

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 21/657 Wtra AK

UITSPRAAK van 27 december 2021 op grond van artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de op 21 april 2021 ontvangen klacht met nummer 21/657 Wtra AK van X1

wonende te [plaats1]

X2

wonende te [plaats2]

KLAGERS

gemachtigden: mr. P.S.A. Verberne en mr. G.C. Hillebrand, te Naarden

tegen

drs. Y

registeraccountant

kantoorhoudende te [plaats3]

BETROKKE NE

advocaten: mr. H.E. van Berckel-Dekker en mr. I.W.M. Blom, te Eindhoven

1. De procedure

1.1. De Accountantskamer heeft kennisgenomen van de volgende stukken:

1.2. De klacht is behandeld op de openbare zitting van 8 november 2021. Klager X1 is verschenen, bijgestaan door mr. Verberne en mr. Hillebrand. Betrokkene is ook verschenen, bijgestaan door mr. Van Berckel-Dekker en mr. Blom.

2. De feiten

2.1. Betrokkene is sinds [datum1] ingeschreven in het accountantsregister van de NBA. Betrokkene is werkzaam bij [accountantskantoor1] (hierna: [accountantskantoor1] in [plaats3]).

2.2. [Fonds] (hierna: het Fonds) is een door [BV1] (hierna: [BV1]) opgericht fiscaal transparant beleggingsfonds in de vorm van een fonds voor gemene rekening dat zich richt op het beleggen in Nederlands vastgoed, voornamelijk in huurwoningen. Het Fonds biedt particuliere beleggers participaties aan van € 5.000 per stuk. [BV1] is beheerder van het Fonds. Het Fonds heeft een risico-indicator 6 op een schaal van 7, de op één na hoogste risicoklasse. Bewaarder van het Fonds is de [Stichting1] (hierna: [Stichting1]). Het Fonds heeft vanaf 2015 jaarlijks uitkeringen van 7 % gedaan aan de participanten.

2.3. Op 9 november 2016 heeft [accountantskantoor1] een opdracht van [BV1] aanvaard voor het controleren van de jaarrekening 2016 van het Fonds. Betrokkene heeft op 27 juni 2017 een goedkeurende controleverklaring afgegeven bij de jaarrekening 2016 van het Fonds.

2.4. Op 29 november 2017 heeft [accountantskantoor1] een opdracht van [BV1] aanvaard voor het controleren van de jaarrekening 2017 van het Fonds. Betrokkene

heeft op 20 juni 2018 een goedkeurende controleverklaring afgegeven bij de jaarrekening 2017 van het Fonds.

2.5. Op 17 april 2018 heeft [accountantskantoor1] een opdracht van [BV1] aanvaard voor het onderzoeken van een prognose opgenomen in het prospectus in verband met de vierde emissie van participaties in het Fonds (hierna: het prospectus). De omvang van deze emissie was € 29.400.000. [Accountantskantoor1] diende met het oog op deze emissie een assurance-rapport op te stellen. Op 6 juli 2018 heeft betrokkene een assurance-rapport bij de in het prospectus opgenomen prognose afgegeven.

3. De klacht

3.1. Betrokkene heeft volgens klagers gehandeld in strijd met de voor hem geldende gedrags- en beroepsregels. Klagers verwijten betrokkene het volgende:

a. Betrokkene had niet, althans niet zonder voorbehoud of nadere uitleg, een goedkeurende verklaring mogen afgeven bij de jaarrekeningen 2016 en 2017 van het Fonds vanwege de volgende gebreken:

i. onjuiste saldi en gebreken in de toelichting op posten van het eigen vermogen;
ii. gebreken in en verband met het voorstel resultaatbestemming, te weten:

a. voorwenden een rechtspersoon te zijn;
b. onbegrijpelijke en misleidende voorstellen
resultaatbestemming;
c. voorwenden dat waardeinstijgingen gerealiseerde winst zijn;

d. verlies versluieren;
iii. veronachtzaming van de fondsvoorwaarden en statutaire beperkingen van de bewaarder.

b. Betrokkene had niet, althans niet zonder voorbehoud of verdere uitleg, een assurance-rapport mogen afgeven bij het prospectus, omdat:

i. betrokkene had moeten wijzen op de ondeugdelijkheid van de kengetallen 2015-2017 en van de rendementsprognose 2018-2019; en
ii. betrokkene had moeten aandringen dat de beheerder deze gebreken wegnam of geen assurance-rapport moeten afgeven.

3.2. Klagers hebben toegelicht dat zij menen dat betrokkene ten onrechte heeft geaccepteerd dat op onterechte wijze bedragen door het Fonds zijn uitgekeerd onder de naam "dividend" en dat ten onrechte het uitgangspunt "substance over form" niet is gehanteerd. Hierdoor zijn (potentiële) investeerders misleid.

4. De beoordeling

4.1. Het handelen en/of nalaten waarop de klacht betrekking heeft moet worden getoetst aan de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGBA) en de Nadere voorschriften controle- en overige Standaarden (NV COS).

4.2.1. De Accountantskamer stelt bij de beoordeling van deze klacht voorop dat het Fonds een fonds voor gemene rekening is, waarbij participanten vermogen bij elkaar brengen om dit gezamenlijk te beleggen. Het Fonds heeft geen rechtspersoonlijkheid. Het Fonds is een beleggingsinstelling in de zin van de Wet op het financieel toezicht (Wft).

4.2.2. Artikel 4:37o, derde lid, van de Wft bepaalt, voor zover hier van belang, dat een beleggingsinstelling haar jaarrekening, bedoeld in het eerste en tweede lid van dit artikel, opstelt overeenkomstig de jaarrekeningstandaarden van:

- a. de lidstaat van herkomst van de beleggingsinstelling; en
- b. de staat die geen lidstaat is waar de beleggingsinstelling haar zetel heeft.

Uit deze bepaling volgt dat de verslaggevingseisen van titel 9 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) van toepassing zijn op de jaarrekening van het Fonds. Daarnaast is de Europese Gedelegeerde verordening (EU) Nr. 231/2013 van toepassing. De verslaggevingseisen voor beleggingsinstellingen, zoals het Fonds, zijn nader uitgewerkt in RJ 615 (Beleggingsentiteiten). Op grond van het bepaalde artikel 4:37o, vierde lid, van de Wft dienen de jaarrekening en het bestuursverslag van het Fonds te zijn voorzien van een door een accountant dan wel door een deskundige afgegeven verklaring omtrent de getrouwheid daarvan.

Klachtonderdeel a:

Betrokkene had vanwege een aantal gebreken (i, ii, iii) niet, althans niet zonder voorbehoud of nadere uitleg, een goedkeurende verklaring mogen afgeven bij de jaarrekeningen 2016 en 2017 van het Fonds.

4.3. Ten aanzien van subklachtonderdeel i, dat ziet op onjuiste saldi en toelichting op posten van het eigen vermogen hebben klagers zich op het standpunt gesteld dat geen wettelijke reserve voor geactiveerde fondskosten is opgenomen in de door betrokkene gecontroleerde jaarrekeningen en dat de economische realiteit van de zogenoemde “dividenduitkeringen” niet in de jaarrekeningen is verwerkt.

4.4.1. Betrokkene verwijst in de door hem afgegeven controleverklaringen bij de jaarrekeningen 2016 en 2017 van het Fonds terecht naar de verslaggevingseisen van titel 9 van Boek 2 BW. Aan deze eisen dienden de jaarrekeningen van het Fonds te voldoen.

4.4.2. De Accountantskamer stelt vast dat in de jaarrekeningen 2016 en 2017 van het Fonds geen wettelijke reserve voor geactiveerde fondskosten is opgenomen. Een dergelijke reserve is volgens betrokkene eerst in de jaarrekening 2019 van het Fonds opgenomen. De Accountantskamer is van oordeel dat het niet opnemen van een dergelijke wettelijke reserve in strijd is met artikel 2:365 lid 2 BW in verbinding met artikel 2:365 lid 1 sub a BW en artikel 2:373 lid 4 BW. Dat, zoals betrokkene heeft verklaard, het hiermee gemoeide bedrag in 2016 niet materieel was, doet niet af aan de wettelijke plicht om deze reserve op te nemen in de jaarrekening. De Accountantskamer wijst er in dit verband op dat het opnemen van deze wettelijke reserve er mede toe dient om het inzicht in de samenstelling van het eigen vermogen te vergroten. Overigens is het argument van niet-materialiteit van betrokkene ook niet begrijpelijk omdat het bedrag van de geactiveerde fondskosten weliswaar in de loop van de jaren was gestegen, maar procentueel juist was gedaald van eind 2016 6,3%, eind 2017 5,3% naar eind 2019 5,2% van het eigen vermogen.

Betrokkene had er als controlerend accountant dan ook niet mee mogen instemmen dat deze wettelijke reserve niet werd verwerkt in de door hem gecontroleerde jaarrekeningen 2016 en 2017. Hij heeft in strijd met artikel 13 van de VGBA relevante wet- en regelgeving niet toegepast. Daarmee heeft hij gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid.

4.4.3. Dit subklachtonderdeel is daarom, voor wat betreft het niet opnemen van de wettelijke reserve voor geactiveerde fondskosten, gegrond.

4.5.1. In jaarrekeningen 2016 en 2017 van het Fonds wordt de term “dividend” gebruikt voor de aan de participanten gedane uitkeringen. De gedane “dividenduitkeringen” bestonden volgens klagers niet uit door het Fonds behaalde winsten, maar kwamen uit positieve herwaarderingen en door participanten gestort kapitaal. De Accountantskamer overweegt naar aanleiding hiervan dat het Fonds een fonds voor gemene rekening is, zonder rechtspersoonlijkheid. De regels die voor een N.V. of een B.V. gelden zijn op het fonds dus niet van toepassing. Omdat niet wettelijk is vastgelegd wat wordt verstaan onder “dividend”, moet worden aangenomen dat dit begrip geen exclusieve betekenis heeft. Evenmin gelden vanwege de economische realiteit in het onderhavige geval zwaardere eisen.

5.4.2. In het kader van de controle van de jaarrekeningen heeft betrokkene vastgesteld dat de aan de participanten gedane uitkeringen in overeenstemming zijn met hetgeen daarover in artikel 20 van de fondsvoorwaarden is bepaald. Gelet op het hierboven overwogene is het de betrokkene niet te verwijten dat hij zich niet heeft verzet tegen de term die zijn opdrachtgever in de jaarrekeningen voor deze uitkeringen heeft gekozen. Klagers hebben onvoldoende aannemelijk gemaakt dat beleggers door het gebruik van de term “dividend” zijn misleid, mede nu beleggers door kennisneming van de fondsvoorwaarden wisten of hadden kunnen weten waaruit de desbetreffende uitkeringen zijn voldaan. Betrokkene heeft dan ook niet in strijd met enig fundamenteel beginsel gehandeld door zich niet te verzetten tegen het gebruik van de term “dividend” voor de aan de participanten gedane uitkeringen.

4.5.3. Dit subklachtonderdeel is daarom, voor wat betreft de verwerking van de economische realiteit van de “dividenduitkeringen”, ongegrond.

4.6. Ten aanzien van subklachtonderdeel ii van klachtonderdeel a hebben klagers zich op het standpunt gesteld dat de gebreken in en verband met het voorstel resultaatbestemming, betrekking hebben op:

- a. voorwenden een rechtspersoon te zijn;
- b. onbegrijpelijke en misleidende voorstellen resultaatbestemming;
- c. voorwenden dat waardestijgingen gerealiseerde winst zijn; en
- d. verlies versluieren.

De Accountantskamer zal de punten b en c gezamenlijk bespreken. De punten a en d zullen afzonderlijk worden besproken.

a. voorwenden een rechtspersoon te zijn

4.7.1. In de balans en in de toelichting van de jaarrekeningen 2016 en 2017 wordt de term “eigen vermogen” gebruikt. Daarnaast vermelden de jaarverslagen 2016 en 2017 in het hoofdstuk dat betrekking heeft op overige gegevens de “statutaire regeling omtrent de bestemming van de winst”. Klagers stellen zich op het standpunt dat hiermee ten onrechte de indruk gewekt wordt dat het Fonds een rechtspersoon is.

4.7.2. De Accountantskamer overweegt naar aanleiding van dit standpunt dat het Fonds op grond van het bepaalde in artikel 4:37o, derde lid, van de Wft gehouden was om bij het opstellen van de jaarrekening de verslaggevingseisen van titel 9 van Boek 2 BW te volgen. Bij het opstellen van de door betrokkene gecontroleerde jaarrekeningen zijn deze bepalingen en de meer specifieke uitwerking voor beleggingsinstellingen, opgenomen in RJ 615, gevolgd. De term “eigen vermogen” is afkomstig uit artikel 2:373 BW en model R voor de balans uit het Besluit modellen jaarrekening dat in samenhang met artikel 2:363 lid 6 BW voor beleggingsinstellingen van toepassing is. Het gebruik van de term “eigen vermogen” in de jaarrekeningen is daarom niet onjuist.

4.7.3. Aan de door betrokkene gecontroleerde jaarrekeningen is onder de overige gegevens in overeenstemming met het bepaalde in artikel 2:392 lid 1 onder b BW de statutaire regeling omtrent de bestemming van de winst toegevoegd. Het gebruik van de wettelijke term “statutaire regeling” is wellicht ongelukkig nu het Fonds geen statuten heeft, maar uit de verdere tekst van de paragraaf waarin deze term in de beide jaarverslagen wordt gebruikt, blijkt dat hiermee bedoeld is om te verwijzen naar artikel 20 van de fondsvoorwaarden. Het gaat te ver om uit het enkele feit dat deze term is gebruikt te concluderen dat hiermee beoogd is om voor te wenden dat het Fonds een rechtspersoon is. De Accountantskamer is van oordeel dat het betrokkene niet tuchtrechtelijk valt te verwijten dat hij akkoord is gegaan met het gebruik van deze term. Van strijd met enig fundamenteel beginsel is voor wat betreft dit klachtonderdeel dan ook geen sprake.

4.7.5. Dit subklachtonderdeel is daarom in zoverre ongegrond.

b. voorstellen resultaatbestemming, en

c. voorwenden dat waardeinstijgingen gerealiseerde winst zijn

4.8.1. Bij deze beide verwijten geven klagers aan dat in 2016 een bedrag van € 346.825 aan dividend is uitgekeerd, terwijl een winst van € 245.607 is behaald waaruit een bedrag van

€ 252.410 aan de herwaarderingsreserve is toegevoegd. Winst kan niet zowel worden gereserveerd als worden uitgekeerd. Bovendien kan niet meer winst worden uitgekeerd dan is behaald. Ook kan op een negatieve reserve geen dividend worden gedebiteerd. Betrokkene geeft hierover aan dat deze verwerkingswijze in de jaarrekening duidelijk uiteen is gezet en evenmin in strijd is met de op het Fonds van toepassing zijnde wet- en regelgeving en fondsvoorwaarden. De Accountantskamer gaat mee met dit verweer. Zo is de ongerealiseerde positieve herwaardering in overeenstemming met model S van de winst-en-verliesrekening van beleggingsmaatschappijen en RJ 615 in de winst-en-verliesrekening opgenomen en in overeenstemming met RJ 213.504 aan de herwaarderingsreserve toegevoegd. Ook is de uitkering van dividend in overeenstemming met RJ 160.208 tot en met 211 en RJ 420.101 ten laste van de overige reserves gebracht.

4.8.2. De door het Fonds gedane uitkeringen aan participanten zijn gebaseerd op geprognostiseerde winst en niet op reeds gerealiseerde winst en zijn als zodanig in de jaarrekeningen verwerkt. Dit is overeenkomstig de fondsvoorwaarden. Betrokkene heeft dan ook niet in strijd gehandeld met enig fundamenteel beginsel door zich niet te verzetten tegen de voor deze uitkeringen gekozen verwerking in de jaarrekening.

4.8.3. Dit subklachtonderdeel is ongegrond.

d. verlies versluieren

4.9.1. Ten aanzien van dit subklachtonderdeel overweegt de Accountantskamer dat, zoals ook volgt uit RJ 615.405a, de beleggingsentiteit op grond van artikel 104, tweede lid, van de Gedelegeerde verordening (EU) nr. 231/2013 van de Commissie van de Europese Unie, in de toelichting op de post Indirect resultaat uit beleggingen onder meer de volgende informatie moet opnemen:

- gerealiseerde winsten uit beleggingen per soort belegging;
- ongerealiseerde winsten uit beleggingen per soort belegging;
- gerealiseerde verliezen uit beleggingen per soort belegging;
- ongerealiseerde verliezen uit belegging per soort belegging.

4.9.2. De Accountantskamer stelt vast dat betrokkene in zijn verweerschrift weliswaar een overzicht heeft verstrekt dat voldoet aan de eisen van RJ 615.405a, maar dat een dergelijk overzicht niet is opgenomen in de door hem gecontroleerde jaarrekeningen. Betrokkene heeft echter noch in zijn verweerschrift noch tijdens de

zitting uitgelegd op grond van welke overwegingen het ontbreken van deze toelichtingen voor hem aanvaardbaar was. Juist bij een beleggingsfonds is het, met het oog op het verschaffen van inzicht aan de gebruikers van de jaarrekening, van belang dat deze informatie in de jaarrekening wordt verschaft.

Betrokkene had er als controlerend accountant dan ook niet mee mogen instemmen dat deze informatie onvermeld bleef in de door hem gecontroleerde jaarrekeningen 2016 en 2017. Hij heeft in strijd met artikel 13 van de VGBA relevante wet- en regelgeving niet toegepast. Daarmee heeft hij gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid.

4.9.3. Dit subklachtonderdeel is daarom in zoverre gegrond.

veronachtzaming van fondsvoorwaarden en van de statutaire beperkingen van de bewaarder

4.10.1. Ten aanzien van dit subklachtonderdeel iii hebben klagers zich op het standpunt gesteld dat voor wat betreft de aan participanten gedane uitkeringen in strijd wordt gehandeld met artikel 20 van de fondsvoorwaarden en met artikel 3, eerste lid, aanhef en onder G, van de statuten van de [stichting1] en dat betrokkene daarom geen goedkeurende controleverklaring had mogen afgeven bij de jaarrekeningen 2016 en 2017 van het Fonds.

4.10.2. De Accountantskamer stelt voorop dat uit de fondsvoorwaarden volgt dat [BV1] de beheerder is van het Fonds. In artikel 12 van de fondsvoorwaarden is bepaald dat het bestuur van het Fonds en het beheer over het Fonds bij de beheerder berusten. Uit artikel 20 van de fondsvoorwaarden volgt dat de beheerder verantwoordelijk is voor het doen van uitkeringen aan de participanten. Uit het tweede en het derde lid van artikel 20 volgt dat niet alleen gerealiseerde winst kan worden uitgekeerd, maar dat ook uitkeringen kunnen worden gedaan ten laste van de overige reserves van het Fonds. Van strijd met artikel 20 van de fondsvoorwaarden is dan ook geen sprake. De [stichting1] heeft op grond van artikel 3, eerste lid, aanhef en onder G, van haar statuten weliswaar een taak bij het verdelen van het positieve resultaat van het Fonds, maar alleen in geval van liquidatie van het Fonds. Van strijd met de statuten van de [stichting1] is daarom evenmin sprake. De Accountantskamer is daarom van oordeel dat artikel 20 van de fondsvoorwaarden en artikel 3, eerste lid, aanhef en onder G, van de statuten van de [stichting1] niet in de weg stonden aan afgifte van een goedkeurende controleverklaring bij de jaarrekeningen 2016 en 2017 van het Fonds. Betrokkene heeft in zoverre dan ook niet gehandeld in strijd met enig fundamenteel beginsel.

4.10.3. Dit subklachtonderdeel is daarom ongegrond.

Klachtonderdeel b:

Betrokkene had niet, althans niet zonder voorbehoud of verdere uitleg, een assurance-rapport

mogen afgeven bij het prospectus voor de vierde emissie van participaties, omdat:

i. betrokkene had moeten wijzen op de ondeugdelijkheid van de kengetallen 2015-2017 en van de rendementsprognose 2018-2019; en

ii. betrokkene had moeten aandringen dat de beheerder deze gebreken wegnam of geen assurance-rapport moeten afgeven.

4.11.1. De Accountantskamer stelt voorop dat op het opstellen van het assurance-rapport bij het prospectus de Standaarden 3850N (Assurance- en overige opdrachten met betrekking tot prospectussen) en 3400 (Onderzoek naar toekomstgerichte financiële informatie) van toepassing zijn. De accountant verschaft met een assurance-rapport over toekomstgerichte informatie een beperkte mate van

zekerheid in tegenstelling tot een redelijke mate zekerheid bij de controle van een jaarrekening.

4.11.2. Betrokkene geeft aan dat hij heeft gecontroleerd of het door de beheerder van het Fonds gehanteerde rekenmodel aanvaardbaar is en of dat model is opgenomen in de cijfers in het prospectus. Betrokkene heeft toegelicht dat hij de prognoses heeft doorgerekend en dat hij heeft aangesloten bij de meest recente cijfers die beschikbaar waren, bij de vastgoedportefeuille van het Fonds en bij de overige informatie die beschikbaar was. Betrokkene is op basis van de uitgevoerde werkzaamheden en de verkregen assurance-informatie tot het oordeel gekomen dat hem niets is gebleken op basis waarvan hij zou moeten concluderen dat de veronderstellingen in alle van materieel belang zijde aspecten geen redelijke basis vormen voor de prognose.

4.11.3. De Accountantskamer is van oordeel dat klagers onvoldoende hebben onderbouwd dat betrokkene de aanvaardbaarheid van de aan de prognose voor de vierde emissie van participaties van het Fonds ten grondslag liggende vooronderstellingen onvoldoende professioneel-kritisch heeft beoordeeld. Niet gebleken is dat de verwachtingen waarvan met het oog op de vierde emissie is uitgegaan niet haalbaar zijn.

4.11.4. Voorts wijzen klagers op het gebruik van de term “dividenduitkeringen” in het prospectus. Hiervoor verwijst de Accountantskamer naar zijn overwegingen in 4.5. Voor zover klagers verwijzen naar RJ 430, is dit hoofdstuk van toepassing op kerncijfers, kengetallen en meerjarenoverzichten in de jaarstukken van het Fonds. Voor betrokkene zijn de Standaarden 3850N en 3400 van toepassing bij het opstellen van zijn assurance-rapport bij het prospectus van het Fonds. Hierbij komt dat de tekst van RJ 430.104 waarnaar klagers ter onderbouwing van hun standpunt verwijzen, eerst van toepassing is bij het opstellen van de jaarstukken 2018 van het Fonds in het voorjaar 2019.

4.11.5. De Accountantskamer is gelet op het voorgaande van oordeel dat niet gebleken is dat betrokkene voor wat betreft het door hem opgestelde assurance-rapport gehandeld heeft in strijd met enig fundamenteel beginsel.

4.11.6. Klachtonderdeel b is daarom op alle onderdelen ongegrond.

5. De maatregel

5.1. Omdat de klacht (gedeeltelijk) gegrond is, kan een tuchtrechtelijke maatregel worden opgelegd. De maatregel van waarschuwing is passend en geboden. Daarbij is in aanmerking genomen dat betrokkene wettelijke voorschriften niet in acht heeft genomen die relevant zijn voor een goed inzicht in het resultaat van het Fonds. Ook is meegewogen dat de geconstateerde tekortkomingen een relatief beperkte impact hebben gehad op de jaarrekening en dat betrokkene zich lerend en toetsbaar heeft opgesteld.

6. De beslissing

De Accountantskamer:

- **waarschuwing**;

Aldus beslist door mr. A.A.A.M. Schreuder, voorzitter, mr. J.W. Frieling en mr. P.C. Römer (rechterlijke leden) en mr. drs. J.B. Backhuijs RA en prof. dr. Ph. Wallage RA (accountantsleden), in aanwezigheid van mr. A. van der Weij, secretaris, en uitgesproken in het openbaar op 27 december 2021.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is aan partijen verzonden op: _____

Op grond van artikel 43 Wtra kan tegen deze uitspraak binnen 6 weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld door middel van het indienen van een beroepschrift bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (adres: Postbus 20021, 2500 EA Den Haag). Het beroepschrift moet de gronden van het beroep bevatten en moet zijn ondertekend.