

**JOR 2018/200, Gerechtshof Amsterdam, 12-12-2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5224,  
200.192.243/01 (annotatie)**

<b>Instantie:</b> Gerechtshof Amsterdam
<b>Datum uitspraak:</b> 12-12-2017
<b>Publicatie:</b> JOR 2018/200 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 7-8, 2018
<b>Annotator:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• E.L. Zetteler</li> </ul>
<b>ECLI:</b> <a href="#">ECLI:NL:GHAMS:2017:5224</a>
<b>Zaaknummer:</b> 200.192.243/01
<b>Overige publicaties:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <a href="#">ECLI:NL:GHAMS:2017:5224</a></li> <li>• <a href="#">JA 2018/39</a></li> <li>• AR 2018/283</li> <li>• NJF 2018/111</li> <li>• JONDR 2018/430</li> </ul>
<b>Rechtsgebied:</b>
<b>Rubriek:</b> Varia
<b>Rechters:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. De Jongh</li> <li>• mr. Jurgens</li> <li>• mr. Vink</li> </ul>
<b>Partijen:</b> X, principaal appelland, incidenteel geïntimeerde, advocaat: mr. N.J. Margetson, tegen KPMG Accountants NV te Amstelveen, principaal geïntimeerde, incidenteel appellante, advocaat: mr. S.A.G. Hoogeveen.
<b>Regelgeving:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <a href="#">BW Boek 6 - 162</a></li> </ul>

### Inhoudsindicatie

Aansprakelijkheid accountant, Oordeelonthouding bij controle jaarrekening, Onvoldoende concrete signalen fraude, Verwijzing naar HR 13 oktober 2006, «JOR» 2006/296, m.nt. Beckman (Vie d'Or)

### Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

### Samenvatting

Ter beantwoording van de vraag of KPMG jegens appelland onrechtmatig heeft gehandeld en deswege aansprakelijk

kan zijn voor de schade die appellant stelt te hebben geleden, moet worden onderzocht wat van KPMG als redelijk handelende en redelijk bekwame externe controlerende registeraccountant mocht worden gevergd in het kader van een zorgvuldige uitoefening van haar taak met het oog op de belangen van appellant als derde. Bij de beantwoording van de vraag of KPMG heeft gehandeld in overeenstemming met de van haar in het concrete geval te vergen mate van zorg, komt het aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval. Daarbij zal – onder meer – moeten worden onderzocht of en in hoeverre in nationale of Europese regelgeving neergelegde (dwingende) voorschriften omtrent de vervulling van die taak zijn nageleefd (vgl. HR 13 oktober 2006, «JOR» 2006/296, m.nt. Beckman (Vie d'Or)). De handelwijze van de accountant verbonden aan KPMG zal daarbij worden toegerekend aan KPMG als opdrachtgever. De accountant diende ten tijde van de uitvoering van zijn werkzaamheden de Verordening Gedragscode (VGC) en de op art. A-130.7 VGC gebaseerde (en vanaf 1 januari 2007 geldende) Nadere Voorschriften Controle- en Overige Standaarden (NV COS) te betrekken. De VGC en NV COS hebben te gelden als bindende voorschriften. In onderhavige zaak gaat het in het bijzonder om NV COS 240 en NV COS 705N.

Appellant betoogt dat de achtergrond van de lening en de swap-overeenkomst zo onduidelijk en ongebruikelijk waren en mede daarom zoveel vragen oproepen dat bij de accountant een vermoeden van fraude had moeten ontstaan. Onder die omstandigheden is een oordeelonthouding niet een voldoende duidelijke waarschuwing ter zake van de gebleken risico's voor degenen met wier belangen KPMG rekening moest houden, zodat daarmee niet kon worden volstaan. Bovendien had de accountant een vermoeden van fraude aan de relevante bestuurders moeten rapporteren.

Bij de beantwoording van de vraag of de accountant op adequate wijze aan zijn zorgplicht invulling heeft gegeven, is van belang dat de fraudegedragsregels van NV COS 240 zijn toegespitst op afwijkingen van materieel belang in financiële overzichten (vgl. o.m. de art. 1 t/m 8 van NV COS 240). NV COS 240 ziet vooral op de vraag onder welke omstandigheden een afwijking moet worden aangemerkt als frauderisicofactor, signaal voor de mogelijkheid van fraude, aanwijzing voor fraude of een redelijk vermoeden van fraude. NV COS 240 staat op zichzelf niet eraan in de weg dat de weigering door de vennootschap om informatie te verstrekken wordt aangemerkt als frauderisicofactor of signaal voor de mogelijkheid van fraude. De vraag of de controlerend accountant de weigering aldus moet opvatten, hangt af van de reden waarom de informatie wordt geweigerd en de overige omstandigheden van het geval. In dit geval heeft KPMG onbestreden aangevoerd dat het niet ongebruikelijk is dat beleggingsfondsen afspraken over geheimhouding maken, bijvoorbeeld om beleggingsstrategieën te beschermen. Voorts is van belang dat Olsen schriftelijk aan Brightwell heeft bevestigd dat de rechtsverhouding tussen partijen niet voorziet in de mogelijkheid om informatie hierover aan derden, waaronder aan de accountant, te verstrekken (zie onder 2.7). Onder deze omstandigheden heeft de accountant niet gehandeld in strijd met zijn zorgplicht door de weigering van Brightwell om nadere informatie te verstrekken niet aan te merken als aanwijzing voor de mogelijkheid van fraude.

Verder is van gewicht dat Brightwells investment manager blijkens het private placement memorandum grote vrijheid toekwam. Deze stelde naar vrije discretie het investeringsbeleid vast en nam investeringsbeslissingen. Tegen deze achtergrond heeft de accountant niet als fraudesignaal moeten opvatten de omstandigheden dat een bestuursbesluit ontbrak, dat de leningfaciliteit gelijk stond aan 47% van het vermogen van Brightwell en dat in verband met de Olsen-lening, kennelijk aangegaan ten behoeve van houders van Class C-aandelen, geen zekerheden aan Brightwell werden verschaft. In het licht van het voorgaande bestonden op het moment dat de jaarrekeningen van Brightwell 2007 en 2008 werden gecontroleerd, onvoldoende concrete signalen voor de mogelijkheid van fraude.

Hetgeen appellant met een beroep op de rapporten van Smith en Lammers heeft aangevoerd, leidt niet tot een ander oordeel. Deze rapporten zijn gedeeltelijk gebaseerd op informatie waarmee de accountant ten tijde van de accountantscontrole over de boekjaren 2007 en 2008 niet bekend was of hoefde te zijn. Uit de beide rapporten valt niet af te leiden dat de rapporteurs zich rekenschap hebben gegeven van het risico dat hun oordeel mede wordt gevormd op basis van "wijsheid achteraf". Ook blijkt uit de rapporten onvoldoende dat de rapporteurs rekening hebben gehouden met het gegeven dat fraude nu eenmaal gepaard kan gaan met gecompliceerde en zorgvuldig opgezette plannen, bedoeld om de fraude te verhullen. Reeds op deze gronden bieden de beide rapporten onvoldoende grond om tot het oordeel te kunnen komen dat op het moment dat de jaarrekeningen van 2007 en 2008 werden gecontroleerd, voldoende concrete signalen bestonden voor de mogelijkheid van fraude. Wel was een redelijk handelende en redelijk bekwame accountant onder de gegeven omstandigheden en gelet op de omvang van de Olsen-lening en de informatiebeperking gehouden om, zo hij de opdracht niet teruggaf, zich dan toch ten aanzien van de jaarrekeningen 2007 en 2008 van Brightwell van een oordeel te onthouden (vgl. art. 25 NV COS 705N). De accountant

heeft dat ook gedaan. Van die oordeelonthouding ging mede bezien in het licht van de daarop gegeven toelichting ook een voldoende waarschuwendende werking uit. Gelet op het vorenstaande kan niet worden geoordeeld dat de accountant met betrekking tot de jaarrekeningen 2007 en 2008 niet heeft mogen volstaan met een oordeelonthouding met de daarbij gegeven toelichting. Dit brengt mee dat ook KPMG met betrekking tot deze jaarrekeningen niet onzorgvuldig jegens appelland heeft gehandeld.

Appelland bestrijdt het oordeel dat KPMG bij haar controle van de jaarstukken 2009 en 2010 van Brightwell haar zorgplicht jegens appelland niet heeft geschonden. Bij de beoordeling van de grieven zijn verschillende omstandigheden van gewicht. Vooreerst dient tot uitgangspunt dat ten aanzien van de boekjaren 2007 en 2008 een vermoeden van fraude niet aannemelijk is geworden. In de tweede plaats acht het hof van belang dat Olsen normale rentebetalingen heeft gedaan. Ten derde weegt mee dat appelland niet heeft weersproken het verweer van KPMG dat Brightwell informatie voor KPMG verborgen heeft gehouden, dit alles ondanks het feit dat Brightwell in haar letter of representation over de boekjaren 2009 en 2010 juist had verklaard dat zij haar boeken volledig had geopend. In de vierde plaats is de chronologie van belang. KPMG heeft de jaarrekeningen 2009 en 2010 van Brightwell goedgekeurd op 30 maart 2011 en 14 april 2011. KPMG is niet betrokken geweest bij de beoordeling van de jaarrekening 2011. De "aflossing" van de Olsen-lening vond plaats op 25 februari 2011 en geschiedde derhalve na jaareinde 2010. Deze tijdsvolgorde is relevant, nu Lammers ter zitting heeft bevestigd dat een standaardbankverklaring per jaareinde pleegt te worden aangevraagd en dat een tussentijdse standaardbankverklaring minder gebruikelijk is.

Deze omstandigheden, in samenhang beschouwd, brengen mee dat ten tijde van de controle van de jaarrekeningen 2009 en 2010 onvoldoende aanleiding bestond om extra onderzoek te doen naar de "aflossing" van de Olsen-lening.

## **Uitspraak**

(...; red.)

### **2. Feiten**

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.17 de feiten weergegeven die zij als vaststaand heeft aangenomen. Voor zover met *grief I en II in het principale beroep* wordt geklaagd over de juistheid van de door de rechtbank vastgestelde feiten zal het hof deze klachten in aanmerking nemen bij onderstaande samenvatting van de feiten. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, zal van de volgende feiten worden uitgegaan.

2.1. [appelland] is de vader van [X] (hierna: [X]). [X] heeft op 12 februari 2002 samen met [Y] (hierna: [Y]) Beaumont Fund Ltd. (hierna: Beaumont) opgericht. Beaumont, gevestigd op de Britse Maagdeneilanden, houdt zich bezig met investeringen via diverse handelsvennootschappen. [X] en [Y] waren bestuurders van Beaumont. Beaumont heeft drie soorten aandelen waarin geïnvesteerd kon worden, te weten Class A, Class B en Class C aandelen.

2.2. Het *Private Placement Memorandum* van Beaumont, gedateerd 31 augustus 2006, vermeldt onder meer:

#### *"Investment Objective*

The Investment Objective of the Company [Beaumont – hof] is to increase the Net Asset Value over the medium term by maximizing the risk adjusted total return (...).

(...)

#### *Lock-up clause and minimum redemption value for Class B Shares*

Due to the specific nature of the investment portfolio, a pre-defined redemption date is established at December 31st 2012. The investment is locked into the fund until this dealing date. The minimum redemption value at the redemption date December 31st 2012 is determined in USD 108.00 per share.

(...)

#### *Investment of assets of Class b Common Shares*

Assets of Class B Common Shares will be invested, via Brightwell Portfolio Fund Ltd. (...)."

2.3. In overeenstemming met haar *Private Placement Memorandum* heeft Beaumont op enig moment alle aandelen van Brightwell Portfolio Fund Ltd. (hierna: Brightwell) verkregen. Brightwell is eveneens gevestigd op de Britse Maagdeneilanden. [Y] en [X] waren beiden van 30 oktober 2002 tot 31 juli 2006 bestuurder van Brightwell.

2.4. Het op 1 oktober 2008 gewijzigde *Private Placement Memorandum* van Brightwell vermeldt onder meer:

#### *"PRIVATE PLACEMENT MEMORANDUM*

*This document has been amended and restated October 1st 2008*

#### *Following name change of the Investment Manager*

(...)

#### *Classes of Shares*

The share capital of the Company consists of eleven different classes of shares, ten of which will be offered to investors. The ten classes of Common Shares (hereinafter referred to as a "Class of Shares" or "Common Shares") each pursue different investment strategies, markets or methodologies.

(...)

#### *Investment Objective*

The Investment Objective of the Company [Brightwell – hof] is to increase the Net Asset Value over the long term. (...)

#### *Investment Policy*

(...)

The investment policy is flexible and will be discretionarily decided by the Investment Manager, according to market conditions, and it can therefore widely change over time.

(...)

When the Manager believes market or economic conditions are unfavourable for investments, the Manager may invest up to 100% of the Company's assets in a temporary defensive manner (...). Temporary defensive investments generally may include (...) non guaranteed loans; (...).

(...)

#### *MANAGEMENT OF THE COMPANY*

(...)

#### *Investment Manager*

The Company has appointed Princes Gate Investment Management Ltd. (...) incorporated under the laws of the British Virgin Islands (...) as its Investment Manager.

(...) [T]he Investment Manager is responsible for making day-to-day investment decisions regarding the Company's assets. The Investment Manager has full discretion with respect to and bears sole responsibility for the investment decisions of the Company and the implementation of those decisions."

Bestuurders van Princes Gate Investment Management Ltd (hierna: Princes) waren onder meer [Y] en [X] Laatstgenoemde is op 23 maart 2009 afgetreden als bestuurder van Princes.

2.5. In de periode van december 2007 tot maart 2013 hebben Brightwell en haar dochtervennootschappen met derden diverse overeenkomsten van geldlening gesloten. Onder meer heeft Brightwell Portfolio Fund Class C op 3 december 2007 met Olsen Invest & Trade SA, gevestigd te Panama, een *Profit Sharing Loan Facility* gesloten (hierna: Olsen en de Olsen-lening). Krachtens deze overeenkomst was Olsen gerechtigd om bedragen tot € 16.400.000 van Brightwell te lenen. De Olsen-lening had een looptijd tot en met 31 december 2012. De lening voorzag in halfjaarlijkse rentebetaling. Uit hoofde van de Olsen-lening heeft Brightwell aan Olsen in de loop van de jaren 2007 tot en met 2010 leningen voor een totaal bedrag van ongeveer € 11.000.000 verstrekt. Olsen van haar kant heeft in 2008, 2009 en 2010 bij elkaar ongeveer € 890.000 aan rente betaald. Brightwell heeft op 22 december 2009 haar vorderingen onder de Olsen-lening gecedeerd aan Beaumont Cash Management Ltd., een dochtervennootschap van Brightwell (hierna: BCM en de cessie).

2.6. Kort voor het aangaan van de Olsen-lening zijn Beaumont en Olsen op 1 november 2007 een *swap transaction agreement* aangegaan (hierna: de swap-overeenkomst). In die overeenkomst is onder meer het volgende bepaald:

"THE FOLLOWING SWAP TRANSACTION IS AGREED

On December 31st 2012 The Beaumont Fund Ltd. Class B will pay to Olsen Invest and Trade SA the total proceeds of the investment held into Shares of Brightwell Portfolio Fund Class A.

On the same date Olsen Invest and Trade SA will pay to The Beaumont Fund Ltd. Class B the fixed amount of USD 10,800,000 gross of any fees and/or expenses related to the settlement of the transaction."

2.7. Bij brief van 23 oktober 2009 heeft Olsen aan Brightwell geschreven:

"The relationship between [Brightwell] and [Olsen] as regulated by the Agreement of Profit Sharing Loan Facility dated December 3rd 2007 does not include any provision to [Brightwell] or its managers of any financial statement, portfolio reporting or annual accounts of [Olsen], nor to the auditing of these annual accounts, nor to granting [Brightwell] or its managers or other advisors the access to the books and information of [Olsen]."

2.8. Op 18 februari 2011 is Olsen een overeenkomst van geldlening aangegaan met Banque Invik S.A. (hierna: Banque Invik) op grond waarvan Olsen gerechtigd was een bedrag van € 12.000.000 van Banque Invik te lenen. Als zekerheid voor die lening heeft BCM bij schriftelijke overeenkomst van eveneens 18 februari 2011 aan Banque Invik een pandrecht verstrekt op haar vermogen (hierna: de verpanding).

2.9. Op 25 februari 2011 is de Olsen-lening afgelost. Het afgeloste bedrag is op naam van BCM geboekt op een geblokkeerde bankrekening (*time deposit*) bij Banque Invik.

2.10. KPMG heeft de jaarrekeningen van Beaumont over de jaren 2007 en 2008 en de jaarrekeningen van Brightwell over de jaren 2007 tot en met 2010 gecontroleerd. KPMG heeft de controles uitgevoerd volgens Nederlands recht. Naar het recht van de Britse Maagdeneilanden is het toegestaan om de controle op een aldaar gevestigde vennootschap te laten uitvoeren door een buitenlandse accountant, naar buitenlands recht. De controlerende accountant was steeds W.L.L. Paulissen RA (hierna: Paulissen).

2.11. KPMG heeft bij de jaarrekeningen over 2007 en 2008 van zowel Beaumont als Brightwell een verklaring van oordeelonthouding gegeven.

2.12. Het accountantsrapport bij de jaarrekening van 2007 van Brightwell, door Paulissen op 19 januari 2009

ondertekend, bevat ten aanzien van deze oordeelonthouding de volgende passage:

*“Basis for disclaimer of opinion*

As at 31 December 2008 the company’s investment in [Olsen] of EUR 4,000,000 on the company’s balance sheet, represents over 10% of the company’s net assets. Due to a lack of information regarding this specific investment we were not able to assess the correct value of this investment.

(...)

*Disclaimer of opinion*

Because of the significance of the matter described in the Basis for disclaimer of opinion paragraph, we have not been able to obtain sufficient appropriate audit evidence to provide a basis for an audit opinion. Accordingly, we do not express an opinion on the financial statements.”

2.13. De accountantsrapporten bij de jaarrekeningen van 2008 van Brightwell en van 2007 en 2008 van Beaumont, ook steeds door Paulissen ondertekend, bevatten soortgelijke passages, waarbij ook steeds het precieze aandeel van de Olsen-lening binnen de vermogensbestanddelen van de vennootschap is vermeld. In het accountantsrapport bij de jaarrekening van 2008 van Brightwell staat nog vermeld:

“Due to a lack of reliable information to substantiate the valuation of this investment and due to the fact that management of Olsen Invest & Trade S.A. did not allow us to perform our own investigation, we are unable to determine whether any adjustments were necessary in respect of the valuation of this specific investment.”

In het accountantsrapport bij de jaarrekening van 2008 van Beaumont wordt nog melding gemaakt van de swap-overeenkomst en het aandeel daarvan binnen het vermogen van Beaumont.

2.14. KPMG heeft bij de jaarrekeningen van Brightwell over 2009 (op 30 maart 2011) en 2010 (op 14 april 2011) een goedkeurende verklaring afgegeven.

2.15. Het accountantsrapport bij de jaarrekening 2009 van Brightwell bevat de volgende passage:

*“Notes to the financial statements for the year ended 31 December 2009 (continued)*

Brightwell Class C and [Olsen] have entered into a profit sharing loan facility agreement on 3 December 2007 with a maximum loan facility of EUR 16,400,000.

As at 22 december 2009 (...) Brightwell Class C had an outstanding loan to [Olsen] of EUR 9,500,000 (2008: EUR 5,500,000). All loans have a maturity date on 31 december 2012.

At 22 december 2009 the loans have been restructured as follows:

a) The loan of Brightwell Class C with [Olsen] is transferred into a loan from [BCM] with [Olsen].

(...)

During 2010 the principal amount of the loan from [BCM] to [Olsen] increased from EUR 9,500,000 to EUR 11,500,000. In the last quarter of 2010 management decided to wind down the loan with [Olsen]. The principal amount, including the interest amounting to EUR 11,895,360 have been received on 25 February 2011 and has been reinvested into a time deposit.”

2.16. In 2011 heeft een zetelverplaatsing van Beaumont en Brightwell plaatsgevonden van de Britse Maagdeneilanden naar Malta. Met ingang van boekjaar 2011 heeft KPMG Malta, een zelfstandige entiteit, de controle van de jaarrekeningen van Brightwell overgenomen.

2.17. [Y] heeft op of omstreeks 19 december 2013 zelfmoord gepleegd.

2.18. [appellant] heeft bij de Accountantskamer een tuchtklacht ingediend tegen Paulissen. De Accountantskamer heeft bij beslissing van 1 mei 2015 de klacht op alle onderdelen ongegrond verklaard ([ECLI:NL:TACAKN:2015:53](#)). Die beslissing is onherroepelijk geworden.

### **3. Beoordeling in het hoger beroep**

3.1. [appellant] heeft in eerste aanleg gevorderd dat KPMG wordt veroordeeld tot betaling aan [appellant] van \$ 10.800.000 met rente en kosten. [appellant] stelt dat hij \$ 10.000.000 in Beaumont heeft geïnvesteerd en dat deze investering in rook is opgegaan. Ook is hij een toegezegd rendement van \$ 800.000 misgelopen. Oorzaak hiervan is volgens [appellant] gelegen in fraude die [Y] heeft gepleegd. Olsen stond onder controle van [Y]; deze heeft fraude gepleegd met de gelden die Brightwell aan Olsen heeft verstrekt. KPMG, althans Paulissen, had deze fraude bij de controle van de jaarrekeningen 2007 en 2008 van Beaumont en Brightwell moeten opmerken en daarvoor moeten waarschuwen, zo stelt [appellant]. KPMG mocht onder de gegeven omstandigheden niet volstaan met een oordeelonthouding. Bovendien geven de door KPMG goedgekeurde jaarrekeningen 2009 en 2010 van Brightwell geen adequaat inzicht in haar financiële positie aan het einde van deze beide boekjaren en van de geldstromen die in Brightwell in die jaren zijn omgegaan. KPMG had die jaarrekeningen niet mogen goedkeuren en had moeten waarschuwen voor de risico's waaraan Brightwell in 2009 en 2010 in verband met de Olsen-lening was blootgesteld.

Volgens [appellant] is KPMG aldus tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de overeenkomsten tot opdracht met Brightwell en Beaumont. Met een beroep op het arrest HR 24 september 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AO9069](#), NJ 2008/587 (*Alog/Vleesmeesters*) stelt [appellant] dat deze tekortkomingen tevens moeten worden gekwalificeerd als onzorgvuldig handelen jegens [appellant].

3.2. De rechtbank heeft de vorderingen van [appellant] afgewezen. De rechtbank is uitgegaan van een (stilzwijgende) rechtskeuze voor Nederlands recht en heeft bij haar beoordeling veronderstellenderwijs tot uitgangspunt genomen dat [appellant] een derde is tot wie de zorgplicht van de accountant zich uitstrekt. Wat de jaarrekeningen van Beaumont en Brightwell 2007 en 2008 betreft, heeft de rechtbank zich verenigd met het oordeel van de Accountantskamer dat Paulissen terecht een gemotiveerde verklaring van oordeelonthouding heeft gegeven. Vaktechnisch had KPMG geen andere keuze dan een oordeelonthouding te geven. De oordeelonthouding, in combinatie met de toelichting daarop is zodanig duidelijk voor degenen met wier belangen KPMG rekening moest houden, dat zij hiermee kon volstaan.

Ook bij haar controle van de jaarstukken van 2009 en 2010 van Brightwell heeft KPMG niet onrechtmatig jegens [appellant] gehandeld, zo oordeelt de rechtbank. De Olsen-lening was ten tijde van de controle door KPMG afgelost, er waren tussentijdse rentebetalingen verricht, in de toelichting op de jaarrekening stond de cessie van de Olsen-lening vermeld en was vermeld welke bedragen onder die lening waren verstrekt. Daarmee werd een getrouw beeld gegeven van de financiële situatie van Brightwell per einde 2009 en 2010 en bestond geen aanleiding te waarschuwen voor mogelijke fraude, aldus steeds de rechtbank.

3.3. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [appellant] met zijn grieven in principaal hoger beroep op. Na eisvermindering in hoger beroep vordert hij dat KPMG wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van \$ 10.303.018,87, te vermeerderen met rente en kosten.

3.4. KPMG betwist met haar incidentele grief dat [appellant] aandeelhouder van Beaumont is, althans dat [appellant] uiteindelijk economisch belanghebbende bij aandelen Beaumont is.

3.5. Het hof ziet aanleiding om het principale beroep als eerste te behandelen. Evenals de rechtbank zal het hof daarbij veronderstellenderwijs ervan uitgaan dat [appellant] aandeelhouder, althans uiteindelijk economisch belanghebbende bij aandelen Beaumont is en dat de zorgplicht van KPMG als accountantskantoor zich mede uitstreckte tot de belangen van [appellant] als derde. Nu de stelling van [appellant] dat zijn vorderingen moeten worden beoordeeld naar Nederlands recht ook in hoger beroep niet wordt betwist, gaat ook het hof uit van een (stilzwijgende) rechtskeuze voor Nederlands recht.

3.6. In het principale hoger beroep hebben de *grievens III, IV en V* betrekking op de jaarrekeningen 2007 en 2008 van Brightwell en Beaumont, terwijl de *grievens VI, VII en VIII* zien op de jaarrekeningen 2009 en 2010 van Brightwell. Het hof zal deze grieven beoordelen aan de hand van de volgende maatstaven en uitgangspunten.

3.6.1. Ter beantwoording van de vraag of KPMG jegens [appellant] onrechtmatig heeft gehandeld en deswege aansprakelijk kan zijn voor de schade die [appellant] stelt te hebben geleden, moet worden onderzocht wat van KPMG als redelijk handelende en redelijk bekwame externe controlerende registeraccountant mocht worden gevergd in het kader van een zorgvuldige uitoefening van haar taak met het oog op de belangen van [appellant] als derde. Bij de beantwoording van de vraag of KPMG heeft gehandeld in overeenstemming met de van haar in het concrete geval te vergen mate van zorg, komt het aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval. Daarbij zal – onder meer – moeten worden onderzocht of en in hoeverre in nationale of Europese regelgeving neergelegde (dwingende) voorschriften omtrent de vervulling van die taak zijn nageleefd (vgl. HR 13 oktober 2006, [ECLI:NL:HR:2006:AW2080](#), NJ 2008/528 (*Vie d'Or*)). De handelwijze van Paulissen, als accountant verbonden aan KPMG, heeft uitgevoerd, zullen daarbij worden toegerekend aan KPMG als opdrachtgever. Paulissen diende ten tijde van de uitvoering van zijn werkzaamheden de Verordening Gedragscode (VGC) en de op artikel A-130.7 VGC gebaseerde (en vanaf 1 januari 2007 geldende) Nadere Voorschriften Controle- en Overige Standaarden (NV COS) te betrekken. De VGC en NV COS hebben te gelden als bindende voorschriften. In onderhavige zaak gaat het in het bijzonder om NV COS 240 en NV COS 705N.

3.6.2. NV COS 705N heeft betrekking op aanpassingen in de formulering van de oordeelparagraaf in de accountantsverklaring. Ingevolge artikel 6 van NV COS 705n dient een *afwijking* in een financieel overzicht van materieel en wezenlijk belang te leiden tot een *afkeurend oordeel*, terwijl de *onmogelijkheid om toereikende controle-informatie te verkrijgen* met betrekking tot een onderwerp van materieel en wezenlijk belang dient te leiden tot een *oordeelonthouding*.

Artikel 25 NV COS 705n handelt over het geval dat de onmogelijkheid om toereikende controle-informatie te verkrijgen is gelegen in een beperking die is opgelegd door het bestuur nadat de accountant de opdracht heeft aanvaard. Ingevolge artikel 25 dient de accountant in dat geval eerst te verzoeken de beperking op te heffen. Indien dat niet tot het gewenste resultaat leidt, dient de accountant overleg te hebben met de organen belast met governance en vast te stellen of het mogelijk is alternatieve controlewerkzaamheden te verrichten om toereikende informatie te verkrijgen. Indien de mogelijke effecten van de beperking van materieel en wezenlijk belang zijn dient de accountant de opdracht terug te geven of, indien dit niet praktisch of mogelijk is, een oordeelonthouding te geven.

3.6.3. NV COS 240 heeft betrekking op fraude. Artikel 6 NV COS 240 verstaat hieronder, voor zover van belang, een opzettelijke handeling door een of meer personen uit de kring van het bestuur, waarbij misleiding wordt gebruikt om een onrechtmatig of onwettig voordeel te behalen.

NV COS 240 onderscheidt tussen frauderisicofactoren, signalen voor de mogelijkheid van fraude, aanwijzingen voor fraude en een redelijk vermoeden van fraude. Onder frauderisicofactoren worden verstaan gebeurtenissen of omstandigheden die een aanwijzing vormen voor een prikkel of drukmiddel om te frauderen of een gelegenheid scheppen om te frauderen (artikel 49).

Signalen voor de mogelijkheid van fraude en aanwijzingen van fraude zijn concreter dan frauderisicofactoren. Bij een aanwijzing voor fraude heeft de accountant voldoende controle-informatie over de afwijking verkregen om te kunnen veronderstellen dat er mogelijk sprake is van fraude. De accountant heeft dan veelal meerdere signalen voor fraude. In geval van een aanwijzing voor fraude dient de accountant een aanvullend onderzoek te verrichten afgestemd op het vaststellen of er sprake is van een redelijk vermoeden van fraude en, indien dit het geval is, op het vaststellen van de aard en de omvang van de vermoede fraude. (artikel 86A)

### ***Uitspraak van de Accountantskamer***

3.7. Met grief III in het principale hoger beroep komt [appellant] op tegen de beslissing van de rechtbank om het oordeel van de Accountantskamer over te nemen. Hij meent dat de Accountantskamer naar alle waarschijnlijk over



onvoldoende expertise beschikte om over de klacht van [appellant] te oordelen. Bovendien is de uitspraak van de Accountantskamer onjuist omdat uit een tweetal rapportages, uitgebracht door de buitenlandse accountant C. Smith en accountant E.J. Lammers, zou volgen dat Paulissen wel degelijk fraude had moeten vermoeden. Voor zover [appellant] betoogt dat de Accountantskamer waarschijnlijk expertise mist, wordt hieraan voorbijgegaan, reeds nu geen enkele aanleiding bestaat te twifelen aan de deskundigheid van de leden van de Accountantskamer. Daar komt nog bij dat de stelling van [appellant] iedere deugdelijke concrete onderbouwing ontbeert en blijft steken in wat algemene opmerkingen. Het hof zal bij de bespreking van de grieven IV en V ingaan op de rapportages van de accountants Smith en Lammers.

### *Jaarrekeningen 2007 en 2008 van Beaumont en Brightwell*

3.7. Zoals overwogen zien de *grievens IV en V in het principale hoger beroep* op de jaarrekeningen 2007 en 2008 van Brightwell en Beaumont. Met een beroep op door [appellant] in het geding gebrachte expertiserapporten van Smith en Lammers betoogt [appellant] dat de achtergrond van de zogeheten Olsen-lening en de swap-overeenkomst zo onduidelijk en ongebruikelijk waren en mede daarom zoveel vragen opriepen dat bij Paulissen een vermoeden van fraude had moeten ontstaan. Onder die omstandigheden is een oordeelonthouding niet een voldoende duidelijke waarschuwing ter zake van de gebleken risico's voor degenen met wier belangen KPMG rekening moest houden, waaronder [appellant], zodat daarmee niet kon worden volstaan. Bovendien had de accountant een vermoeden van fraude aan de relevante bestuurders moeten rapporteren, aldus [appellant].

3.8. Paulissen heeft zijn handelwijze als volgt toegelicht. Nadat hij had geconstateerd over onvoldoende informatie over de Olsen-lening te beschikken, heeft hij het management van Brightwell meermalen gevraagd informatie te verschaffen over Olsen, de Olsen-lening en de swap-overeenkomst. Brightwell heeft hierop geantwoord dat haar dat contractueel niet vrijstond. Ter zitting heeft Paulissen nog toegelicht dat hij in Genève tevergeefs aanvullende informatie aan [Y] heeft gevraagd. Deze was op dat moment nog bestuurder van Brightwell's aandeelhouder Beaumont. Ook heeft Paulissen van de zijde van Olsen schriftelijk bevestigd gekregen dat meer informatie over de Olsen-lening niet zou worden verstrekt (zie onder 2.7). Paulissen heeft vervolgens (online) onderzoek gedaan naar Olsen en de Olsen-lening. Hij heeft geconcludeerd Olsen een bestaande vennootschap was en dat haar aandelen werden gehouden door een Panamese trustvennootschap. Ook heeft hij online onderzoek gedaan naar (de bestuurders van) deze trustvennootschap. De omstandigheid dat de informatie over de Olsen-lening ook na aanvullend onderzoek ontoereikend bleef is voor Paulissen aanleiding geweest voor intern overleg. Uiteindelijk heeft Paulissen besloten zich van een oordeel te onthouden en in de toelichting te vermelden dat het gaat om een materieel belang ten aanzien waarvan onvoldoende informatie beschikbaar is.

3.9. Het hof overweegt naar aanleiding van deze grieven en de toelichting van Paulissen als volgt.

3.9.1. Bij de beantwoording van de vraag of Paulissen op adequate wijze aan zijn zorgplicht invulling heeft gegeven is van belang dat de fraudegedragsregels van NV COS 240 zijn toegespitst op *afwijkingen van materieel belang* in financiële overzichten (vgl. o.m. de artikelen 1 tot en met 8 van NV COS 240). NV COS 240 ziet vooral op de vraag onder welke omstandigheden een afwijking moet worden aangemerkt als *frauderisicofactor*, signaal voor de mogelijkheid van fraude, aanwijzing voor fraude of een redelijk vermoeden van fraude.

NV COS 240 staat op zichzelf niet eraan in de weg dat de weigering door de vennootschap om informatie te verstrekken wordt aangemerkt als *frauderisicofactor* of signaal voor de mogelijkheid van fraude (vgl. onder meer artikel 8 NV COS 240). De vraag of de controlerend accountant de weigering aldus moet opvatten hangt af van de reden waarom de informatie wordt geweigerd en de overige omstandigheden van het geval. In dit geval heeft KPMG onbestreden aangevoerd dat het niet ongebruikelijk is dat beleggingsfondsen afspraken over geheimhouding maken, bijvoorbeeld om beleggingsstrategieën te beschermen. Voorts is van belang dat Olsen schriftelijk aan Brightwell heeft bevestigd dat de rechtsverhouding tussen partijen niet voorziet in de mogelijkheid om informatie hierover aan derden, waaronder aan de accountant, te verstrekken (zie onder 2.7). Onder deze omstandigheden heeft Paulissen niet gehandeld in strijd met zijn zorgplicht door de weigering van Brightwell om nadere informatie te verstrekken niet aan te merken als aanwijzing voor de mogelijkheid van fraude.

3.9.2. Het hof acht verder van gewicht dat Brightwell's *investment manager* blijkens het *private placement*

*memorandum* grote vrijheid toekwam. Deze stelde naar vrije discretie het investeringsbeleid vast en nam investeringsbeslissingen. Daarbij stond het de *investment manager* onder meer vrij om 100% van het vermogen van Brightwell te beleggen in niet-gegarandeerde leningen. Voorts golden verschillende beleggingsstrategieën ten behoeve van houders van de verschillende klassen aandelen (zie onder 2.4) Gesteld noch gebleken is dat het *private placement memorandum* anders luidde ten tijde van het aangaan van de Olsen-lening. Tegen deze achtergrond heeft Paulissen niet als fraudesignaal moeten opvatten de omstandigheden dat een bestuursbesluit ontbrak, dat de leningfaciliteit gelijk stond aan 47% van het vermogen van Brightwell en dat in verband met de Olsen-lening, kennelijk aangegaan ten behoeve van houders van *Class C* aandelen, geen zekerheden aan Brightwell werden verschaft. In het licht van het voorgaande is het hof met de rechtbank van oordeel dat op het moment dat de jaarrekeningen van Brightwell 2007 en 2008 werden gecontroleerd, onvoldoende concrete signalen bestonden voor de mogelijkheid van fraude

3.9.3. Hetgeen [appellant] met een beroep op de rapporten van Smith en Lammers heeft aangevoerd leidt niet tot een ander oordeel. Deze rapporten zijn gedeeltelijk gebaseerd op informatie waarmee Paulissen ten tijde van de accountantscontrole over de boekjaren 2007 en 2008 niet bekend was of hoefde te zijn. Wat betreft het rapport van Smith blijkt dit uit *Appendix II* bij zijn rapport. Op welke informatie Lammers zijn bevindingen heeft gebaseerd, wordt uit zijn rapport niet duidelijk. Ter zitting heeft hij toegelicht dat hij zich heeft gebaseerd op het procesdossier ten tijde van het indienen van de memorie van grieven, maar blijkens zijn eigen mededelingen beschikt hij ook over informatie die geen deel uitmaakt van het huidige procesdossier. Uit de beide rapporten valt niet af te leiden dat de rapporteurs zich rekenschap hebben gegeven van het risico dat hun oordeel mede wordt gevormd op basis van “wijsheid achteraf”. Ook blijkt uit de rapporten onvoldoende dat de rapporteurs rekening hebben gehouden met het gegeven dat fraude nu eenmaal gepaard kan gaan met gecompliceerde en zorgvuldig opgezette plannen, bedoeld om de fraude te verhullen (vgl. artikel 18 van NV COS 240). Reeds op deze gronden bieden de beide rapporten onvoldoende grond om tot het oordeel te kunnen komen dat op het moment dat de jaarrekeningen van Brightwell 2007 en 2008 werden gecontroleerd, voldoende concrete signalen bestonden voor de mogelijkheid van fraude. Wat het rapport van Lammers betreft merkt het hof verder op dat de in § 4.5.1 als fraudesignalen gekwalificeerde omstandigheden die tezamen een vermoeden van fraude zouden meebrengen niet worden gerelateerd aan de bijzonderheden in het *private placement memorandum* van Brightwell.

3.9.4. Wel was een redelijk handelende en redelijk bekwame accountant onder de gegeven omstandigheden en gelet op de omvang van de Olsen-lening en de informatiebeperking gehouden om, zo hij de opdracht niet teruggaf, zich dan toch ten aanzien van de jaarrekeningen 2007 en 2008 van Brightwell van een oordeel te onthouden (vgl. artikel 25 NV COS 705N). Paulissen heeft dat ook gedaan. Van die oordeelonthouding ging mede bezien in het licht van de daarop gegeven toelichting ook een voldoende waarschuwendende werking uit. Daaruit bleek immers zonder meer dat als gevolg van een gebrek aan informatie de juistheid van de waardering van de Olsen-lening eenvoudigweg niet gecontroleerd kon worden en dat – gelet op de omvang van die lening – om die reden geen oordeel over de juistheid van de jaarrekeningen kon worden gegeven. Nu wat de jaarrekeningen 2007 en 2008 van Brightwell betreft mocht worden volstaan met oordeelonthouding met toelichting, geldt hetzelfde voor Beaumont, Brightwell's enig aandeelhouder.

3.9.5. Gelet op het vorenstaande kan niet worden geoordeeld dat Paulissen in de gegeven omstandigheden, als redelijk handelende en redelijk bekwame accountant, met betrekking tot de jaarrekeningen 2007 en 2008 van Brightwell en Beaumont niet heeft mogen volstaan met een oordeelonthouding met de daarbij gegeven toelichting. Dit brengt mee dat ook KPMG met betrekking tot deze jaarrekeningen niet onzorgvuldig jegens [appellant] heeft gehandeld. De grieven III, IV en V falen in zoverre. Voor zover met grief IV nog wordt betoogd dat de aanvraag van een standaardbankverklaring bij Banque Invik de gestelde fraude aan het licht had kunnen brengen, verliest [appellant] uit het oog dat de oordeelonthoudingen over 2007 en 2008 dateren uit 2009, terwijl de lening van Banque Invik en de verpanding aan Banque Invik pas in 2011 plaatsvonden.

#### ***De jaarrekeningen 2009 en 2010 van Brightwell***

3.10. Met de *grieven VI en VII in het principale hoger beroep* bestrijdt [appellant] het oordeel van de rechtbank dat KPMG bij haar controle van de jaarstukken 2009 en 2010 van Brightwell haar zorgplicht jegens [appellant] niet heeft geschonden. De grieven stellen dat de aflossing van de Olsen-lening slechts schijn was, nu pas was afgelost nadat BCM zekerheid voor Olsen had gesteld bij Banque Invik door middel van een geblokkeerd deposito en verpanding van

haar vermogen. Met een beroep op het rapport Lammers betoogt [appellant] dat KPMG de aflossing door BCM, een 100% dochter van Brightwell had moeten controleren en daartoe een standaardbankverklaring van Banque Invik had moeten vragen. In dat geval was de verpanding door BSM aan Banque Invik aan het licht gekomen. Door de jaarrekeningen 2009 en 2010 goed te keuren zonder standaardbankverklaring aan te vragen heeft KPMG in strijd met haar zorgplicht jegens Brightwell gehandeld en daarmee onrechtmatig jegens [appellant], aldus de grief.

3.10.1. Bij de beoordeling van de grieven zijn verschillende omstandigheden van gewicht. Vooreerst dient tot uitgangspunt dat ten aanzien van de boekjaren 2007 en 2008 een vermoeden van fraude niet aannemelijk is geworden. In de tweede plaats acht het hof van belang dat Olsen normale rentebetalingen heeft gedaan. Ten derde weegt mee dat [appellant] niet heeft weersproken het verweer van KPMG dat Brightwell voor KPMG verborgen heeft gehouden dat (i) BCM haar vermogen aan Banque Invik heeft verpand tot zekerheid van de aflossing van de lening van Banque Invik aan Olsen en dat (ii) de "aflossing" van de lening was geboekt op een bij Banque Invik geblokkeerde rekening, dit alles ondanks het feit dat Brightwell in haar *letter of representation* over de boekjaren 2009 en 2010 juist had verklaard, kort gezegd, dat zij haar boeken volledig had geopend. In de vierde plaats is de chronologie van belang. KPMG heeft de jaarrekeningen 2009 en 2010 van Brightwell goedgekeurd op 30 maart 2011 en 14 april 2011. KPMG is niet betrokken geweest bij de beoordeling van de jaarrekening 2011. De "aflossing" van de Olsen-lening vond plaats op 25 februari 2011 en geschiedde derhalve na jaareinde 2010. Deze tijdsvolgorde is relevant, nu Lammers ter zitting heeft bevestigd dat een standaardbankverklaring per jaareinde pleegt te worden aangevraagd en dat een tussentijdse standaardbankverklaring minder gebruikelijk is.

Deze omstandigheden, in samenhang beschouwd, brengen mee dat ten tijde van de controle van de jaarrekeningen 2009 en 2010 onvoldoende aanleiding bestond om extra onderzoek te doen naar de "aflossing" van de Olsen-lening. Dat wordt niet anders indien op basis van de kennis achteraf ermee rekening moet worden gehouden dat een tussentijdse standaardbankverklaring aan het licht had kunnen brengen dat de risico's voor BCM (en daarmee voor Brightwell) met de "aflossing" van de Olsen-lening niet waren verminderd. De grieven VI en VII falen daarom. *Grief VIII in het principale hoger beroep*, die op het voorgaande voortbouwt, kan daarmee evenmin slagen.

3.11. De *grieven IX, X, XI en XII in het principale hoger beroep* missen zelfstandige betekenis en falen eveneens.

3.12. De bewijsaanbiedingen hebben geen betrekking op feiten en omstandigheden die, indien bewezen, tot een andere beslissing in deze zaak kunnen leiden en worden daarom als niet ter zake dienend gepasseerd.

3.13. De grieven in het principale hoger beroep falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. [appellant] zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in principaal appel.

3.14. Bij deze stand van zaken heeft KPMG geen belang bij de behandeling van haar *incidentele grief*. Voor een proceskostenveroordeling in het incidentele hoger beroep bestaat geen aanleiding (vgl. onder meer HR 12 oktober 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW9243](#), NJ 2012/319).

#### **4. Beslissing**

Het hof:

rechtdoende in principaal en incidenteel appel:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [appellant] in de kosten van het geding in principaal hoger beroep (...; *red.*);

wijst af het meer of anders gevorderde.

#### **Noot**

1. Een investeerder die zijn geld als gevolg van fraude heeft verloren, tracht de accountant aan te spreken voor de

schade die hij heeft geleden. De accountant zou namelijk bij de jaarrekeningen 2007 en 2008 ten onrechte een verklaring van oordeelonthouding hebben gegeven. De accountant had voorts de fraude moeten opmerken en daarvoor moeten waarschuwen. De jaarrekeningen 2009 en 2010 zouden ook ten onrechte door de accountant zijn voorzien van goedkeurende verklaringen.

2. Aan de procedure in eerste aanleg, gevolgd door bovenstaand arrest van het hof, ging een procedure bij de Accountantskamer vooraf. De Accountantskamer heeft op 1 mei 2015 de klacht op alle onderdelen ongegrond verklaard en die beslissing is onherroepelijk geworden (**ECLI:NL:TACAKN:2015:53**). De Accountantskamer toetst het handelen of nalaten van de accountant aan de tuchtrechtelijke normen, waaronder de Nadere voorschriften controle- en overige standaarden (NV COS) en de voor een accountant geldende fundamentele beginselen. Tot 1 januari 2014 waren die fundamentele beginselen vastgelegd in de Verordening gedragscode (VGC), vanaf 1 januari 2014 in de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGBA). Een gunstig oordeel van de tuchtrechter kan bij de civiele rechter voor de klager van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of de accountant(organisatie) schadeplichtig is. Daarbij geldt weliswaar dat aan het oordeel van de tuchtrechter dat is gehandeld in strijd met de geldende normen en regels, niet zonder meer de gevolgtrekking kan worden verbonden dat de accountant civielrechtelijk aansprakelijk is wegens schending van een zorgvuldigheidnorm, maar een dergelijk oordeel van de tuchtrechter kan in een civiele procedure niettemin van (grote) waarde zijn. Indien de civiele rechter afwijkt van het oordeel van de tuchtrechter, dient hij zijn oordeel namelijk zodanig te motiveren dat het, ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter, voldoende begrijpelijk is (HR 22 september 2017, **«JOR» 2018/30**, m.nt. De Haan).

3. De investeerder laat zich niet ontmoedigen door het voor hem negatieve oordeel van de Accountantskamer en begint een civiele procedure bij de rechtbank. Ook die wijst de vordering af (Rb. Amsterdam 18 mei 2016, **ECLI:NL:RBAMS:2016:2527**). Het hoger beroep pakt voor de investeerder evenmin gunstig uit. Na de drie procedures staat de investeerder (de appellant in de procedure bij het hof) nog steeds met lege handen.

4. Beknopt weergegeven zijn de feiten als volgt. De accountant van KPMG controleerde de jaarrekeningen van Beaumont en Brightwell. Beaumont, opgericht door X en Y en gevestigd op de Britse Maagdeneilanden, verkreeg op enig moment alle aandelen in Brightwell. Brightwell sloot in de periode december 2007 tot maart 2013 geldleningsovereenkomsten met onder meer Olsen (door het hof de "Olsen-lening" genoemd). Olsen was gerechtigd om tot € 16,4 miljoen van Brightwell te lenen; in de jaren 2007 t/m 2010 is door Brightwell voor ongeveer € 11 miljoen aan leningen aan Olsen verstrekt. Die betaalde in de jaren 2008 t/m 2010 ongeveer € 890.000 aan rente. In de loop van 2013 bleek dat Beaumont niet in staat was om aan haar verplichtingen jegens haar investeerders te voldoen omdat Brightwell op haar beurt niet over voldoende middelen beschikte om een uitkering aan Beaumont te doen. De oorzaak hiervan was gelegen in een door Y gepleegde fraude, aldus appellant. Appellant stelde dat zijn investering van \$ 10 miljoen in Beaumont teniet was gegaan en hij vordert dat bedrag van KPMG, vermeerderd met rente, kosten en misgelopen rendement.

5. De KPMG-accountant heeft bij de jaarrekeningen over 2007 en 2008 van zowel Beaumont als Brightwell een verklaring van oordeelonthouding gegeven. Appellant verwijt KPMG, althans de controlerend accountant, dat fraude in het kader van de controle van de jaarrekeningen 2007 en 2008 van Beaumont en Brightwell had moeten worden opgemerkt. KPMG had daarvoor moeten waarschuwen en mocht niet volstaan met een oordeelonthouding, aldus de investeerder. Het hof neemt daarbij zonder nadere overwegingen aan dat de handelwijze van de controlerend accountant die verbonden is aan KPMG, kan worden toegerekend aan KPMG.

6. Het hof oordeelt dat de zorgplicht van KPMG als accountantskantoor zich (mede) uitstrekt tot de belangen van appellant, die uiteindelijk economisch belanghebbende bij de aandelen Beaumont is. Dat oordeel is in lijn met eerdere jurisprudentie. Een accountant kan aansprakelijk zijn tegenover een derde – niet zijnde een contractspartij – indien hij bij de uitvoering van zijn wettelijke taak (in dit geval de controle van jaarrekeningen) een op hem rustende zorgplicht schendt en daarmee handelt in strijd met hetgeen hem in het maatschappelijk verkeer betaamt. Derden moeten er bij hun beslissingen namelijk op kunnen vertrouwen dat het door de accountant gepresenteerde beeld niet onjuist en/of misleidend is. Dit in verband met de bijzondere maatschappelijke positie die een accountant inneemt tegenover derden (HR 13 oktober 2006, **«JOR» 2006/296**, m.nt. Beckman (*Vie d'Or*)). Uit deze zorgplicht vloeit voort dat een accountant bij controlewerkzaamheden geen (goedkeurende) verklaring mag afgeven indien de jaarrekening tekortkomingen van materiële aard bevat die bij een adequate controle zouden zijn opgemerkt of niet het vereiste inzicht geeft (HR 6

december 2002, «**JOR**» **2003/3**, m.nt. Groffen (*Goedèl/Arts q.q.*); Rb. Rotterdam 30 mei 2007, «**JOR**» **2009/64** en Rb. Rotterdam 15 oktober 2008, «**JOR**» **2009/65**, beide m.nt. Blaisse; Rb. Rotterdam 19 november 1998, «**JOR**» **1999/31** en Hof Den Bosch 28 september 1983, *NJ* 1985/120, r.o. 8).

7. Vervolgens toetst het hof de handelwijze van KPMG aan de norm: wat kan van KPGM als redelijk handelende en redelijk bekwame externe controlerende accountant worden verwacht in het kader van de zorgvuldige uitoefening van haar taak met het oog op de belangen van appellant als derde? Dat is een normatieve toets. Het komt in dat geval aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval (HR 13 oktober 2006, «**JOR**» **2006/296**, m.nt. Beckman (*Vie d'Or*)). De VGC en de NV COS, die de accountant bij de uitvoering van zijn werkzaamheden dient te betrekken, worden door het hof als bindende voorschriften gekwalificeerd.

8. Ten tijde van de controle van de jaarrekeningen 2007 en 2008 was NV COS 705N ("Aanpassingen in de formulering van de oordeelparagraaf in de accountantsverklaring") van toepassing. Deze standaard bevat de volgende tabel waarin wordt aangegeven hoe het oordeel van de accountant in de formulering van de oordeelparagraaf, die onderdeel uitmaakt van de verklaring bij de jaarrekening, moet worden weergegeven:

Aard van de aangelegenheid die aanleiding geeft tot de aanpassing

Het oordeel van de accountant omtrent het al dan niet wezenlijk zijn van de effecten of mogelijke effecten op de financiële overzichten

Materieel maar niet wezenlijk

Materieel en wezenlijk

De financiële overzichten bevatten een afwijking van materieel belang

Oordeel met beperking

Afkeurend oordeel

Onmogelijkheid om toereikende controle-informatie te verkrijgen

Oordeel met beperking

Oordeelonthouding

Indien de accountant na het aanvaarden van de opdracht merkt dat het bestuur een beperking heeft opgelegd in de reikwijdte van de controlewerkzaamheden, waarvan hij inschat dat die waarschijnlijk zal moeten leiden tot het geven van een oordeel met beperking of oordeelonthouding, zal hij eerst moeten verzoeken die beperking op te heffen. Als het bestuur dat weigert, zal hij moeten vaststellen of het mogelijk is alternatieve controlewerkzaamheden te verrichten om alsnog toereikende controle-informatie te verkrijgen. Als dat vervolgens ook niet lukt, dient de accountant bij beperkingen die zowel van materieel als wezenlijk belang zijn voor – in dit geval – de jaarrekeningen 2007 en 2008, conform het bovenstaande schema en zoals bepaald in NV COS 705N.25b een *verklaring van oordeelonthouding af* te geven. Een enkele *beperking in het oordeel* zou in dat geval ontoereikend zijn om de ernst van de situatie aan te geven. NV COS 705N.51 beschrijft de verantwoordelijkheid van de accountant wanneer hij een oordeelonthouding geeft. In de verklaring mag dan slechts worden vermeld – met verwijzing naar de onderbouwing van de oordeelonthouding – dat de accountant geen controle-informatie heeft kunnen verkrijgen die voldoende en geschikt is als basis voor een oordeel.

9. De accountant heeft – nadat hij constateerde dat hij over onvoldoende informatie over de Olsen-lening beschikte – het management van Brightwell meermalen gevraagd om informatie te verschaffen. Dat gebeurde niet, althans onvoldoende. Die onvolledige informatievoorziening leidde ertoe dat de accountant zich van een oordeel heeft onthouden en in zijn toelichting heeft vermeld dat het ging om een aspect van materieel belang ten aanzien waarvan

onvoldoende informatie beschikbaar was, zo blijkt uit zijn verklaringen bij de jaarrekeningen 2007 en 2008 (geciteerd in r.o. 2.12 en 2.13 van het arrest).

Appellant stelt echter onder meer dat de achtergronden van de Olsen-lening zo ongebruikelijk waren en mede daardoor zoveel vragen oproepen, dat er bij de accountant een vermoeden van fraude had moeten ontstaan en dat hij dat vermoeden aan de bestuurders had moeten rapporteren. NV COS 240 heeft betrekking op fraude en omschrijft de wijze waarop de accountant zijn werkzaamheden dient te verrichten.

10. Frauderisicofactoren betreffen bijvoorbeeld gebeurtenissen of omstandigheden die een aanwijzing vormen voor een prikkel (“incentive”) om te frauderen of een gelegenheid scheppen om te frauderen. NV COS 240.49 – zoals die ten tijde van de controle van de jaarrekeningen 2007 en 2008 gold – noemt een aantal voorbeelden van fraude. Ook bijlage 1 bij NV COS 240 vermeldt voorbeelden van een groot aantal frauderisicofactoren met betrekking tot afwijkingen die voortkomen uit frauduleuze financiële verslaggeving en afwijkingen als gevolg van het wederrechtelijke onttrekken van waarden.

11. De weigering van de vennootschap om informatie te verstrekken, kan in bepaalde situaties worden aangemerkt als een frauderisicofactor of een signaal voor de mogelijkheid van fraude, aldus het hof. De vraag of de accountant de weigering in een concreet geval als zodanig moest opvatten, toetst het hof aan de reden waarom de informatie wordt geweigerd en de overige omstandigheden van het geval (bijvoorbeeld de tussen partijen afgesproken geheimhouding). Het hof concludeert dat de accountant in casu niet heeft gehandeld in strijd met zijn zorgplicht door de weigering van Brightwell om nadere informatie te verstrekken niet aan te merken als een aanwijzing voor de mogelijkheid van fraude. Het hof oordeelt dan ook dat met betrekking tot de jaarrekeningen 2007 en 2008 niet kan worden geoordeeld dat de accountant – als redelijk handelende en redelijke bekwame accountant – niet had mogen volstaan met een oordeelonthouding met de daarbij gegeven toelichting. Er wordt op dit punt dus geen normschending (en onrechtmatigheid) aangenomen door het hof. Redengevend is in casu dat KPMG onbestreden heeft aangevoerd dat het niet ongebruikelijk is dat beleggingsfondsen afspraken over geheimhouding maken, bijvoorbeeld om beleggingsstrategieën te beschermen.

12. Op 22 december 2009 heeft Brightwell haar vorderingen onder de Olsen-lening vervolgens gecedeerd aan Beaumont Cash Management (BCM), een dochtervennootschap van Brightwell. Olsen sloot vervolgens op 18 februari 2011 een overeenkomst met Banque Invik op grond waarvan zij gerechtigd was om € 12 miljoen te lenen. Als zekerheid voor die lening heeft BCM aan Banque Invik een pandrecht verstrekt op haar vermogen. Op 25 februari 2011 is de Olsen-lening afgelost. Het afgeloste bedrag is op naam van BCM geboekt op een geblokkeerde bankrekening bij Banque Invik.

13. Appellant heeft aan zijn vordering ook ten grondslag gelegd dat KPMG bij de jaarrekeningen 2009 en 2010 ten onrechte een goedkeurende verklaring heeft afgegeven. De aflossingen waren immers schijn omdat er pas werd afgelost nadat BCM zekerheid had gesteld voor Olsen door middel van een geblokkeerd deposito en verpanding van haar vermogen. KPMG, aldus appellant, had de aflossing moeten controleren en daartoe een standaardbankverklaring moeten opvragen bij Banque Invik, zodat de verpanding door BCM aan het licht was gekomen.

14. In geval van een vermoeden van fraude kan het opvragen van een standaardbankverklaring als onderdeel van de te vergaren controle-informatie in de rede liggen. De accountant is echter niet altijd verplicht om (dergelijke) externe bevestigingen op te vragen. NV COS 500.A31 bepaalt dat de betrouwbaarheid van controle-informatie toeneemt wanneer deze is verkregen uit onafhankelijke bronnen buiten de entiteit. Het is voor de accountant van belang dat hij zijn controle met een professioneel-kritische instelling uitvoert en afweegt of het opvragen van een externe bevestiging noodzakelijk is.

15. Het hof overweegt dat ten aanzien van de boekjaren 2007 en 2008 een vermoeden van fraude niet aannemelijk is geworden. Bovendien heeft Olsen reguliere rentebetalingen gedaan en is onweersproken vastgesteld dat Brightwell de verpanding van het vermogen van BCM en de “aflossing” op een geblokkeerde lening door Brightwell voor KPMG verborgen heeft gehouden, dit terwijl Brightwell in haar *letter of representation* over de boekjaren 2009 en 2010 had verklaard dat zij haar boeken volledig had geopend. Die omstandigheden, in samenhang beschouwd, brengen mee dat op het moment van de controle van de jaarrekeningen 2009 en 2010 onvoldoende aanleiding bestond om extra

onderzoek te doen naar de "aflossing" van de Olsen-lening. Het hof concludeert ook hier dat KPMG met betrekking tot deze jaarrekeningen niet onzorgvuldig jegens appellant heeft gehandeld.

16. Het arrest van het hof laat terecht zien dat een geval van fraude niet zonder meer de conclusie rechtvaardigt dat de accountant (dus) zijn controlewerkzaamheden met onvoldoende diepgang zou hebben verricht en de fraude ten onrechte niet heeft gedetecteerd.

E.L. Zetteler, advocaat bij Wijn & Stael Advocaten NV

---