

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 170031

Beslissing
van 10 juli 2017
in de zaak 170031
naar aanleiding van het hoger beroep van:
verweerder
tegen:
klager sub 1
klager sub 2

hierna gezamenlijk: klagers

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort's-Hertogenbosch (verder: de raad) van 16 januari 2017, gewezen onder nummer 16/685/DB/A, aan partijen toegezonden op 16 januari 2017, waarbij de klacht van klagers tegen verweerder gegrond is verklaard en aan verweerder de maatregel van waarschuwing is opgelegd. Verweerder is veroordeeld tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klagers en de proceskosten van € 1.000,00 aan de Nederlandse Orde van Advocaten. De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSHE:2017:10.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 10 februari 2017 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van klagers;
- de e-mail met bijlagen van de zijde van verweerder van 5 juni 2017.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 19 juni 2017, waar klagers met hun gemachtigde mr. B en diens kantoorgenoot mr. E, en verweerder met zijn gemachtigde mr. D zijn verschenen. De gemachtigde van verweerder heeft gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT

De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij in de procedure feitelijke gegevens heeft verstrekt waarvan hij wist dat deze onjuist waren.

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 Klagers zijn curator in het op 20 mei 2010 uitgesproken faillissement van een conglomeraat van B.V.'s, samengevat te noemen X. Als curatoren in dat faillissement hebben zij de onderhavige klacht ingediend. Accountantskantoor Z (in de persoon van de accountant S.) heeft jarenlang de controle van de geconsolideerde jaarrekening van X uitgevoerd.

4.2 Accountant S. heeft de geconsolideerde jaarrekening van X van 2009 op 12 maart 2010 van een goedkeurende verklaring voorzien. Tussen klagers als curatoren en Z is een geschil ontstaan over de controle van de jaarrekening van X. Z heeft naar aanleiding daarvan op 7 juni 2010 aan haar onderzoeksteam opdracht gegeven een intern onderzoek te doen naar de toereikendheid van de controle van de jaarrekening 2009 van X een daarover een rapport van bevindingen uit te brengen.

4.3 In een memo van 12 november 2010 heeft het onderzoeksteam de conclusie van zijn onderzoek vastgelegd. De conclusie luidt:

“Op basis van de uitgevoerde werkzaamheden concludeert het onderzoeksteam dat uit het onderzochte controledossier onvoldoende blijkt dat de verzamelde controle-informatie toereikend is om de goedkeurende accountantsverklaring te onderbouwen.”

4.4 Klagers waren niet op de hoogte van dit onderzoek en deze conclusie. Zij hebben aan Y opdracht gegeven een rapport uit te brengen over onregelmatigheden in de administratie van X in de periode 2009 t/m 20 mei 2010. E heeft het rapport op 2 maart 2011 uitgebracht.

4.5 In 2012 is een kort geding gevoerd tussen klagers en Z waarin klagers vorderden dat Z hun het controledossier van X zou verstrekken. Verweerder heeft in dit kort geding Z bijgestaan. Bij de mondelinge behandeling op 13 maart 2012 heeft verweerder blijkens zijn pleitnota onder meer het volgende gezegd:

“Z controleert de cijfers van X met inachtneming van alle voor haar geldende beroepsregels. Daarvan uitgaande heeft Z telkens goedkeurende verklaringen afgelegd bij de opeenvolgende jaarrekeningen. Uitgaande van de Z ter beschikking gestelde stukken, de haar aangereikte informatie en de inhoud van haar controle, heeft Z dat destijds altijd op goede gronden gedaan.”

4.6 Bij beslissing van de Accountantskamer van 18 december 2015 is de klacht van de Autoriteit Financiële Markten tegen accountant S, die inhield dat S heeft nagelaten voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen om daarop de goedkeurende accountantsverklaringen te baseren, en dat S de controle van de jaarrekeningen 2008 en 2009 niet met de vereiste professioneel-kritische houding heeft verricht, gegrond verklaard en aan S de maatregel van doorhaling in het register opgelegd.

5 BEOORDELING

5.1 De klacht is gericht op de hierboven sub 4.5 geciteerde passage in de pleitnota van verweerder bij het kort geding. Klagers stellen dat zij pas van het bestaan van het interne rapport van het onderzoeksteam op de hoogte raakten op 5 oktober 2015, bij de mondelinge behandeling van de tuchtklacht bij de Accountantskamer. Volgens klagers is de aangehaalde passage uit de pleitnota van verweerder in strijd met de waarheid, gelet op de bevindingen in het rapport van het onderzoeksteam, waarover verweerder ten tijde van het kort geding beschikte. Verweerder heeft dat laatste erkend, maar hij stelt dat de gewraakte passage geen enkele relevantie had in het kader van het op art. 843a Rv gebaseerde kort geding, dat de conclusie van het onderzoeksteam weliswaar zwaarwegend was, maar niet onomstreden was binnen Z, en dat in de passage meer een normatief oordeel wordt gegeven dan dat daarin feitelijke gegevens worden verstrekt.

5.2 De raad heeft overwogen dat het niet om een normatief oordeel, maar om het poneren van feiten gaat, en dat verweerder aan de rechter in kort geding onjuiste informatie heeft verstrekt zodat hij niet heeft gehandeld zoals een behoorlijk advocaat betaamt.

5.3 Verweerder heeft als grieven naar voren gebracht dat de uitlating dat Z destijds altijd op goede gronden goedkeurende verklaringen bij de jaarrekeningen heeft afgelegd, een normatieve uitlating is die niet onder de reikwijdte van gedragsregel 30 valt. Verder maakt verweerder er bezwaar tegen dat de raad er bij de gegrondbevinding en oplegging

van een waarschuwing geen rekening mee heeft gehouden dat de conclusie van het onderzoeksteam destijds niet onomstreden was, dat Z de tekst van de pleitnota had goedgekeurd, en dat het kort geding ging over art. 843a Rv en niet over de vraag of de accountant volgens de beroepsregels had gehandeld.

5.4 Klagers hebben in hun verweerschrift de grieven bestreden.

5.5 Het hof overweegt dat de raad terecht als maatstaf voorop heeft gesteld dat de advocaat van de wederpartij een grote mate van vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op een wijze die hem goeddunkt. Die vrijheid is niet onbeperkt, maar kan – voor zover hier van belang - worden ingeperkt indien de advocaat feitelijke gegevens poneert waarvan hij weet, althans behoort te weten, dat deze onjuist zijn, of indien de advocaat anderszins bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij onnodig of onevenredig schaadt zonder dat daarmee een redelijk doel wordt gediend.

5.6 De conclusie van het onderzoek van het onderzoeksteam was dat de goedkeurende verklaring niet bij de jaarrekening 2009 van X had mogen worden verstrekt. Dat concludeerde het onderzoeksteam op grond van in de memo opgenomen bevindingen, zoals dat controles niet getest zijn, dat de aard en diepgang van de gegevensgerichte werkzaamheden niet altijd aan de vereisten voldoen, dat gebruik is gemaakt van door de klant opgestelde gegevens zonder onderzoek van de onderliggende documentatie, en dat soms is gesteund op ervaringen uit het verleden zonder dat de werkzaamheden voor het betreffende controlejaar zijn uitgevoerd.

5.7 Ook als dit binnen Z niet direct door iedereen is overgenomen en – zoals verweerder heeft aangevoerd - destijds ook twee leden van de juridische commissie van Z het hier niet mee eens waren, is het poneren door verweerder van de stelling dat Z altijd op goede gronden goedkeurende verklaringen bij de jaarrekeningen van X heeft afgegeven, met inachtneming van alle voor haar geldende beroepsregels, terwijl verweerder op de hoogte was van de memo van het onderzoeksteam, niet in overeenstemming met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt.

5.8 Verweerder wekte met deze onvoorwaardelijk geformuleerde stelling bij de toehoorders – de wederpartij en de rechter, die de memo van het onderzoeksteam niet kenden – immers de indruk dat er geen enkele aanleiding was om te twijfelen aan de juistheid van de afgifte van de goedkeurende verklaring bij de jaarrekening 2009, terwijl die aanleiding er wel degelijk en zeer serieus was, ook al in maart 2012. Daarmee zette verweerder de rechter en de wederpartij op het verkeerde been. Het is daarbij niet van belang dat het kort geding niet de juistheid van de goedkeurende verklaring tot inzet had, maar de afgifte van het controle-dossier. Ook een opmerking die niet het centrale punt van geschil betreft mag geen onjuiste feiten bevatten, nog daargelaten dat niet onaannemelijk is dat de vraag of er aanleiding was te twijfelen aan de juistheid van de controle, mede van belang is voor het al dan niet toewijzen van de vordering tot afgifte van het controle-dossier. Dat Z de pleitnota had goedgekeurd ontsloeg verweerder niet van zijn verplichting om geen onjuiste feitelijke gegevens te verstrekken. Ten slotte vergt de vergelijking van de conclusie van het onderzoeksteam met het stellige standpunt van verweerder in de pleitnota van 13 maart 2012 geen specifieke accountancy-kennis, zodat verweerder zich ook om die reden niet achter de goedkeuring van zijn cliënt kan verschuilen.

5.9 Het hof verwerpt hiermee ook het standpunt van verweerder dat het hier om een normatieve uiting zou gaan. Met de stelling dat Z altijd op goede gronden een goedkeurende verklaring heeft afgegeven met inachtneming van alle beroepsregels, poneert verweerder een feitelijke stelling, geen mening. Bij de toehoorders ontstaat daardoor de indruk dat er met de goedkeurende verklaringen niets mis is.

5.10 Het hof verwerpt mitsdien de aangevoerde grieven, zodat de bestreden beslissing zal worden bekrachtigd.

5.11 Nu de klacht gegrond is verklaard en een maatregel is opgelegd zal het hof overeenkomstig artikel 48 lid 6 Advocatenwet bepalen dat de kosten die ten laste komen van de Nederlandse Orde van Advocaten in verband met de behandeling van de zaak in hoger beroep door verweerder aan de Nederlandse Orde van Advocaten worden vergoed. Deze kosten moeten binnen vier weken na heden worden betaald.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch van 16 januari 2017 in de zaak 16/685/DB/A;

veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten in hoger beroep van € 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten te betalen binnen vier weken na deze uitspraak door overmaking op rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:INGBNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van "kostenveroordeling hoger beroep zaaknummer HvD 170031".

Aldus gewezen door mr. P.M.A de Groot-van Dijken, voorzitter, mrs. A.B.A.P.M. Ficq, M.M.H.P. Houben, M. Pannevis, D.J.B. de Wolff, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.N. Kikkert, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 10 juli 2017.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 10 juli 2017.