

Mistige geldleningen, subjectieve verhinderingsen, een letter of representation en een Nederlandse accountant in de Caraïben

Noot bij een uitspraak van de Accountantskamer van 1 mei 2015

mr. drs. J.F. Garvelink¹

Dit is een casus die intrigeert. Het gaat om investeringsvehikels gevestigd op de Britse Virgin Islands [F] en [C], die zaken doen met de Panamese vennootschap [J]. Gelden raken kennelijk kwijt en een van de bestuurders van de investeringsvehikels pleegt zelfmoord (de vraag of het een verband houdt met het ander blijft onbeantwoord). De andere bestuurder treedt in deze zaak op namens zijn vader. Die vader is de klager en kennelijk (één van de) investeerder(s).² De Accountantskamer lijkt de spanning er in te willen houden door een beschrijving van de vaststaande feiten uiterst beknopt te houden.³ Ook de motivering van de beslissing roept soms vragen op.⁴ De beschrijving van de vennootschappelijke structuur in paragraaf 2.2 van de uitspraak is mij bijvoorbeeld niet helemaal duidelijk. Zo begrijp ik niet goed wat de vennootschappelijke verhoudingen zijn tussen de investeringsvehikels [F] en [C] maar voor deze noot kan dat terzijde blijven.⁵ In ieder

geval heeft [C] kennelijk flink geïnvesteerd in [F]; ongeveer 80 % van de balans van [C] bestaat uit die investering.

Tegelijkertijd is er de mysterieuze in Panama gevestigde vennootschap [J]. De BVI vennootschap [F] sluit met deze vennootschap [J] een leningsovereenkomst. Het gaat om miljoenen euro's. De achtergrond van deze lening is niet bekend. Zekerheden zijn niet verstrekt. De lening wordt kennelijk in 2011 afgelost al is dat kennelijk een aflossing met haken en ogen (klagers stellen dat er eigenlijk helemaal niet is terugbetaald⁶).

Daarnaast sluit de BVI vennootschap [C] een 'total return swap' af met dezelfde vennootschap [J] waarbij kennelijk het rendement van de investering van [C] in [F] wordt geruild tegen een vast jaarlijks bedrag. Details van deze overeenkomst en de reden voor het afsluiten daarvan haal ik niet uit de uitspraak.⁷

1. Mr. drs. J.F. (Jan) Garvelink is advocaat bij Blaisse in Amsterdam en vaste medewerker van dit tijdschrift. De auteur bedankt Anton Dieleman voor zijn vaktechnische kennis en Friso Serraris voor zijn input.
2. Tussen de regels door lees ik dat de overleden bestuurder in de visie van de klager de gelden onttrok, maar zeker is het niet.
3. Dat maakt ook dat ik hier vooral vragen op werp: ik heb te weinig grip op de feiten om het oordeel van de Accountantskamer inhoudelijk te kunnen bespreken.
4. Het hoofdstuk 'De vaststaande feiten' in het kort bestaat voor ongeveer voor zeventig procent uit citaten uit de accountantsverklaringen bij de diverse jaarrekeningen.
5. Er lijkt een moeder dochter verhouding te zijn waarbij de dochter [C] een belangrijk deel van het vermogen investeert in de moeder [F]. Zoals vaker is het voor

- de lezer die geen partij was bij uitspraken van de Accountantskamer wat lastig te volgen hoe het feitencomplex er precies uit zou moeten zien.
6. De lening zou op een geblokkeerde rekening zijn geparkeerd, welke rekening zou zijn verpand aan een bank, welke bank het geld voor de aflossing kennelijk eerst uitgeleend zou hebben aan partij [J]. Dat zou erop kunnen duiden dat er sprake is van een louter symbolische aflossing omdat het geld effectief nooit ter vrije beschikking is gekomen. Ik laat deze discussie verder buiten beschouwing.
7. Een 'total return swap' is een overeenkomst waarin over het algemeen een andere rendement uit een bepaalde investering (zowel dividend als positief en negatief koersrendement) wordt geruild tegen een meestal (vast) bedrag. Overigens zijn dergelijke instrumenten vormvrij en vooral een resultante van partijafspraken.

Op de balans van [C] staat naast de investering in [F] voor het overige kennelijk vooral de swap met [J]. De balans van [F] bestaat op zijn beurt kennelijk voor ruwweg 20% uit de aan de [J] verstrekte lening.⁸ De verhouding tussen de beide BVI vennootschappen en de Panamees [J] is dus zonder meer materieel.

De Nederlandse accountant geeft bij de jaarrekeningen 2007 en 2008 van zowel [C] als [F] een verklaring van oordeelonthouding. Bij [F] is de reden dat er onvoldoende controle-informatie met betrekking tot de vordering op [J] is verkregen. Bij [C] werkt dat door omdat de balans van [C] dus grotendeels bestaat uit een investering in [F] en daarnaast ook de swap met [J] op de balans staat (waar ook onzekerheid over is). Over 2009 en 2010 geeft de accountant alleen verklaringen af bij de jaarrekeningen van [F]. Dit zijn goedkeurende verklaringen,⁹ kennelijk omdat de lening door [J] inmiddels zou zijn afgelost.¹⁰

Welk verslaggevingsstelsel [C] en [F] hanteren vertelt het verhaal niet. Kennelijk staat de regelgeving op de BVI wel toe dat de jaarrekening wordt gecontroleerd door een Nederlandse accountant en vond de betrokken Nederlandse accountant dat hij voldoende kennis had van het gehanteerde verslaggevingsstelsel en de overige relevante wet en regelgeving op de BVI.¹¹

Een belangrijk gegeven lijkt verder te zijn dat noch de leiding van [F] noch die van [J] aan de controle-rend accountant informatie over de [J] lening heeft verstrekt of willen verstrekken. Als ik het goed begrip gold hetzelfde met betrekking tot de swap en meer in het algemeen met betrekking tot [J] zelf.¹²

Een van de punten die intrigeert aan deze uitspraak is het volgende. Een belangrijk deel van de balans van [F] bestond (in ieder geval in 2007 en 2008) uit een vordering op [J], een in Panama gevestigde maatschappij. Niet bekend was:

- wie de uiteindelijke gerechtigde met betrekking tot de Panamese vennootschap was,¹³
- waarom de lening is verstrekt en waar de gelden voor gebruikt zouden worden,
- of en hoe de lening kon worden terugbetaald (geen informatie, geen zekerheid).

8. Percentages verschillen kennelijk van jaar tot jaar maar het gaat steeds om aanzienlijke percentages.

9. R.o. 2.6.

10. Ik laat de vraag of de aflossing nou een aflossing was of niet hier links liggen.

11. Volgens de uitspraak staat het recht van de BVI toe dat controle door een buitenlandse accountant wordt uitgevoerd. Ik weet niet of de BVI überhaupt verplichte wettelijke accountantscontrole kennen en – zo ja – of deze vennootschappen dan naar het recht van de BVI controleplichtig waren.

12. Zie r.o. 4.6, onder andere staat: *'Betrokkene heet het management van [F] meermaals gevraagd inzicht te verschaffen in [J] en de [J] lening. In reactie daarop heeft het management van [F] aan betrokkene toegelicht dat het haar niet vrij stond betrokkene over de [J] lening te informeren. Dat is door [J] bevestigd (productie 3).'*

13. Het niet kunnen identificeren van de Ultimate Beneficiary Owner (UBO) betekent dat je in feite totaal niet weet met wie je zaken doet.

Als dan zowel de leiding van de controlecliënt als de contractuele wederpartij [J] zelf aangeeft dat de accountant geen informatie mag krijgen over die lening¹⁴ moet je je als accountant zorgen gaan maken.¹⁵ Tel daarbij op de niet volledig onverdachte vestigingsplaatsen van zowel [C] en [F] als [J]. De lezer van de casus vraagt zich dan af hoe het zit met de opdrachtaanvaarding of opdrachtcontinuatie door de accountant: kon deze opdracht nog wel worden uitgevoerd?. In feite is hier bijvoorbeeld sprake van een zogenaamde subjectieve verandering (de informatie is er wel maar de klant wil hem niet geven).¹⁶ Ik wil graag aannemen dat het geen onderwerp van debat was maar de uitspraak is hier – waar de nieuwsgierigheid van de lezer toch bepaald wordt gewekt – wat dun. Ik wijs in dat kader bijvoorbeeld op NV COS 705.25 (toen, inmiddels 705.13b)¹⁷ dat voorschreef de opdracht terug te geven indien de subjectieve verandering zag op een post van wezenlijk belang.¹⁸

Dat gezegd zijnde is er zonder meer sprake van omstandigheden die leiden tot een oordeelonthouding als bedoeld in NV COS 705. Als er sprake is van onmogelijkheid om toereikende controle-informatie

14. R.o.4.6: zowel de controlecliënt als de leningnemer zouden hebben gezegd dat het hen niet vrijstond de accountant over de lening te informeren. Waarom de beide partijen bij een overeenkomst niet vrij zou staan de controlerend accountant te informeren begrijp ik zonder nadere toelichting – die ontbreekt – niet zo goed.

15. Onder de tot 2007 geldende Richtlijnen voor de Accountantscontrole (RAC) betekende een dergelijke subjectieve verandering (i.e. de accountant wordt informatie die er wel is onthouden) zonder meer dat de opdracht moest worden teruggegeven (RAC 580.15A). De NV COS ('Nadere Voorschriften Controle- en Overige Standaarden') kennen die bepaling niet (althans niet met zoveel woorden) omdat dat niet zo in de IFAC standaard stond die de bron was van NV COS 580 (effectief is de NV COS een vertaling van de IFAC standaard). De NV COS zijn dus in de tekst wat soepeler, maar bijzondere omstandigheden daargelaten lijkt het me desondanks lastig de opdracht voort te zetten als er informatie wordt onthouden.

16. De NV COS bevatten voorschriften voor de wijze waarop de accountant onder meer controles uitvoert. NV COS 705 is de controlestandaard 'Aanpassingen in het oordeel van de onafhankelijke accountant'. Vergelijk ook art. 2:393 lid 6 BW:

'De accountantsverklaring, bedoeld in lid 5, heeft de vorm van:

a. een goedkeurende verklaring;

b. een verklaring met beperking;

c. een afkeurende verklaring; of

d. een verklaring van oordeelonthouding.'

Voor een beknopte toelichting zie H. Beckman en E.A. Marseille *'Hoofdlijnen van het jaarrekeningsrecht in Nederland'* Deventer 2013, p. 562.

17. In de huidige NV COS 210.7 staat inmiddels ook dat een opdracht niet kan worden aanvaard indien een subjectieve beperking zal resulteren in een oordeelonthouding.

18. Er is een uitzondering voor opdrachten die niet teruggeven kunnen worden, maar daar blijkt niet van uit de uitspraak en dat zou in ieder geval niet gelden voor de volgende jaren.

te verkrijgen ter zake van een post die van materieel en wezenlijk belang is voor de balans dan moet er een oordeelonthouding volgen. De afgegeven verklaring lijkt dus de juiste, waarbij het opmerking verdient dat in de praktijk bij een oordeelonthouding van de accountant verwacht wordt dat hij alle (alternatieve) mogelijkheden om voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen uitput (hetgeen er op neer kan komen dat er meer werk moet worden gedaan dan bij een gewone goedkeurende verklaring).

Anders dan de Accountantskamer het formuleert, betekent een oordeelonthouding formeel gesproken niet dat *'daarmee ervoor gewaarschuwd wordt dat het geld eventueel niet terug zou komen'* (de accountant spreekt immers bij gebrek aan informatie geen enkel oordeel uit over de lening of de inbaarheid). In de praktijk, zeker als zoals hier in de verklaring expliciet naar de betrokken lening wordt verwezen, zal voor de gebruiker over het algemeen wel duidelijk dat er over die lening kennelijk geen voldoende informatie te verkrijgen is. Het effect daarvan is ongetwijfeld waarschuwend; de gebruiker die met verstand de jaarrekening las begreep hier wel dat er bij [C] en [F] een enorme onzekerheid in de balans zat.¹⁹

Ik sta kort stil bij NV COS 240 ('fraude en onjuistheden'). De Accountantskamer overweegt dat als klagers willen stellen dat de leningsovereenkomst of de swap vervalsingen zouden zijn, zij dat moeten aantonen. Dat lijkt me ook. Intussen vraag ik me wel af of de hierboven beschreven constellatie van een onduidelijke lening aan een onduidelijke partij in combinatie met het niet verstrekken van informatie als frauderisico had moeten worden signaleerd, wellicht in combinatie met vragen omtrent de integriteit van de leiding. De Accountantskamer vindt van niet maar de motivering voor dat oordeel is wel erg beknopt.²⁰ Zoals ik al zei roept de uitspraak vooral vragen op.

Dat geldt ook de overwegingen die worden gewijd aan de schriftelijke bevestiging van de leiding bij de jaarrekening, vaker bekend als de 'letter of representation' of LOR.²¹ In essentie dient de schriftelijke bevestiging twee doelen. Het eerste doel is het bestuur laten bevestigen dat de jaarrekening zijn verantwoordelijkheid is en dat hij die moet opmaken in overeenstemming met het toepasselijke ver-

slaggevingsstelsel.²² Het andere doel is het bevestigen van de volledigheid van controle-informatie die aan de accountant is verstrekt.²³ Over de status van de schriftelijke bevestiging als controle-informatie is wel eens discussie, maar het belang van de schriftelijke bevestiging lijkt me duidelijk. Mededelingen van de leiding van de huishouding – als die integer is – zijn sowieso een belangrijke bron van informatie.²⁴ Wel is het zo dat waar er andere informatie voorhanden is, de accountant niet louter op mededelingen van de leiding steunt. Voor het banksaldo volstaat de schriftelijke bevestiging dus niet: de accountant zal ook een andere bron behoeven (een bankafschrift bijvoorbeeld). Voor de vraag of er niet ook nog bij andere banken rekeningen lopen is de schriftelijke bevestiging bijvoorbeeld evenwel weer nauwelijks vervangbaar.

Het bekendste voorbeeld van de schriftelijke bevestiging is die in de Ahold zaak. De accountant kreeg daar niet de tweede set 'side letters' die waren afgesloten,²⁵ maar wel de schriftelijke bevestiging van het bestuur dat er geen belangrijke zaken waren die de accountant niet waren verteld. Dat speelde ook in de strafzaak tegen de leiding.²⁶

19. Zie over dit onderwerp (al dan niet vertrouwen op een oordeelonthouding) de noot van H.J. Blaisse onder JOR 2009/65.

20. R.o. 4.7. Zowel het ontbreken van een onderbouwing voor een transactie (i.e. het waarom van de lening) als het niet verstrekken van informatie op vragen van de accountant staan op de lijst van fraudesignalen die als bijlage 3 bij NV COS 240 is gevoegd (ik heb me hier gebaseerd op de editie 2010). NV COS 240 steunt op twee mogelijke omstandigheden: wederrechtelijke in of uitgaande geldstromen en/of frauduleuze verslaggeving (NV COS 240.1). Beiden zouden zich hier voor kunnen doen (ik zeg niet dat dat zo is, maar de vraag komt op).

21. Vergelijk NV COS 580 'schriftelijke bevestigingen'.

22. Vergelijk NV COS 580.6a. Ik paraphraseer wat: de standaard is geschreven vanuit de accountant, niet vanuit het bestuur. Het bestuur weet dat als het goed is natuurlijk al (het is immers zijn taak) maar de praktijk leert dat het geen kwaad kan het bestuur verantwoordelijkheid voor de jaarrekening te laten nemen (het komt wel eens voor dat bestuurders die verantwoordelijkheid bij de accountant leggen, hetgeen natuurlijk niet kan).

23. G. van Dellen, R van Klinken en B. Majoor, 'De schriftelijke bevestiging bij de jaarrekening: waardevol of waardeloos?', MAB oktober 2007, p. 446.

24. Zie ook standaard NV COS 500, bijvoorbeeld onder 'het gebruikmaken van beweringen bij het verkrijgen van controle-informatie'.

25. De casus is bekend. Buitenlandse deelnemingen werden geconsolideerd omdat Ahold beslissende zeggenschap zou hebben, maar er waren niet aan de accountant beschikbaar gestelde tweede 'side-letters' waarin de oorspronkelijke side letters waarin de zeggenschap van Ahold werd bevestigd weer werden afgezwakt, waarmee de consolidatie op losse schroeven kwam te staan (en daarmee een belangrijk deel van de geconsolideerde jaarrekening van het concern). Waar het gaat om zaken als (het ontbreken van) dit soort side-letters is er veelal geen andere informatie beschikbaar dan de bevestiging van de leiding.

26. De rechtbank Amsterdam overweegt: 'Onder die omstandigheden heeft verdachte in de letters of representation met het oogmerk om die letters als echt en onvervalst te gebruiken in strijd met de waarheid opgenomen dat alle financiële administratie en daarmee verband houdende gegevens aan de accountant waren verstrekt. Naar het oordeel van de rechtbank vallen deze side letters onder related data. Ze waren zoals reeds overwogen van belang voor de accountant inzake Amerikaanse verslaggevingsvoorschriften. Uit het bovenstaande volgt dat alle in de tenlastelagging opgenomen letters of representation vals zijn omdat daarin in strijd met de waarheid is opgenomen dat alle financiële gegevens en daarmee verband houdende gegevens aan de accountant waren verstrekt.' Rechtbank Amsterdam 22 mei 2006, ECLI:NL:RBAMS:

In deze casus gaat de beoordeling vooral om de vraag of de juiste mensen getekend hebben. Dat is uiteraard van belang, maar de overwegingen zijn zo specifiek voor de casus dat ik ze hier niet bespreek. Ik vraag me wel af of er ergens een koppeling is gelegd tussen enerzijds de kennelijke weigering van de leiding van de onderneming om informatie te verstrekken over de lening aan [J] en anderzijds de waarde van de bevestigingsbrief.²⁷ Je kunt immers de vraag stellen wat de waarde is van een bevestigingsbrief van een bestuur dat de accountant kennelijk niet volledig wil informeren.²⁸

Al met al roept deze uitspraak dus allerlei vragen op, met name ook met betrekking tot de opdracht-aanvaarding/continuatie. Dat is niet noodzakelijkerwijs kritiek want de Accountantskamer zal zich keurig beperkt hebben tot de voorliggende vragen. Dat is te prijzen maar voor de geïnteresseerde lezer is het wat minder bevredigend (zij het intrigerend).

2006:AX6429, ten aanzien van het ten laste gelegde onder 4. Als ik het goed zie heeft het Hof daar anders over geoordeeld (ik kan het oordeel niet terugvinden, maar de arresten zijn zeer omvangrijk en niet erg overzichtelijk).

27. Die koppeling wordt bijvoorbeeld gelegd in B. Majoor en J. van Kollenburg (red) *'De praktijk van auditing & assurance'* Noordhof 2011, p. 262.

28. Zie ook mijn opmerking hierboven over de integriteitsvraag.