

Burgerlijke zaken over 2018
Registratienummer: AR 451/15 - ghis 80474 - H 316/16
Uitspraak: 16 januari 2018

Vonnis no.:

GEMEENSCHAPPELIJK HOF VAN JUSTITIE
van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en
van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

V O N N I S

in de zaak van:

Jan Hendrik CROES,
wonende in Aruba,
oorspronkelijk eiser,
thans appellant,
gemachtigden: mrs. A.A. Ruiz en I.R. Wever,

tegen

de maatschap
ERNST & YOUNG,
gevestigd in Aruba,
oorspronkelijk gedaagde,
thans geïntimeerde,
gemachtigde: mr. P.R.C. Brown.

De partijen worden hierna Croes en EY genoemd.

1. Het verdere verloop van de procedure

1.1 Bij vonnis van 19 september 2017 heeft het Hof de zaak naar de rol verwezen.

1.2 Op de rol van 17 oktober 2017 heeft Croes een akte met producties ingediend. Vonnis is gevraagd en nader bepaald op heden.

2. De verdere beoordeling

2.1 Tussen partijen staat het volgende vast.

2.1.1 Met ingang van 1 april 2009 is Croes (roepnaam: Endy) als Algemeen Directeur in dienst getreden van de stichting Stichting "Fundacion Lotto pa

Deporte" (hierna: FLPD, of: Lotto). In de daaraan voorafgaande jaren was hij achtereenvolgens vicevoorzitter en voorzitter van het bestuur van FLPD.

2.1.2 Op 4 januari 2010 heeft het bestuur van FLPD Croes met directe ingang op non-actief gesteld. Ook J.E. (Ricky) Croes (hierna: Ricky Croes), die Financieel Directeur van FLPD was, is op die datum met directe ingang op non-actief gesteld.

2.1.3 Het bestuur van FLPD heeft een onderzoeksopdracht aan het accountantskantoor EY verstrekt. Een opdrachtbevestiging van 20 januari 2010 vermeldt onder meer:

"1. Aanleiding tot het onderzoek

Het Bestuur van [FLPD] heeft recentelijk aanwijzingen verkregen dat er – zo mogelijk – onregelmatigheden hebben plaatsgevonden door of namens de directie van [FLPD]. (...) U heeft [EY] verzocht om de feiten met betrekking tot de vermeende onregelmatigheden te onderzoeken.

2. Doel van het onderzoek

Het onderzoek heeft tot doel:

Het in kaart brengen van de feiten met betrekking tot de vermeende onregelmatigheden alsmede mogelijke aanwijzingen voor (andere) onregelmatigheden in relatie tot mogelijke misbruik van de (financiële) middelen van [FLPD], teneinde het bestuur van [FLPD] inzicht te geven in de mogelijke betrokkenheid van de voormalige directieleden (en mogelijk overige medewerkers) en in de gelegenheid te stellen om correctieve maatregelen te nemen, waaronder juridische vervolgacties – zo mogelijk – begrepen kunnen zijn.

3. Te verrichten werkzaamheden

Wij verwachten de volgende werkzaamheden te zullen verrichten:

- (...)
- Interview(s) met geïndiceerde betrokkenen
- (...)
- Wederhoren van de conceptbevindingen aan de hand van (delen van) het concept rapport.
- Verwerken van de wederhoorreactie(s) in een aangepast conceptrapport.
- Finale afstemming van het aangepaste conceptrapport.
- Samenstellen van het definitieve rapport.
- (...)

Onze werkzaamheden zullen worden uitgevoerd in overeenstemming met de Gedragsrichtlijn inzake Persoonsgerichte Accountantsonderzoeken van het Koninklijk NIVRA (hierna: de Gedragsrichtlijn).

Indien onze werkzaamheden leiden tot een (impliciet) oordeel over de gedragingen, werkzaamheden of de uitkomsten van die werkzaamheden van een andere

deskundige, van personen of organisaties, zullen wij de relevante feitelijkheden in ons conceptrapport in het kader van wederhoor voorleggen aan betrokkene(n) alvorens dat aan u te verstrekken of daarover aan u mededelingen te doen."

2.1.4 Bij fax van 27 mei 2010 heeft EY Croes verzocht op 10 juni 2010 kennis te nemen van delen van het conceptrapport. Op 10 en 11 juni 2010 zijn Croes delen van het conceptrapport ter inzage verstrekt, volgens Croes in totaal 70 pagina's (conclusie van repliek p. 6). Croes heeft toen geweigerd mondeling commentaar te geven. Bij fax van 21 juni 2010 heeft hij schriftelijk commentaar gegeven. EY heeft een (ongedateerd en niet ondertekend) definitief rapport opgesteld waarin (op p. 7-10) een reactie is opgenomen op het commentaar van Croes. Het complete definitieve rapport is op 9 juli 2010 aan Croes toegestuurd of verstrekt. Het definitieve rapport telt 86 pagina's en heeft honderd bijlagen. De eerste bijlage is het schriftelijk commentaar van Croes van 21 juni 2010.

2.1.5 Bij verzoekschrift van 16 augustus 2010 heeft FLPD het GEA verzocht de arbeidsovereenkomst met Croes te ontbinden. Bij beschikking van 14 september 2010 (EJ 2101/10) heeft het GEA dit verzoek toegewezen zonder toekenning van een ontbindingsvergoeding aan Croes. Het GEA is daarbij uitgegaan van de juistheid van de door EY geconstateerde onregelmatigheden bij de vergoeding van reis- en representatiekosten. Het GEA achtte die bevindingen van EY onvoldoende weersproken door Croes (rov. 5.9 en 5.10). Croes heeft herroeping van deze beschikking verzocht. Het GEA heeft dat verzoek afgewezen bij beschikking van 22 juli 2011 (EJ 3444/10). Het GEA heeft daarbij onder meer overwogen dat Croes de inhoud van de volgens hem door EY achtergehouden stukken reeds ten tijde van de ontbindingsprocedure kende of redelijkerwijs kon kennen en dat dit niet anders is indien Croes ten tijde van de ontbindingsprocedure niet over die stukken beschikte (rov. 4.11).

2.1.6 In opdracht van Croes heeft accountant F.R. de Kort RA onderzoek gedaan naar het rapport van EY en daarover op 30 mei 2011 gerapporteerd.

2.2 In dit geding heeft Croes gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat EY zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige daad jegens hem. Croes heeft te kennen gegeven dat, indien de vordering zal worden toegewezen, Croes in een afzonderlijke procedure schadevergoeding zal vorderen. Het GEA heeft de vordering afgewezen. Daartegen is het hoger beroep gericht.

2.3 Grief I wijst er terecht op dat, anders dan het GEA heeft overwogen, Ricky Croes geen broer is van Croes en dat Croes niet op 22 juni 2010, maar op 21 juni 2010 schriftelijk commentaar heeft gegeven op de delen van het conceptrapport die hem ter inzage zijn verstrekt. De grief is in zoverre gegrond. Voor het overige zal het Hof deze grief in samenhang met grief IV bespreken (zie rov. 2.36 en verder).

2.4 Grief II is gericht tegen rov. 4.1.1-4.1.3 van het bestreden vonnis, gewezen onder het kopje "juridisch kader en afbakening van het geschil".

2.5 Anders dan het GEA heeft overwogen, dient de maatstaf of een accountant als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid heeft betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht, niet alleen te worden aangelegd bij de beoordeling van de vraag of de accountant bij de uitoefening van zijn beroep toerekenbaar is tekortgeschoten jegens zijn opdrachtgever, maar is die maatstaf ook mede bepalend bij de beoordeling van de vraag of een accountant bij de uitoefening van zijn beroep onrechtmatig heeft gehandeld jegens een derde (zie: HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080, NJ 2008/528 (Vie d'Or) en HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745, NJ 2016/66).

De functie van de accountant in het rechtsverkeer verplicht hem onder bijzondere omstandigheden ook tot een zekere zorg voor de belangen van derden (vergelijk, met inachtneming van de verschillen tussen de functie in het rechtsverkeer van de accountant en die van de notaris: HR 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850).

Indien een accountant in strijd heeft gehandeld met de voor accountants geldende beroepsnormen en -regels, kan daaraan niet zonder meer de gevolgtrekking worden verbonden dat de accountant jegens eenieder die daar schade door lijdt civielrechtelijk aansprakelijk is wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm (vergelijk: HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2452). Niettemin zijn de voor accountants geldende beroepsnormen en -regels in de praktijk vaak (en ook in deze zaak) van groot belang voor beantwoording van de vraag of de accountant de zorgvuldigheid heeft betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.

2.6 In de opdrachtbevestiging is vermeld dat de werkzaamheden van EY zullen worden uitgevoerd in overeenstemming met de Gedragsrichtlijn inzake Persoonsgerichte Accountantsonderzoeken van het Koninklijk NIVRA (hierna: de Gedragsrichtlijn). Deze Gedragsrichtlijn is afkomstig uit Nederland en dateert uit 2004. In Nederland heeft in 2007-2013 de Verordening gedragscode gegolden (Stcrt. 2006, 252, zoals gewijzigd) en geldt sindsdien de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (Stcrt. 2014, 163). Aruba kent geen eigen geschreven, hiermee corresponderende gedragsnormen voor accountants. Het concordantiebeginsel brengt mee dat de in Nederland ontwikkelde normen van overeenkomstige toepassing zijn op gedragingen van accountants in Aruba, met dien verstande dat de kleinschaligheid en andere bijzonderheden van de Arubaanse samenleving bijzondere feitelijkheden kunnen meebrengen die van belang kunnen zijn bij de invulling van die normen.

2.7 Croes mocht verwachten dat EY bij het uitvoeren van haar onderzoek de fundamentele beginselen in acht zou nemen die in het algemeen gelden voor

accountants, te weten: professionaliteit, integriteit, objectiviteit, vakbekwaamheid en zorgvuldigheid, en betrouwbaarheid.

In de opdrachtbevestiging is vermeld dat de werkzaamheden van EY zullen worden uitgevoerd in overeenstemming met de Gedragsrichtlijn. In de Gedragsrichtlijn is vermeld dat met de Gedragsrichtlijn mede wordt beoogd op adequate wijze rekening te houden met de positie van degenen die onderwerp van het persoonsgericht accountantsonderzoek zijn. In dit geval was (onder meer) Croes onderwerp van het persoonsgericht accountantsonderzoek. Daarom mocht Croes van EY verwachten dat zij de regels van de Gedragsrichtlijn in acht zou nemen, voor zover deze regels (mede) strekken tot bescherming tegen schade zoals Croes stelt te hebben geleden.

2.8 Het fundamentele beginsel van objectiviteit houdt in dat de accountant zich bij zijn afwegingen niet ongepast mag laten beïnvloeden (art. 11 Verordening gedrags- en beroepsregels accountants). De Gedragsrichtlijn houdt onder meer in dat de accountant onafhankelijk van de opdrachtgever (art. 2) en onpartijdig dient te zijn (art. 3.1). Dit een en ander brengt mee dat de accountant de belangen van zijn opdrachtgever niet a priori zwaarder mag laten wegen dan de belangen van degene die onderwerp van een persoonsgericht accountantsonderzoek is, en vaak, naar redelijkerwijs voorzienbaar is, wederpartij van de opdrachtgever zal worden in een gerechtelijke procedure. In zoverre is de positie van een accountant anders dan die van veel partijdeskundigen die ingeschakeld worden om de belangen van een partij in een geschil te behartigen.

De Gedragsrichtlijn houdt voorts in dat de rapportage niet eenzijdig mag zijn (art. 3.1). De rapportage moet dus een evenwichtig beeld geven. Anders dan de overweging van het GEA in de bestreden uitspraak onder 4.4.1 impliceert, is het niet voldoende als pas bij de rechter een evenwichtig beeld ontstaat of kan ontstaan nadat degene die onderwerp van het persoonsgericht accountantsonderzoek is geweest, gelegenheid heeft gehad het definitieve rapport voor de rechter te betwisten. Laat staan dat voldoende zou zijn dat pas een evenwichtig beeld ontstaat of kan ontstaan nadat die wederpartij zelf ook een accountantsonderzoek heeft laten uitvoeren. Het definitieve rapport van EY dient zelf een evenwichtig beeld te geven.

De Gedragsrichtlijn houdt voorts in dat de accountant zelfstandig de onderzoeksprocedure, -strategie en -stappen vaststelt (art. 3.1). Dit is een uitvloeisel van de regel dat de accountant onafhankelijk is van de opdrachtgever.

De uitgebreide regeling in de Gedragsrichtlijn over de voorgeschreven inrichting van het wederhoor (art. 13.1-13.3) moet worden gezien in het licht van het hiervoor omschreven doel dat de eindrapportage een evenwichtig beeld zal geven. Het bieden van adequaat wederhoor is immers een bij uitstek geschikt middel om dat doel na te streven. Ook in zoverre is de positie van een

accountant die een rapport als het onderhavige opstelt, anders dan die van veel partijdeskundigen, want die laatsten zijn in beginsel niet gehouden gelegenheid tot wederhoor te bieden.

Art. 13.1 van de Gedragsrichtlijn schrijft voor dat de accountant zich onthoudt van het verstrekken van bevindingen (aan de opdrachtgever), voordat gelegenheid voor wederhoor is geboden. In overeenstemming daarmee vermeldt de opdrachtbevestiging van 20 januari 2010 dat indien de werkzaamheden leiden tot een (impliciet) oordeel over de gedragingen van Croes, EY de relevante feitelikheden in haar conceptrapport aan Croes zal voorleggen voordat zij daarover mededelingen zal doen aan het bestuur van FLPD.

Art. 13.2 van de Gedragsrichtlijn luidt als volgt:

"Wederhoor: mogelijk door middel van conceptrapportage

De procedure van wederhoor kan, nadat alle onderzoekswerkzaamheden zijn afgerond, geschieden door aan betrokkene(n) de voor hem relevante (gedeelten van de) conceptrapportage vertrouwelijk, ter inzage te verstrekken dan wel toe te zenden. De accountant maakt een keuze voor één van deze werkwijzen die in redelijke verhouding staat tot het belang van de geheimhouding van de rapportage, alsmede tot de omvang en de strekking van de rapportage. Ingeval de conceptrapportage ter inzage wordt verstrekt, wordt deze na mondelinge becommentariëring, waarvan conform artikel 11.2 van deze Gedragsrichtlijn een schriftelijk verslag wordt opgesteld, ingenomen. Ingeval de conceptrapportage wordt toegezonden ter schriftelijke becommentariëring, zal de conceptrapportage worden voorzien van een begeleidende brief waarin uitdrukkelijk wordt vermeld dat betreffende conceptrapportage slechts wordt verzonden in het kader van de procedure van wederhoor en dat verdere verspreiding niet is toegestaan."

Bij de keuze tussen terinzageverstreking en toezending van de conceptrapportage pleit het belang van de geheimhouding naar zijn aard in het algemeen voor terinzageverstreking in plaats van toezending. Uit art. 13.2 van de Gedragsrichtlijn blijkt dat de keuze voor terinzageverstreking slechts gemaakt kan worden indien het belang bij geheimhouding in een redelijke verhouding staat tot het belang dat de betrokkene heeft bij toezending. Dat laatste belang bestaat naar zijn aard in het algemeen erin dat de betrokkene voldoende gelegenheid wordt geboden de conceptrapportage te bestuderen, desgewenst ter inzage te geven aan door hem in te schakelen deskundigen en er aldus een reactie op voor te bereiden en vast te stellen. Dat belang is zwaarwegender naarmate de omvang van de rapportage groter is en naarmate de strekking van de rapportage belastender is voor de betrokkene. Daarom dienen in geval van een omvangrijke conceptrapportage en/of een belastende strekking ervan zwaardere eisen gesteld te worden aan het belang van geheimhouding om dat laatste belang te kunnen laten prevaleren. Dit alles komt tot uitdrukking in de in art. 13.2 van de Gedragsrichtlijn geformuleerde norm.

De omstandigheid dat voor accountants ook het fundamentele beginsel van vertrouwelijkheid geldt, en dat art. 5 van de Gedragsrichtlijn een geheimhoudingsplicht aan de accountant oplegt, die onder meer meebrengt dat de accountant aan de verkregen gegevens niet verder of anders bekendheid mag geven dan voor de vervulling van zijn opdracht of bij of krachtens de wet wordt vereist, doet aan het voorgaande niet af. In het geval dat art. 13.2 van de Gedragslijn meebrengt dat de keuze voor terinzageverstreking en tegen toezending van de conceptrapportage niet gerechtvaardigd is, volgt daaruit dat toezending wordt vereist voor de vervulling van de opdracht, in de zin van art. 5 van de Gedragsrichtlijn.

Alle hiervoor besproken regels uit de Gedragsrichtlijn strekken (mede) tot bescherming tegen schade van degenen die onderwerp van het persoonsgericht accountantsonderzoek zijn, zoals Croes stelt die te hebben geleden.

2.9 Het GEA heeft een andere toetsingsmaatstaf aangelegd. Grief II is in zoverre gegrond. Voor het overige hebben de grief en de toelichting erop geen zelfstandige betekenis naast de overige grieven.

2.10 Grief III is gericht tegen rov. 4.2.1-4.2.3 van het bestreden vonnis, gewezen onder het kopje "beoordeling van de procedurele aspecten van het onderzoek".

2.11 De grief strekt ten eerste ten betoge dat EY aan Croes onvoldoende gelegenheid tot wederhoor heeft geboden.

2.12 Op p. 5 van de conclusie van antwoord heeft EY gesteld dat er in het belang van de geheimhouding van het onderzoek en de eindrapportage in samenspraak met het bestuur van FLPD voor gekozen is de voor Croes relevante onderdelen van het onderzoek vertrouwelijk aan hem ter inzage te verstrekken. De keuze voor terinzageverstreking in plaats van toezending heeft EY onder 7.1 van de memorie van antwoord toegelicht met het betoog dat zij wilde voorkomen dat het conceptrapport in de media zou lekken, omdat Croes en zijn broer gedurende de gehele periode van het onderzoek veelvuldig in de krant Solo di Pueblo negatieve publicaties hadden gedaan over EY en de leden van het onderzoeksteam. EY wilde ook voorkomen dat het conceptrapport verkeerd geïnterpreteerd zou kunnen worden door derden, omdat er in werkelijkheid geen conceptrapport van een persoonsgericht onderzoek bestaat anders dan het conceptrapport dat dient om wederhoor door de betrokkene te faciliteren.

2.13 Croes heeft onder 4 van zijn pleitnota in hoger beroep verwezen naar zijn betoog bij conclusie van repliek. Daar betwist hij dat hij artikelen over EY in de Solo di Pueblo heeft doen plaatsen.

2.14 Het Hof merkt ambtshalve op dat de stelling van EY dat de keuze in samenspraak met het bestuur van FLPD is gemaakt, op enigszins gespannen voet staat met het voorschrift in art. 3.1 van de Gedragsrichtlijn dat de accountant zelfstandig de onderzoeksstappen vaststelt.

Over het belang van geheimhouding overweegt het Hof als volgt. Ook bij toezending van de conceptrapportage wordt in zekere mate aan dat belang tegemoetgekomen. Art. 13.2 Gedragsrichtlijn schrijft immers aan het slot voor dat aan de ontvanger schriftelijk wordt bericht dat verspreiding van de conceptrapportage niet is toegestaan. Dat het belang van de geheimhouding ook voor EY kennelijk niet zeer zwaar woog, volgt uit de omstandigheid dat het Croes uiteindelijk wel werd toegestaan de voor wederhoor geboden tijd te gebruiken om delen van de conceptrapportage over te schrijven (en zijn aantekeningen mee te nemen). Ook valt tegen het betoog van EY in te brengen dat het in art. 3.1 van de Gedragsrichtlijn genoemde belang bij geheimhouding in het algemeen niet zozeer bedoeld is om de onderzoekers te beschermen tegen negatieve publiciteit, maar om de opdrachtgever en de betrokkenen daartegen te beschermen, bijvoorbeeld in gevallen dat de opdrachtgever een (al dan niet commercieel) belang heeft bij het beschermen van de goede naam en in gevallen dat een betrokkene negatief in het nieuws kan komen op basis van een conceptrapport dat na wederhoor blijkt te moeten worden bijgesteld. Daarover heeft EY niets aangevoerd.

In haar hiervoor weergegeven betoog heeft EY geen aandacht besteed aan het belang van Croes bij toezending van het conceptrapport (dat in het algemeen bestaat, zoals hiervoor onder rov. 2.8 is toegelicht) in het licht van de omvang van het conceptrapport (zie rov. 2.1.4) en de strekking ervan. Het betrof hier een omvangrijk deel van een conceptrapport over uiteenlopende aspecten van het jarenlang functioneren van Croes als (vice)voorzitter van het bestuur en als Algemeen Directeur, met een voor Croes belastende strekking, die, naar voorzienbaar was, de baan van Croes op het spel zette en die voorzien was van een groot aantal bijlagen. Indien Croes de relevante delen van het conceptrapport niet zou mogen meenemen om nader te bestuderen en met een advocaat of accountant of andere deskundige te bespreken, zou hem dat, naar voorzienbaar was, in niet geringe mate beperken in zijn mogelijkheden om een adequate reactie te geven.

Gelet op dit alles acht het Hof de keuze van EY om te weigeren de delen van het conceptrapport toe te zenden of mee te geven aan Croes niet gerechtvaardigd in het licht van het voorschrift van art. 3.1 van de Gedragsrichtlijn.

2.15 Indien Croes in de gelegenheid is gesteld op 10 en 11 juni 2010 de bijlagen van het rapport in te zien (dit is tussen partijen betwist), doet dat aan voornoemd oordeel niet af. Ook indien Croes in de gelegenheid is gesteld om terug te komen om het conceptrapport en de bijlagen opnieuw in te zien, doet dat aan voornoemd oordeel niet af. Weliswaar biedt dat een en ander aan Croes een ruimere gelegenheid om commentaar op het conceptrapport voor te bereiden, maar het blijft zo dat Croes het conceptrapport niet toegezonden

kreeg en niet mocht meenemen en dat deze keuze van EY niet gerechtvaardigd is in het licht van het voorschrift van art. 3.1 van de Gedragsrichtlijn. De bewijsaanbiedingen die EY in dit verband gedaan heeft (zie conclusie van dupliek onder 8), worden daarom bij gebrek aan belang gepasseerd.

2.16 Er is aan Croes dus een onvolkomen gelegenheid voor wederhoor geboden. Zoals hiervoor in rov. 2.8 voor het algemene geval is overwogen en ook in dit geval geldt, brengt art. 3.1 van de Gedragsrichtlijn mee dat het geboden wederhoor voldoende moet zijn om het eindrapport van EY evenwichtig te maken, en gaat het dus niet om de vraag in hoeverre voorzienbaar was dat Croes in de gerechtelijke procedure(s) die op het definitieve rapport zou(den) volgen, voldoende gelegenheid voor wederhoor zou worden geboden. In zoverre slaagt grief III. Wat dat betekent voor de vraag of sprake is van onrechtmatigheid en voor de toewijsbaarheid van de vordering zal het Hof hierna onder rov. 2.68 en verder beoordelen.

2.17 Grief III is ook gericht tegen de overwegingen van het GEA (onder rov. 4.2.3) over het verwijt van Croes dat EY selectief is geweest met het verzamelen van bewijsmateriaal. Volgens Croes heeft EY bewust notulen achtergehouden van vergaderingen in juni-september 2009 waaruit blijkt dat FLPD (vertegenwoordigd of bijgestaan door Croes) een arbeidsconflict had met R. van den Berg (hierna: Van den Berg). Van den Berg was voor EY contactpersoon van FLPD bij de uitvoering van het onderzoek.

2.18 Blijkens haar brief van 28 maart 2011 heeft EY kennisgenomen van deze notulen, maar deze niet als bijlage bij het rapport gevoegd, omdat zij ze niet relevant achtte. Volgens deze brief was Van den Berg weliswaar contactpersoon voor EY, maar was hij niet verantwoordelijk voor de aanlevering van de stukken die EY voor haar onderzoek heeft opgevraagd.

2.19 EY heeft geen norm geschonden door irrelevant voor haar onderzoek te achten dat het bestuur van FLPD een arbeidsconflict heeft gehad met Van den Berg. Daar richtte het onderzoek zich niet op en het behoefde redelijkerwijs niet van belang te worden geacht voor de onderwerpen waarop het onderzoek zich wel richtte. Het niet vermelden van die omstandigheid maakt het onderzoek niet eenzijdig. Hieraan doet niet af dat Van den Berg als contactpersoon van FLPD voor het onderzoek van EY heeft gefunctioneerd. Niettemin zou het rapport van EY evenwichtiger zijn geweest, indien EY Croes een zodanige gelegenheid tot wederhoor had geboden dat hij zijn opmerkingen over het arbeidsconflict met Van den Berg en diens rol bij de totstandkoming van het rapport in dat kader naar voren had kunnen brengen.

2.20 Volgens Croes heeft EY ook notulen achtergehouden van vergaderingen in augustus-oktober 2009 waaruit blijkt dat dienstreizen naar Chili en Miami in die vergaderingen besproken zijn geweest. Dit ondergraaft volgens Croes de volgende bevinding van EY in het rapport (p. 67-68):

"Accordering dienstreizen

(...) De meeste dienstreizen zijn vlak voor vertrekdatum aangevraagd en niet door het voormalige Bestuur van FLPD goedgekeurd. In 16 van de 20 (individueel) geselecteerde gevallen is gebleken dat de opdracht voor het regelen van de dienstreis (...) informeel, via e-mail is verstuurd door [Croes] en/of door [Ricky Croes]."

2.21 Uit de enkele omstandigheid dat er notulen blijken te bestaan waaruit blijkt dat twee dienstreizen in het bestuur besproken zijn geweest en zijn goedgekeurd, en dat deze niet als bijlagen bij het rapport zijn gevoegd, kan niet worden afgeleid dat het rapport eenzijdig is. De hiervoor omschreven passage impliceert (blijkens de woordkeus: "de meeste") dat er ook reizen zijn geweest die wel zijn goedgekeurd.

2.22 Wat voorgaande oordelen betekenen voor de toewijzing van de vordering komt hierna onder rov. 2.68 e.v. aan de orde. Grief III behoeft voor het overige geen afzonderlijke behandeling.

2.23 Grief IV is gericht tegen rov. 4.3.1-4.3.6 van het bestreden vonnis, gewezen onder het kopje "beoordeling van de inhoudelijke kritiek op het rapport".

2.24 Anders dan in de toelichting op de grief wordt gesteld, leidt de omstandigheid dat EY leningen uit 2005 en 2006 heeft onderzocht, hoewel zij expliciet te kennen heeft gegeven dat haar onderzoek is gericht op de jaren 2008 en 2009, niet tot het oordeel dat sprake is van schending van enige norm jegens Croes. De bedoelde expliciete kennisgeving strekt niet tot bescherming van enig belang van Croes. Croes mocht daaraan niet de verwachting ontlenen dat leningen uit 2005 en 2006 buiten het onderzoek zouden blijven.

2.25 Croes heeft gesteld dat EY het onderscheid heeft verhuld tussen de periode dat hij (vice)voorzitter van het bestuur was en de periode dat hij Algemeen Directeur was, en in dat verband ook bewust onjuiste bevindingen heeft opgenomen over zijn dienstreizen en daggeldvergoedingen.

2.26 Het rapport vermeldt:

"(p. 15) Gedurende de onderzochte periode (...) was [Croes] Voorzitter van het Bestuur van FLPD tot en met 27 maart 2009. Per 1 april is hij in dienst getreden van FLPD als Algemeen Directeur. (...)

(p. 63) In het bestuursbesluit van 27 augustus 2009 is besloten dat alle representatiekosten (lunch/diner) van de Directie met klanten, door zowel de Algemeen Directeur als de Financieel Directeur moeten worden getekend (zie bijlage 67).

(p. 67) Volgens bestuursbesluit d.d. 6 maart 2007 dient elk personeelslid en ook bestuurslid tenminste een maand van tevoren een verzoek in te dienen voor dienstreizen. (...) Uit de administratie van FLPD is gebleken dat in meerdere gevallen

representatiekosten geaccordeerd zijn door de Algemeen Directeur en ook aan hem zijn uitbetaald en/of gevallen waarbij representatiekosten aan de Algemeen Directeur zijn uitbetaald, zonder dat deze zijn goedgekeurd (zie bijlage 68).

(p. 68) Conform bestuursbesluit van 12 juli 2007 bedraagt de daggeldvergoeding USD 250 (...) per dag. Indien het hotel waarin men zal verblijven duurder is dan normaal, krijgt men USD 100 (...) extra (eenmalig). Nadere richtlijnen zijn door ons niet ontvangen."

Bijlage 64 is het bestuursbesluit van 12 juli 2007. Hierin staat als vierde besluit:

"Miembronan di bestuur cu ta viaha pa Europa lo haja nan daggeldvergoeding di dollars equivalente na euro. Voorbeeld 250 dollars pa 250 euro."

(vrij vertaald: bestuursleden die naar Europa reizen krijgen het equivalent van hun in dollars luidende daggeldvergoeding in euro's. Voorbeeld: 250 dollar voor 250 euro)

Bijlage 67 is het bestuursbesluit van 27 augustus 2009. Het vermeldt als eerste besluit:

"Board ta disidi cu tur representatie kosten lokal manera (Lunch of Dinner) di Directie cu cliente mester di 2 firma tanto di Algemene Directeur como di Financiele Directeur. (...)"

(vrij vertaald: het bestuur besluit dat alle lokale representatiekosten zoals (lunch of diner) van de directie met klanten twee handtekeningen behoeven, zowel die van de Algemeen Directeur als die van de Financieel Directeur).

Bijlage 68 is getiteld "representatiekosten geaccordeerd door de Algemeen Directeur en uitbetaald aan de Algemeen Directeur" en bevat bonnetjes uit 2008 en 2009.

Bijlage 70 is het bestuursbesluit van 6 maart 2007. Onder 1 staan maandelijkse vergoedingen voor het bestuur ("Hunta") vermeld. Onder 3 staat een plicht voor directieleden ("Directornan") vermeld om dienstreizen tijdig aan te vragen.

2.27 Op p. 33 van het schriftelijk commentaar van Croes (bijlage 1 van het definitieve rapport) staat onder meer:

"Relaciona na aanvraag un luna delanta y approval di 2 bestuurslid esaki nunca a wordo hasi. 90% of mas un bestuurslid ta biaha mee depende e occasion"

(vrij vertaald: met betrekking tot een aanvraag een maand van tevoren en goedkeuring van twee bestuursleden: dit werd nooit gedaan. In 90% of meer van de gevallen reisde een bestuurslid mee, afhankelijk van de gelegenheid)

2.28 Croes heeft aangevoerd dat de in bijlage 68 opgenomen bonnetjes uit 2008 betrekking hebben op zijn periode als bestuursvoorzitter. De conclusie op p. 67 van het rapport en de titel van bijlage 68 zijn dus niet juist. Verder was het bestuursbesluit van 27 augustus 2009 toen nog niet genomen. Ook heeft dat bestuursbesluit geen betrekking op representatiekosten die gemaakt worden

door bestuursleden, maar slechts op representatiekosten die gemaakt worden door directieleden. Verder wordt op p. 67 van het rapport ten onrechte vermeld dat bestuursleden tijdig dienstreizen moeten aanvragen, terwijl het daar bedoelde bestuursbesluit van 6 maart 2007 niet ziet op bestuursleden, maar op directieleden. Voorts wordt op p. 68 een verkeerde uitleg gegeven aan het bestuursbesluit van 12 juli 2007. De daggeldvergoeding voor bestuursleden bleef ongewijzigd overeenkomstig het bestuursbesluit van 6 maart 2007, aldus nog steeds Croes.

2.29 Hierover oordeelt het Hof als volgt.

Indien de conclusie op p. 67 van het rapport over de tijdige aanvraag van dienstreizen door (ook) bestuursleden een vergissing is, had die vergissing bij voldoende gelegenheid tot wederhoor wellicht rechtgezet kunnen worden (al staat er iets over in de schriftelijke reactie van Croes). Indien die conclusie op een bewuste uitleg van het bestuursbesluit van 6 maart 2007 berust, is dat niet duidelijk tot uitdrukking gebracht.

Indien de conclusie op p. 67 van het rapport over een Algemeen Directeur die zijn eigen kostendeclaratie accordeert, niet (mede) op Croes slaat, maar (uitsluitend) op een andere Algemeen Directeur, is dat niet duidelijk tot uitdrukking gebracht. Evenmin is bij die conclusie tot uitdrukking gebracht dat het bestuursbesluit dat voorschreef dat er twee handtekeningen nodig zijn voor accordering van representatiekosten, ten tijde van de op p. 67 bedoelde accorderingen nog niet was genomen. Indien EY meende dat het ook zonder een dergelijk besluit niet aangaat dat men (iemand anders dan Croes) zijn eigen kostendeclaratie accordeert en dat Croes er (mede) verantwoordelijk voor is dat het toch gebeurde, dan staat ook dat er niet bij vermeld.

De conclusie op p. 68 dat de daggeldvergoeding USD 250 per dag bedraagt, volgt niet zonder meer uit het daarbij aangehaalde bestuursbesluit van 12 juli 2007. Dat besluit noemt dit bedrag uitdrukkelijk als voorbeeld en heeft betrekking op een omrekenkoers. Indien deze conclusie van EY bij vergissing is getrokken, had die vergissing bij voldoende gelegenheid tot wederhoor wellicht rechtgezet kunnen worden. Indien deze conclusie berust op een bewuste uitleg van het bestuursbesluit, is dat niet duidelijk tot uitdrukking gebracht.

In zoverre bevat het rapport onjuistheden of onduidelijkheden op p. 67 en 68. Deze suggereren dat Croes dienstreizen heeft gemaakt die hij niet tijdig heeft aangevraagd, dat hij in strijd met een reeds genomen bestuursbesluit eigen declaraties heeft geaccordeerd en dat hij hogere daggeldvergoedingen heeft ontvangen dan waarop hij overeenkomstig een bestuursbesluit recht had, zonder dat duidelijk is in hoeverre dit juist is.

2.30 Croes heeft in grief IV ook kritiek op p. 71 van het rapport. Daar staat over een in 2008 gemaakte reis naar Londen vermeld:

"Tijdens het interview met de voormalige Directeur van FLPD zijn wij geïnformeerd dat hij, op verzoek van [Croes], alle kosten die tijdens deze reis zijn gemaakt heeft betaald met de credit card van FLPD."

Volgens Croes is dit niet juist en had hij als bestuurslid geen credit card. EY mocht niet afgaan op de bedoelde voormalige directeur van FLPD (de heer Kock), want die was Croes niet goedgezind, aldus Croes.

2.31 Dit betoog van Croes houdt geen stand. Het rapport vermeldt niet dat gebruik is gemaakt van de credit card van Croes, maar dat gebruik is gemaakt van de credit card van Kock. Hoewel het woord "geïnformeerd" niet helemaal zuiver is, omdat het suggereert dat EY de verklaring van Kock juist acht, is voldoende duidelijk dat EY hier de verklaring van Kock weergeeft zonder een eigen conclusie te trekken. Wel geldt dat het rapport evenwichtiger was geweest indien dit zuiverder was geformuleerd en het weerwoord van Croes op dit punt in het rapport was betrokken.

2.32 De grief van Croes ziet verder op de bevindingen van EY met betrekking tot een tenderreglement.

2.33 Het rapport vermeldt:

"(p. 16) Op basis van de beschikbaar gestelde documentatie kan worden afgeleid dat de Directie van FLPD op 5 maart 2009 een tenderreglement heeft opgesteld. Het onderzoeksteam heeft niet kunnen verifiëren of dit reglement definitief is of nog een concept reglement betreft. (...) (zie bijlage 12). (...)

(p. 24) Op basis van de beschikbaar gestelde documentatie kan worden afgeleid dat de Directie van FLPD op 5 maart 2009 een tenderreglement heeft opgesteld. Uit de ter beschikking gestelde administratieve bescheiden is gebleken dat de Directie van FLPD tussen 5 maart 2009 en 31 december 2009 in strijd heeft gehandeld met het Tenderreglement bij het selecteren van externe partijen ten behoeve van het leveren van goederen en/of diensten aan de organisatie (zie bijlage 12)."

Bijlage 12 is getiteld "tenderreglement" en vangt aan met de zin:

"Dit reglement is opgesteld door de directie van [FLPD] (...) op 5 maart 2009."

De bijlage bevat 4 pagina's met bepalingen zonder duidelijke afsluiting en een vijfde pagina waarop over de tekst heen een deel van het woord "draft" staat.

2.34 Croes heeft gesteld dat er geen tenderreglement bestaat. In zijn schriftelijke reactie van 21 juni 2010 staat op p. 6 vermeld:

"Nunca e tenderreglement ki a wordo traha den opdracht di bestuur of directie di Lotto. Tampoko e reglement ki a wordo aangeboden ter inzage. Mi no conoce e tender aki. Lotto ta un stichting den privaatrechtelijke zin y no ta mara na comptabiliteitsverordening. Sinembargo ora ta trato proyecto nan grandi tabata pide

mas offerte na diferente empresanan. Pero un tenderreglement oficial y aproba pa bestuur no ta existi."

(vrij vertaald: dit tenderreglement is nooit gemaakt in opdracht van het bestuur of de directie van Lotto. Evenmin is dit reglement aangeboden geweest ter inzage. Ik ken dit tenderreglement niet. Lotto is een stichting in privaatrechtelijke zin en valt niet onder de Comptabiliteitsverordening. Niettemin werden er, als het om grote projecten ging, offertes aangevraagd bij verschillende ondernemingen. Maar een officieel en door het bestuur goedgekeurd tenderreglement bestaat niet)

2.35 Het woord "opstellen" betekent niet hetzelfde als het woord "vaststellen". Het was duidelijker geweest als in het rapport van EY op p. 24 was herhaald dat EY niet heeft kunnen vaststellen wie het als bijlage 12 bij het rapport gevoegde document heeft opgesteld, of en zo ja door wie het is vastgesteld en of het in werking is getreden, en dus niet weet of Croes gehouden kan worden aan de bepalingen in dit document. Het was ook beter geweest als EY op p. 24 had opgemerkt dat zowel Croes als Ricky Croes hadden gesteld niet bekend te zijn met een tenderreglement, en wellicht onderzoek hadden gedaan naar de juistheid van die stelling. Doordat dit is weggelaten kan het rapport de indruk wekken dat Croes in strijd heeft gehandeld met een tenderreglement dat (mede) in opdracht van hemzelf was opgesteld en/of (mede) door hemzelf was vastgesteld.

2.36 Het Hof zal thans de klachten bespreken die in de toelichting op grief I onder 1 tot en met 19 zijn genoemd. Het Hof zal de klachten eerst afzonderlijk bespreken. Onder rov. 2.68 en verder zal het deze klachten, gezamenlijk met de andere klachten, voor zover die voldoende kenbaar in de memorie van grieven naar voren zijn gebracht, in onderlinge samenhang en verband bespreken.

2.37 Ad 1. Croes stelt dat hij in het kader van wederhoor de bijlagen van het rapport niet heeft kunnen inzien. Dit is reeds in rov. 2.15 besproken.

2.38 Ad 2. Croes meent dat het rapport te veel conclusies bevat. Deze klacht heeft betrekking op het rapport als geheel en zal hierna onder rov. 2.72 aan de orde komen.

2.39 Ad 3. Croes heeft geklaagd dat in een brief van EY van 25 februari 2010 aan het bestuur van FLPD (prod. 38A bij conclusie van repliek, paragraaf 4.2) staat:

"Uit nader onderzoek is gebleken dat deze kleine groep leveranciers met name bestaat uit familie en vrienden."

Volgens Croes is deze zin een impliciete verwijzing naar een campagneslogan van de politieke partij AVP en daarmee een blijk van politieke beïnvloeding van EY.

2.40 In het rapport heeft het Hof geen verwijzing naar "familie en vrienden" van Croes aangetroffen. Wel bevat het rapport onder 6.3 bevindingen naar aanleiding van onderzoek naar banden met bedrijven gerelateerd aan E. (Edmond) Croes, broer van Croes, en onder 4.6 bevindingen naar aanleiding van onderzoek naar banden met bedrijven gerelateerd aan Frederick Croes, van wie het Hof niet weet of hij al dan niet als familielid of vriend van Croes kan worden aangemerkt. De enkele omstandigheid dat EY in een brief spreekt van "familie en vrienden", maakt niet dat EY onrechtmatig jegens Croes heeft gehandeld, ook niet indien dit een impliciete verwijzing zou zijn naar een campagneslogan van de politieke partij AVP, hetgeen het Hof in het midden laat. Wel merkt het Hof (ambtshalve) op dat de verzending van deze brief, die in een kopje wordt aangeduid als "voortgangsrapportage" en negen pagina's met "voorlopige bevindingen" bevat, in strijd is met de in de opdrachtbevestiging van 20 januari 2010 gedane mededeling aan het bestuur van FLPD dat indien de werkzaamheden leiden tot een (impliciet) oordeel over de gedragingen van Croes, EY de relevante feitelikheden in haar conceptrapport aan Croes zou voorleggen voordat zij daarover mededelingen zou doen aan het bestuur van FLPD, en daarmee in strijd met art. 13.1 van de Gedragsrichtlijn.

2.41 Ad 4. Croes heeft geklaagd dat op p. 9 van het rapport wordt opgemerkt dat Croes in zijn CV heeft opgenomen dat hij aandeelhouder is van Solo di Pueblo, hoewel Croes heeft verklaard dat hij het CV niet heeft opgesteld. Deze opmerking van EY staat in de bespreking van de schriftelijke reactie van Croes. In de schriftelijke reactie van Croes heeft het Hof niet de stelling aangetroffen dat Croes het CV niet zelf heeft opgesteld. Mogelijk zou Croes deze stelling wel in zijn wederhoor hebben aangevoerd, als hij een ruimere gelegenheid voor wederhoor zou hebben gekregen. Zie verder rov. 2.51 e.v.

2.42 Ad 5. Croes heeft geklaagd over p. 23 van het rapport en bijlage 16 bij het rapport (bedoeld is: bijlage 17).

2.43 In paragraaf 5.3 bespreekt het rapport vier overeenkomsten van geldlening, waarvan één met het Land Aruba.

Op p. 23 staat:

"Land Aruba: Getuige het bestuursbesluit van 18 juni 2009 is het bestuur van FLPD niet akkoord gegaan met de geldleningsovereenkomst van Afl. 17.000.000,- met Land Aruba, gezien het feit dat niet het voltallige bestuur aanwezig was. Dit is in overeenkomst met de Statuten, art. 6, lid 6.

Uit het bestuursbesluit gedateerd 10 juli 2009 is gebleken dat, in overeenstemming met de bepaling in de Statuten (Statuten 2005 art. 6, lid 7), door tweederde van het voormalige Bestuur is besloten tot het sluiten van de geldleningsovereenkomst met het Land Aruba. Uit de beschikbaar gestelde documentatie is gebleken dat de Ministerraad, in een door de Ministerraad goedgekeurde motie van 1 april 2009, heeft ingestemd met de reservering van 17 miljoen voor de lening aan FLPD.

Handelen [Croes] met betrekking tot het afsluiten van geldleningen

Wij hebben geconstateerd dat bovengenoemde (geldlening-)overeenkomsten zijn getekend door [Croes]. Wij hebben, met uitzondering van de overeenkomst met Land Aruba, geen documentatie aangetroffen waaruit kan worden afgeleid dat een schriftelijke bekrachtiging van de Minister belast met sportaangelegenheden door FLPD is ontvangen. Dientengevolge heeft [Croes] hierdoor in strijd gehandeld met de bepalingen in de Statuten van FLPD ten aanzien van het sluiten van geldleningovereenkomsten."

Bijlage 17 bij het rapport is de overeenkomst van geldlening met het Land Aruba. Het is door drie personen ondertekend, maar niet door Croes.

2.44 De tekst op p. 23 van het rapport kan niet anders gelezen worden dan dat Croes volgens EY de overeenkomst van geldlening met het Land Aruba heeft ondertekend. Dit is een onjuistheid. De ernst van deze onjuistheid wordt verminderd doordat deze blijkt als men de bijlage erop naslaat en doordat bij een zorgvuldige lezing van de passage als geheel, voldoende duidelijk wordt dat in het rapport Croes niets wordt verweten met betrekking tot de lening met het Land Aruba. Bij oppervlakkige lezing kan de passage echter de indruk wekken, niet alleen dat Croes de lening van het land Aruba (die betrekking heeft op een aanzienlijk bedrag) heeft ondertekend, maar ook dat hij daardoor in strijd met de statuten heeft gehandeld. Dit is kennelijk niet bedoeld. De passage had wat duidelijker geredigeerd kunnen worden.

2.45 Ad 6. Dit heeft betrekking op het tenderreglement. Zie daarover rov. 2.33 en verder.

2.46 Ad 7. Croes heeft geklaagd over p. 27 van het rapport. Daar staat:

"Uit de financiële administratie van FLPD is gebleken dat in de onderzoeksperiode door FLPD ruim Afl. 5.000.000,00 is betaald aan bedrijven van de heer Edmond Croes en/of direct aan de heer Edmond Croes. (zie bijlage 18)"

Bijlage 18 is een staatje dat sluit op Afl. 5.046.390,30. Bij twee van de posten staat echter aangetekend "nog te ontvangen". Na aftrek van de twee posten resteert Afl. 3.804.390,30. De tekst van het rapport is dus niet geheel juist, ook niet indien de twee "nog te ontvangen" wel reeds betaalbaar waren gesteld.

2.47 Ad 8. Croes heeft geklaagd over p. 29 van het rapport. Daar staat:

"Uit de administratieve bescheiden van FLPD is voorts niet gebleken dat [Croes] vooraf schriftelijk melding heeft gemaakt aan de voormalige Minister van Sport & Cultuur dat hij als Voorzitter van het Bestuur van FLPD de intentie had om zakelijke transacties te verrichten met een bedrijf van zijn broer, zoals voorgeschreven door de vigerende Governance Code Principles van FLPD."

De bedoelde Governance Code Principles zijn bij het rapport gevoegd als bijlage 9. Op p. 12 ervan staat:

"If the chairman of the Board of Directors has a conflict of interest or potential conflict of interest that is of material significance to FLPD and/or to her/him, she/he shall report this immediately to the Minister of Sports and shall provide all relevant information, including information concerning his wife, registered partner or life companion, foster child and relatives by blood or marriage up to the second degree."

In het rapport van De Kort (productie 4 bij inleidend verzoekschrift) wordt op p. 5 hierover opgemerkt:

"In een verklaring van de voormalige Minister (...) verklaart hij dat aan hem het onderhavige geval (overeenkomst met Quality Promotions) is gemeld en dat hij na zorgvuldige afweging zijn goedkeuring heeft gegeven."

Bij dat rapport is een schriftelijke verklaring gevoegd van ex-minister R. Lee waarin staat dat deze overeenkomst en een aantal andere overeenkomsten bij hem gemeld zijn geweest en dat hij heeft goedgekeurd dat FLPD de overeenkomsten aanging.

2.48 Croes heeft gelijk met zijn stelling dat de Governance Code Principles niet uitdrukkelijk voorschrijven dat de meldingen schriftelijk moeten zijn, en dat de passage in het rapport wel zo kan worden opgevat. Indien Croes de meldingen mondeling heeft gedaan (zoals hij thans stelt en heeft onderbouwd met de verklaring van R. Lee), en hij meer gelegenheid tot wederhoor had gehad, had hij mogelijk aangevoerd dat mondelinge meldingen naar zijn mening voldoende zijn. Dan had dit mogelijk geleid tot een vermelding van die stelling in het eindrapport en een reactie erop van EY. EY had dan kunnen onderzoeken of er mondelinge meldingen waren gedaan en/of zij had als haar mening te kennen kunnen geven dat de Governance Code Principles volgens haar zo moeten worden uitgelegd dat zij vereisen dat de meldingen schriftelijk gebeuren.

2.49 Ad 9. Croes heeft geklaagd over p. 27 van het rapport. Daar staat:

"Wij hebben vastgesteld dat [Edmond Croes] bij de Kamer van Koophandel naar de stand van januari 2010 geregistreerd staat als eigenaar en/of aandeelhouder van de navolgende bedrijven (...):

1. Quality Promotions
2. (...)"

en over p. 30 van het rapport waar staat:

"Uit het register van de Kamer van Koophandel van Aruba is niet gebleken dat het bedrijf Quality Promotions is overgegaan tot het bedrijf Quality Marketing &

Entertainment, daar uit het register niet is gebleken dat het bedrijf Quality Promotions stond ingeschreven bij de Kamer van Koophandel."

2.50 Deze combinatie van vermeldingen roept vragen op. Het lijkt een tegenstrijdigheid te zijn, die wellicht bij een ruimere gelegenheid tot wederhoor opgehelderd had kunnen worden.

2.51 Ad 10. Op p. 31 staat:

"Daarnaast is uit de administratie van FLPD gebleken dat tussen de 25%-30% van hetgeen door FLPD over het jaar 2009 is betaald aan Quality Marketing & Entertainment (...) ten goede is gekomen aan verschillende bedrijven waar de heer Edmond Croes eigenaar en/of aandeelhouder van is, wel of niet samen met zijn broer [Croes]. Het betreft de bedrijven Solo di Pueblo, Top FM 95 en Edmond Croes Broadcasting Company (zie bijlage 27)."

Bijlage 27 bevat facturen van Quality Marketing aan FLPD, waarmee diensten in rekening worden gebracht met betrekking tot radio, televisie en kranten. In een aantal gevallen komen op de facturen de aanduidingen Solo di Pueblo en/of Top FM 95 voor.

Op p. 9 van de schriftelijke reactie van Croes van 21 juni 2010 staat:

"Radio FM 95 Aruba NV ta un NV opgericht entre Edmund Croes 80% y mi defunto tata Everaldo Croes 20% rond aña 1994. Na augustus 2001 mi tata a fayese y automaticamente cu mi kier of no, mi a erf un kindsdeel di e 20% di mi tata. (...) Solo di Pueblo ta un eenmanszaak di Edmond Croes. Por verifica esaki na Kamer. (...)" (vrij vertaald: Radio FM 95 Aruba NV is een NV die is opgericht tussen Edmund Croes voor 80% en mijn overleden vader Everaldo Croes voor 20% rond het jaar 1994. In augustus 2001 is mijn vader overleden en automatisch heb ik, of ik dat wilde of niet, een kindsdeel geërfd van de 20% van mijn vader. (...) Solo di Pueblo is een eenmanszaak van Edmond Croes. Men kan dat verifiëren bij de Kamer. (...))

Op p. 9 van het eindrapport staat (ter bespreking van het commentaar van Croes):

"Op pagina 9 onder de paragraaf "Aandeelhouder" geeft [Croes] een verklaring voor het feit dat een CV van hem is aangetroffen waarin aangeeft aandeelhouder te zijn van (...) Radio FM 95 NV (...). Daarnaast geeft [Croes] aan dat hij geen aandeelhouder is van de krant Solo di Pueblo aangezien Solo di Pueblo een eenmanszaak is van [Edmond Croes] en dat E&Y dit had kunnen verifiëren bij de Kamer van Koophandel van Aruba. E&Y dient hierbij op te merken dat wij voornoemde hebben geverifieerd bij de Kamer van Koophandel van Aruba, maar dat [Croes] ondanks het feit dat Solo di Pueblo een eenmanszaak is zelf in zijn CV heeft opgenomen dat hij aandeelhouder is van Solo di Pueblo."

2.52 De passage op p. 31 wekt de indruk dat Croes eigenaar en/of aandeelhouder is van een deel van de daar bedoelde bedrijven.

Bij kennisneming van de schriftelijke reactie van Croes en de reactie van EY daarop ontstaat het beeld dat dit strikt genomen juist is: Croes is in elk geval aandeelhouder van Top FM 95, want hij heeft een minderheidsbelang van zijn vader geërfd. Niettemin zou het rapport aan precisie en duidelijkheid hebben gewonnen als EY op p. 31 van elk van de daar genoemde bedrijven zou hebben vermeld of de bevinding van EY is dat Croes aandeelhouder is of niet, zo ja, welk percentage van de aandelen hij houdt, of Croes de bevinding betwist, en waarop de bevinding van EY is gebaseerd. Niet is duidelijk of EY ondanks de betwisting door Croes volhoudt dat Croes aandeelhouder is van Solo di Pueblo. Ook is niet duidelijk of EY meent dat Croes een grotere betrokkenheid bij Top FM 95 heeft dan slechts een geërfd minderheidsbelang.

2.53 Ad 11. Op p. 32 van het rapport staat:

"Uit de notulen van voornoemde bestuursvergadering [van 6 maart 2009] is niet gebleken dat [Croes] de bestuursvergadering heeft verlaten tijdens de bespreking en besluitvorming om het project voor de renovatie van de loopbaan van het stadion G.P. Trinidad aan ECRO te gunnen."

Deze notulen zijn als bijlage 22 bij het rapport gevoegd. Daarin staat bij punt 6:

"[Croes] ta pidi disculpa y ta bandona sala y Vice Presidente Sr. Rufo Kelly ta tuma over pa dirigi reunion pa trata un oferta relaciona cu renobacion di atletiekbaan. Bestuur ta aproba e proyecto (...). Despues ta jama [Croes] bek paden pa e mes continua cu e reunion."

(vrij vertaald: [Croes] verontschuldigt zich en verlaat de zaal en vice-president Rufo Kelly neemt de leiding van de vergadering over om een offerte te behandelen met betrekking tot de renovatie van de atletiekbaan. Het bestuur keurt het project (...) goed. Vervolgens roept men [Croes] terug naar binnen, zodat hij de vergadering kan voortzetten.)

Aan het slot van de notulen (p. 4) staat het bestuursbesluit vermeld dat de offerte wordt goedgekeurd.

2.54 De notulen als geheel kunnen in redelijkheid niet zo worden gelezen dat het besluit pas genomen is toen Croes de vergadering weer bijwoonde. Het rapport bevat hier een onjuistheid. Bij meer wederhoor was dit wellicht opgemerkt geweest. Uit de bijlage bij het rapport blijkt wat de juiste toedracht is geweest. Het een en ander behoeft niet te betekenen dat Croes niets valt te verwijten met betrekking tot de bedoelde renovatie van de atletiekbaan.

2.55 Ad 12. Op p. 41 staat:

"Wij hebben niet vast kunnen stellen dat voornoemde, conform de "Governance Code Principles van FLPD", tijdig aan de voormalige Minister van sportaangelegenheden is gemeld noch hebben wij een officiële machtiging van de Minister van sportaangelegenheden inzake voornoemde belangenverstrengelingen aangetroffen in de administratie van FLPD."

2.56 Deze vermelding is niet onjuist of suggestief. Er wordt niet mee gesuggereerd dat de Governance Code Principles een officiële machtiging voorschrijven. Wel had, zoals hiervoor onder 2.48 reeds is geoordeeld, bij een ruimere gelegenheid tot wederhoor, het verweer van Croes dat hij mondelinge goedkeuring van de minister had verkregen en dat dit voldoende was, onderzocht kunnen worden of in elk geval vermeld kunnen worden.

2.57 Ad 13. In bijlage 49 van het rapport worden volgens Croes drie bedrijven van Edmond Croes en twee bedrijven van Frederick Croes genoemd. Volgens Croes heeft hij in de periode waarop de bijlage betrekking heeft, ook substantiële betalingen aan andere bouwbedrijven verricht, maar die worden niet genoemd.

2.58 Anders dan Croes stelt, levert dit op zichzelf geen onevenwichtigheid op. Een persoonsgericht accountantsonderzoek kan zich richten op bepaalde transacties en andere buiten beschouwing laten. Wel geldt dat Croes bij een ruimere gelegenheid tot wederhoor andere transacties aan de orde had kunnen stellen, waardoor de onderzochte transacties mogelijk in een voor Croes voordeliger perspectief zouden zijn geplaatst.

2.59 Ad 14. Op p. 45-46 noemt het rapport negen omstandigheden die voor EY redengevend zijn om op te merken dat zij de oorsprong en authenticiteit van een bepaalde brief niet heeft kunnen vaststellen. De vijfde omstandigheid wordt als volgt omschreven:

"De brief die door [Croes] is overgelegd ten behoeve van het kortgeding staat niet op briefpapier van FLPD, terwijl officiële communicatie tussen het voormalige Bestuur van FLPD en Directie voor zover wij hebben kunnen vaststellen altijd op officieel briefpapier heeft plaatsgevonden".

Croes heeft gesteld, met verwijzing naar producties, dat dergelijke communicatie juist nooit op officieel briefpapier heeft plaatsgevonden.

2.60 De juistheid van deze stelling van Croes kan in het midden blijven. Het betreft hier immers slechts één van negen genoemde omstandigheden, genoemd in een specifieke context, geformuleerd met een slag om de arm. Wel geldt opnieuw dat dit bij meer wederhoor aan de orde had kunnen komen.

2.61 Ad 15. Op p. 57 van het rapport staat:

"In 2008 valt de subsidie aan de Sport subsidiecommissie terug (...). Volgens de voormalige Directeur van FLPD heeft dit te maken met de hogere marketingkosten in [2007] door het contract dat in dat jaar is gesloten met het bedrijf Quality Promotions. Door de verhoogde marketingkosten is volgens de voormalige Directeur van FLPD minder geld voor de subsidiecommissie begroot om de begroting zo weer sluitend te maken. Buiten de verminderde subsidie in 2008 ten opzichte van het jaar ervoor

hebben we het door de voormalige Directeur van FLPD veronderstelde verband niet verder kunnen verifiëren met de aan ons ter beschikking gestelde documentatie."

In zijn schriftelijke reactie heeft Croes op deze stelling als volgt gereageerd (p. 29):

"Con betrouwbaar E&Y por ta si interview hendenan cu a wordu ontslagen di Lotto pa rasonnan conosi y pone nan version den e rapport aki. Pero cu e huisaccountant, Deloitte, cu por elaroba entensivamente riba hopi assumpties den e rapport, E&Y no kier papia. En todo caso, absolutamente locual ta wordo pretendi no ta berdad." (vrij vertaald: hoe betrouwbaar kan E&Y zijn als ze mensen interviewt die door Lotto om bekende redenen zijn ontslagen en hun lezing in dit rapport zet? Maar met de huisaccountant, Deloitte, die een uitgebreide uitleg kan geven over veel veronderstellingen in het rapport, wil E&Y niet praten. In ieder geval, hetgeen wordt beweerd is absoluut niet waar."

In de bespreking van de schriftelijke reactie van Croes in het rapport (p. 7-10) is deze betwisting niet vermeld of besproken.

2.62 De passage strekt ertoe er melding van te maken dat een voormalige directeur van FLPD (niet Croes) heeft gezegd of gesuggereerd dat een subsidie is verlaagd vanwege het feit dat Croes veel geld van FLPD uitgaf aan een bedrijf van zijn broer. Er staat uitdrukkelijk bij dat E&Y het door die voormalige directeur gelegde verband niet heeft kunnen verifiëren. In zoverre is de passage niet onjuist, onduidelijk of eenzijdig. Wel was het wat duidelijker geweest als de betwisting door Croes in de tekst van het rapport vermeld was geweest.

2.63 Ad 16. Dit betreft het onderscheid tussen Croes als (vice)voorzitter van het bestuur en Croes als Algemeen Directeur. Zie hierover rov. 2.25 en verder.

2.64 Ad 17. Dit betreft de machtiging van de minister. Zie hierover rov. 2.47 en verder en rov. 2.55.

2.65 Ad 18. Dit betreft weer het onderscheid tussen Croes als (vice)voorzitter van het bestuur en Croes als Algemeen Directeur.

2.66 Ad 19. Op p. 72 van het rapport staat onder de noemer representatiekosten 2008 over een voorschot van Afl. 3.500,- vermeld:

"Voorschot Arubaanse Voetbal Bond (AVB)
(...) De aanvraag is goedgekeurd door [Croes] (zie bijlage 80)."

Bijlage 80 bevat een cash report waarop staat:

"Approved by: Ricky"

en een brief aan Ricky Croes, waarop een handgeschreven accordering is aangebracht met een onleesbare handtekening.

2.67 Het voorgaande maakt voorhands aannemelijk dat de bedoelde betaling niet door Croes is goedgekeurd, maar door Ricky Croes en dat dus sprake is van een onjuistheid. Indien EY meent dat de handtekening van Croes is, had bij meer wederhoor en een uitgebreidere bespreking daarvan in het rapport, nader opgehelderd kunnen worden waarop EY die mening baseert.

2.68 Het Hof komt thans toe aan beoordeling van de klachten in onderling verband en samenhang beschouwd.

2.69 Een accountantsrapport behoeft naar maatstaven ter beoordeling van de beroepsaansprakelijkheid jegens derden niet foutloos te zijn in de zin dat er geen enkele onjuistheid in zou mogen staan. Nog minder geldt dat er geen enkele onduidelijkheid in zou mogen staan. Een deel van de klachten van Croes gaat niet op en de overige klachten acht het Hof (voor zover thans gebleken, zie rov. 2.71 hierna) minder ernstig dan Croes. Er zijn diverse passages die onjuist of onduidelijk zijn, of duidelijker hadden kunnen zijn, en die ten nadele van Croes werken. Indien meer hoor en wederhoor was toegepast, waren deze waarschijnlijk ten dele en mogelijk zelfs geheel gecorrigeerd, respectievelijk verduidelijkt geweest voordat het eindrapport zou zijn vastgesteld. Al met al is sprake van een combinatie van een onvolkomen wijze van het toepassen van wederhoor, enige onjuistheden in het eindrapport en enige onduidelijkheden in het eindrapport. Deze combinatie van factoren leidt ertoe dat uit het eindrapport een negatiever totaalbeeld van Croes kan ontstaan dan gerechtvaardigd wordt door de feiten. EY heeft onvoldoende zorg betracht om die ongewenste situatie te vermijden. Daarom komt het Hof tot de slotsom dat EY zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige daad jegens Croes doordat zij een rapport heeft uitgebracht dat niet voldoet aan hetgeen Croes van haar als redelijk handelend en redelijk bekwaam accountantsbureau mocht verwachten in het kader van een zorgvuldige uitoefening van de taak om een persoonsgericht rapport uit te brengen aan het bestuur van FLPD.

2.70 Thans staat niet ter beoordeling of voornoemde onrechtmatige daad schade voor Croes heeft veroorzaakt. Voor toewijzing van de vordering is voldoende dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Dat is het geval, want voorgaande oordelen van het Hof werpen een ander licht op de rov. 5.9 en 5.10 van de ontbindingsbeschikking van 14 september 2010, die dragend zijn voor de bij die beschikking gegeven beslissing om de arbeidsovereenkomst te ontbinden zonder toekenning van een ontbindingsvergoeding. Voor het overige oordeelt het Hof thans niet over de vraag of Croes in het hypothetische geval dat het rapport wel aan de zorgvuldigheidsnorm zou hebben voldaan, ook zou zijn ontslagen (met of zonder ontslagvergoeding). Dat kan in een schadestaatprocedure aan de orde komen in het kader van het causaal verband

tussen onrechtmatige daad en schade en in het kader van de omvang van de schade.

2.71 De stellingen van Croes komen erop neer dat EY voornoemde onrechtmatige daad opzettelijk heeft gepleegd met het oogmerk het belang van Croes te schaden. De juistheid daarvan kan thans in het midden blijven. Mocht dit van belang blijken te zijn voor de schadebegroting, dan kan het aan de orde komen in de daarop betrekking hebbende procedure.

2.72 Ook kan, gelet op voorgaande oordelen, in het midden blijven of het rapport te veel conclusies bevat.

2.73 Grief V heeft geen zelfstandige betekenis.

2.74 Het vonnis waarvan beroep dient te worden vernietigd. De vordering moet alsnog worden toegewezen. EY zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van beide instanties.

B E S L I S S I N G

Het Hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep;

en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat EY zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige daad jegens Croes, zoals hiervoor in rov. 2.69 overwogen;

veroordeelt EY in de kosten van het geding in eerste aanleg, aan de zijde van Croes gevallen en begroot op Afl. 702,15 aan verschotten en Afl. 1.800,00 aan salaris voor de gemachtigde;

veroordeelt EY in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van Croes gevallen en tot op heden begroot op Afl. 15.188,37 aan verschotten en Afl. 6.000,00 aan salaris voor de gemachtigde;

verklaart de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mrs. G.C.C. Lewin, S.A. Carmelia en H.J. Fehmers, leden van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba en ter openbare terechtzitting van het Hof in Aruba uitgesproken op 16 januari 2018 in tegenwoordigheid van de griffier.

w.g. *mr. B. Schepbouwer* w.g. *mrs.*

G.C.C. Leijn
S.A. Carmelia
H.J. Fehmers

Voor afschrift
De griffier van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie
Zittingsplaats Curaçao.

