

7 De toetsing van financiële verslaggeving in het jaarrekeningenrecht en het tuchtrecht

Mr. drs. J.F. Garvelink*

1. Inleiding

De procedure omtrent de inrichting van de jaarrekening wordt gevoerd bij de Ondernemingskamer in Amsterdam.¹ Klachten omtrent de controle van (de inrichting van) de jaarrekening door de accountant kunnen worden ingediend bij de Accountantskamer in Zwolle.²

De jaarrekeningprocedure bij de Ondernemingskamer is – goede bedoelingen ten spijt – in ieder geval de laatste jaren praktisch een dode letter. In de laatste vier jaar waarvan ik kwantitatieve gegevens kan vinden, gaat het om anderhalve zaak per jaar.³ De Autoriteit Financiële Markten (AFM), waar de wetgever van verwachtte dat die de jaarrekeningprocedure bij de Ondernemingskamer zou gaan inzetten,⁴ heeft welgeteld één procedure geëntameerd.⁵ Na de zeperd in de Spyker-zaak zoekt zij andere wegen.⁶

* Mr. drs. J.F. Garvelink is advocaat bij Blaisse te Amsterdam.

1 Voor dit artikel zijn geen bronnen geraadpleegd van na 1 augustus 2014.

2 Beide fora hebben natuurlijk een ruimer veld te bestrijken; ik beperk me hier tot dit raakvlak.

3 Zie het jaarverslag van de Ondernemingskamer over de jaren 2009-2012 (via www.rechtspraak.nl). In 2009 zijn er twee zaken binnengekomen, in 2010 één, in 2011 weer twee en in 2012 één (en als ik na 1 januari 2013 op rechtspraak.nl zoek op art. 2:447 BW, vind ik ook maar één uitspraak).

4 De memorie van toelichting bij de invoering van de Wft uit 2005 wijdt uitvoerig uit over de keuze om de rechtsgang naar de Ondernemingskamer te openen voor de AFM, ook omdat zich bij de AFM veel deskundigheid op het gebied van verslaggeving concentreert; *Kamerstukken*, 30336, 3, inleiding par. 5.

5 De AFM verkreeg de bevoegdheid per 1 januari 2006; nu bijna tien jaar geleden.

6 OK 28 december 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC1057. De AFM heeft voor zover ik overzie na 2007 niet meer gebruikgemaakt van haar bevoegdheid een jaarrekeningprocedure te starten.

Zo doet de omstandigheid zich voor dat de tuchtrechter vaker dan de Ondernemingskamer om een oordeel omtrent de inrichting van de jaarrekening wordt gevraagd.⁷ Ook de AFM laat zich vaker zien bij de Accountantskamer in Zwolle dan bij de Ondernemingskamer in Amsterdam (zij het dat die klachten uiteraard niet altijd over de verslaggeving gaan). De vraag rijst dan of de jaarrekeningprocedure naar het oosten migreert, waar de verschillen tussen de beide procedures liggen en wat de tuchtrechter eigenlijk met verslaggeving aan moet.

Ik beperk me hier tot de Ondernemingskamer als jaarrekeningenrechter en tot de tuchtrechter. Er zou een breder verhaal te vertellen zijn, want er wordt veel meer over verslaggeving geprocedeerd dan alleen in die fora. De jaarrekening zal in menige enquêteprocedure voor diezelfde Ondernemingskamer aan de orde komen. Ook de civiele rechter wordt er, tot aan het familierecht toe, mee geconfronteerd (denk aan de jaarrekening van de besloten vennootschap van de scheidende echtgeno(o)t(e)). Die onderwerpen zijn voor een andere keer.

2. Financiële verslaggeving en controle

Ik maak eerst wat beknopte opmerkingen over financiële verslaggeving en accountantscontrole om het speelveld enigszins af te bakenen.

De entiteit doet in de jaarrekening verslag. De verslaggevingsnormen⁸ drukken op de entiteit; die moet in de jaarrekening inzicht in de toestand van haar vermogen en resultaat geven.⁹ Balans en winst-en-verliesrekening moeten 'getrouw' zijn.¹⁰ De (leiding van de) entiteit maakt daarbij talrijke impliciete en expliciete inschattingen en keuzes. Het gebied is specialistisch en complex. Verslaggeving is geen exacte wetenschap. Verschillende keuzes kunnen allemaal tot een getrouw beeld leiden. In de Landis-zaak hebben drie rechters iets over de verslaggeving gezegd (de Ondernemingskamer in de enquête, de

7 Kwantitatieve gegevens heb ik hier niet, maar zoeken op art. 2:362 (inzichtvereiste) op tuchtrecht.nl levert vanaf 2010 twaalf uitspraken op. Ik zou schatten dat het gaat om vier à vijf uitspraken per jaar, waarin ik ook een licht stijgende lijn meen te ontdekken.

8 Meestal gaat het om Titel 9 Boek 2 BW of IFRS; ik ga daar verder niet op in.

9 Art. 2:362 lid 1 BW 'De jaarrekening geeft volgens normen die in het maatschappelijk verkeer aanvaardbaar zijn een zodanig inzicht (...).'

10 Art. 2:362 lid 2 en 3 BW.

rechtbank en de tuchtrechter).¹¹ Alle drie hebben ze kritiek, maar geen van de drie oordelen is gelijk.

De accountant controleert het verslag van de entiteit zoals vervat in de jaarrekening. Indien die jaarrekening geen materiële onjuistheden bevat, moet de accountant daarbij een goedkeurende verklaring geven. Hij moet een deugdelijke grondslag verkrijgen (voldoende werk verrichten) om die uitspraak met een redelijke mate van zekerheid te doen. Om die redelijke mate van zekerheid te kunnen verkrijgen zal hij normaliter de voorschriften uit de voor hem als accountant geldende controlestandaarden moeten volgen. Met zijn verklaring spreekt de accountant zich expliciet uit over de verslaggevingskeuzes van de vennootschap; die dienen aanvaardbaar te zijn. Dat is overigens iets anders dan dat de accountant vindt dat de juiste keuzes zijn gemaakt. Zolang de entiteit binnen de grenzen van de verslaggevingsvoorschriften een aanvaardbare keuze maakt, kan de accountant zijn goedkeurende verklaring niet onthouden.

Het is denkbaar dat de jaarrekening getrouw is en dat de accountant er, vanuit dat oogpunt, terecht een goedkeurende verklaring bij geeft, maar evenzo terecht een tuchtrechtelijke sanctie krijgt opgelegd omdat hij onvoldoende werkzaamheden heeft verricht om dat oordeel te bereiken.¹² Omgekeerd kan de jaarrekening niet getrouw zijn, hoewel daarbij een goedkeurende verklaring is verstrekt, terwijl de accountant ter zake geen verwijt treft omdat hij wel voldoende werkzaamheden heeft verricht.¹³ Dat betekent enerzijds dat een uitspraak van de tuchtrechter maar van beperkt nut is voor de jaarrekeningenrechter, en dat omgekeerd een uitspraak van de jaarrekeningenrechter niet doorslaggevend is voor de tuchtrechter. Beide rechters moeten bovendien hun eigen oordeel vellen.¹⁴

11 Hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, JOR 2012, 77, Rb. Utrecht 19 juni 2013, JOR 2013, 237, CBb 7 maart 2013, JOR 2013, 196. De beslissingen zijn voor de verslaggeving steeds afwijkend, zij het zeker niet op alle onderdelen.

12 Een voorziening op een groot project is juist, maar omdat de accountant daar niet naar heeft gekeken treft hem toch een verwijt.

13 Een voorziening op een groot project is veel te laag wegens een oplopend conflict, maar de leiding heeft de accountant toen hij inlichtingen inwon hem niet geïnformeerd over dat conflict.

14 De civiele rechter is niet alleen niet gebonden aan het oordeel van de tuchtrechter, hij moet ook zelf onderzoek doen en zelf een oordeel vormen. Zie o.a. art. 19, 23 en 26 Rv. Omgekeerd geldt hetzelfde. Dat betekent overigens niet dat er over en weer geen belang aan het oordeel van de andere rechter wordt gehecht.

3. Samenstelling en deskundigheid

Hoewel veel accountants in de praktijk veel te maken hebben met verslaggeving, concentreert de echte deskundigheid op het gebied van verslaggeving zich aan de universiteiten en bij – vooral de vaktechnische bureaus van – de grotere accountantskantoren. Het gaat om een beperkte groep mensen. De Ondernemingskamer put sterk uit die groep en bevat een batterij aan deskundigheid,¹⁵ vooral ook op het gebied van verslaggeving.¹⁶ De Accountantskamer richt zich als tuchtrechter op het gedrag van beroepsbeoefenaren;¹⁷ haar samenstelling is daar een weerspiegeling van, met relatief veel accountantsleden die in de praktijk van het midden- en kleinbedrijf werken (waar ook de bulk van de zaken betrekking op heeft).¹⁸

Bij de Accountantskamer is zonder twijfel veel kennis op het gebied van verslaggeving aanwezig,¹⁹ maar ik doe niemand tekort met de constatering dat het zwaartepunt van deskundigheid op dit specifieke terrein bij de Ondernemingskamer ligt.

4. Toegan(g)kelijkheid

Er zijn belangrijke verschillen in toegankelijkheid. Het jaarrekeningenrecht kent talrijke beperkingen: het moet gaan om een jaarrekening, alleen (een vrije kring van)²⁰ belanghebbenden en soms de AFM of advocaat-generaal

15 Er zijn nogal wat raden bij de Ondernemingskamer ook werkzaam (geweest) bij een groot accountantskantoor of aan de universiteit of beiden.

16 Zie de pagina van de Ondernemingskamer op www.rechtspraak.nl. Zes van de veertien raden (niet rechterlijke leden) zijn bijv. hoogleraar in verslaggeving, accountancy of bedrijfseconomie. Een zevende is de voorzitter van de RJ. Daarnaast is er een aantal accountants en CFO's raad.

17 De Accountantskamer zit in de meeste gevallen met een grote kamer van vijf leden, drie rechters en twee accountants (voor zaken over opleidingspunten e.d. wordt vaak volstaan met een kamer van drie). In de beroepsinstantie CBb zitten (op één uitzondering na) geen verslaggevingsdeskundigen of accountants.

18 De tuchtrechter heeft in het recente verleden enige kritiek aangetrokken vanuit verslaggevingshoek. Zie de annotatie van Hans Beckman bij een uitspraak van het CBb van 14 maart 2013 in *Ondernemingsrecht* 2013 (p. 313-317) en het commentaar van Anton Dieleman op een uitspraak van de Accountantskamer van maart 2014 in *Accountancynieuws* 2014, 5, p. 8-10. Beiden geven aan dat de tuchtrechter normen van financiële verslaggeving onjuist toepast.

19 Recent is ook een verslaggevingsdeskundige van een groot kantoor toegetreten tot de Accountantskamer; een gelukkige ontwikkeling.

20 Zie T&C Burgerlijk Wetboek, art. 2:448 BW, aantekening 1 (Josephus Jitta) voor een handzaam overzicht van de zeker in verhouding tot het tuchtrecht restrictieve 'belanghebbende'-eis.

hebben een klachtrecht,²¹ het moet meestal gaan om een rechtspersoon waarop titel 9 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) van toepassing is,²² er kan alleen getoetst worden (en alleen voor zover van toepassing) aan International Financial Reporting Standards, het Burgerlijk Wetboek of de Wet op het financieel toezicht, de termijn is uiterst kort,²³ en de procesgang bij de Ondernemingskamer kent verplichte procesvertegenwoordiging en zou ik niet laagdrempelig willen noemen.

Tegenover al die beperkingen, wellicht verklaart dat mede de grotere populariteit van de tuchtklacht, staat er maar heel weinig aan het indienen van een tuchtklacht in de weg.²⁴ 'Eenieder' mag klagen,²⁵ het mag gaan over elke vorm van verslaggeving van wie dan ook en volgens welk systeem van verslaggeving dan ook, de termijnen zijn lang,²⁶ de procedure is laagdrempelig (klagers kunnen een formulier invullen) en er is geen verplichte procesvertegenwoordiging. Van de accountant wordt bovendien tot op zeker hoogte verwacht dat hij verantwoording aflegt. Dat alles maakt het indienen van een tuchtklacht relatief eenvoudig.

Let wel: de tuchtprocedure gaat om de accountant, niet over de verslaggeving an sich. Dat brengt wel significante gevolgen met zich voor de partij die een verslaggevingsvraag beantwoord zou willen zien; ik kom daar hieronder op terug.

5. Procedurele aspecten

Ik maak een paar korte opmerkingen over wat procedurele aspecten.²⁷

21 Art. 2:448 BW. De AFM heeft bevoegdheid bij instellingen die aan haar toezicht zijn onderworpen, de A-G bij het ressortspakket mag een verzoek indienen (in het openbaar belang, hetgeen niet hetzelfde is als een 'gewone' schending van de wet).

22 Art. 2:447 lid 1 jo. 2:360 BW. Daarnaast o.a. beleggingsinstellingen en toegelaten buitenlandse effecten uitgevende instellingen met een vergunning. Voor bijv. maatschap, v.o.f. of ideële instellingen kan men er niet terecht.

23 Twee of (bij een effecten uitgevende instelling) negen maanden na vaststellen van de jaarrekening.

24 De tuchtrechter verwijst met grote regelmaat ontvankelijkheidsverweren (overigens terecht) naar de prullenbak.

25 Art. 22 lid 1 Wtra. Daaronder vallen ook – hier zonder beperkingen – de AFM en het OM, die beide deze mogelijkheid vaker benutten dan het recht om een verzoekschrift bij de Ondernemingskamer als bedoeld in art. 2:448 BW in te dienen.

26 Zes jaar na de gedraging respectievelijk drie jaar na het ontdekken daarvan (art. 22 lid 1 Wtra).

27 Voor een beschrijving van de procedure bij de Ondernemingskamer zie recent H. Beckman, *Hoofdlijnen van het jaarrekeningenrecht in Nederland*, Kluwer 2013, p. 702 e.v. Over de tuchtrechtelijke procedure schreef ik eerder in 'Accountantstuchtrecht, een overzicht van de stand van zaken onder de nieuwe wet en enkele beschouwingen', *TvJ* 2009. Voor zover ik overzie, is er op dit moment geen volledige beschrijving gepubliceerd.

Onderdeel van de procedure bij de Ondernemingskamer is dat de accountant wordt gehoord.²⁸ Overigens zou het loutere feit dat er een goedkeurende verklaring van de accountant is geen (wezenlijke) rol mogen spelen in het oordeel van de jaarrekeningenrechter;²⁹ de toelichting die de accountant bij de Ondernemingskamer geeft kan dat uiteraard wel.

De verslaggevende entiteit wordt bij de tuchtrechter niet gehoord,³⁰ tenzij (en dat komt geregeld voor) de verslaggevende entiteit ook de klager is. Hoewel dat op het eerste gezicht bevreemdend is – de verslaggever klaagt over zijn eigen verslaggeving –³¹ past dat bij het tuchtrecht, dat zich in beginsel uitsluitend richt op het handelen van de beroepsbeoefenaar (en dus in belangrijke mate abstraheert van de persoon van de klager).

Beide procedures kenmerken zich door een in verhouding tot (bijvoorbeeld) de civiele procedure beperkt feitenonderzoek. De jaarrekeningenrechter is geen feitenrechter en beperkt zich, althans in beginsel, tot inrichtingsvraagstukken (hetgeen over het algemeen toch ook wel een oordeel over ten minste een aantal feiten met zich brengt).³² De tuchtrechter laat zich uiteraard uit over de feiten, maar het feitenonderzoek is veel summierder dan in civiele zaken.³³ In beide procedures is er in beginsel maar één schriftelijke ronde, gevolgd door een onderzoek ter zitting. Nadere bewijslevering vindt zelden plaats,³⁴ en ook de inzet van deskundigen, hoewel mogelijk, komt niet of nauwelijks voor.³⁵

28 Art. 2:450 lid 5 BW. De accountant hoeft daar overigens niet aan mee te werken, al zal hij dat in de praktijk vaak wel willen. Zie voor een beschrijving van de procedure: H.K.O. Reimers & C.F.E. Koster: 'De rol van de externe accountant in de jaarrekeningprocedure', *TvJ* 2009, 5, p. 121 e.v. Zie voor een pleidooi voor afschaffing van de hoorplicht in zijn huidige vorm: J.B.S. Hijink & C.T. den Uil, 'De hoorplicht van de externe accountant, een corpus alienum in de jaarrekeningprocedure', *TvJ* 2010, 6, p. 186 e.v.

29 Zie ook Beckman 2013, p. 715.

30 In theorie zou de ondernemingsleiding als getuige gehoord kunnen worden, maar voor zover mij bekend is dat nog nooit gebeurd.

31 Pieter Lakeman heeft daar in een zitting wel eens over gezegd dat het lijkt op de inbreker die de politie verwijt hem niet betrapt te hebben.

32 H.K.O. Reimers, 'De wijze van toetsen in een jaarrekeningprocedure', in de bundel van de Vereniging Jaarrekeningenrecht 2008/2009, p. 167.

33 Meer in het algemeen is de tuchtprocedure met veel minder waarborgen omkleed dan de civiele (laat staan de strafrechtelijke). Dat is een van de redenen waarom uitspraken van de tuchtrechter ook niet bindend zijn voor de civiele rechter.

34 De jaarrekeningenrechter hoort, zoals gezegd, wel de accountant en soms ook de toezichhouder. Het horen van getuigen komt voor zover ik overzie in beide procedures vrijwel niet voor.

35 Dat verbaast op zich niet, nu het al gaat om specialistische colleges die een beperkt toetsingsbereik hebben, zodat zij normaliter zelf de deskundigen zijn.

De jaarrekeningprocedure is vaak snel,³⁶ maar kan lang duren (in de KPN-zaak verwees de Hoge Raad in 2006 terug naar de Ondernemingskamer; de zaak ging over de jaarrekening 2000). Tuchtzaken, ook complexe, worden in eerste aanleg veelal binnen een jaar afgerond. De tweede instantie (het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb)) is meestal een stuk trager.

6. Toetsing van verslaggeving

De jaarrekeningenrechter toetst de inrichting van de jaarrekening aan de geldende verslaggevingsvoorschriften. Niet meer en niet minder.

Dat betekent overigens niet dat de jaarrekeningenrechter op de stoel van het bestuur van de vennootschap gaat zitten of zich de vraag stelt wat de beste jaarrekening of verslaggevingskeuze zou zijn.³⁷ Zolang een keuze zich binnen de grenzen van het aanvaardbare begeeft, blijft de jaarrekeningenrechter er af.³⁸

Er is wel betoogd dat dat een marginale toets zou zijn, maar die woordkeuze lijkt niet helemaal gelukkig.³⁹ Er wordt vol getoetst aan de norm, maar die norm laat soms een zekere mate van keuzevrijheid. Dat neemt niet weg dat de gedraging volledig wordt gewogen⁴⁰ en dat als de norm, het verslaggevingsvoorschrift, overtreden wordt de rechter in principe ingrijpt. Bij marginale toetsing grijpt de rechter pas in als de norm met enige marge wordt overschreden (een keuze mag fout zijn, maar niet erg fout).⁴¹ Het onderscheid is van belang, omdat het CBb kortstondig een echt marginale toets heeft gehanteerd bij verslaggevingsvraagstukken; ik kom daar op terug.

36 Volgens het jaarverslag 2012 van de Ondernemingskamer is de doorlooptijd tussen aanbren- gen en de eerste beslissing bij 'overige verzoekschriften' 49 dagen, maar dat is gezien het geringe aantal jaarrekeningprocedures in dat jaar (één) nauwelijks zinvolle statistiek.

37 HR 10 februari 2006, *JOR* 2006, 94 (SOBI/KPN). Voor een behapbare bespreking van de betekenis van dit arrest voor het toetsingskader zie de noot van A.N. Krol bij dit arrest in *Ondernemingsrecht* 2006, 108, par. 2. Zie ook HR 22 februari 1989, *NJ* 1991/183 (Machinefabriek Nijhuis).

38 Sommige verslaggevingsvoorschriften laten naar hun aard veel ruimte voor keuze (bij schattin- gen bijv.), soms zijn er expliciet meerdere opties (verschillende waarderingsmethodieken). Andere voorschriften laten juist heel weinig ruimte voor debat.

39 Reimers 2008/2009, p. 169 e.v. Dat artikel beschrijft uitvoerig de wijze van toetsen aan verslaggevingsvoorschriften in de jaarrekeningprocedure. Ik verwijs daar graag naar.

40 Van de onderneming wordt ook verwacht dat de keuze kan worden onderbouwd; er is geen discretionaire bevoegdheid (zie bijv. OK 12 oktober 2006, *JOR* 2007, 12), zoals besproken in het in de vorige noot aangehaalde artikel van Reimers op p. 171-172.

41 Het begrip speelt met name in het bestuursrecht, waarbij de rechter in beginsel niet treedt in toetsing van het beleid, maar zich veelal beperkt tot procedurele aspecten.

De jaarrekeningenrechter spreekt expliciet geen oordeel uit over de accountantsverklaring. Mij zijn ook geen uitspraken bekend waarin de jaarrekeningenrechter zich over het functioneren van de accountant uitlaat. Een uitspraak dat de jaarrekening niet het vereiste inzicht geeft, zal wel reflecteren op het werk van de accountant, al is zoals toegelicht denkbaar dat de accountant zijn werk goed heeft gedaan en de jaarrekening toch moet worden aangepast. Bedenk ook dat de jaarrekeningenrechter met een andere bril en post hoc kijkt. In evidente gevallen van verkeerde verwerking maakt dat geen verschil, maar als het veld onontgonnen was, kan het zo zijn dat de accountant een keuze nog wel als aanvaardbaar kon beoordelen die de jaarrekeningenrechter later (net) niet aanvaardbaar vindt. Hoe minder duidelijk het antwoord op de vraag, hoe meer ruimte voor een afwijkend oordeel er is.

De tuchtrechter toetst het gedrag van de accountant. Niet meer en niet minder.

De accountant is bij al zijn werkzaamheden gebonden aan zijn eigen gedragscode, de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGBA),⁴² en bij specifieke opdrachten aan daarbij behorende regelgeving.⁴³ Bij de controle van de jaarrekening zijn dat met name de Nadere Voorschriften Controle- en Overige Standaarden (NV COS).⁴⁴

De accountant is niet de verslaggevende entiteit en dus zelf niet gebonden aan de verslaggevingsvoorschriften. Omdat de tuchtrechter in beginsel geen uitspraak doet over de gedragingen en keuzes van de verslaggevende entiteit, zou dat ook betekenen dat de tuchtrechter niet oordeelt over de financiële verslaggeving. De wetgever heeft ook niet bedoeld om parallel aan de hoofdweg naar de Ondernemingskamer een sluiproute via de tuchtrechter aan te leggen.

Omdat de accountant in zijn verklaring bij de jaarrekening wel een uitspraak doet over de verslaggeving, komt de accountant evenwel onvermijdelijk toch binnen het bereik van die verslaggevingsnormen,⁴⁵ en komen daarmee de verslaggevingsnormen ook het tuchtrecht binnen. Die indirectheid heeft wel gevolgen. Ik kom daar op terug; eerst ga ik in op de worsteling van het CBb met deze kwestie.

42 De VGBA vervangt met ingang van 1 januari 2014 de VGC.

43 Zie Garvelink 2009, p. 142 voor de regelgeving die op de accountant drukt. Daarin ook een samenvatting van de belangrijkste bepalingen uit de VGC (die in de VGBA in belangrijke mate, zij het andere vorm, terugkomen).

44 De NV COS bevatten ook voorschriften voor andersoortige assurance en verwante opdrachten.

45 Dat staat letterlijk in de wet. Vgl. de tekst van art. 2:393 lid 3 jo. 2:362 lid 1 BW.

De vraag hoe ver de tuchtrechter moet gaan bij het toetsen van financiële verslaggeving is geen nieuwe. Beckman en Soerjatin schreven er over⁴⁶ (en ik heb er ook al eens iets over gezegd).⁴⁷ Het CBb toetste altijd al aan verslaggevingsnormen, bijvoorbeeld in de Vie d'Or-zaak.⁴⁸ Wat ontbrak waren meer principiële afwegingen omtrent de mate van toetsing. Tussen mei 2012 en maart 2013 heeft zich hier een golfbeweging in de toetsing door het CBb voorgedaan.

Op 2 mei 2012 oordeelde het CBb dat de tuchtrechter verslaggevingsvraagstukken slechts marginaal toetst omdat het de Ondernemingskamer is die door de wetgever is aangewezen om te oordelen over verslaggevingsvraagstukken:

'Het voor accountants toepasselijke tuchtrecht kan er dan ook niet toe leiden dat de tuchtrechter bij de beoordeling van een klacht die, zoals in het onderhavige geval, zijn grondslag vindt in de stelling dat de jaarrekening waarop de verklaring van een accountant betrekking heeft niet voldoet aan de daarvoor geldende voorschriften, volledig zelfstandig en met voorbijgaan van de wettelijke bevoegdheidstoedeling een oordeel zou kunnen geven over de juistheid van die stelling. Dit zou wellicht uitzondering kunnen leiden indien er gelet op de inhoud van de toepasselijke voorschriften tussen redelijk denkende mensen geen enkele twijfel mogelijk is over een juiste uitleg en toepassing daarvan.'

Een echt marginale toets dus en een echte koerswijziging van het CBb.⁴⁹ Op zich was dat een mooi principieel standpunt, maar in de praktijk zou dat betekenen dat een belangrijk deel van het werk van de accountant, om niet te zeggen de kern daarvan, buiten het bereik van de tuchtrechter zou komen te liggen.

De Accountantskamer was het van harte met die beslissing oneens en ging er in twee uitspraken rechtstreeks tegen in:⁵⁰

'Het hiervoor aangehaalde oordeel opgenomen in rechtsoverweging 3.3 van de uitspraak van het CBb komt de Accountantskamer voor wat betreft de taak van de

46 E. Soerjatin, 'Tuchtrechtelijke toetsing van de jaarrekening', *TvJ* 2007, p. 53 e.v. en H. Beckman in zijn noot onder HR 13 oktober 2006, *JOR* 2006, 296 (par. 3.3).

47 Garvelink 2009, par. 8 op p. 148 e.v.

48 CBb 3 december 1998, ECLI:NL:CBB:1998:ZG1037, r.o. 5.1. In Garvelink 2009 heb ik toegelicht dat die toets te rechtstreeks was; het CBb gaat in Vie d'Or te veel op de stoel van de ondernemingsleiding zitten.

49 Zoals hierboven aangegeven, toetste het CBb in bijv.d Vie d'Or nog (te) vol.

50 Accountantskamer 12 november 2012, ECLI:NL:TACAKN:2012:YHO326, en in diezelfde zin Accountantskamer 12 december 2012, ECLI:NL:TACAKN:2012:YHO331.

tuchtrechter zodanig in strijd met het wettelijk systeem voor, dat zij zonder nadere verduidelijking, dit oordeel niet kan volgen.’

De Accountantskamer laat deze overweging volgen door een toelichting waarom de tuchtrechter er in voorkomende gevallen niet aan ontkomt een oordeel over financiële verslaggeving uit te spreken (zij het dat de tuchtrechter zich daarbij terughoudend opstelt; zie hieronder). Het CBb heeft zich door de kracht van die argumenten laten overtuigen, want is op 7 maart 2013 teruggekeerd op zijn schreden.⁵¹

‘Het College voegt hier aan toe dat, anders dan uit voormelde uitspraak van 2 mei 2012 zou kunnen worden afgeleid, uit de omstandigheid dat een rechtsgang over de jaarrekening bij de Ondernemingskamer bestaat, niet volgt dat de tuchtrechtelijke toetsing van het handelen van de accountant in het kader van het afgeven van een verklaring bij de jaarrekening bij voorbaat terughoudend is. Op grond van artikel 2:393, derde lid, Burgerlijk Wetboek (BW) dient de accountant immers te onderzoeken of de jaarrekening het in artikel 2:362, eerste lid, BW vereiste inzicht geeft (hierna: inzichtvereiste) en na te gaan of de jaarrekening aan de bij en krachtens de wet gestelde voorschriften voldoet. Artikel 2:362, eerste lid, BW bepaalt dat de jaarrekening volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht geeft dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede voor zover de aard van een jaarrekening dat toelaat, omtrent de solvabiliteit en de liquiditeit van de rechtspersoon. Uit deze bepalingen volgt dat bij de beoordeling van een tuchtrechtelijke klacht over het handelen van een accountant in het kader van het afgeven van een verklaring bij een jaarrekening, in voorkomend geval betrokken moet worden of deze jaarrekening voldoet aan het inzichtvereiste en de overige bij en krachtens de wet gestelde voorschriften. Bij de beantwoording van de vraag of daaraan is voldaan kunnen de RJ worden betrokken.

Het College merkt hierbij op dat bij de beoordeling van een tuchtrechtelijke klacht kan blijken dat ten aanzien van de inrichting van (onderdelen van) de jaarrekening meerdere keuzes mogelijk zijn die allen voldoen aan het inzichtvereiste en de overige bij en krachtens de wet gestelde voorschriften. In dat geval kan een professioneel verschil van inzicht bestaan over de te maken keuze en zal de accountant over het aanvaarden van de door het ondernemingsbestuur gemaakte keuze in de regel geen tuchtrechtelijk verwijt kunnen worden gemaakt.’

51 CBb 7 maart 2013, *JOR* 2013, 196, m.nt. C.M. Harmsen in r.o. 3.7.1. Ik was als advocaat bij deze zaak betrokken.

Iets vergelijkbaars had de Accountantskamer in een van de hierboven aangehaalde zaken uit 2012 ook al overwogen:⁵²

‘Ook in deze zaak verdient opmerking dat aan betrokkene daarbij een zekere beoordelingsvrijheid toekomt, die groter is naarmate de te hanteren normen in het maatschappelijk (economisch) verkeer minder duidelijk vast liggen.’

Dat is niet langer een (echt) marginale toets. Het is wel nog steeds een terughoudende toets. De tuchtrechter neemt niet plaats op de stoel van de accountant. Dat is een vergelijkbare opstelling als die van de jaarrekeningenrechter, die niet op de stoel van het bestuur plaatsneemt.

Mij komt het voor dat met het aldus invullen van het toetsingskader de juiste weg wordt bewandeld. De rechter laat zo ruimte aan de beoordelingsvrijheid van accountant respectievelijk bestuur. Een systeem waarin de rechter achteraf de stoel van accountant of bestuurder zou beklimmen, zou geen recht doen aan de inschattingruimte en verantwoordelijkheid van bestuur en accountant en zou bovendien tot enorme rechtsonzekerheid leiden.⁵³

Die laatste constatering illustreert een overeenkomst, maar ook een belangrijk, al gememoreerd, verschil. Voor zover er keuzevrijheid is, wordt die gerespecteerd door de rechter, maar de Ondernemingskamer toetst de keuzevrijheid van de ondernemingsleiding rechtstreeks, terwijl de tuchtrechter door een extra lens kijkt (die van de accountant); daardoor staat de tuchtrechter ook op grotere afstand. De onderneming stelt de jaarrekening op en de accountant beoordeelt de verslaggevingskeuzes van de ondernemingsleiding op aanvaardbaarheid (zonder op de stoel van de verslaggevende entiteit te gaan zitten),⁵⁴ waarna de tuchtrechter een oordeel uitspreekt over dat oordeel van de accountant (zonder op de stoel van de accountant te gaan zitten).

De onderneming wordt, als gezegd, niet gehoord. Dat is een zwaarwegend beletsel voor de tuchtrechter om een oordeel over de verslaggevingskeuzes van die onderneming uit te spreken. Zulks niet alleen omdat dat aanzienlijke beperkingen met zich brengt in de mogelijkheid van de tuchtrechter om

52 Accountantskamer 12 december 2012, ECLI:NL:TACAKN:2012:YHO331 (onderaan r.o. 4.6.1).

53 In een systeem van soms complexe vragen en open normen kan niet te snel achteraf worden geoordeeld dat een andere keuze had moeten worden gemaakt, zeker niet als de oorspronkelijke keuze ook verdedigbaar was. Daar zou ook een verlamdend effect op de praktijk van uit kunnen gaan.

54 Zoals Reimers terecht opmerkt, lijkt de toets die de accountant aanlegt op die van de jaarrekeningenrechter zie Reimers 2008/2009, p. 176.

kennis te nemen van de feiten.⁵⁵ Een uitspraak over de verslaggeving van een onderneming die geen partij was in de procedure, is voor die onderneming onwenselijk (zelfs al is de uitspraak van de tuchtrechter niet bindend voor die onderneming).

In de praktijk hoeft de tuchtrechter de vraag of de verslaggevingskeuzes van de entiteit aanvaardbaar waren niet steeds te behandelen. Als er aanmerkingen zijn op de wijze waarop de controle is uitgevoerd, kan de tuchtrechter de vraag of de verslaggeving juist was in het midden laten. De tuchtrechter hoeft – ook als de klager dat wel graag zou willen⁵⁶ – geen oordeel te geven over de verslaggeving op zich.⁵⁷ De tuchtrechter kiest vaker voor deze elegante oplossing. Ik citeer als voorbeeld uit een van de Vestia-zaken:⁵⁸

‘Nu juist geoordeeld moet worden dat – zakelijk samengevat – de controle aangaande de verwerking van de derivaten in de jaarrekening niet afdoende heeft plaats gehad, zou deze controle alsnog moeten plaatsvinden alvorens feitelijk kan worden beoordeeld of de in de jaarrekening 2010 opgenomen derivaten en de daaraan verbonden resultaten en risico’s onjuist en in strijd met de daarvoor geldende regelgeving zijn verwerkt. Bij een dergelijk vergaand onderzoek, als daarvoor mede gezien rechtsoverweging 4.3 in een tuchtprocedure al plaats zou zijn, heeft klager geen belang nu de klacht al gegrond is, omdat geoordeeld is dat een juiste en afdoende controle niet heeft plaats gevonden.’

Merk ook op hoe de Accountantskamer zich er hier van bewust is dat als het accountantsdossier ter zake onvoldoende informatie biedt, beantwoording van de vraag of aan de verslaggevingsnormen is voldaan een omslachtig feitenonderzoek met zich zou brengen (effectief omdat de Accountantskamer dan de controle alsnog moet gaan doen, hetgeen niet de bedoeling van het accountantstuchtrecht lijkt te zijn).

55 De accountant weet altijd minder van de gedragingen en beweegredenen dan de onderneming zelf. Dat geldt temeer indien – en dat zal in tuchtzaken regelmatig spelen – de accountant wordt verweten onvoldoende kennis te hebben genomen van die feiten of beweegredenen of zijn dossier niet op orde te hebben.

56 Het tuchtrecht heeft niet tot doel partijen te accommoderen, maar (heel kort gezegd) tot doel te waken voor de kwaliteit van het beroep.

57 Dat kan voor de klager wat onbevredigend zijn, maar het tuchtrecht is er ook niet om dergelijke bevrediging te bieden.

58 Het gaat om de klacht van Vestia zelf tegen de accountant die de jaarrekening 2010 controleerde; uitspraak van 18 augustus 2013 in r.o. 4.9 (ECLI:NL:TACAKN:2013:22). De verwijzing naar r.o. 4.3 in het citaat ziet op het ne bis in idem verweer dat was gevoerd. Er zijn vijf Vestia-zaken. Zie voor een handzaam overzicht A.C. van Campen, ‘Accountant verstrikt in Vestia derivaten’, *TvJ* 2014, 1/2, p. 24 e.v.

De hier beschreven weg, waarbij een oordeel over de verslaggeving wordt vermeden, ligt evenwel niet altijd open, zeker niet als de accountant wel voldoende werkzaamheden heeft verricht. Als dat zo is, en de klacht richt zich op het door de accountant aanvaarden van de gekozen wijze van verslaggeving, zal de tuchtrechter de voorliggende vraag moeten beantwoorden. Dat gebeurt bijvoorbeeld in een van de andere Vestia-zaken, waar vol wordt getoetst aan de verslaggevingsvoorschriften, maar met inachtneming van zaken als de beleidsruimte van de onderneming, de mate van duidelijkheid van de norm, en de mate van het bestaan van richtinggevende jurisprudentie.⁵⁹

7. Concluderend

Verslaggeving wordt door zowel de jaarrekeningenrechter als (inmiddels) de tuchtrechter terughoudend getoetst. De jaarrekeningenrechter kijkt daarbij rechtstreeks naar de verslaggeving, de tuchtrechter staat meer op afstand en kijkt via de bril van de accountant. Dat de gehanteerde normen goed op elkaar aansluiten bevordert consistentie en duidelijkheid.

In het accountantstuchtrecht komt de verslaggeving veel vaker aan de orde dan bij de jaarrekeningenrechter, maar de tuchtrechter doet lang niet altijd een uitspraak over de aanvaardbaarheid van de voorliggende verslaggevingskeuzes. Dat past ook bij de rol van de tuchtrechter, die zich richt op het optreden van de accountant, niet op de verslaggevingskeuzes van de entiteit. De tuchtrechter zou ook niet het forum moeten zijn van waaruit richtinggevende jurisprudentie voor de praktijk van de jaarverslaggeving komt. Dat er door het onbruik van het wel aangewezen forum, de jaarrekeningenrechter, maar weinig jurisprudentie ontstaat, is voor de praktijk wel een wat droevige constatering.

59 Accountantskamer 18 augustus 2013, ECLI:NL:TACAKN:2013:2. De auteur was bij die zaak als advocaat betrokken.