

ACCOUNTANTSKAMER
Rechtbank Zwolle-Lelystad
Zitting 7 en 8 maart 2013

procedurenummers 12/0834 Wtra AK, Stichting SOBI tegen Noorlander
12/2211 Wtra AK, AFM tegen Noorlander
12/2303 Wtra AK Stichting Vestia tegen Noorlander

Pleitnota Pieter Lakeman

namens

Stichting SOBI

tegen

Mr. W.F. Hendriksen
Mr. S.A.G. Hoogeveen

namens

Marcel Noorlander RA

Mijnheer de voorzitter,
Geacht College,

Achtergrond

Het tuchtrecht voor accountants is mede in het leven geroepen om het maatschappelijk verkeer te beschermen tegen fouten, en vooral tegen grove fouten, van accountants.

Accountants hebben het wettelijk monopolie op het controleren van gewichtige financiële informatie, waarop belanghebbenden -aandeelhouders, schuldeisers, leveranciers, werknemers en hun organisaties - moeten kunnen vertrouwen.

Daarnaast heeft het tuchtrecht ook enige, afgeleide, betekenis voor de accountants zelf. Die heeft betrekking op controletechnieken en andere details waarin het publiek niet geïnteresseerd is en waarbij het ook geen direct belang heeft.

Het maatschappelijk belang en de werkelijke betekenis van het tuchtrecht worden bepaald door de mate waarin belanghebbenden kunnen vertrouwen op door accountants goedgekeurde financiële

informatie. Welke technieken de accountant bij zijn controle toepast (steekproef of alle posten afvinken; een spreadsheet of lopende teksten) is voor het maatschappelijk verkeer zonder betekenis zolang de controle maar tot een juiste verklaring leidt. Het publiek weet niet eens dat er controledossiers bestaan en zal daarin ook nooit geïnteresseerd zijn.

Het maatschappelijk verkeer gaat er van uit dat in een huishouding met goedgekeurde jaarrekening de gang van zaken binnen die huishouding aan bepaalde minimumeisen voldoet. Prof. Ruud Pruijm, hoogleraar corporate governance aan Nyenrode, vindt dat de verantwoordelijkheid van een accountant verder gaat dan het afvinken van posten. *'Bij Vestia werd gespeculeerd. De accountant moet zich dan afvragen waar dat voor nodig is. Hij moet zich ook afvragen of de continuïteit van de instelling niet in gevaar is'*, verklaart hij in het Financieele Dagblad van 6 maart 2013. Het feit dat het bestuur uit slechts één lid bestond, bovendien de best betaalde bestuurder van de Nederlandse corporatiewereld was, en het feit dat commissarissen geen partij voor deze man waren, is een recept voor ongelukken, aldus Pruijm.

'Als je ziet dat een corporatie een blootstelling heeft die niets te maken heeft met de corebusiness, kun je je als accountant afvragen of dat verstandig is', zegt Leen Pape, hoogleraar accountancy bij de Nijenrode universiteit. *'Heeft de accountant niet ook een signalerende of waarschuwende functie?'* vraagt Pape zich af.

Hoewel ik alle begrip heb voor deze uitlatingen van beide hoogleraren, stelt SOBI aanzienlijk bescheidener eisen aan het functioneren van een accountant. SOBI klaagt slechts over het feit dat de jaarrekening 2010 uiterst misleidend is en desondanks is goedgekeurd.

Rol van controlerende accountants bij maatschappelijke wantoestanden

De laatste 20 jaar heeft Nederland drie grootschalige financiële excessen gekend.

- A. In de periode 1997-2002 zijn 7 miljoen beleggingspolissen verkocht waarbij de belegger aan het eind van de looptijd van de polis een schuld kon overhouden die een veelvoud was van de gestorte premies. De zogenaamde woekerpolisaffaire. Bij deze affaire heeft accountantscontrole geen rol van betekenis gespeeld.
- B. Sinds de jaren 90 tot enkele jaren geleden voerde het bankwezen een overkrediteringscampagne jegens klanten die hypothecaire leningen wilden opnemen. Die campagne heeft honderdduizenden huizenbezitters in financiële problemen gebracht en bijgedragen aan de financiële crisis waarin Nederland zich momenteel bevindt. Bij dit exces spelen de controlerende accountants al een iets belangrijker rol dan bij de woekerpolisaffaire. Immers, doordat de controlerende accountants akkoord zijn gegaan met te kleine voorzieningen op debiteurenportefeuilles bij de banken heeft het kwaad verder kunnen voortwoekeren.
- C. De laatste 10 jaar is een 3^e maatschappelijk misstand tot ontwikkeling gekomen: de verkoop van riskante rentederivaten aan (toekomstige) eigenaren van vastgoed, waaronder woningcorporaties. Bij de groei van deze misstand hebben accountants een veel belangrijker rol gespeeld dan bij woekerpolissen en overkreditering. Accountants hebben jaarrekeningen goedgekeurd die geen inzicht gaven in de verplichtingen van verkochte rentederivaten (swaptions). Daardoor zijn verliezen onzichtbaar gemaakt en kon het kwaad verder woekeren. Je kunt bijna zo gek niet bedenken of door financiële amateurs geleide non-profit instellingen hebben de afgelopen jaren rentederivaten gekocht: woningcorporaties maar ook universiteiten, middelbare scholen, zorginstellingen, kortom zo'n beetje de hele non-profitsector in Nederland is vol geplempt met rentederivaten, die in het algemeen grote verliezen hebben opgeleverd. Deze klanten wisten niet dat de Europese Centrale Bank het voornemen had de rente in Europa geforceerd te verlagen. Nederlandse banken, die dit wel

konden weten, hebben van die kennisvoorsprong kunnen profiteren door het falen van controlerende accountants.

Strafmaat

Betrokkene heeft een zeer misleidende jaarrekening goedgekeurd waarin een veel te hoog eigen vermogen was verantwoord en winst terwijl er verlies was. Grotere fouten kan een accountant niet maken. De allerzwaarste straf, uitschrijving uit het register, is meestal weggelegd voor accountants die actief bij vermogensdelicten zijn betrokken. Daarvan is hier geen sprake. Daarnaast geldt dat Noorman, hoewel *primus inter pares* bij de controle van woningcorporaties, niet alleen *primus* maar ook *inter pares*. Hij was niet de enige. Zijn fout was niet uniek. Bovendien is hij, voorzover mij bekend, nooit eerder met de tuchtrechter in aanraking gekomen. Ook is hij reeds meedogenloos gestraft doordat zijn werkgever KPMG Accountants N.V. hem keihard en publiekelijk heeft laten vallen door bekend te maken dat KPMG hem intern heeft verboden verklaringen af te geven. Zo'n publieke vernedering is nog geen accountant ooit ten deel gevallen. Bovendien heeft KPMG zijn goedkeurende verklaring ingetrokken en op 17 april 2012 een brief aan Vestia geschreven waarmee de tuchtrechtelijke en civielrechtelijke verdediging van Noorlander ernstig wordt bemoeilijkt.

Een strafverzwarende omstandigheid acht ik echter dat Noorlander niet, ter gelegenheid van de kantorenwissel Deloitte/KPMG, extra met de bezem door de Augiasstal van zijn voorganger Piet Klop is gegaan. Daarmee heeft hij het instituut van de kantorenwissel, dat als een groot goed beschouwd moet worden, schade toegebracht.

Alles bijeen pleit ik voor een schorsing van één jaar wegens het goedkeuren van de jaarrekening 2010 van Vestia.

Ne bis in idem

Dit is de eerste keer dat een tuchtrechter in één zitting drie klachten tegen een registeraccountant behandelt: die van SOBI, van de AFM en van Vestia zelf. De klacht van SOBI is in mei 2012 ingediend en was de eerste klacht die betrekking had op het ten onrechte goedkeuren van de jaarrekening 2010 van Vestia.

Voorzover de klacht van de AFM betrekking heeft op het ten onrechte goedkeuren van de jaarrekening 2010 van Vestia moet de AFM niet ontvankelijk verklaard worden wegens het ne bis in idem beginsel.

Voor zover de klacht van de AFM op andere zaken betrekking heeft dan het ten onrechte goedkeuren van de jaarrekening dient de AFM mijns inziens ontvankelijk verklaard te worden.

In de klacht van de AFM wordt aandacht besteed aan tekortkomingen in het controledossier. Voor zover die tekortkomingen worden aangevoerd om de stelling te onderbouwen dat de jaarrekening ten onrechte is goedgekeurd vormen die tekortkomingen geen zelfstandige klachtonderdelen. Die tekortkomingen moeten dan immers gezien worden als bouwstenen waarop de verklaring is gebaseerd en klachten daarover vallen ook onder het ne bis in idem beginsel.

Tekortkomingen in het controledossier die *niet* samenhangen met het afgeven van de goedkeurende verklaring moeten mijns inziens als een licht tuchtrechtelijk vergrijp gezien worden.

Ne tres in idem

Een bijzonder en bizar geval is de klacht van Vestia zelf tegen haar voormalige accountant Noorlander. Jaarrekeningen worden door de rechtspersoon opgesteld die ook primair verantwoordelijk is voor de juistheid van de jaarrekening. De accountant controleert of de jaarrekening aan de te stellen eisen voldoet en draagt secundaire verantwoordelijkheid. Het is bizar dat de primair verantwoordelijke rechtspersoon het de secundair verantwoordelijke rechtspersoon kwalijk neemt dat hij hem niet voor zijn fouten heeft behoed. Het is alsof de inbreker het de politieagent kwalijk neemt dat hij hem niet eerder had gearresteerd.

Voor zover de klacht van Vestia betrekking heeft op het ten onrechte goedkeuren van de jaarrekening 2010 is Vestia niet ontvankelijk op basis van het *ne bis in idem* beginsel.

Voorzover Vestia erover klaagt dat de administratie onvoldoende basis vormde voor het geven van een goedkeurende verklaring moet die constatering primair gezien worden als een tekortkoming van de vennootschap en haar directieleden (waarvoor zoel de vennootschap als de directieleden aansprakelijk gesteld kunnen worden) en secundair als onderbouwing van de stelling dat de jaarrekening ten onrechte is goedgekeurd. Ook met betrekking tot deze kritiek moet Vestia niet ontvankelijk verklaard worden op basis van het *ne bis in idem* beginsel.

Voorzover de klacht van Vestia inhoudt dat Noorlander het bestuur en de Raad van Commissarissen van Vestia onvoldoende heeft geadviseerd over de vraag hoe bepaalde rentederivaten gewaardeerd behoren te worden is dat een licht tuchtrechtelijk vergrijp omdat een rechtspersoon zelf op de hoogte moet zijn van wet- en regelgeving met betrekking tot de jaarrekening.

De voorzitter van de Accountantskamer heeft in het september nummer 1912 van Accountant in een interview bepleit meer klachten in te dienen tegen accountants wegens het ten onrechte goedkeuren van jaarrekeningen. *'Het wordt tijd om de extern accountant wat vaker langs te zien komen'*, en niet als klager zoals uit de context blijkt. Voorzover mij bekend heeft geen der aanwezigen een wrakingsverzoek tegen de voorzitter ingediend. We moeten daarom aannemen dat aanwezige partijen geen overwegende bezwaren hebben tegen het standpunt van de voorzitter dat klachten wegens het ten onrechte goedkeuren van jaarrekeningen ontvankelijk zijn.

Ontvankelijkheid SOBI

Noorlander heeft noch in zijn verweerschrift, noch in zijn dupliek bestreden dat SOBI ontvankelijk is. Voor alle zekerheid wil ik daar toch iets over kwijt. Dit naar aanleiding van de beslissing van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven in de zaak P1 Holding B.V. tegen Ernst & Young met betrekking tot de jaarrekeningen 2007 van Q-Park N.V. (AWB 10/137 van 20 mei 2012). Het CBB stelt in die beslissing onder meer:

'Het voor accountants toepasselijke tuchtrecht kan er dan ook niet toe leiden dat de tuchtrechter bij de beoordeling van een klacht [...] volledig zelfstandig en met voorbijgaan van de wettelijke bevoegdheidstoedeling (onderstreping van SOBI) een oordeel zou kunnen geven over de juistheid van die stelling [dat de betreffende jaarrekening niet voldoet aan de geldende voorschriften]. 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.'

Het standpunt dat de tuchtrechter niet zelfstandig een oordeel kan geven over de stelling dat een jaarrekening niet voldoet aan de wettelijke voorschriften is minder relevant zolang het CBB zich maar uitlaat over de vraag of een accountant de jaarrekening terecht heeft goedgekeurd.

Daarnaast heeft het CBB zich in die casus verder **niet** (zichtbaar) verdiept in de wettelijke bevoegdheidstoedeling. Die toedeling houdt voor het onderhavige geval in dat de Ondernemingskamer geen bevoegdheid heeft:

- a) klaagster is geen belanghebbende en is daardoor niet ontvankelijk bij de OK.
- b) de verzoekstermijn van 2 maanden die voor een jaarrekeningprocedure geldt was ruim verstreken toen de onderhavige klacht werd ingediend.
- c) Vestia is een stichting. Een stichting kan niet in een jaarrekeningprocedure betrokken worden.

- d) De Ondernemingskamer kán volgens de wet geen oordeel over een accountantsverklaring geven.

Artikel 2:447 lid 3 BW bepaalt met betrekking tot de zogenaamde jaarrekeningprocedures: *'Het verzoek heeft geen betrekking op een accountantsverklaring als bedoeld in art. 393 lid 5.'*

Wanneer de accountantsverklaring buiten het tuchtrecht zou vallen zouden zowel de Wet op de Registeraccountants als de Wet tuchtrechtspraak accountants in de kern buiten werking worden gesteld.

Waardering rentederivaten: een simpele zaak

Accountantstechnisch gezien ligt de zaak eenvoudig. Gekochte en verkochte rentederivaten die de risico's voor Vestia verkleinen moeten tegen kostprijs gewaardeerd worden en (verkochte) rentederivaten die de risico's voor Vestia vergroten moeten tegen marktprijs gewaardeerd worden. In strijd met deze regel heeft Vestia ook alle rentederivaten waardoor haar risico's *vergroot* werden tegen kostprijs gewaardeerd. Noorlander heeft deze overtreding ten onrechte door de vingers gezien en de jaarrekening ten onrechte goedgekeurd. Zo eenvoudig ligt de zaak.

Op 17 april 2012 schreef de voorzitter van KPMG Accountants N.V. aan Vestia (productie bij verweerschrift van Noorlander) dat KPMG bij nader onderzoek enkele derivaat-transacties geanalyseerd had. KPMG schrijft:

'Uit deze bevindingen blijkt:

- *diverse transacties die volgens de methode van kostprijshedge-accounting zijn verwerkt, komen voor deze verwerkingswijze niet in aanmerking;*
- *gerede twijfel omtrent de juistheid van verwerking van combinaties van interest rate swaps met geschreven swaptions respectievelijk extendible en cancellable swaps.'*

Deze brief, tezamen met het intrekken van de goedkeurende verklaring bevestigen de stelling dat de goedkeurende verklaring ten onrechte door KPMG Accountants NV (bij schrijven van Noorlander) is afgegeven.

De verdediging van Noorlander is in 3.3 van zijn verweerschrift gegeven en is zeer pover:

'Ten tweede merkt Betrokkene op dat Klagen (ten onrechte) wel een onderscheid maakt tussen risicovolle en risicovrije (rente) derivaten. Zoals uit het vorige hoofdstuk reeds is gebleken, bestaan risicovrije derivaten niet. Aan elke derivaat (vorm) kleeft een risico.'

Dat aan elk derivaat een risico kleeft is flauw woordspelletje. Het gaat er om of aan de derivaten risico's voor Vestia kleven. Wanneer Vestia een derivaat heeft gekocht waarbij uitsluitend risico's voor de wederpartij aanwezig zijn dan is dat voor Vestia een risicovrij derivaat.

Wanneer het woordspelletje van Noorlander zou worden doorgezet zouden overigens alle derivaten van Vestia tegen marktwaarde gewaardeerd moeten worden. Dan zou de fout in de jaarrekening nog groter zijn dan deze volgens SOBI al is.

Het onderscheid dat sommige derivaten risico's voor de verkoper met zich brengen en andere niet volgt ook uit de regelgeving waarin dit onderscheid wordt gemaakt. Een geschreven optie houdt risico's voor de verkoper in wanneer de koper rechten heeft verkregen die bij toekomstige mogelijke uitoefening lasten voor Vestia met zich brengen.

Noorlander verschuilt zich ook achter Deloitte. In par 4.7 van zijn verweerschrift is immers vermeld:

'Vervolgens heeft Betrokkene kennis genomen van een aantal rapportages van Deloitte waarin ter zake van de kostprijs hedgeaccounting positief, en zonder enig voorbehoud, wordt geconcludeerd.'

De vraag waarom het draait is de vraag of Vestia per eind 2010 op een aantal derivaatposities risico's liep of dat Vestia op geen enkel derivaat risico's liep.

Pieter Lakeman,

7 maart 2013