘requiring each annual report required by (...) to contain an internal control report, which shall (1) (...);^[15] and (2) contain an assessment as of the end of the most recent fiscal year of the issuer, of the effectiveness of the internal control structure and procedures of the issuer for financial reporting’.¹⁶

Daarbij dient tevens te worden aangegeven welk algemeen geaccepteerd raamwerk is gehanteerd als basis voor deze conclusie. Op basis van een interpretatie van de Securities and Exchange Commission (SEC) is het COSO Internal Control-Integrated Framework (2013) daarvoor thans aangeduid als geschikt en daardoor ook veelal het gebruikte referentiekader.¹⁷ Ook moeten materiële tekortkomingen in de *internal controls over financial reporting* worden toegelicht.

De accountant moet hierover een verklaring afgeven. Er is een specifieke controlestandaard hiervoor. De accountant moet in een *integrated audit opinion* naast zijn conclusie over de betrouwbaarheid van de financiële verslaggeving ook een eigen conclusie opnemen over de effectiviteit van de interne controls over financial reporting per ultimo boekjaar, gebaseerd op hetzelfde referentiekader als door de onderneming wordt gehanteerd.¹⁸ Bepaalde, kleinere, gecontroleerde entiteiten zijn overigens uitgezonderd van het vereiste dat de accountant hierover een verklaring moet afgeven.¹⁹ Verdedigd wordt evenwel dat de controle door de accountant belangrijker is dan de in control-verklaring zelf.²⁰

In de literatuur is over art. 404 SOX het volgende opgemerkt: ‘What SOX section 404 did was to force disclosure of IC weaknesses, and then to rely on pressures that flow from such disclosures to cause companies to improve their systems.’²¹

Ten slotte is art. 906 SOX relevant. Dit artikel bevat strafrechtelijke sancties voor het certificeren van misleidende of frauduleuze financiële verslaggeving door be-

14 Het betreft hier aldus een ‘echte’ in control-verklaring: ‘the effectiveness of the organization’s internal controls’.

15 Dit ziet op de toelichting op de verantwoordelijkheid van het management voor het opzetten en onderhouden van een adequate interne controlestructuur en procedures voor financiële rapportage.

16 Art. 404 SOX.

17 J. de Groot & S. Hijink, Verslaggeving over ‘in-control’ door Nederlandse beursvennootschappen, MAB (94) 2020, afl. 11/12, p. 482.

18 De Groot & Hijink 2020, p. 482-483.

19 C. Posner, SEC’s carve-out from SOX 404(b) for low-revenue companies, Harvard Law School Forum on Corporate Governance 4 april 2020. Te raadplegen op <https://corpgov.law.harvard.edu/2020/04/04/secs-carve-out-from-sox-404b-for-low-revenue-companies>.

20 Posner 2020.

21 S. Srinivasan & J.C. Coates, SOX after ten years: A multidisciplinary review, Accounting Horizons (28) 2014 afl. 3, p. 627. Te raadplegen op <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:12175242>.

stuurders. Opgelegde boetes kunnen oplopen tot \$ 5 miljoen en twintig jaar gevangenisstraf.

5 Een vergelijking

Uit de vorige paragraaf is duidelijk geworden dat in de VS op basis van art. 404 SOX een verplichting bestaat om een in control-verklaring af te geven. Die verklaring moet per het einde van het laatste boekjaar een beoordeling bevatten over de effectiviteit van de interne controlestructuur en de procedures van de uitgevende instelling voor de financiële verslaggeving. De accountant moet hierover een verklaring afgeven.

In Nederland volgt uit de NCGC dat een beursgenoteerde vennootschap over adequate interne risicobeheersings- en controlesystemen dient te beschikken, dat het bestuur de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen monitort en ten minste jaarlijks een systematische beoordeling uitvoert van de opzet en de werking van de systemen. Ook is in de NCGC vastgelegd dat het bestuur verantwoording aflegt over de effectiviteit van de opzet en werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen. Het bestuur dient in het bestuursverslag met een duidelijke onderbouwing te verklaren dat het verslag in voldoende mate inzicht geeft in tekortkomingen in de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen. De RvC, de auditcommissie en de interne auditfunctie vervullen toezichthoudende taken ter zake.

De Nederlandse wettelijke regels over risico's en interne risicobeheersings- en controlesystemen overziend, is de conclusie dat er geen wettelijk vereiste is om een in control-verklaring af te geven zoals die in de VS bestaat op basis van art. 404 SOX. Ook de NCGC vereist niet een dergelijke in control-verklaring, omdat de Code geen bepaling bevat op basis waarvan een expliciete conclusie gegeven moet worden over de effectieve werking van het interne risicobeheersings- en controlesysteem.²² Vereist is slechts op basis van het Besluit inhoud bestuursverslag dat een beursgenoteerde entiteit mededeling doet over de belangrijkste kenmerken van het risicobeheersings- en controlesysteem van de vennootschap in verband met het proces van financiële verslaggeving van de vennootschap en van de groep waarvan de financiële gegevens in de jaarrekening zijn opgenomen. Voor de (overige) NCGC-bepalingen geldt *comply or explain*, vennootschappen kunnen gemotiveerd afwijken.

De Groot en Hijink hebben recent onderzoek verricht naar de praktijk van de risicoverslaggeving op basis van de NCGC.²³ Uit hun onderzoek blijkt dat de bestuursverklaring uit de NCGC ten aanzien van de elementen uit best practice bepaling 1.4.3 voor het overgrote deel (tussen de 86% en 100%) wordt gevolgd door de AEX-, AMX- en ASX-fondsen. Bij de beursvennootschappen behorende tot de overige fondsen is dat met een score per element van tussen de 36% en 46% significant

22 Zo ook De Groot & Hijink 2020, p. 489-490.

23 De Groot & Hijink 2020, p. 477-493.

lager. De Groot en Hijink merken op dat beursvennootschappen die de elementen uit best practice bepaling 1.4.3 NCGC niet (allemaal) opnemen, in de meerderheid van de gevallen wel een in control-verklaring hebben opgenomen. De reikwijdte, de factor tijd en de bewoordingen van de onderzochte in control-verklaringen zijn echter verschillend. Ook worden nogal eens bepalingen van een vorige NCGC-versie toegepast. Hun conclusie is dat de consistentie ver te zoeken is.

Ten slotte blijkt uit het rapport 'Monitoring boekjaar 2019' van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code dat in vergelijking met 2018 de niet-naleving van de bepalingen die zien op de verantwoording over risicobeheersing is toegenomen. Wat in het bijzonder opvalt, zo blijkt uit het rapport, is dat de niet-naleving van best practice bepaling 1.4.3 (de verklaring over de interne risicobeheersings- en controlesystemen, de financiële verslaggeving en de materiële risico's en onzekerheden ter zake van de verwachting van de continuïteit van de vennootschap) is gestegen van 0,3% in 2018 naar 7,8% in 2019. Niet-naleving doet zich met name voor onder kleinere vennootschappen (lokale fondsen).²⁴ De Monitoring Commissie is voornemens om hier in de volgende monitoring nadrukkelijk aandacht aan te besteden.

6 Conclusie

In dit artikel hebben wij geconcludeerd dat er geen wettelijke verplichting in Nederland is om een in control-verklaring af te geven zoals die in de VS op basis van art. 404 SOX bestaat. Ook de NCGC eist niet een dergelijke in control-verklaring, omdat de Code geen bepaling bevat op basis waarvan een expliciete conclusie gegeven moet worden over de effectieve werking van het interne risicobeheersings- en controlesysteem.²⁵ Vereist is slechts op basis van het Besluit inhoud bestuursverslag dat een beursgenoteerde entiteit mededeling doet over de belangrijkste kenmerken van het risicobeheersings- en controlesysteem van de vennootschap in verband met het proces van financiële verslaggeving van de vennootschap en van de groep waarvan de financiële gegevens in de jaarrekening zijn opgenomen. Voor de (overige) NCGC-bepalingen geldt comply or explain, vennootschappen kunnen gemotiveerd afwijken. Uit recent onderzoek van De Groot en Hijink blijkt dat er in de praktijk door beursvennootschappen in control-verklaringen worden afgegeven, maar dat de reikwijdte, de factor tijd en de bewoordingen van de onderzochte in control-verklaringen verschillend zijn en dat daarmee de consistentie ver te zoeken is. Ten slotte blijkt uit het rapport 'Monitoring boekjaar 2019' van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code dat in vergelijking met 2018 de niet-naleving van de bepalingen die zien op de verantwoording over risicobeheersing is toegenomen. Dit alles overziend, roept het de vraag op of in Nederland de

24 De hogere niet-naleving wordt mogelijk veroorzaakt door de aangepaste wijze van monitoring in 2019 (geen enquête maar een verdiepend bureauonderzoek, waarin mogelijk strenger is gemonitord) en/of doordat vennootschappen ten tijde van de eerste uitbraak van COVID-19 terughoudend waren in het afleggen van verantwoording over de risico's en de beheersing daarvan.

25 Zo ook De Groot & Hijink 2020, p. 489-490.

regels op dit terrein geen aanpassing behoeven. In een andere, toekomstige bijdrage over dit onderwerp zullen wij daarop terugkomen.