

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift *Juridisch up to Date*. Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

Jutd 2014/0062 Bank en accountant zakken weg in derivatenmoeras

Jutd 2014/0062 d.d. 15-05-2014

Auteur(s): mr. A.C. van Campen, Van Iersel Luchtman Advocaten, Uden.

Inleiding

Begin april 2014 werd bekend dat het MKB in Nederland voor bijna 4 miljard euro in het rood zou staan als gevolg van afgesloten rentederivatencontracten.¹ De gevolgen van de grote aantallen rentederivatencontracten die de afgelopen tien jaar zijn afgesloten zullen zich de komende jaren nog doen voelen. Dat geldt niet alleen voor de ondernemingen die deze contracten hebben afgesloten, maar ook voor de banken met wie de contracten zijn gesloten en accountants die de jaarrekeningen van de gedupeerde instellingen hebben gecontroleerd. Recente uitspraken leren ons dat zowel deze banken als ook accountants in voorkomende gevallen rekening moeten houden met claims.

Zo heeft de Accountantskamer te Zwolle op 19 augustus 2013 naar aanleiding van diverse tuchtklachten een voormalig controlerend accountant van de Rotterdamse woningcorporatie Vestia (Vestia) berispt.² Daarnaast heeft de rechtbank Oost-Brabant op 26 maart 2014 de Rabobank veroordeeld om ruim € 170.000 te vergoeden aan een melkveehouder vanwege de voortijdige beëindiging van een rentederivatencontract.³ Beide uitspraken werpen een interessant licht op de zorgplicht die zowel van de accountants als van de bank mag worden verwacht.

Uitspraken Accountantskamer: Vestia-derivaten

In de uitspraken van de Accountantskamer draait het om de werkzaamheden van de voormalig accountants die de jaarrekening van Vestia hebben gecontroleerd. Over de boekjaren 2006 tot en met 2009 heeft een registeraccountant van Deloitte de jaarrekeningen van Vestia voorzien van een goedkeurende verklaring. Vanaf het boekjaar 2010 heeft een registeraccountant van KPMG een goedkeurende verklaring verstrekt.

Vestia beschikte naast een groot aantal onroerende zaken over een grote rentederivaten portefeuille. In alle boekjaren van 2006 tot en met 2010 is ten aanzien van de afgesloten derivatencontracten in de verslaggeving van Vestia *kostprijs hedge accounting* toegepast. Tevens is de waarde van de derivaten buiten de balans en de winst- en verliesrekening gehouden. De marktwaarde van de derivatenportefeuille ontwikkelde zich negatief en vanwege de aanhoudende dalende marktrente werd Vestia door meerdere banken verzocht om aan *margin* verplichtingen te voldoen. In de tweede helft van 2011 moest Vestia in dat kader circa 1,3 miljard euro aan zekerheid storten. In het voorjaar van 2012 bleek dat Vestia door liquiditeitsproblemen niet meer in staat was genoeg te storten.

In de loop van 2012 is bij de Accountantskamer te Zwolle een vijftal klachten ingediend ter zake de jaarrekeningcontrole die vanaf 2006 tot en met 2010 is uitgevoerd. De klagende partijen worden gevormd door Vestia zelf, door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en door de stichting Stichting Onderzoek Bedrijfs Informatie (Sobi). Daarbij zijn er zowel

klachten gericht tegen de werkzaamheden van de Deloitte-accountant (boekjaren 2006 tot en met 2009) als tegen de werkzaamheden van de KPMG-accountant (boekjaar 2010).⁴

De rode draad van deze klachten was dat de door de accountants afgegeven goedkeurende verklaringen geen deugdelijke grondslag hadden omdat uit de aan de jaarrekening ten grondslag liggende administratie niet (voldoende) bleek van de aan de derivaten verbonden risico's.

Op 19 augustus 2013 heeft de Accountantskamer in alle vijf de tuchtklachten uitspraak gedaan. Kort gezegd, komen deze uitspraken erop neer dat de Accountantskamer de drie klachten tegen de KPMG-accountant gegrond en gedeeltelijk gegrond verklaart. Aan deze accountant wordt daarbij een berisping opgelegd vanwege de door hem verrichte controlewerkzaamheden bij de jaarrekening over het boekjaar 2010. De klachten die tegen de Deloitte-accountant zijn ingediend zijn ongegrond en deels niet ontvankelijk verklaard

Oordeel handelen Deloitte-accountant

De Accountantskamer volgt de Deloitte-accountant in zijn verweer dat hij op kritische wijze heeft getoetst of de door Vestia voor haar derivatenportefeuille gekozen en gebruikte waarderings- en verslaggevingsgrondslag van *kostprijs hedge accounting* voor haar passend was. Het feit dat sprake was van complexe rentederivatenproducten (zoals 'structured swaps', 'exotics' en 'swaptions') maakt dat niet anders. De gekozen wijze van verwerking is verdedigbaar en aanvaardbaar, aldus de Accountantskamer, waarbij aangenomen wordt dat aan de accountant hierbij ook enige mate van beoordelingsvrijheid toekomt. De Deloitte-accountant hoefde ook niet te twifelen aan het oordeel van Vestia dat het gebruik van de meer complexe derivaten paste binnen het toen geldend financieel statuut van Vestia. Ook speelt een rol dat RJ⁵ 290 niet altijd eenduidig is geformuleerd, terwijl in 2009 en 2010 geen jurisprudentie voorhanden was die noopte tot een beperktere toepassing van waardering van derivaten op basis van kostprijs. Verder is van belang dat de Deloitte-accountant in de toelichting bij de jaarrekening inzichtelijk maakte welk derivatenbeleid er gevoerd werd, terwijl door Deloitte ook een deskundige is ingeschakeld die heeft bevestigd dat Vestia voor haar derivatenportefeuille *kostprijs hedge accounting* kon toepassen.

Aldus zijn de goedkeurende verklaringen van de Deloitte-accountant volgens de Accountantskamer niet zonder deugdelijke grondslag.

Oordeel handelen KPMG-accountant

Ten aanzien van het handelen van de KPMG-accountant komt de Accountantskamer tot een minder mild oordeel. De KPMG-accountant heeft de controle van de jaarrekening 2010 namelijk met onvoldoende diepgang en met een onvoldoende professioneel-kritische instelling gepland en uitgevoerd volgens de Accountantskamer. Hierdoor gaf hij een goedkeurende accountantsverklaring af zonder dat daarvoor een deugdelijke grondslag kan worden vastgesteld.

Daarbij heeft de Accountantskamer o.m. overwogen dat de KPMG-accountant en zijn team niet beschikten over specifieke deskundigheid en niet aannemelijk is geworden dat hij beschikte over de informatie uit de door de voorgaande accountant verkregen rapporten. Evenmin is gebleken dat aanvullende controlewerkzaamheden zijn verricht, terwijl door KPMG zelf geen deskundigen zijn geraadpleegd. Dit was temeer nodig nu de accountant onvoldoende gegevens had verkregen over de volledigheid en juistheid van de derivaten. Al

met al komt de Accountantskamer tot het oordeel dat een goedkeurende accountantsverklaring in het maatschappelijk verkeer is gebracht zonder dat daarvoor een deugdelijke grondslag kan worden vastgesteld. Hierdoor zijn op een niet te onderschatten wijze de fundamentele beginselen van deskundigheid en zorgvuldigheid en van professioneel gedrag geschonden.

Gelet op het feit dat door KPMG al gewichtige maatregelen tegen de accountant waren genomen, hij niet meer als extern accountant werkzaam is, hij niet eerder met de tuchtrechter in aanraking is geweest en ongetwijfeld al nadeel heeft ondervonden van alle publiciteit over deze zaak, wordt volstaan met de maatregel van berisping.

Rechtbank Oost-Brabant: gedupeerde melkveehouder

De uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 26 maart 2014 betrof een zaak die was aangespannen tegen de Rabobank door een agrarisch ondernemer die in 2008 gelijktijdig met een hypothecaire geldlening een rentederivatencontract had afgesloten. Daarbij speelt verder een rol dat de agrarisch ondernemer al vanaf halverwege de jaren negentig de wens had om te emigreren. Zijn echtgenote was daar toen echter nog niet aan toe. Begin 2010 besloot het echtpaar evenwel alsnog om de emigratieplannen uit te voeren. De ondernemer heeft Rabobank daarover vervolgens ingelicht en daarna de boerderij in de verkoop gezet.

Bij verkoop van zijn boerderij werd de agrarisch ondernemer evenwel na aflossing van de hypothecaire lening geconfronteerd met een forse claim van € 275.000,- van de bank. De bank maakte aanspraak op dit bedrag vanwege de voortijdige beëindiging van het rentederivatencontract. Als gevolg van de dalende markttrente stond de renteswap 'onder water'. De ondernemer eiste het bedrag terug bij de rechter onder meer vanwege onrechtmatig handelen in de precontractuele fase. Rabobank gaf in haar verweer aan dat in de contracten was opgenomen dat de klant bekend was met de risico's die verbonden waren aan rentederivatencontracten.

De rechtbank oordeelde vervolgens dat de ondernemer niet door de Rabobank in niet mis te verstane bewoordingen was gewaarschuwd voor de risico's van derivatencontracten. Hierdoor was een bijzondere zorgplicht geschonden. Daarbij kon de Rabobank zich niet verschuilen achter standaardbepalingen en werd veroordeeld om 60% van de schade (circa € 170.000) te vergoeden. Voor het overige was sprake van eigen schuld aan de zijde van de ondernemer, aangezien hij zichzelf ook onvoldoende had ingespannen om de kenmerken en risico's van een rentederivatencontract te doorgronden.

Commentaar

De afgelopen paar jaar is veel commotie ontstaan over rentederivatencontracten. Zo heeft de AFM onderzoek gedaan naar de zorgplicht die banken in acht moeten nemen bij het aanbieden van derivaten aan (semi)publieke instellingen en professionele (MKB) ondernemers. Daaruit is gebleken dat in het verleden in veel gevallen niet de zorgvuldigheid in acht werd genomen die door de AFM passend wordt geacht.⁶ Negatieve scenario's zijn daarbij onderbelicht gebleven, terwijl juist die scenario's zich hebben verwezenlijkt als gevolg van aanhoudende rentedalings in de afgelopen jaren. Daardoor zijn diverse rentederivatencontracten 'onder water komen te staan'. Inmiddels lopen er meerdere civiele procedures waarbij gedupeerde partijen trachten om geleden schade als gevolg van afgesloten rentederivaten contracten te verhalen op banken. De uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant past in de lijn die vorig jaar al was ingezet door de rechtbank

Rotterdam. Die heeft namelijk op 8 mei 2013 in een vergelijkbare kwestie een voorlopig oordeel al overwogen dat de bewuste bank de klant niet voldoende duidelijk had geïnformeerd over de werking en risico's van het renteswapcontract en hem onvoldoende had gewaarschuwd.⁷ Die uitspraak betrof echter een tussenvonnissen, terwijl de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant een eindvonnis is. Verder is opvallend dat de rechtbank Oost-Brabant aanneemt dat in casu een bijzondere zorgplicht rust op de bank, terwijl deze niet met een consument handelde, maar met een onderneming in de vorm van een maatschap. De rechtbank geeft aan dat de bijzondere zorgplicht niet beperkt is tot particulieren. Inmiddels heeft ook het Gerechtshof 's-Hertogenbosch dit oordeel bevestigd, zij het in een tussenarrest.⁸

Het lijkt er op dat er ook bij veel banken zelf de negatieve gevolgen van dergelijke contracten zijn onderschat. De verwachting is dan ook gerechtvaardigd dat de komende jaren een vloedgolf aan procedures over rentederivatencontracten zal volgen. Die procedures kunnen voor de civiele rechter gevoerd worden maar ook bij het Klachteninstituut financiële dienstverlening ('Kifid'). Na de affaires van de afgelopen jaren rondom effectenlease en woekerpolissen, doemt een nieuw hoofdpijndossier voor de bancaire wereld op.

De uitspraken van de Accountantskamer tonen aan dat ook accountants risico's lopen bij de wijze waarop zij jaarrekeningen hebben gecontroleerd van ondernemingen die (stevig) hebben ingezet op rentederivatencontracten. De uitspraken laten zien dat de verwerking van derivaten in de jaarrekening van woningcorporaties op basis van historische kostprijs op zich toegelaten is, zij het dat daaraan wel strikte voorwaarden gebonden zijn. In het kader van zijn controle opdracht zal de accountant op basis van een professioneel-kritische houding moeten nagaan of het geoorloofd is dat derivaten gewaardeerd worden op basis van *kostprijs hedge accounting* en of dit juist wordt toegepast (zie RJ 290).

Daarbij is essentieel dat sprake is van een effectieve hedgerelatie (en bijv. geen speculatieve derivatencontracten). Derivaten kunnen worden gekwalificeerd als financiële instrumenten die hun waarde ontleen aan onderliggende goederen, zoals aandelen of rentestanden. Wanneer derivaten gebruikt worden voor het afdekken van (rente)risico's wordt gesproken van *hedging* en kan dan sprake zijn van een effectieve hedgerelatie. De uitspraken tonen aan dat de waardering van dergelijke derivaten complex kan zijn, met name - maar niet alleen - wanneer de waardering op basis van de historische kostprijs nogal afwijkt van de reële marktwaarde. Bij rentederivatencontracten heeft dat laatste zich als gevolg van de aanhoudende dalingen van de bancaire rentes meer dan eens voorgedaan bij woningcorporaties. Aangezien woningcorporaties de jaarrekening opstellen op basis van Titel 9 van boek 2 BW en de RJ 290, bestaat de mogelijkheid tot waardering op basis van historische kostprijs. Hierdoor is geen fair value waardering van de derivaten zichtbaar in de balans.⁹

Dit zou anders zijn wanneer een waardering gebaseerd op reële waarde/marktwaarde of 'fair value' zou plaatsvinden. Dat laatste begrip wordt al lange tijd gehanteerd in accounting standaarden¹⁰, maar heeft met name terrein gewonnen door de introductie daarvan in International Financial Reporting Standards (IFRS).¹¹

Hoewel de Nederlandse wet aldus waardering van derivaten op basis van historische kostprijs specifiek toestaat moet wel voldaan worden aan (uitgebreide) toelichtingsvereisten.

Mijn verwachting is wel dat de eisen die aan met name de toelichting bij de jaarrekening gesteld worden strenger zullen worden in gevallen waarin bij woningcorporaties rentederivatencontracten nu en in de toekomst nog verwerkt worden in de jaarrekening op basis van *kostprijshedge accounting*. Daartoe is de regelgeving ook al aangescherpt.¹²

De uitspraken van de Accountantskamer en de rechtbank-Oost-Brabant tonen aan dat zowel de accountant als de bank verstrikt kan raken in het 'derivatenweb' dat de afgelopen 10 jaar is opgetuigd.

Onderstaand artikel over het anonimiseren van persoonlijke gegevens is in samenwerking met Marianne Albers tot stand gekomen. Marianne, advocate in Denemarken en ook actief op het gebied van privacy, heeft dit artikel in het Engels geschreven. Om geen afbreuk te doen aan de oorspronkelijke inhoud, kiezen de auteurs ervoor het artikel in het Engels te publiceren en geen Nederlandse vertaling.

NOOT 1 [\[terug\]](#)

Zie NRC Handelsblad 4 april 2014, 'Bedrijven voor 4 miljard in het rood door renteswaps'.

NOOT 2 [\[terug\]](#)

Zie: 12/1524 Wtra AK, 12/2306 Wtra AK, 12/2303 Wtra AK, 12/2221 Wtra AK, 12/834 Wtra AK).

NOOT 3 [\[terug\]](#)

[Http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBOBR:2014:1415](http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBOBR:2014:1415)

NOOT 4 [\[terug\]](#)

Ik spreek bewust over enerzijds de Deloitte-accountant en anderzijds de KPMG-accountant omdat zo het onderscheid tussen beide betrokken accountants helder en duidelijk is. Daarbij merk ik op dat de betrokkenheid van deze kantoren in de media al bekend is geworden. Zie o.m. Het Financieele Dagblad 8 maart 2013, als ook Juridisch-up-to-Date, Nieuwsoverzicht prof. mr. W.J. Slagter, JutD 2013 nr. 23 (p. 2-8, 13-146).

NOOT 5 [\[terug\]](#)

Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving.

NOOT 6 [\[terug\]](#)

Zie: 'Aanbevelingen Rentederivatendienstverlening voor een passende dienstverlening aan het niet-professionele MKB, AFM, februari 2014 alsmede 'AFM-rapportage rentederivaten: dienstverlening aan semipublieke instellingen het professionele MKB', september 2013

NOOT 7 [\[terug\]](#)

[Http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBROT:2013:CA2935](http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBROT:2013:CA2935)

NOOT 8 [\[terug\]](#)

[Http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHSHE:2014:1052](http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHSHE:2014:1052)

NOOT 9 [\[terug\]](#)

Zie: 'De zin en onzin van 'fair value' in de jaarrekening', prof. Dr. R.L. ter Hoeven, Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht, nr. 5, november 2012, p. 148 e.v.

NOOT 10 [\[terug\]](#)

In US GAAP reeds vanaf 1939.

NOOT 11 [\[terug\]](#)

In casu is met name relevant de introductie in 1999 van: IAS 39 ('fair value waardering financiële instrumenten'). Overigens wordt beoogd deze te vervangen door IFRS 9.

NOOT 12 [\[terug\]](#)

Zie RJ Uiting 2013-15: Richtlijn 290 Financiële instrumenten (2013).