

Cover your ass letter (deel III): de accountant en het tuchtrecht

Na een introductie van het vaktechnisch thema ‘advocatenbrief’ in deel I van deze serie, ben ik in deel II ingegaan op de advocatenbrief in het advocatentuchtrecht. In dit derde deel ga ik in op de rol van deze brief in het accountantstuchtrecht.

De kwestie die ik wil bespreken heeft geleid tot een annotatie (van 25 september 2012) van wijlen Hans Blokdijk. Hij stelt in die annotatie dat het ‘voor het eerst is dat de tuchtrechter zich gebogen heeft over een lawyer’s letter’. Het betreft een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 6 juli 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BX3208).

KIVO

Waar draait het om? KIVO – een commanditaire vennootschap – zou voor ruim elf miljoen aan wissels aan een Duitse afnemer hebben verstrekt. Na enige tijd wordt KIVO aangesproken door een aantal banken die wissels hebben verzilverd. KIVO stelt dat de wissels zijn vervalst. De advocaat – mr. A.J.R. Croiset van Uchelen - van KIVO schat echter in dat de kans dat de rechter de bankclaims toewijst vijftig procent bedraagt. In de jaarrekening neemt KIVO geen voorziening op, maar meldt de kwestie wel onder de ‘Niet uit de balans blijkende verplichtingen’, namelijk:

‘KIVO is in 1994 aangesproken door een aantal buitenlandse bankiers, die allen één of meerdere wissels hebben verzilverd, die in de periode vanaf 1 juli 1993 door KIVO zouden zijn getrokken. De echtheid van deze wissels wordt door de directie van KIVO ten stelligste ontkend. Omdat de verwachting bestaat dat ook de rechter van oordeel zal zijn dat deze wissels gefalsificeerd zijn, is voor het bedrag van deze wissels (een bedrag van circa DM 11.421.000, te vermeerderen met rente en kosten) in de jaarrekening 2000 géén voorziening getroffen.’

De accountant verstrekt een goedkeurende verklaring met daarbij een onverplicht toelichtende paragraaf, namelijk:

‘Zonder afbreuk te doen aan ons oordeel, vestigen wij de aandacht op de op bladzijde 32 [lees: bladzijde 30] opgenomen niet uit de balans blijkende verplichtingen, waaruit blijkt dat een aantal bankiers in 1994 bij de vennootschap vorderingen heeft ingediend ter zake van door hen verzilverde wissels. De echtheid van deze wissels wordt door de directie ten stelligste ontkend. De aangeboden wissels bedragen totaal DM 11.421.000, te vermeerderen met rente en kosten. Hiervoor is in de balans per 31 december 2000 geen voorziening opgenomen.’

De accountant refereert derhalve niet aan de advocatenbrief. De commanditaire vennoten van KIVO die de brief tien jaar nadat deze is uitgebracht door eigen onderzoek in handen krijgen, dienen een klacht tegen de accountant in. Het verwijt is onder meer dat de accountant:

- bij de bespreking van de jaarrekeningen van 1994 tot en met 2000 de hem bekende ‘lawyer’s letter’ van 29 mei 1995 aan hen heeft onthouden;
- de brief niet in zijn toelichtende paragraaf in de verklaring heeft genoemd; en
- er ten onrechte mee heeft ingestemd dat in de jaarrekening is vermeld dat voor de wissels geen voorziening is getroffen.

Wat staat er nu eigenlijk in de advocatenbrief? Welnu – aldus weergegeven door het CBB - het volgende:

‘Blijkens deze brief heeft deze advocaat onderzocht in hoeverre KIVO, ondanks de verklaring van de behorend vennoot dat hij de betreffende wissels niet heeft ondertekend en dat de handtekeningen hierop zijn vervalst, het risico loopt dat de Duitse banken niettemin in rechte betaling van de wissels

kunnen afdwingen. De brief vermeldt dat een aantal handschriftkundige onderzoeken die, zowel op verzoek van de betrokken banken als op verzoek van KIVO, hebben plaatsgevonden, uitwijzen dat de handtekeningen niet of nauwelijks van echt zijn te onderscheiden. Slechts in één geval is de deskundige tot het oordeel gekomen dat de handtekeningen waarschijnlijk vervalst zijn. De advocaat wijst er in meergenoemde lawyers letter op dat, gezien de belangrijke rol die de handschriftkundige expertises in de voor de rechtbank Haarlem aanhangig procedures waarschijnlijk zullen spelen en het feit dat deze (tot dan toe) merendeels in het nadeel van KIVO zijn uitgevallen, de Duitse banken in die procedures de beste kansen lijken te hebben. Daartegenover staat, aldus de advocaat, dat KIVO een aantal aanvullende argumenten heeft waarmee zij haar stelling dat de handtekeningen vervalst zijn zou kunnen onderbouwen. Op grond van een en ander schat hij de kans dat KIVO er in slaagt de vorderingen van de Duitse banken afgewezen te krijgen op 50%.'

Nat

Even terug naar de drie zojuist genoemde *bulletpoints*. In de uitspraak stelt het CBb met betrekking tot de eerste - het door de accountant achterhouden van de advocatenbrief - *'dat niet aannemelijk is geworden dat F de lawyers letter van 29 mei 1995 welbewust heeft verzwegen'*. Mijn vraag in deze is of dat *'welbewust'* er nu eigenlijk wel toe doet. Mag je van een accountant – die in deze oog moet hebben voor zowel het belang van de beherend vennoot en het belang van de commanditaire vennoten – eigenlijk niet sowieso verwachten dat hij tijdens besprekingen met de vennoten de brief ter sprake brengt? Ik meen van wel.

De accountant gaat echter wel nat ten aanzien van het tweede en derde bulletpoint, namelijk:

'Niet in geschil is dat de accountant van meet af aan van het bestaan van deze lawyers letter op de hoogte was. Daardoor is hij, door (genoemde inschatting in) deze brief niet en de stellige ontkenning van de directie van KIVO ter zake van de echtheid van de wissels wél te vermelden, niet volledig geweest in zijn vorenvermelde toelichting op 'niet uit de balans blijkende verplichtingen', voor zover het betreft de kansrijkheid van het in rechte slagen van voornoemde claims van de Duitse banken en de reden waarom te dien aanzien geen voorziening op de (eind)balans van KIVO is opgenomen. De stellige ontkenning van de directie van KIVO (de beherend vennoot) van de echtheid van de betreffende wissels acht het College reeds in voormelde inschatting van mr. Croiset van Uchelen betrokken, nu laatstgenoemde in zijn brief van die ontkenning melding heeft gemaakt. Gesteld noch gebleken is dat de accountant ten tijde van belang – 21 augustus 2001 – op de hoogte was van het bestaan van andere gegevens die mogelijk een ander licht op die inschatting zouden hebben geworpen. Hij had de inschatting van mr. Croiset van Uchelen dan ook in vorenvermelde toelichting op 'niet uit de balans blijkende verplichtingen' moeten vermelden en heeft er – op basis van de motivering dat de echtheid daarvan door de directie van KIVO ten stelligste wordt ontkend en de door deze directie daarbij uitgesproken verwachting dat ook de rechter van oordeel zal zijn dat de wissels gefalsificeerd zijn – ten onrechte mee ingestemd dat in de jaarrekening is vermeld dat voor de wissels geen voorziening is getroffen. (...)

Op grond van het voorgaande en gelet op de grootte van de potentiële claims van de Duitse banken is het College van oordeel, in het midden gelaten of de accountant een andersoortige accountantsverklaring had moeten afgeven dan zijn goedkeurende accountantsverklaring van 21 augustus 2001, dat deze accountantsverklaring een deugdelijke grondslag ontbeert. Met de aan de ongegrondverklaring van het eerste klachtonderdeel ten grondslag gelegde overweging dat de toelichting in de accountantsverklaring van 21 augustus 2001 bij de jaarrekening 2000 van KIVO adequaat is en aan duidelijkheid niets te wensen overlaat, heeft de raad van tucht aan de lawyers letter kennelijk niet de juiste waarde toegekend.'

Ik ben het met het CBb eens dat de accountant in de toelichtende paragraaf melding had moeten maken van de advocatenbrief. De tik op de vingers in de richting van de Raad van Tucht in de slotalinea van het geciteerde kan ik derhalve ook goed begrijpen. Het CBb legt een berisping op en noemt de handelwijze van de accountant 'ernstig' omdat:

'De accountant in zijn accountantsverklaringen (...) een onvolledig beeld heeft geschetst, hetgeen te meer klemt gelet op de aanzienlijke hoogte van de claims van de Duitse banken en de mogelijke gevolgen van toewijzen daarvan ten tijde van die verklaringen voor KIVO.'

Staartje

Nog een opmerking over de annotatie van Hans Blokdijk. Hij wijst – zie ook mijn [eerste blog](#) in deze serie – ook op de richtlijn voor advocaten die op basis daarvan geen inschatting mogen geven. Blokdijk stelt dat de advocaat tegen de richtlijn heeft gezondigd. Voorts stelt Blokdijk: *'Dat de accountant diens fifty-fifty-uitspraak niet vermeldenswaardig achtte, lijkt mij begrijpelijk.'*

Ik ben het niet met Blokdijk eens. Weliswaar geeft de fifty-fifty-uitspraak geen zekerheid aan betrokkenen, maar het perspectief van de advocaat lijkt mij wel degelijk voor belang voor de commanditaire vennoten (en derden) en daarmee dus wel degelijk vermeldenswaardig.

De tuchtzaak kreeg nog een civiel staartje: na de uitspraak volgde een civiele claim. De rechtbank kwam tot het oordeel dat ondanks de berisping van het CBb niet automatisch sprake is van civielrechtelijke aansprakelijkheid (wat overigens vaste jurisprudentie is). In de beroepszaak is het niet tot een inhoudelijke behandeling gekomen, omdat een beroep op verjaring werd gehonoreerd.

De rechtbank oordeelde inhoudelijk dat een kans van vijftig procent niet dwingt tot het opnemen van een voorziening. Waarbij de onderneming bovendien *'een zekere beoordelingsvrijheid heeft bij het al dan niet opnemen van een voorziening'*. Daarom was er geen reden voor de accountant om zijn goedkeuring aan de jaarrekening te onthouden wegens het ontbreken van een voorziening. Tegen dit oordeel is beroep aangetekend

Tot slot: in deze kwestie speelden de regels rondom verslaggeving nadrukkelijk ook een rol (voorwaarden voor het opnemen van een voorziening). Dit aspect laat ik vanwege de lengte van deze bijdrage onbesproken. In deel IV behandel ik het civielrechtelijke pad, door aan een recente uitspraak aandacht te schenken.

Marcel Pheijffer (1967) is hoogleraar Forensische Accountancy aan de universiteiten Nyenrode en Leiden.