

**Legal Professional Privilege****Vertrouwelijk; alleen bestemd voor Intern gebruik door NBA bestuur****Niet-openbaar, bevat persoonlijke beleidsopvattingen, bestemd voor Intern beraad****Management Samenvatting 8 januari 2020****1 Aanleiding en opdracht**

- 1.1 Op 13, 23 en 24 september 2019 hebben diverse media bericht over de volgende omstandigheden:
- (a) de algemeen directeur van de NBA (de algemeen directeur) is aandeelhouder van KeenCorp B.V. (KC)
  - (b) de algemeen directeur is tevens voorzitter van de raad van commissarissen van KC;
  - (c) de heer A. Fastow, oud-cfo van Enron en veroordeeld tot een gevangenisstraf vanwege zijn rol in de bedrijfsfraude bij Enron, is tevens aandeelhouder van KC; en
  - (d) de algemeen directeur zou bij het verzoek om toestemming voor de nevenwerkzaamheden onder (b) hebben verzuimd aan het NBA bestuur te melden dat Fastow aandeelhouder bij KC is.
- 1.2 Deze berichten in de media hebben het bestuur van de Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (de NBA) aanleiding gegeven Norton Rose Fulbright LLP te Amsterdam (NRF) te verzoeken juridisch advies te verstrekken ten aanzien van de vraag of de algemeen directeur van de NBA met betrekking tot zijn nevenactiviteiten en/of belangen in strijd met zijn opdrachtovereenkomst en de daaraan verbonden verplichtingen heeft gehandeld. Het NBA bestuur heeft NRF verzocht om een onderzoek uit te voeren ten einde dit juridisch advies te kunnen verstrekken (het **Onderzoek**) naar: *Nevenactiviteiten en/of belangen van de algemeen directeur van de NBA en de informatievoorziening daaromtrent en of daarmee in strijd met de belangen van de NBA is gehandeld*. De reikwijdte van het Onderzoek is beperkt tot de algemeen directeur. Het Onderzoek omvat het tijdvak januari 2018 tot en met september 2019 (de **Onderzoekperiode**).
- 1.3 Het Onderzoek is door NRF op onafhankelijke basis uitgevoerd in hun hoedanigheid van advocaat van de NBA. Dit wil zeggen dat NRF in het Onderzoek en in de rapportage daarover, zonder last of ruggespraak optreedt, dat wil zeggen zich niet door wensen of sturing van enig persoon binnen of buiten de NBA laat beïnvloeden.
- 1.4 Het bestuur van de NBA heeft KROLL, een divisie van Duff & Phelps B.V. te Amsterdam (**Kroll**) verzocht bij het Onderzoek te ondersteunen met een feitenonderzoek (het **Feitenonderzoek**). Het Feitenonderzoek betreft een persoonsgericht accountantsonderzoek.
- 1.5 Naar aanleiding van een klokkenluidersbrief die het FD op 23 oktober 2019 zou hebben ontvangen en waarvan de inhoud niet bij het NBA bestuur bekend is, heeft het FD op 28 oktober 2019 per email vragen aan het NBA gesteld. Deze vragen zijn op verzoek van het NBA bestuur betrokken in het Feitenonderzoek van Kroll. Dit heeft geleid tot additionele relevante informatie waarvan het NBA bestuur aan NRF heeft verzocht deze in het Onderzoek mee te nemen en juridisch te duiden. Deze zijn als nevenbevindingen en nevenconclusie opgenomen.

**2 Beperkingen, vertrouwelijkheid en wederhoor**

- 2.1 Deze management samenvatting (de **Management Samenvatting**) bevat alle conclusies zoals opgenomen in het "Rapport NBA onderzoek" (het **Rapport**) zoals door NRF gefinaliseerd op 12 december 2019. Deze conclusies zijn gebaseerd op de informatie waar NRF ten tijde van het Onderzoek beschikking over heeft gekregen waaronder maar niet beperkt tot de rapportage

naar aanleiding van het Feitenonderzoek. De Management Samenvatting kan en mag niet zo worden uitgelegd of geïnterpreteerd dat het zich over andere onderwerpen uitstrekt dan de vermelde onderzoeksopdracht.

- 2.2 Inherent aan de aard van een samenvatting bevat de Management Samenvatting niet alle feiten en omstandigheden zoals opgenomen in het Rapport. De inhoud van het Rapport is in alle gevallen leidend boven de Management Samenvatting.
- 2.3 Het Onderzoek is noodzakelijkerwijs aan verschillende beperkingen onderworpen. Die beperkingen zijn ten dele inherent aan de gekozen opzet en onderzoeksmethodiek en ten dele gebaseerd op overwegingen van proportionaliteit en efficiëntie. Als belangrijkste beperkingen kunnen de volgende omstandigheden worden genoemd:
- In het Rapport presenteert NRF de belangrijkste bevindingen op basis van de informatie, zoals daarin gedefinieerd (de Informatie). NRF heeft de Informatie niet geverifieerd en heeft alleen onderbouwing en bewijs verzameld voor zover dit aan NRF beschikbaar is gesteld. Het Rapport omvat juridisch advies zoals in paragraaf 1.2 omschreven waartoe het Onderzoek en Feitenonderzoek ter ondersteuning dient. In het Rapport neemt NRF geen positie in met betrekking tot het functioneren van het bestuur noch van andere medewerkers binnen de NBA.
  - Hoewel al hetgeen is gedaan dat redelijkerwijs kon worden verwacht om de Informatie veilig te stellen, waar nodig terug te halen en te ontsluiten, blijft mogelijk dat de Informatie niet alle relevante informatie omvat.
  - Hoewel verschillende stappen zijn gezet om optimale digitale ontsluiting van de relevante informatie mogelijk te maken, blijft de kans bestaan dat, door technische of andere oorzaken, niet alle relevante informatie ook ontsloten is. Mocht er andere informatie beschikbaar komen dan de Informatie waarop de bevindingen in het Rapport zijn gebaseerd, dan is het mogelijk dat de bevindingen in het Rapport niet langer juist of volledig juist zijn en zouden moeten worden aangepast of aangevuld.
  - Het Onderzoek heeft een intern karakter. Dit betekent dat het Onderzoek is gebaseerd op Informatie waarover de NBA en de geïnterviewden beschikten. Daarnaast is onder meer onderzoek gedaan in openbare bronnen. Bij het Onderzoek is uitgegaan van de juistheid en volledigheid van de Informatie en zijn geen werkzaamheden verricht deze zelfstandig te verifiëren.
  - Tenzij anders is aangegeven of blijkt, is het niet mogelijk gebleken andere dan de Informatie te onderzoeken. Tenzij anders is aangegeven of blijkt, is niet buiten de Onderzoekperiode getreden.

Deze beperkingen gelden eveneens voor de Management Samenvatting.

- 2.4 Deze Management Samenvatting is op verzoek en ten behoeve van het NBA bestuur opgesteld. Op deze opdracht zijn de Algemene Voorwaarden van NRF van toepassing die onder meer een aansprakelijkheidsbeperking bevat. NRF draagt geen enkele verantwoordelijkheid en aanvaardt geen enkele aansprakelijkheid in verband met de inhoud van de Management Samenvatting tegenover enige andere partij dan het bestuur van de NBA, ook niet wanneer deze is gedeeld met toestemming van NRF.
- 2.5 De algemeen directeur is in het kader van het Onderzoek geïnterviewd. Alvorens het Rapport te finaliseren hebben een door de NBA contactpersoon aangewezen delegatie van het NBA bestuur en de algemeen directeur kennis kunnen nemen van voorlopige versies van het Rapport. De verwerking van de opmerkingen van betrokkenen op het Rapport heeft geresulteerd in een aantal aanvullingen op en/of verduidelijkingen van de in het Rapport weergegeven feiten en omstandigheden.

### 3 Conclusie

#### Juridisch kader

- 3.1 Op grond van artikel 7:401 Burgerlijk Wetboek moet de management vennootschap van de algemeen directeur bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen. In de praktijk wordt dit vaak aldus ingevuld dat de opdrachtnemer dient te handelen in overeenstemming met de zorgvuldigheid die een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in het concrete geval in acht zou nemen. In verband met art. 7:401 BW wordt ook wel gesproken van de zorgplicht van de opdrachtnemer. Welke concrete zorgverplichtingen op een opdrachtnemer rusten, verschilt van geval tot geval.
- 3.2 De zorgplicht kan onder meer meebrengen dat de opdrachtnemer de opdrachtgever spontaan ('ongevraagd') dient te informeren over (en eventueel te waarschuwen voor) bepaalde mogelijkheden of risico's. Of een dergelijke 'spontane' verplichting aan de orde is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De verplichting kan het expliciete doel van de opdracht betreffen, maar ook zien op het verzekeren van de belangen van de opdrachtgever in bredere zin. Een spontane informatie- of waarschuwingsverplichting kan, onder meer, inhouden dat de opdrachtnemer moet wijzen op eventuele risico's die zich kunnen voordoen of op andere mogelijkheden dan waarnaar door de opdrachtgever is gevraagd. In het geval van een eventueel risico zijn onder meer de ernst en omvang van het desbetreffende risico en de mate van waarschijnlijkheid dat dit zich zal realiseren relevante omstandigheden. De informatieverplichting strekt er mede toe de opdrachtgever in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen ('informed consent'). De zorgplicht vindt een begrenzing in de eigen verantwoordelijkheid van de opdrachtgever: denkbaar is dat de opdrachtnemer erop mag vertrouwen dat de opdrachtgever bepaalde risico's en/of mogelijkheden zelf reeds heeft onderkend, bijvoorbeeld omdat deze voor de hand liggen.
- 3.3 Op grond van artikel 7:402 lid 1 Burgerlijk Wetboek is de opdrachtnemer tevens gehouden gevolg te geven aan tijdig verleende en verantwoorde aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht.




#### Onderzoeksconclusies

- 3.4 In maart 2018 meldt de algemeen directeur per mail aan de toenmalig voorzitter zijn betrokkenheid bij KC en het feit dat de heer Fastow en hijzelf aandeelhouder zijn. Dit naar aanleiding van een initiatief van de Accountants in Business (AIB) om de heer Fastow uit te nodigen als spreker op het AIB event Dag van de Financial 2018. In reactie hierop schetst de toenmalige voorzitter het beoordelingskader. Dit beoordelingskader beschouwen wij in de onderhavige situatie als een invulling van het goed opdrachtnemerschap ex artikel 7:401 Burgerlijk Wetboek alsmede als een instructie ex artikel 7:402 lid 1 Burgerlijk Wetboek. Dit kader is nagenoeg direct aan de start van de samenwerking aan de algemeen directeur geschetst. Daarnaast zijn aanvullende zorgverplichtingen/instructies met betrekking tot het aanvaarden van nevenwerkzaamheden opgenomen in de NBA regeling nevenwerkzaamheden. Instructies volgens tevens uit het mandaat van de algemeen directeur met betrekking tot privaatrechtelijke rechtshandelingen zoals opgenomen in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel. Uit het Onderzoek is niet gebleken dat binnen de NBA – anders dan in de NBA regeling nevenwerkzaamheden en het voornoemde mandaat – verdere formalisering heeft plaatsgevonden van regelingen met betrekking tot het doen van aanbestedingen of het inschakelen van c.q. samenwerken met relaties.
- 3.5 Wij onderscheiden dat de zorgplicht van c.q. de instructie aan de algemeen directeur ten aanzien van het samenwerken met relaties de volgende elementen omvat: (1) de verplichting tot het geven van transparantie, (2) het volgen van het juiste proces en (3) het maken van een eigen belangenafweging indachtig de kwetsbare politieke positie van algemeen directeur van de NBA. De NBA heeft daarbij tevens aangegeven dat dit een verantwoordelijkheid van de algemeen directeur betreft.
- 3.6 Daarnaast volgen zorgverplichtingen uit het feit dat de opdrachtovereenkomsten zijn aangegaan met het oog op het verankeren van de vernieuwingsagenda, waarvan het

versterken van het imago van de NBA en accountantssector, inclusief het herstellen van het vertrouwen in de sector, een belangrijk onderdeel van uitmaakt.

- 3.7 Wij concluderen dat er ten aanzien van nevenactiviteiten of –belangen en de samenwerking met relaties, een spontane/proactieve informatie- of waarschuwingsverplichting op de algemeen directeur rust. Het Onderzoek wijst ons inziens enerzijds uit dat de algemeen directeur ten tijde van de organisatie van de Dag van de Financial 2018 aan de op hem rustende zorgverplichtingen heeft voldaan en anderzijds dat de algemeen directeur in ieder geval op de volgende momenten niet, althans onvoldoende, aan de op hem rustende zorgverplichtingen heeft voldaan:
1. Bij het aanvaarden van het bestuursvoorzitterschap van de Stichting Nederlandse Museumnacht Kids heeft de algemeen directeur een melding conform de regeling nevenwerkzaamheden achterwege gelaten.
  2. Bij het aangaan van de samenwerking met Knyfe Ealdormann (KE) heeft de algemeen directeur nagelaten volledige transparantie te betrachten ten aanzien van het feit dat de ceo en de cfo van KE relaties van hem zijn.
  3. Ten tijde van de organisatie van het NBA relatie event 2019 heeft de algemeen directeur nagelaten volledige transparantie te geven over zijn relatie met Fastow via het gezamenlijk aandeelhouderschap in KC.
  4. Bij het verzoeken van goedkeuring voor het commissariaat bij KC heeft de algemeen directeur nagelaten volledige transparantie te geven over zijn relatie met Fastow via het gezamenlijk aandeelhouderschap in KC alsmede de NBA niet volledig juist geïnformeerd met de toezegging: *"Er zijn geen directe verbindingen met de accountantssector en of de NBA."* Omdat het commissariaat een verbinding van de algemeen directeur met KC betreft die bovenop de bestaande betrokkenheid van de algemeen directeur als aandeelhouder en voorzitter van de aandeelhoudersvergadering zou komen, had de algemeen directeur het gevraagde commissariaat moeten laten beoordelen op basis van een totaal overzicht van de reeds bestaande verbindingen met KC en Fastow; en
  5. Ten tijde van de toelichting op zijn positie tijdens de bestuurstweedaagse heeft de algemeen directeur nagelaten volledige transparantie te geven over zijn relatie met Fastow via het gezamenlijk aandeelhouderschap in KC alsmede de aanwezigen niet volledig juist geïnformeerd door aan te geven dat volledige afstemming met de voorzitter en de vicevoorzitter van de NBA had plaatsgevonden.
- 3.8 Op de algemeen directeur rustte gezien de kwetsbare politieke positie van de algemeen directeur van de NBA – en de NBA zelf – een grote mate van eigen verantwoordelijkheid om een passende belangenafweging te maken. Het Onderzoek wijst uit dat de algemeen directeur hierin tekort is geschoten. Wij menen dat de algemeen directeur op bovenstaande momenten c.q. in bovenstaande situaties onvoldoende zorg heeft betracht om intern transparantie te laten bestaan over van toepassing zijnde nevenactiviteiten, –belangen en betrokken relaties en te waarborgen dat de juiste beslissingsprocessen konden worden gevolgd. Hierdoor zijn situaties ontstaan waarin het NBA bestuur niet in staat is geweest om goed geïnformeerd te beslissen, althans om gemaakte beslissingen te kunnen verantwoorden en de door de algemeen directeur gevolgde handelswijze uit te leggen als juist. De algemeen directeur heeft daarmee het risico laten ontstaan dat NBA belangen beschadigd konden raken. Dit risico heeft zich verwezenlijkt met de publicaties in de Telegraaf en het FD en de daarop volgende media aandacht.
- 3.9 Dat twee voormalig bestuursleden van de verbindingen van de algemeen directeur met KC en Fastow op de hoogte zijn geweest, betekent mogelijkerwijs dat het gaat om kennis die het volledige bestuur is toe te rekenen en zou kunnen leiden tot een begrenzing van de zorgplicht van de algemeen directeur, overigens zonder dat dit de algemeen directeur volledig van de op hem rustende zorgverplichtingen zou ontslaan.

#### 4 Nevenbevindingen en nevenconclusie

- 4.1 Eind 2018 hebben de voorzitter, de vicevoorzitter en de algemeen directeur de mogelijkheden voor het verlengen van de samenwerking besproken. In dit overleg komt aan de orde hoe invulling te geven aan de Wet Normering Topinkomens (WNT). Uit de interviews blijkt dat wordt meegewogen dat de bezoldigingsnorm van de WNT ten aanzien van vaste aanstellingen aanzienlijk lager is dan die voor een interim aanstelling zoals de algemeen directeur in 2018 had en dat het delen van het verschil uitgangspunt voor het overleg over de verlenging was. Meegewogen wordt dat andere medewerkers binnen de NBA van oudsher meer verdienen dan deze norm.
- 4.2 De voorzitter, de vicevoorzitter en de algemeen directeur onderzoeken of de WNT mogelijkheden biedt de algemeen directeur naast het wettelijk bezoldigingsmaximum vergoedingen te verlenen die niet als bezoldiging worden aangemerkt, zoals bijvoorbeeld onkosten- en reiskosten-vergoeding. De voorzitter heeft aangegeven dat vanaf het begin af duidelijk was dat dit binnen de WNT moest vallen. Hiertoe wordt de interne jurist betrokken en een advocatenkantoor wordt gevraagd te adviseren over de vraag of de WNT het toelaat om onbelaste vergoedingen aan de algemeen directeur te verstrekken.
- 4.3 Vervolgens worden verschillende opties onderzocht. Eén daarvan is de inhuur van een medewerker via de management vennootschap van de algemeen directeur te laten lopen waarbij de management vennootschap een opslag in rekening zou brengen bij de NBA.  mits er dan ook wel duidelijk moet zijn dat de management vennootschap verantwoordelijk is voor de goede taakuitoefening en dat zij de risico's overneemt. De interne jurist geeft aan dat deze optie niet binnen de WNT past.
- 4.4 In een  voorstel van de algemeen directeur  merkt de algemeen directeur op dat (i) de facturatie voor de inhuur van de medewerker mogelijk een risico in de zin van de WNT vormt en (ii) als dit risico zich verwezenlijkt er dus sprake is van onverschuldigde betaling die teruggevorderd dient te worden. Hij merkt dan op dat dit gezien de wilsovereenstemming niet voor de hand ligt en stelt voor dit in een side letter op te nemen. De algemeen directeur heeft aangegeven dat dit voorstel viel binnen de verkenning van de mogelijkheden en het nimmer de intentie is geweest buiten de kaders van de WNT om te gaan.
- 4.5 De voorzitter heeft de vicevoorzitter per mail verzocht om de algemeen directeur te laten weten dat de voorgestelde optie niet werkt. De voorzitter geeft aan daarbij tevens te hebben aangegeven transparant te willen zijn en de bezoldiging volledig binnen de WNT dient te vallen, alsmede de suggestie van een side letter ongepast te vinden. Uit mails blijkt dat de voorzitter en de vicevoorzitter hierover hebben overlegd, waarna de vicevoorzitter de definitieve terugkoppeling aan de algemeen directeur zou hebben gedaan. De medewerker rechtstreeks aan de NBA heeft gefactureerd zonder tussenkomst van de management vennootschap van de algemeen directeur.
- 4.6 Ten tijde van de schorsing is ten aanzien van de facturatie door de algemeen directeur de vraag opgekomen of de onbelaste reiskostenvergoeding moest worden toegekend op basis van de daadwerkelijk gereden kilometers, of dat kon worden uitgegaan van de in 2019 toegepaste (fiscale) fictie dat er vijf dagen per week op en neer werd gereden. Het NBA bestuur heeft het advocatenkantoor dat eerder betrokken was om advies gevraagd. De conclusie luidt dat alleen het deel van de reiskostenvergoeding dat gebaseerd is op daadwerkelijk afgelegde kilometers niet wordt genormeerd door de WNT. Het bestuur heeft dit conform het advies voor geheel 2019 gecorrigeerd. De algemeen directeur geeft aan over 2019 conform de afspraken te hebben gedeclareerd, welke declaraties zijn goedgekeurd door de voorzitter van het NBA bestuur en door de NBA uitbetaald.
- 4.7 Wij menen dat de door de algemeen directeur in de verkenningsfase van de nieuwe opdrachtovereenkomst voorgestelde side letter en hetgeen daarin geregeld zou moeten worden, niet past bij de zorgvuldigheid die een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in het concrete geval in acht zou moeten nemen.