

Tuchtcollege, uitspraak van 3 januari 2017, nr. TC 51/2016

(mr. W. Brouwer, prof. dr. A.H.H. Bollen-Vandenboorn en G.P. Vermeulen RA)

Noot: mr. G. Lammers

Is een door een derde ingediende klacht ontvankelijk?

1. De feiten.

1.1. In juni 2014 werd de besloten vennootschap B.V. X opgericht met als doelomschrijving de belegging van een deel van het familievermogen in vast goed. De oprichter, de heer Y, tevens statutair directeur-groootaandeelhouder, was naar eigen verklaring zeer vermogend en als Nederlander woonachtig in het buitenland.

1.2. Het NOAB-lid heeft de jaarrekening 2014 opgesteld. Op 31 maart 2015 is deze jaarrekening met een samenstellingsverklaring afgegeven aan de heer Y (directeur-groootaandeelhouder van de B.V. X).

1.3. In juni 2015 bleek echter aan enkele investeerders dat er geen sprake was van een vermogende partij, maar dat de vader van de oprichter de feitelijk leidinggevende was. Deze persoon werd in verband gebracht met meerdere gevallen van oplichting en faillissementsfraude. Uiteindelijk is gebleken dat deze persoon zowel in het buitenland als in Nederland voor oplichting is veroordeeld.

1.4. Omdat het businessplan van B.V. X een farce bleek te zijn, hebben alle betrokken adviseurs, banken en vermogensverschaffers zich gedistantieerd van de oprichter Y en zijn vader.

1.5. Beide klagers zijn bestuurders van B.V. X geweest. Klager A van 1 januari 2015 tot 10 augustus 2015 en klager B van 29 mei 2015 tot 10 augustus 2015. Beide klagers hebben tevens in de B.V. X geïnvesteerd.

1.6. Op 22 maart 2016 is op verzoek van klagers het faillissement van B.V. X uitgesproken. Dit faillissement is echter na het instellen van het rechtsmiddel verzet vernietigd.

1.7. Klagers hebben – voorafgaande aan het indienen van de klacht – het NOAB-lid benaderd met het verzoek om nadere informatie over B.V. X. Het NOAB-lid heeft geen informatie verstrekt, omdat de heer Y (statutair bestuurder van B.V. X) daarvoor geen toestemming heeft gegeven en klagers op het tijdstip van hun verzoek geen bestuurders van B.V. X meer waren en dat evenmin in het boekjaar 2014 waren.

2. De klacht.

Klagers verwijten het NOAB-lid dat hij de jaarrekening 2014 op (nagenoeg) alle substantiële posten onjuist heeft opgesteld. Het NOAB-lid zou onvoldoende kritisch zijn geweest en met een gebrek aan vaktechnische kennis hebben gewerkt, zodat die jaarrekening niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen en niet is opgesteld zoals van een deskundig NOAB-lid mag worden verlangd. Hierdoor hebben zij schade geleden.

3. Verweer.

Het NOAB-lid stelt – zakelijk weergegeven – dat klagers een oneigenlijk gebruik van hun klachtrecht maken, omdat naar zijn mening de klacht uitsluitend is bedoeld om nadere informatie over de hoofdrolspelers (de heer Y, oprichter en statutair directeur-groootaandeelhouder, en zijn vader als feitelijk leidinggevende) te verkrijgen. De klacht moet daarom niet-ontvankelijk verklaard worden. Vervolgens betwist het NOAB-lid dat hij bij het opstellen van de jaarrekening onvoldoende kritisch is geweest en met een gebrek aan vaktechnische kennis heeft gehandeld.

4. De beoordeling van de klacht.

4.1. Omdat klagers geen eigen cliënten van het NOAB-lid waren en het dus gaat om een klacht van derden, die zich door het handelen van het NOAB-lid benadeeld voelen, onderzoekt het Tuchtcollege ambtshalve of klagers in die positie wel ontvankelijk zijn. Het Tuchtcollege stelt vast dat het hier gaat om een klacht, waarbij klagers zich direct in hun belang getroffen achten. Naar het oordeel van het Tuchtcollege zijn zij daarom ontvankelijk in hun klacht.

4.2. Vervolgens onderzoekt het Tuchtcollege de vraag of de klacht op inhoudelijke gronden wel ontvankelijk is. Het Tuchtcollege honoreert het verweer van het NOAB-lid dat de klagers een oneigenlijk gebruik van hun klachtrecht hebben gemaakt, omdat die klacht geen ander doel heeft dan het verkrijgen van informatie om “gerechtigheid richting de hoofdrolspelers (de heer Y en zijn vader)” te bewerkstelligen. Het Tuchtcollege verklaart daarom de klagers niet-ontvankelijk in hun klacht, hetgeen impliceert dat de klacht niet inhoudelijk wordt beoordeeld. Het Tuchtcollege komt tot dit oordeel, omdat klagers niet op grond van de door het NOAB-lid opgestelde jaarrekening 2014, maar op grond van een aantal in de uitspraak opgesomde eigen gedragingen hebben beslist tot het doen van investeringen in de B.V. X en het aanvaarden van hun bestuursfuncties in die B.V.

5. De beslissing.

Het Tuchtcollege verklaart klagers niet-ontvankelijk in hun klacht met de bepaling dat een samenvatting van de uitspraak in geanonimiseerde vorm zal worden gepubliceerd in “Activa”, het periodiek van NOAB.

Noot.

1. De NOAB-leden moeten naar aanleiding van deze uitspraak beseffen dat behalve hun eigen cliënt ook een derde een klacht kan indienen. Die derde moet dan wel door de gedragingen van een NOAB-lid direct in zijn eigen belang zijn getroffen.

2. Indien klagers in deze zaak zouden hebben gesteld dat zij in overwegende mate dan wel uitsluitend op grond van de door het NOAB-lid opgestelde jaarrekening met de samenstellingsverklaring hun investeringsbeslissingen hadden genomen en hun bestuursfuncties hadden aanvaard, waren zij wel ontvankelijk in hun klacht verklaard. Het Tuchtcollege had dan de jaarrekening inhoudelijk marginaal moeten toetsen. Hierbij was dan ook het verwijt “onvoldoende kritisch zijn bij het opstellen van de jaarrekening” ongetwijfeld aan de orde gekomen.

3.1. Naar mijn mening wordt een jaarrekening opgesteld met inachtneming van de informatie zoals die op het moment van het opstellen van de jaarrekening bekend is. Op basis daarvan wordt dan een post in de jaarrekening gewaardeerd en verantwoord. Dit betekent mijns inziens dat in beginsel “het onvoldoende kritisch zijn geweest” *ex tunc* getoetst moet worden. In de feitelijke omstandigheden van een specifiek geval kan dit leiden tot de vaststelling dat een NOAB-lid had moeten onderkennen dat bijvoorbeeld bepaalde informatie onvolledig was. Hij moet dan het bestuur van een vennootschap of de verantwoordelijke eigenaar of vennoot hierover ondervragen. Het nalaten hiervan is mijns inziens tuchtrechtelijk verwijtbaar.

3.2. Wat nu indien na het moment van het opstellen en vaststellen van de jaarrekening nieuwe informatie over de in de jaarrekening verantwoorde posten bekend wordt? Op basis van de *ex tunc* toetsing zou ik menen dat latere informatie, die tot een andere waardering zou hebben geleid, niet noodzakelijkerwijs met zich meebrengt dat de eerder gevolgde verantwoordingswijze onjuist wordt.

Mr. G. Lammers, oud-lid Tuchtcollege NOAB.