

Voortzetten tuchtprocedure na intrekking klacht

Een tuchtrechtelijke contradictio in terminis

Noot bij uitspraak Accountantskamer

30 oktober 2014 (Wtra 14/506)

mr. A.C. van Campen¹

1. Inleiding

Accountants die denken dat door intrekking van de klacht door de klager de tuchtrechtelijke procedure te allen tijde ten einde komt, kunnen van een koude kermis thuis komen. De Accountantskamer heeft namelijk de bevoegdheid om vanwege redenen van algemeen belang te bepalen dat de tuchtrechtelijke procedure voortgezet dient te worden. Hoewel fundamentele vraagtekens gezet kunnen worden bij de wettelijke grondslag van deze bevoegdheid, maakt de uitspraak van 30 oktober 2014 van de Accountantskamer duidelijk dat de bevoegdheid geenszins een dode letter in de wet betreft.

2. Uitspraak Accountantskamer van 30 oktober 2014

In de uitspraak van 30 oktober 2014 van de Accountantskamer gaat het om een klacht die was ingediend door een drietal klagers waaronder Stichting Onderzoek Bedrijfsinformatie (hierna: SOBI).² Deze klacht was ingediend tegen een registeraccountant van KPMG³, die verantwoordelijk was voor de controle van de jaarrekening van Weyl Holding B.V. te Enschede. Weyl Holding B.V. was onderdeel van een groep van vennootschappen (hierna: Weyl) die o.m.

een rundveeslachterij exploiteerde. Weyl is op 20 mei 2010 in staat van faillissement verklaard.

SOBI c.s. hebben op 27 februari 2014 bij de Accountantskamer een tuchtklacht ingediend tegen de KPMG-accountant. De klacht komt er in het kort op neer dat betrokkene ten onrechte goedkeurende verklaringen zou hebben afgegeven bij de jaarrekeningen van Weyl Holding B.V. over de jaren 2008 en 2009. Meer specifiek zouden fouten in de jaarrekening niet zijn opgemerkt, zouden 14 frauderisicofactoren zijn genegeerd en zouden aangewezen controlewerkzaamheden zijn nagelaten.

Na indiening door betrokkene van een verweerschrift op 12 mei 2014 hebben klagers bij brief van 22 augustus 2014 meegedeeld aan de Accountantskamer dat de klacht werd ingetrokken.

Vervolgens heeft de Accountantskamer op 26 september 2014 in de raadkamer zich beraden over de vraag of de behandeling van de klacht om redenen aan het algemeen belang ontleend, moet worden voortgezet.

In de uitspraak van 30 oktober 2014 komt de Accountantskamer tot een beslissing. Daarbij gaat zij eerst kort in op het door de betrokkene aangevoerde verjaringsverweer. Daarbij is door betrokkene een beroep gedaan op de drie-jaarstermijn van art. 22 lid 1 Wet tuchtrechtspraak Accountants (Wtra). Volgens betrokkene is deze termijn begin juli 2010 gaan lopen. Toen was immers in het eerste openbaar verslag van de curatoren te lezen dat de jaarrekeningen onjuist waren, aldus betrokkene. De Accountantskamer acht dit verjaringsverweer niet gegrond. Louter de constatering dat de jaarrekeningen geen correcte weergave gaven van de werkelijkheid en dat er desondanks goedkeurende verklaringen zijn afgegeven, kan niet worden aangemerkt als afdoende informatie waaruit geconcludeerd zou moeten worden dat klagers hebben constateerd of redelijkerwijs hadden moeten constateren dat de controles van de jaarrekeningen

1. Mr. A.C. (Arnaud) van Campen is advocaat bij Van Iersel Luchtman N.V. en vaste medewerker van dit tijdschrift.

2. De naam van klager en het kantoor van de betrokken accountant noem ik met naam en toenaam, nu deze reeds uitgebreid in de media naar voren zijn gekomen. Ik wijs o.m. op het navolgende artikel in Het Financieel Dagblad: <http://fd.nl/ondernemen/900751/nieuwe-tegenvaller-voor-kpmg>.

3. Zie noot 2.

niet volgens de daarvoor geldende regels waren gepland en uitgevoerd.

Vervolgens staat de Accountantskamer in haar uitspraak stil bij de vraag of de behandeling van de tuchtzaak op grond van art. 30 Wtra voortgezet dient te worden. Daartoe overweegt de Accountantskamer allereerst dat de jaarrekening volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht dient te geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent o.a. het vermogen en het resultaat. Daarbij dient de accountant bij controle van de jaarrekening te onderzoeken of de jaarrekening het voornoemde inzicht geeft en of de jaarrekening aan de bij of krachtens de wet gestelde voorschriften voldoet. Het achterliggende doel van een en ander is om de mate waarin gebruikers van de jaarrekening daarop kunnen vertrouwen, te versterken. De Accountantskamer constateert dat het onderzoek door betrokkene heeft geleid tot goedkeurende verklaringen bij de jaarrekeningen 2008 en 2009 van Weyl Holding B.V. Gebruikers konden daaraan een hoge mate van zekerheid ontleen over bijv. de afwezigheid van afwijkingen van materieel belang als gevolg van bijv. fraude of fouten.

Verder is de Accountantskamer ingegaan op het onderzoek dat na het faillissement van Weyl is uitgevoerd en waarbij is gebleken van 'fake facturen' en van het te laag verantwoord van crediteurenposities. Ook wordt in het onderzoeksverslag melding gemaakt van schade voor financierende banken van tientallen miljoenen euro's. De Accountantskamer maakt daarnaast melding van een tweetal vonnissen van de rechtbank Almelo waarin geoordeeld is dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door bestuurders, valsheid in geschrifte en het vervalsen van de boekhouding. De voornoemde feiten acht de Accountantskamer in hoge mate mede bepalend voor het in accountants in het algemeen gestelde en te stellen vertrouwen.

Tegen de achtergrond van het voorgaande komt de Accountantskamer tot het oordeel dat er een voldoende zwaarwegend algemeen belang mee is gemoeid om de behandeling van de klacht voort te zetten. Daarbij wordt de Autoriteit Financiële Markten (AFM) partij in de plaats van klager. AFM krijgt daarbij de gelegenheid om schriftelijk te reageren, waarna betrokkene eveneens de gelegenheid krijgt om te reageren. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

3. Achtergrond regelgeving

Sinds 1 mei 2009 is in art. 30 Wtra opgenomen dat in geval van intrekking van de klacht de Accountantskamer kan beslissen dat de behandeling van de klacht om redenen aan het algemeen belang ontleend, moet worden voortgezet. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de regeling als achtergrond heeft dat het tuchtrecht niet primair is gericht op de bescherming van de persoonlijke belangen van de klager, maar op handhaving van het algemeen

belang bij een goede beroepsuitoefening.⁴ De regeling bepaalde daarbij dat de behandeling van de klacht voortgezet diende te worden als ware het een klacht van de AFM, de voorzitter van de NOVAA of de voorzitter van het NIVRA. Instemming van deze organisaties is daarbij niet nodig, zo valt op te maken uit de Memorie van Toelichting, aangezien het door de Accountantskamer kan worden opgedragen aan deze organisaties, vanwege de rol die zij in het maatschappelijk verkeer vervullen.⁵

Bij wet van 13 december 2012 is het artikel aangepast vanwege de fusie tussen NOVAA en NIVRA. Volgens de huidige regeling kan voortzetting verlangd worden van ofwel AFM ofwel NBA.⁶

Ook andere tuchtrechtelijke regimes kennen een soortgelijke bepaling waarbij het tuchtrechtelijke scheidsgerecht de bevoegdheid heeft om na intrekking van de klacht om redenen van algemeen belang de voortzetting van de klacht te bepalen. Dit is onder meer zo bij het advocatentuchtrecht en de gezondheidszorg.⁷

4. Commentaar

Deze uitspraak in het spraakmakende faillissement van de rundveeslachterij Weyl is niet zozeer inhoudelijk interessant, maar veeleer uit procesrechtelijk oogpunt. Uit de tussenuitspraak blijkt namelijk dat na intrekking van de klacht de procedure nog kan worden voortgezet. De vraag is of deze gang van zaken zich wel verdraagt met het wezen van de tuchtprocedure en met de regels van een eerlijk proces. Het accountantstuchtrecht is namelijk in essentie een klachtrecht, waarbij het een ieder vrij staat om een klacht in te dienen.⁸ Dat houdt wel in dat er ook daadwerkelijk geklaagd moet worden voordat een oordeel over een schending van een tuchtrechtelijke norm kan worden gegeven. Omgekeerd betekent dat ook dat de tuchtrechtelijke procedure ten einde is op het moment dat de klager zijn klacht alsnog intrekt.⁹ Tenminste, dit was de gang van zaken onder het oude tuchtrecht zoals dat tot 1 mei 2009 gold. Sinds de invoering van art. 30 Wtra betekent een intrekking van de klacht door de klager niet langer automatisch het einde van tuchtrechtelijke procedure. Er kan sprake zijn van een voortzetting van de klacht na intrekking, hoewel dat klinkt als een

4. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 397, nr. 3 (MvT), p. 20.

5. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 397, nr. 6 (Nota n.a.v. het verslag), p. 16.

6. *Stb.* 2012, 680.

7. Zie art. 47a Advocatenwet (en voor uitspraken daarover: *LJN YA2757*, *LJN YA2369*, *LJN YA0312*, *LJN YA3524*, *LJN YA1518* en *ECLI:NL:TADRARL:2015:68*) alsmede art. 65 lid 10 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg.

8. De aanwezigheid van enig belang is daarbij niet vereist.

9. Wanneer dat in hoger beroep gebeurt gaat daarmee uiteraard niet een mogelijke gegrondverklaring van de klacht in eerste aanleg te niet.

contradictio in terminis.¹⁰ Wegens redenen van algemeen belang kan de procedure immers – zoals hiervoor is weergegeven – worden voortgezet, waarbij de AFM of de voorzitter van de NBA in de plaats treedt van de oorspronkelijke klager. De invoering van dit artikel is in de praktijk van invloed op de mate waarin partijen in accountantsgeschillen met een civielrechtelijke achtergrond tot een schikking kunnen komen. Zoals de onderhavige uitspraak laat zien, levert een intrekking van de klacht immers niet per definitie een einde van de procedure op. Daarbij lijkt het er overigens op dat in casu de partijen KPMG enerzijds en SOBI/Lakeman¹¹ anderszijds verrast waren door de voortzetting van de procedure. Uit de media lijkt althans te kunnen worden opgemaakt dat zowel klagers als betrokkenen vooraf niet hadden stil gestaan bij deze bevoegdheid van de Accountantskamer.¹² Er wordt zelfs de indruk gewekt dat ook de AFM zich nog geen raad wist met de uitspraak.¹³

Dat met voortzetting van de procedure vooraf geen rekening lijkt te zijn gehouden door de verschillende betrokkenen is opmerkelijk. Het bewuste artikel is namelijk al sinds 1 mei 2009 in werking getreden en dit is niet de eerste maal dat de Accountantskamer daadwerkelijk gebruik maakt van haar bevoegdheid. Ook op 26 maart 2010 had de Accountantskamer in een tussenbeslissing reeds besloten tot voortzetting van de klacht ondanks intrekking door klager, zij het dat in dat geval de voorzitter van de toenmalige NOvAA werd opgedragen de klacht voort te zetten.¹⁴

Hoewel art. 30 Wtra intussen alweer enkele jaren is opgenomen in de wet en de Accountantskamer van deze bevoegdheid ook daadwerkelijk gebruik maakt, neemt dit niet weg dat er op de regeling nogal wat af te dingen valt.

De Accountantskamer heeft hierdoor immers de bevoegdheid gekregen om zaken wegens redenen van algemeen belang voort te laten zetten. De Accountantskamer gaat daardoor enigszins op de stoel van de klagende partij zitten, doordat zij gaat bepalen bij welke zaken de procedure voortgezet moet worden. De rechterlijke macht begeeft zich

hierdoor op het terrein van de uitvoerende macht.¹⁵ Het feit dat ook bij andere tuchtrechtelijke regimes soortgelijke bepalingen te vinden zijn, neemt niet weg dat deze gang van zaken indruist tegen de elementaire scheiding der machten: de *trias politica*.¹⁶ Ook staat de regeling op gespannen voet met art. 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), waarin de basisrechten voor het verloop van een eerlijk proces zijn opgenomen (waaronder een onpartijdig en onafhankelijk gerecht). Weliswaar is het doel van het accountantstuchtrecht primair het voorkomen van misslagen door accountants in de uitoefening van hun beroep (en dus niet het helpen van klagers in hun (civiele) zaken), maar de wijze waarop uitvoering is gegeven aan een voortzetting van de tuchtprocedure na intrekking, acht ik ongelukkig. Dat zit hem met name in de (dubbele) rol die de Accountantskamer daarbij door de wetgever opgedrongen heeft gekregen.¹⁷ De vraag is daarbij ook of een en ander wel nodig is om het doel van het accountantstuchtrecht te bereiken. De AFM en de NBA hebben immers al de bevoegdheid om zelfstandig tuchtklachten in te dienen over misstanden binnen de beroepsgroep. Daar komt bij dat de Accountantskamer sinds 1 januari 2015 op grond van het nieuwe art. 25a Wtra de verplichting heeft om AFM en NBA periodiek te informeren over tuchtklachten die tegen accountants zijn ingediend. Op die wijze zijn zij reeds op de hoogte van vermeende misstanden in de beroepsgroep. Lid 4 van art. 25a Wtra voorziet daarbij in mogelijkheden om onderzoek over deze mogelijke tuchtrechtelijke schendingen in te stellen en ook in de mogelijkheid voor AFM en NBA om vervolgens zelf een tuchtklacht ter zake in te dienen.

Wanneer dat echter niet gebeurd is, doet zich de vraag voor waarom volgens de wetgever de Accountantskamer de bevoegdheid zou moeten hebben om deze instanties alsnog te dwingen om na intrekking van de klacht door de oorspronkelijke klager deze procedures voort te zetten. Garvelink¹⁸ heeft al kort na invoering van de Wtra ervoor gepleit om art. 30 Wtra uit de wet te schrappen en recent heeft hij dit standpunt nog eens herhaald.¹⁹ Na invoering

10. Van een *contradictio in terminis* (Latijn voor 'tegenspraak in termen') spreekt men als uit een bepaalde verbinding tussen woorden al kan worden afgeleid dat zoiets onmogelijk is. Bijvoorbeeld: 'vloeibaar ijs', 'vierkanten cirkel'.

11. Lakeman is voorzitter SOBI.

12. 9 Zie onder meer Het Financieel Dagblad: <http://fd.nl/ondernemen/900751/nieuwe-tegenvaller-voor-kpmg>.

13. Blijkens het FD sprak een woordvoerder namens AFM van: 'bijzondere situatie, die wij nog nooit eerder zijn tegen gekomen.' Zie voorgaande noot.

14. http://tuchtrecht.overheid.nl/zoeken/resultaat/uitspraak/2010/ECLI_NL_TACAKN_2010_YH0103?zoekterm=voort%20te%20zetten%2030&DomeinNaam=accountants&Pagina=3&ItemIndex=2. In deze uitspraak werd op de voet van art. 30 sub b Wtra de voorzitter van de toenmalige NOvAA als klager partij gemaakt.

15. Zie hierover ook de bijdrage van mr. drs. J.F. Garvelink op het congres over de toekomst van het toezicht op accountants van 3 december 2014 van het Instituut voor Ondernemingsrecht en het Center for Financial Law & Governance: Mr. drs. K.H. Boonzaaijer, *Ondernemingsrecht* 2015/32.

16. Scheiding der machten in uitvoerende, wetgevende en rechterlijke macht (driemachtenleer), beschreven door de Franse verlichtingsfilosoof Charles de Montesquieu (1689-1755).

17. Ook op ander plekken in de Wtra komt deze dubbele rol naar voren, zoals in de bevoegdheid om klachten aan te vullen op grond van art. 22 lid 5 Wtra.

18. Accountantstuchtrecht, een overzicht van de stand van zaken onder de nieuwe wet en enkele beschouwingen, mr. drs. J.F. Garvelink, *Tijf* 2009, nr. 6, p. 142 e.v.

19. Zie over de bijdrage van mr. drs. J.F. Garvelink op het congres over de toekomst van het toezicht op accountants van 3 december 2014 van het Instituut voor Ondernemingsrecht en het Center for Financial Law &

van art. 25a Wtra lijkt mij dat hiervoor alleen nog maar meer argumenten pleiten.

Terzijde merk ik nog op dat de bewuste KPMG-accountant inmiddels dubbel onder vuur ligt bij de Accountantskamer, nu ook de curatoren een tucht-klacht hebben ingediend omtrent diens handelwijze inzake het gefailleerde Weyl.²⁰ Daarmee wordt een nieuw hoofdstuk toegevoegd aan de uitdijende accountantsgerelateerde jurisprudentie rondom de rundveeslachterij Weyl. Eerder zijn de curatoren er al in geslaagd om op grond van de exhibitieplicht ex art. 843a Rv. inzage te krijgen in het integrale controledossier van KPMG inclusief de interne stukken.²¹

Governance: mr. drs. K.H. Boonzaaijer, *Ondernemingsrecht* 2015/32.

20. Zie: <http://www.tubantia.nl/regio/enschede/curatoren-slachterij-weyl-dagen-kpmg-voor-rechter-1.4781825>.
21. Rechtbank Amsterdam 27 maart 2012, LJN BW0075. Zie hierover ook: 'Inzagerecht in het accountantsdossier', A.C. van Campen, *Juridisch-up-to-Date*, mei 2012.