

HOOFDSTUK 50

AANSPRAKELIJKHEID VAN DE CONTROLLEREND ACCOUNTANT

*J.F. Garvelink*¹

50.1 Inleiding

De accountant die een controleverklaring bij de jaarrekening afgeeft bevindt zich vanuit aansprakelijkheidsperspectief in een bijzondere positie. Dat komt door de rol die de accountant heeft ten opzichte van derden in het maatschappelijk verkeer, door zijn positie ten opzichte van de jaarrekening die hij controleert en door het feit dat hij aan het tuchtrecht is onderworpen.

Dit hoofdstuk focust op de tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de controllerend accountant. Accountants doen meer dan jaarrekeningen controleren; de samenstelpraktijk² is bijvoorbeeld maatschappelijk zeker zo relevant als die van de controle, maar ik bespreek die niet. Voor het opmaken van de jaarrekening, de benoeming van de accountant en de (wettelijke) controle van de jaarrekening verwijst ik naar hoofdstuk 5, 6 en 7.

50.2 Wet- en regelgevend kader

De accountant opereert op het raakvlak van een aantal vrij specifieke terreinen van wet- en regelgeving. Deze worden hier eerst kort gedefinieerd.

50.2.1 Algemeen normenkader accountantscontrole

Op het bestuur van de rechtspersoon rust de verplichting een jaarrekening op te maken en om dat te doen in overeenstemming met de verslagge-

1 Mr. drs. J.F. (Jan) Garvelink is advocaat bij Blaisse in Amsterdam.

2 Kort gezegd de dienst waarbij de accountant de klant helpt bij het opmaken van de jaarrekening, maar de juistheid van de daarin verwerkte gegevens niet controleert.

vingsvoorschriften. Die norm richt zich niet tot de accountant maar hij heeft er wel dagelijks mee te maken; de accountant moet er immers (kort gezegd) op toezien dat het bestuur van de rechtspersoon de jaarrekening conform de verslaggevingsvoorschriften heeft ingericht. Wie de wetsgeschiedenis bekijkt zal ook zien dat de wetgever beoogd heeft met de accountantscontrole het vertrouwen in de door (het bestuur van) de rechtspersoon openbaar te maken jaarrekening te verhogen. Zie hoofdstuk 9 over de openbaarmaking van de jaarrekening. Vergelijk de memorie van toelichting bij de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta):³

‘Een transparante en goed functionerende markt voor accountantsdiensten draagt bij aan een belangrijke doelstelling van de Europese Unie, namelijk het creëren van een goed functionerende kapitaalmarkt. Het objectieve oordeel van de accountant en met name de waarde die daaraan in het maatschappelijk verkeer wordt toegekend is van groot belang voor de economie. Ten opzichte van personen die direct verantwoordelijk zijn voor een organisatie (zoals bestuurders en commissarissen), hebben andere belanghebbenden een informatieachterstand. De accountantsverklaring kan een verbetering brengen in hun informatiepositie door een redelijke mate van zekerheid over de door de organisatie verstrekte informatie te geven. Waar de kernfunctie van de accountant het toevoegen van zekerheid in het maatschappelijk verkeer is, verliest deze functie haar waarde door het wegvallen van het in de accountantsverklaring gestelde vertrouwen.’

Het gaat dus om het verkleinen van de informatieachterstand van derden ten opzichte van de organen van de rechtspersoon, ofwel het toevoegen van zekerheid aan de door het bestuur opgestelde financiële verantwoording ten behoeve van het maatschappelijk verkeer. Doel van de wetgever is anderzijds bijvoorbeeld niet geweest via de accountantscontrole in te grijpen in het beleid van de rechtspersoon en de rechtspersoon zo tegen zichzelf in bescherming te nemen.

50.2.2 Verslaggevingsvoorschriften

De regels voor de inrichting van een jaarrekening, de verslaggevingsvoorschriften, rusten op het bestuur van de rechtspersoon, niet (direct) op de accountant. Het is immers het bestuur van de rechtspersoon dat de jaarrekening opmaakt (art. 2:210 Burgerlijk Wetboek (BW)). Het is ook de verantwoordelijkheid van het bestuur dat de jaarrekening een getrouw beeld geeft (art. 2:362 BW), waarbij het beginsel het uitgangspunt is dat het bestuur zich dus aan de verslaggevingsvoorschriften moet houden. Daar-

3 Kamerstukken II 2003/04, 29658, nr. 3.

bij komt dit bestuur wel beleidsvrijheid toe zolang de verslaggevingskeuzes binnen de grenzen van het aanvaardbare blijven.⁴

De accountant staat in de tweede lijn. De accountant moet beoordelen of die verslaggevingskeuzes inderdaad binnen de grenzen van het aanvaardbare liggen. Als hij vindt dat dat niet het geval is, zal dat normaliter leiden tot een aanpassing van het concept van de jaarrekening; als het bestuur de jaarrekening niet aanpast, zal het gevolgen hebben voor de (strekking van de) accountantsverklaring.⁵

50.2.3 Voorschriften voor accountants(organisaties)

Waar de verslaggevingsvoorschriften primair gelden voor de rechtspersoon, is de accountant de normadressaat van allerlei specifieke wet- en regelgeving. In die wet- en regelgeving is ruwweg een tweedeling te maken.⁶ Enerzijds is er de regelgeving die drukt op de organisatie waaraan de accountant verbonden is of waarbij de accountant werkzaam is. Het gaat dan om regels inzake de inrichting van die organisatie, zoals de verplichting een stelsel van kwaliteitsbeheersing in te richten. Deze normen zijn te vinden in de Wta en het Besluit toezicht accountantsorganisaties (Bta) en in voorschriften en richtlijnen vanuit de beroepsorganisatie, zoals de Nadere voorschriften kwaliteitssystemen (NVKS).⁷ Deze normen spelen met name in het toezichtdomein.⁸ Omdat deze normen

4 Het bestuur zal altijd keuzes moeten maken en bovendien bestaat een groot deel van de jaarrekening uit schattingsposten; het is geen exacte wetenschap.

5 Uit recent onderzoek blijkt dat de accountant in 63% van de jaarrekeningcontroles afwijkingen vinden die leiden tot aanpassingen in de jaarrekening. Uit hetzelfde onderzoek blijkt dat 18,5% van de aanpassingen meer dan 50% effect heeft op het gepresenteerde nettoresultaat. Dat betekent overigens niet dat het bestuur van die rechtspersonen beoogt een misleidende jaarrekening op te stellen; het opstellen van een jaarrekening is een buitengewoon ingewikkeld en technisch proces waarin makkelijk iets verkeerd kan gaan. Het onderzoek is gepubliceerd op de website van de Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) in het dashboard Accountancy onder de tab Maatschappij: www.nba.nl/dashboard/maatschappij/accountants-vinden-afwijkingen-in-63-van-de-controles-van-jaarrekeningen.

6 Zie CbB 18 juni 2019 (r.o. 2.3), ECLI:NL:CBB:2019:234 (*PwC/AFM*). Er is die dag een vrijwel gelijklopende uitspraak gedaan in de zaak tussen de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en EY waarbij ik als advocaat betrokken was, zie: CbB 18 juni 2019, *JOR* 2019/196 (*AFM/EY*).

7 Bij de NVKS geldt dat het normen zijn die zich op de organisatie richten maar dat (strikt genomen) de normadressaat de individuele accountant is: in mijn opvatting een wat ingewikkelde constructie. Zie hierover: A. Dieleman 'Tuchtrechtelijke aansprakelijkheid kwaliteitsbepaler voor medewerkers onder NVKS', *TvJ* 2018/3-4, p. 84-88.

8 Alle accountantsorganisaties zijn aan toezicht onderworpen door hetzij de AFM (het OOB domein), hetzij – gedelegeerd door de AFM – door de NBA of SRA.

zich richten op de inrichting van de organisatie en niet op het uitvoeren van specifieke opdrachten, spelen ze in het aansprakelijkheidsrecht in de regel geen rol van belang.

Daarnaast zijn er normen die zich specifiek richten op het gedrag van de individuele accountant en de uitvoering van de (controle)opdracht. Civielrechtelijk gezien zijn die medebepalend voor de aansprakelijkheidsvraag, omdat de vraag wat een redelijk handelend en redelijk bekwaam accountant zou doen aan de hand van die regels mede kan worden ingevuld. Belangrijk zijn de Verordening Gedrags- en Beroepsregels Accountants (VGBA), waarin de algemene fundamentele beginselen voor de accountant zoals objectiviteit, professionaliteit en integriteit zijn vervat en uitgewerkt. De Nadere voorschriften controle en overige standaarden (NV COS) geven uitgebreide regels voor de wijze waarop een accountant de controle van de jaarrekening uitvoert. Zie daarover ook hoofdstuk 7.

50.3 Tuchtrechtelijke aansprakelijkheid

Accountants zijn aan tuchtrecht onderworpen (art. 42 Wet tuchtrecht-spraak accountants (Wtra)). Het tuchtrecht is niet in het leven geroepen om de civielrechtelijke belangen van klagers te dienen. Het doel is – kort gezegd – het ‘schoonhouden’ van het accountantsberoep.⁹ Dat tuchtrecht is geregeld in de Wtra. De rechter in eerste aanleg is de Accountantskamer in Zwolle, die deels bestaat uit accountants.¹⁰

Tuchtrecht is laagdrempelig.¹¹ Eenieder kan klagen (art. 22 lid 1 Wtra); er is dus geen belangvereiste zoals dat wel geldt voor andere beroepsgroepen.¹² Het griffierecht is € 70 en dus voor de meeste klagers symbolisch (art. 23 lid 1 Wtra). Sinds 1 januari 2019 is de verjaringstermijn 10 jaar (art. 22 lid 1 Wtra).¹³ Aan het klaagschrift worden niet al te hoge eisen gesteld. De wet schrijft voor dat het klaagschrift de feiten waarvoor

9 *Kamerstukken II 2005/06, 30397, nr. 3, p. 9.* Zie ook art. 42 sub b Wet op het accountantsberoep.

10 De gebruikelijke samenstelling is drie rechters en twee accountants. De kleinere samenstelling van twee om één wordt zelden gebruikt. Zie art. 28 lid 3 Wtra.

11 Zie over het accountantstuchtrecht: J.F. Garvelink, ‘Accountantstuchtrecht, een overzicht van de stand van zaken onder de nieuwe wet en enkele beschouwingen’, *Tvj* 2009/6, p. 142-152.

12 Zoals bijvoorbeeld notarissen: vgl. art. 99 Wet op het notarisambt.

13 De oude termijn was zes jaar na de verweten gedraging of drie jaar nadat de klager bekend werd met de fout. Voor een korte beschrijving: S.A.G. Hoogveen & A.P.P. Witteveen, ‘Kroniek van het accountantstuchtrecht’, in: J.B.S. Hijink e.a. (red.), *Doorwerking van formele aspecten van het jaarrekeningenrecht in het ondernemingsrecht* (Vereniging Jaarrekeningenrecht. Bundel 2016-2018) (Serie vanwege het →

een maatregel wordt gevraagd benoemt en dat alle relevante stukken worden bijgevoegd (art. 22 lid 3 Wtra), maar in de praktijk komt weinig gewicht aan die bepaling toe. De praktijk leert immers dat van de accountant wordt verwacht dat hij zich verklaart. Zeker in zaken omtrent jaarrekeningcontroles wordt al snel van de accountant verlangd dat hij aantoon voldoende werkzaamheden te hebben verricht. Een bewijslastverdeling zoals die in het civielrecht geldt ('wie stelt bewijst') geldt dus niet in het tuchtrecht. Het feitenonderzoek heeft ook niet dezelfde diepgang als in het civielrecht en ook aan de kwaliteit van het geleverde bewijs worden beperkte eisen gesteld.¹⁴

De procedure bij de Accountantskamer is overzichtelijk. Er is een procesreglement.¹⁵ Normaliter is het verloop klaagschrift, verweerschrift, zitting en uitspraak. In complexe zaken kan de voorzitter wel eens een tweede schriftelijke ronde gelasten, of vragen om het tevoren uitwisselen van pleitnota's in eerste termijn. Dat is evenwel uitzonderlijk. Het komt ook wel voor dat de Accountantskamer vragen aan de accountant stelt die schriftelijk moeten worden beantwoord of dat de Accountantskamer een tussenbeslissing neemt waarin om een nadere toelichting op specifieke punten wordt gevraagd.¹⁶

Van uitspraken van de Accountantskamer is appel mogelijk bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) dat volledig bestaat uit rechters.¹⁷ Het CBb toetst, binnen de grenzen van de uitspraak en de daartegen aangevoerde grieven, volledig.¹⁸

Van der Heijden Instituut, deel 154), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 154. Op grond van het overgangsrecht van art. 51 Wtra geldt de oude verjaringstermijn tot en met 31 december 2018. Alles wat toen verjaard was blijft dat: vanaf dat moment geldt de tienjaarstermijn.

14 Dat is één van de redenen dat de civiele rechter ook niet aan het oordeel van de tuchtrechter is gebonden: zie hieronder. Zie ter zake ook W.F. Hendriksen & L.H. Rammeloo, 'Tuchtrecht en civiel recht: gescheiden systemen', *WPNR* 2008/6778, p. 955.

15 Art. 10 lid 3 Wtra schrijft dat voor. Het procesreglement is te vinden op de website van de accountantskamer. Het CBb ontbeert een procesreglement. Dat is een gemis.

16 De in art. 25 Wtra genoemde termijnen zijn in de praktijk een dode letter: de Accountantskamer kiest meestal een praktische benadering die goed werkt. De doorlooptijd is relatief vlot.

17 Ik heb eerder al eens opgemerkt dat dit in technisch complexe dossiers een gemis is. Zie J.F. Garvelink, 'Verbeterpunten in het tuchtrecht', in: D. van Beek e.a. (red.), *Accountantstoezicht, rechtsbescherming en de ontwikkeling van beroepsnormen*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 35.

18 De procedure bestaat (normaliter) uit één schriftelijke ronde gevolgd door een zitting.

50.4 Verhouding tucht- en civielrechtelijke aansprakelijkheid

Tuchtrechtelijke procedures worden niet zelden gestart met het civielrechtelijke oogmerk de uitspraak te gebruiken als opstap naar aansprakelijkheid.¹⁹ Civiele rechters volgen in de praktijk ook regelmatig het vaktechnisch oordeel van de tuchtrechter.

Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat de civiele rechter niet is gebonden aan het oordeel van de tuchtrechter, maar dat wel dient te worden gemotiveerd waarom in voorkomende gevallen van dat oordeel wordt afgeweken.²⁰

‘Indien de rechter afwijkt van het oordeel van de tuchtrechter, dient hij zijn oordeel zodanig te motiveren dat het, ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter, voldoende begrijpelijk is.’

De civiele rechter zal in een geval waar de tuchtrechter heeft geoordeeld dat er een tuchtrechtelijke norm is geschonden, voldoende begrijpelijk moeten motiveren waarom hij tot een ander oordeel komt. Dat kan zijn omdat de civiele rechter het oneens is met de wijze waarop de tuchtrechter die norm invult, maar het kan ook gaan om gevallen waar de civiele rechter de feiten anders ziet.

Dat de civiele rechter niet is gebonden aan het oordeel van de tuchtrechter ligt intussen voor de hand: die rechter moet immers zijn eigen oordeel vormen. Het civiele recht abstraheert ook niet, anders dan het tuchtrecht, van het handelen van de andere betrokken partijen. Bovendien is de procedure in tuchtzaken als gezegd met minder (bewijsrechtelijke) waarborgen omgeven dan de civiele procedure.²¹

De civiele rechter kan ook gewoon anders naar een zaak kijken, waarbij vaak een rol speelt dat – anders dan in het tuchtrecht – de eigen

19 Met uitzondering van tuchtklachten ingediend door toezichthouders of het openbaar ministerie.

20 Zie bijvoorbeeld HR 22 september 2017, *JOR* 2018/30. Zie ook de noot van F.T. Serraris bij dit arrest in *MvO* 2018/3-4, waarin vrij uitvoerig wordt ingegaan op de verhouding tussen de tuchtrechtelijke uitspraak en civielrechtelijke aansprakelijkheid. Eerdere arresten waarin hetzelfde al werd overwogen zijn HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479 en HR 12 juli 2002, *NJ* 2003/151. Het eerste arrest waarin dit werd bepaald is (bij mijn weten) HR 15 november 1996, *NJ* 1997/151 (*Paardekooper & Hoffman/Leutscher*).

21 Een bewijsregel zoals die wel voor vonnissen in strafzaken geldt, ligt dus ook bepaald niet voor de hand. Art. 161 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bepaalt dat (onherroepelijke) vonnissen in strafzaken in civiele zaken dwingend bewijs opleveren. Dat strookt met de strenge eisen die aan het bewijs in strafzaken worden opgelegd niet met de lossere regels voor ‘bewijs’ in tuchtzaken.

gedragingen van de eiser meewegen in het oordeel.²² In het tuchtrecht ligt de focus evenwel (vrijwel) volledig ligt op het handelen van de accountant. Dat verschil in perceptie kan tot een verschil in beoordeling leiden. Ook komen in het civielrecht daarna nog vragen als causaliteit aan de orde die in het tuchtrecht geen enkele rol spelen.

Bovendien geldt dat wat tuchtrechtelijk laakbaar is niet automatisch tot een civielrechtelijke normschending leidt. De verslaggevingsvoorschriften noch de controlestandaarden zijn geschreven om een aansprakelijkheidsoordeel op te baseren. Daar is altijd een extra slag voor nodig. Bovendien is er – door de omvang en complexiteit daarvan – geen controledossier dat helemaal aan alle eisen voldoet.²³ Intussen geldt dat – ook weer door die complexiteit – menig jaarrekening wel ergens niet helemaal is ingericht volgens de verslaggevingsvoorschriften. Niet elke afwijking van de norm leidt evenwel meteen tot civielrechtelijke aansprakelijkheid.²⁴

Een ander aspect dat in de praktijk tot verschillen leidt is dat in het tuchtrecht veel hangt op de kwaliteit van de dossiervorming; de ‘niet gedocumenteerd is niet gedaan’ gedachte die in het tuchtrecht opgeld doet.²⁵ Civielrechtelijk kan men met een dergelijk oordeel niet altijd uit de voeten. Vergelijk het gerechtshof Amsterdam.²⁶

‘Dat niet alle controledossiers telkens alle relevante contracten bevatten en dat, zoals Colima c.s. hebben gesteld, op de dossiervorming van PwC c.s. het nodige valt aan te merken, is niet voldoende voor de conclusie dat PwC c.s. in strijd hebben gehandeld met de in r.o. 2.5 omschreven norm. Los daarvan hebben Colima c.s., hoewel dat wel op hun weg had gelegen, niet inzichtelijk gemaakt in welk opzicht de niet op alle

-
- 22 Zie bijvoorbeeld: J. Piersma, ‘Door tuchtrechter bestrafte accountant vindt steun bij gewone rechter’, *Het Financieele Dagblad*, 16 november 2017. Voor de betrokken uitspraken: Accountantskamer 8 juli 2013, ECLI:NL:TACAKN:2013:3 respectievelijk Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5298, met name in r.o. 4.12. Een aardig voorbeeld uit de lagere rechtspraak is Rb. Dordrecht 28 maart 2007 (r.o. 5.19), ECLI:NL:RBDOR:2007:BA1996, waar de rechtbank het oordeel over een vaktechnisch punt in de controle niet volgt: ‘Hetgeen de Tuchtrechter daartoe overweegt, overtuigt niet, omdat...’.
- 23 De tuchtrechter legt in zaken over jaarrekeningencontroles van enige omvang eigenlijk altijd een maatregel op.
- 24 Zie ook hieronder in § 50.5 over het verschil tussen een onjuiste en een misleidende jaarrekening.
- 25 Zie bijvoorbeeld: Accountantskamer 17 november 2017 (r.o. 4.7.2), ECLI:NL:TACAKN:2017:73; Accountantskamer 21 december 2012 (r.o. 4.7.3.1), ECLI:NL:TACAKN:2012:YH0335. Ik zie dat overigens als een zwakte in het accountantstuchtrecht.
- 26 Hof Amsterdam 2 oktober 2018 (r.o. 2.23), ECLI:NL:GHAMS:2018:3522 (*Fairfield/PwC*). Dit is de bekende Madoff-zaak.

punten juiste dossiervorming van invloed is geweest op de controle van de beleggingen/bezittingen van Sentry per jaareinde, waar het hier om draait. Voor zover zij daarmee hebben betoogd dat PwC c.s. onvoldoende informatie over en inzicht in de door hen verrichte werkzaamheden hebben verschaft, wordt ook dat niet gevolgd. Gelet op het voorgaande bestaat voldoende zicht op de omvang en inhoud van de werkzaamheden van PwC c.s. zodat de omstandigheid dat het dossier op onderdelen niet compleet is in zoverre zelfstandig belang mist.'

Het schenden van de documentatieplicht leidt dus op zich niet zomaar tot de conclusie dat er ook een civielrechtelijke normschending is. De civiele rechter kan een dergelijke stap bewijsrechtelijk ook niet zo snel zetten.²⁷

Een ander belangrijk breukvlak ligt in het feit dat de verplichting tot naleving van de verslaggevingsvoorschriften op (het bestuur van) de rechtspersoon rust en de tuchtrechter in beginsel geen antwoord geeft op de vraag of de jaarrekening conform die voorschriften is opgemaakt of niet. De tuchtrechter beoordeelt of er voldoende werkzaamheden zijn gedaan door de accountant, maar laat zich in beginsel, behoudens uitzonderingen, niet uit over de verslaggeving zelf.²⁸ Normaliter krijgt een klager van de tuchtrechter dus geen uitspraak over de vraag of de jaarrekening het vereiste inzicht of het getrouwe beeld geeft, of ook overigens aan de verslaggevingsvoorschriften voldoet.

Dat kan ook niet heel anders, omdat de tuchtrechter om de vraag te beantwoorden of een verslaggevingskeuze aanvaardbaar is toegang zou moeten hebben tot de rechtspersoon en de controle in zekere zin zou moeten overdoen. Daar zijn wel uitzonderingen op te bedenken, met name wanneer de onderliggende feiten helder zijn en de vraag die voorligt is of de accountant binnen dat kader de verslaggevingskeuze van het bestuur terecht als aanvaardbaar heeft beoordeeld, met inachtneming van de beleidsvrijheid die de rechtspersoon daarbij heeft.²⁹

Zie bijvoorbeeld deze uitspraak van het CBb.³⁰

27 Zie hierboven, waar is toegelicht dat in het tuchtrecht de bewijslast lichter is en dat het vaak aan de accountant is aan te tonen dat het werk goed is uitgevoerd. De gedachte dat de verwerende partij zou moeten aantonen dat hij geen fout heeft gemaakt is civielrechtelijk in beginsel natuurlijk niet houdbaar.

28 Voor een uitvoeriger analyse van dit verschijnsel: J.F. Garvelink, 'De toetsing van financiële verslaggeving in het jaarrekeningenrecht en het tuchtrecht', in: P.M. van der Zanden (red.), *Vereniging Jaarrekeningenrecht. Bundel 2014-2015*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 111-123 (hierna: Garvelink 2015).

29 De vraag die de controlerend accountant moet beantwoorden is niet of de beste verslaggevingskeuze is gemaakt (of dat de accountant diezelfde keuze zou maken) maar of de keuze van het bestuur nog – desnoods net – valt binnen de grenzen van wat als aanvaardbaar wordt gezien.

30 CBb 13 januari 2018 (r.o. 3.6), ECLI:NL:CBB:2018:51. Ik was bij die zaak betrokken, en geef het citaat louter omdat het de wijze van beoordeling illustreert.

'Het College is van oordeel dat appellant, gelet op het voorgaande, de nodige zorgvuldigheid heeft betracht en aldus terecht en op basis van voldoende controle-informatie heeft geoordeeld dat de door Xeikon gekozen verantwoording van haar Accentis-belang conform IFRS was en dus dat de bijzondere waardevermindering aanvaardbaar was.'

Te zien is hoe getoetst wordt of de accountant voldoende werkzaamheden had verricht om te kunnen beoordelen of de keuze van het bestuur een aanvaardbare was.³¹

50.5 Civielrechtelijke aansprakelijkheid

Er is geen algemene regel die specifiek ziet op de aansprakelijkheid van de accountant. De vraag of de accountant aansprakelijk is voor de door zijn opdrachtgever of derden geleden schade hangt erg af van de aard van de werkzaamheden, de hoedanigheid van de claimant en de aard van de schade. Dat is een minder open deur dan het op het eerste gezicht lijkt. Door de specifieke taak van met name de controlerend accountant, die in dit hoofdstuk centraal staat, is het voor zijn opdrachtgever, de controlecliënt, in de praktijk wellicht zelfs lastiger om de accountant aansprakelijk te stellen dan voor bepaalde categorieën derden.³²

De controlerend accountant heeft een contractuele relatie met zijn opdrachtgever. Hier gelden de gewone regels van art. 6:74 BW en art. 7:400 e.v. BW. Derden zullen zich daarentegen baseren op art. 6:162 BW. De norm die in al die gevallen primair geldt is die van de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsbeoefenaar (accountant).³³ De concrete invulling daarvan zal als gezegd gebeuren aan de hand van de twee hierboven al genoemde normenstelsels, de voorschriften voor financiële verslaggeving en de beroepsvoorschriften die op de accountant van toepassing zijn. Dat is door de Hoge Raad onlangs bevestigd, waarbij is op te merken dat dat arrest niet gaat over accountantscontrole.³⁴

De onderscheiden vraagstukken van aansprakelijkheid jegens de opdrachtgever en die jegens derden bespreek ik hieronder, na wat opmerkingen die in beide gevallen gelden.

31 Het gaat niet om de beste keuze, maar om de vraag of de gemaakte keuze binnen de grenzen van het aanvaardbare ligt; binnen die grenzen heeft het bestuur van de rechtspersoon beleidsvrijheid.

32 Dat is overigens lang niet overal zo. Dit is geen rechtsvergelijkende bijdrage, maar in Angelsaksische landen geldt veelal het omgekeerde.

33 HR 9 november 1990, NJ 1991/26 (Speekart/Gradener).

34 HR 17 mei 2019, NJ 2019/390; JOR 2019/177. J.B.S. Hijink gaat in de annotatie in op de status van een praktijkhandreiking.

Aansprakelijkheid van de controlerend accountant kan zich – grofweg – in twee soorten gevallen voordoen. Enerzijds gaat het om gevallen waar de accountant een goedkeurende verklaring geeft bij een jaarrekening die later misleidend blijkt te zijn. De claimant is dan een derde die ten onrechte op die jaarrekening zou hebben vertrouwd. Het andere soort gevallen is die waarbij op onrechtmatige wijze activa aan de rechtspersoon zijn onttrokken en de accountant wordt verweten dat niet eerder ontdekt te hebben. In dat soort gevallen is de claimant normaliter de rechtspersoon zelf.

Ik bespreek eerst de situatie waar het bestuur van de vennootschap een jaarrekening heeft opgemaakt die niet voldoet aan de verslaggevingsvoorschriften en de accountant dat ten onrechte niet heeft ontdekt.

Voor aansprakelijkheid zal intussen niet volstaan dat de accountant is tekortgeschoten en de jaarrekening een gebrek vertoont. Het is goed voor ogen te houden dat een onjuistheid in de jaarrekening deze op zich nog niet meteen misleidend maakt. De jaarrekening zal zozeer moeten afwijken dat deze (gerechtvaardigd) leidt tot daadwerkelijk afwijkend gedrag.³⁵ De gevolgtrekking dat omdat een jaarrekening onjuist is deze dus misleidend was volg ik niet.³⁶ Het zal moeten gaan om een fundamentele fout.³⁷ Zie hierover nader hoofdstuk 48. Alleen als de jaarrekening een fundamenteel verkeerd beeld geeft én er is daardoor een partij misleid én die is vervolgens daadwerkelijk anders gaan handelen, wordt aan aansprakelijkheid toegekomen.³⁸

Het zal dus voordat de accountant aansprakelijk kan zijn altijd om een combinatie moeten gaan: de jaarrekening moet én misleidend zijn én de accountant moet dat hebben gemist.³⁹ Een schending van de controle-

35 Als iemand is misleid maar niet handelt, is er geen aansprakelijkheid: als iemand wel handelt maar de jaarrekening daar eigenlijk geen aanleiding toe gaf ook niet.

36 Zie: Rb. Utrecht 19 juni 2013, *RO* 2013/65; *JOR* 2013/237 (*Landis*) in de zaak tegen de bestuurders van het failliete Landis. De rechtbank gebruikt onjuist en misleidend daar soms als synoniem.

37 Vgl. RJ 115. Zie ook M.N. Hoogendoorn & C.J.A. van Geffen, 'Fouten in de jaarrekening: Wet- en regelgeving', *TvJ* 2018/6, p. 147-153. In § 3 van hun bijdrage gaan zij in op het onderscheid tussen materiële fouten en fundamentele fouten, zij het niet op de aansprakelijkheidsvraag; met name die laatste categorie zou in mijn ogen als misleidend aan te merken zijn. In J.E. Brink-van der Meer, 'Fouten in de jaarrekening en de externe accountant', *TvJ* 2018/6, p. 154 e.v. (hierna: Brink-van der Meer 2018a) gaat Brink-van der Meer verder in op de rol van de accountant, maar dan vanuit het perspectief van fouterstel ex art. 2:362 lid 6 BW. Dat gaat het perspectief van dit artikel te buiten.

38 Ook de enkele constatering dat de jaarrekening niet goed was is onvoldoende: hij zal een dusdanig verkeerd beeld hebben moeten geven dat gebruikers wezenlijk ander gedrag zijn gaan vertonen.

39 Een schending van de verslaggevingsvoorschriften en de controlestandaarden kortom.

voorschriften is civielrechtelijk immers al snel betekenisloos als de jaarrekening geen gebreken vertoont.

Het is ook goed mogelijk dat de controle bij een prima jaarrekening slecht wordt uitgevoerd. Denk aan het hierboven gegeven voorbeeld over gebrekkige dossiervorming. De accountant faalt dan maar is niet aansprakelijk omdat er niemand misleid is. Andersom is het ook denkbaar is dat de jaarrekening niet deugt maar de accountant zijn controle volgens de regelen der kunst heeft uitgevoerd.⁴⁰ Denk aan situaties waar de accountant door het bestuur bewust om de tuin wordt geleid.

De tweede categorie gevallen (naast aanspraken vanwege een misleidende jaarrekening) is als gezegd die waar activa aan de vennootschap zijn onttrokken en de accountant dat niet heeft gezien. Diefstal en fraude kortom. Vanuit het perspectief van de claimant zijn dit soort gevallen in zoverre eenvoudiger dat vraagstukken van schade en causaal verband dan vaak eenvoudiger te beantwoorden zijn. Bedenk daarbij wel dat de accountantscontrole in beginsel niet bedoeld is om diefstal of fraude te ontdekken (de accountant moet wel oplettend zijn, maar hij hoeft er niet naar op zoek te gaan).⁴¹

Naast het onderscheid tussen soorten claims, is een ander punt dat goed voor ogen te houden is het verschil tussen de externe functie van de accountant (de verklaring bij de jaarrekening) en de interne functie (communicatie van de accountant met de governance organen). Deze bijdrage richt zich met name op de eerste taak. Ik stip de tweede kort aan bij het bespreken van aansprakelijkheid jegens de controle-cliënt.

50.6 Civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens de opdrachtgever

De taak van de controlerend accountant jegens zijn opdrachtgever is in twee hoofdlijnen te verdelen. Enerzijds is er het – extern – afgeven van een verklaring omtrent de getrouwheid van de jaarrekening, anderzijds het intern rapporteren omtrent bevindingen voortkomend uit de controle.

Allereerst richt de controle van de jaarrekening zich op het verstreken van een verklaring daarbij. Zelfs met de tegenwoordig meer

⁴⁰ Zie ook: Garvelink 2015, p. 113; Brink-van der Meer 2018a, p. 154.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld in de Madoff-zaak, Accountantskamer 6 januari 2012, ECLI:NL:TACAKN:2012:YH0221. Zie ook NV COS 240.5. Zie over accountant en fraude ook A. Dieleman, 'Onduidelijke en complexe regelgeving voor een accountant die met fraude wordt geconfronteerd', *TvJ* 2019/6, p. 231 e.v.

uitgebreide tekst van de controleverklaring⁴² is die verklaring in hoofdlijn nog steeds dat de jaarrekening een getrouw beeld geeft; niet veel meer. Voor bestuur en commissarissen is de accountantsverklaring als het goed is niet informatief; zij zijn immers zelf (en als enige) verantwoordelijk voor de totstandkoming van een getrouwe jaarrekening.⁴³ De jaarrekening is een externe verantwoording van de vennootschap (met inbegrip van verantwoording aan de aandeelhouders) en heeft daarnaast in beginsel geen interne functie.⁴⁴ Bovendien mag van een behoorlijk functionerende rechtspersoon worden verwacht dat er in een veel hoger tempo, vaak veel gedetailleerder en voor het bestuur relevantere managementinformatie beschikbaar is dan de jaarrekening biedt.⁴⁵

De tweede, interne, taak laat zich als volgt beschrijven. De accountant ziet natuurlijk van alles tijdens de controle. De wet en controlestandaarden voorzien erin dat hij daarover rapporteert in een separaat accountantsverslag.⁴⁶ Het gaat daarbij om bijvangst: de accountant zoekt niet naar zaken om te rapporteren, hij onderzoekt de jaarrekening en wat hem daarbij opvalt rapporteert hij (indien van voldoende belang). Die rapportage heeft juist een louter interne functie en is niet gericht aan of bestemd voor derden (zoals de aandeelhouders).⁴⁷ De accountant zal bijvoorbeeld ingaan op belangrijke aspecten van de financiële verslaggeving, maar kan ook ingaan op constatering met betrekking tot de

42 Die uitgebreide controleverklaring tendeert ook naar uniformiteit, zie: D. de Waard, F. Boven & M. Bolk, 'De uitgebreide controleverklaring – een uniform maatkostuum', *MAB* maart 2019, p. 27-36. Het hele maartnummer 2019 van *MAB* is geweid aan de uitgebreide controleverklaring.

43 De positie van bestuur en commissarissen is uiteraard niet dezelfde. Ik laat dat hier buiten beschouwing.

44 Zie bijvoorbeeld het citaat uit de wetsgeschiedenis bij de Wta hierboven. De jaarrekening is een extern verantwoordingsdocument, de accountantsverklaring daarbij verhoogt de betrouwbaarheid van die mededeling. Ik beoog niet te zeggen dat een jaarrekening nooit een interne functie heeft, maar in principe geldt dat voor de rechtspersoon zelf de jaarrekening oud nieuws hoort te zijn: het gaat om retrospectieve informatie die bij de rechtspersoon zelf al lang bekend is (of zou moeten zijn).

45 De interne verplichtingen van (het bestuur van) de rechtspersoon tot het tijdig bijhouden van een administratie en het voorzien in deugdelijke managementinformatie liggen veeleer besloten in art. 2:9 en art. 2:10 BW.

46 Zie voor het accountantsverslag art. 2:393 BW, NV COS 260, en de Corporate Governance Code V.4.3. Zie over het accountantsverslag bijvoorbeeld M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I*. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/554.

47 Zonder toestemming van de accountant mag het accountantsverslag ook niet aan derden worden verspreid.

administratieve inrichting van de vennootschap of IT systemen.⁴⁸ Het accountantsverslag mag mondeling of schriftelijk uit worden gebracht.⁴⁹ Let wel; een en ander ontslaat de organen van de vennootschap niet van de eigen verplichtingen om bijvoorbeeld een deugdelijke administratie te voeren of de vennootschap te besturen.^{50, 51} Zie nader over het accountantsverslag § 7.4.2.1 en over de administratieplicht van het bestuur hoofdstuk 4.

Het volstaat voor aansprakelijkheid jegens de opdrachtgever niet om vast te stellen dat de jaarrekening misleidend was en dat de accountant daar een verwijt treft (zoals bij de eerste categorie van gevallen; zie hierboven). De jaarrekening schetst een beeld van de vermogenspositie, maar heeft geen invloed op dat vermogen.⁵² De vennootschap lijdt door een verkeerde jaarrekening als zodanig geen schade. Er is dus meer nodig.

Een denkbare grond voor aansprakelijkheid van de accountant komt neer op een soort schending van een (gepercipieerde) waarschuwingplicht. De stelling is dan dat de gecontroleerde jaarrekening van de vennootschap misleidend was en dat de accountant dat had moeten zien, althans dat de accountant in het accountantsverslag op bepaalde zaken had moeten wijzen. Ook curatoren kiezen vaak voor deze lijn. Dat is evenwel vanuit de vennootschap bezien een lastige positie. Het gaat immers dan om schade die voortvloeit uit de eigen bedrijfsvoering van de vennootschap. De vennootschap lijdt als gevolg van het eigen beleid of

-
- 48 Bij schriftelijke rapportering wordt er bij grotere ondernemingen nog wel voor gekozen om een accountantsverslag uit te brengen met daarin de voor de commissarissen interessante zaken op hoofdlijnen en daarnaast een Management Letter voor het bestuur waarin kan worden gewezen op kleinere constatering en zaken van administratieve aard. Zie in meer detail J.E. Brink-van der Meer, *Accountantsaansprakelijkheid* (diss. VU Amsterdam) (Serie Recht en Praktijk nr. CA20), Deventer: Wolters Kluwer 2018/1.4.2.7 (hierna: Brink-van der Meer 2018b).
- 49 Bij schriftelijke rapportering wordt er bij grotere ondernemingen nog wel voor gekozen om een accountantsverslag uit te brengen met daarin de voor de commissarissen interessante zaken op hoofdlijnen, en daarnaast een Management Letter voor het bestuur waarin kan worden gewezen op kleinere constatering en zaken van administratieve aard.
- 50 De verplichtingen ex art. 2:9 BW en art. 2:10 BW rusten niet op de accountant. Vgl. ook NV COS 260.
- 51 Harmsen beschrijft als de drie hoofddoelen van het voeren van een administratie (kort gezegd): het besturen en beheersen van de onderneming, het laten functioneren van de onderneming en het afleggen van verantwoording. Zie: C.M. Harmsen, *Administratieplicht en aansprakelijkheid voor het boedeltekort* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 115), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 168 e.v.
- 52 Het gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft in 1983 een uitspraak gedaan waarin stond dat de jaarrekening de vermogenspositie constitueert, maar die uitspraak is evident verkeerd. Zie Hof 's-Hertogenbosch 28 september 1983, NJ 1985/120.

marktomstandigheden verliezen en stelt bijvoorbeeld niet tijdig te hebben ingegrepen omdat de jaarrekening misleidend was en die verliezen dus niet zichtbaar (genoeg) waren. Dat is voor een claimant geen eenvoudige positie:⁵³ het verwijt aan de accountant is dan de facto het eigen tekortschieten van de rechtspersoon en wel in de kern van de eigen taak (het voeren van de onderneming en het opmaken van de jaarrekening). Als de curator de claim instelt is dat niet anders omdat de curator in beginsel in de schoenen van de failliete vennootschap staat.⁵⁴

Zie in die zin het gerechtshof Den Haag in de zaak van de curatoren van Vie d'Or tegen de controlerend accountant.⁵⁵ Vie d'Or is de enige procedure tegen de controlerend accountant van een grote instelling die zo volledig is uitgeprocedeerd. De zaak van curatoren (namens de inmiddels failliete entiteit) stuitte af op het gegeven dat de accountant met het geven van de goedkeurende verklaring had gehandeld conform de wens van de entiteit zelf en dat daarmee vaststaat dat jegens de entiteit niet onrechtmatig is gehandeld.⁵⁶

'Curatoren bestrijden op zichzelf niet dat de handelingen van gedaagden die de curatoren aan hun vorderingen ten grondslag hebben gelegd steeds met instemming en soms zelfs op verzoek van (de directie van) Vie d'Or zijn verricht. Het betoog van curatoren houdt in dat het nu juist de taak was van gedaagden om toezicht en controle uit te oefenen op directie en commissarissen van Vie d'Or. Curatoren stellen echter niet dat Vie d'Or bij het verlenen van instemming of het doen van een verzoek aan gedaagden niet rechtsgeldig zou zijn vertegenwoordigd. Onder die omstandigheden hebben gedaagden niet onrechtmatig jegens Vie d'Or gehandeld, ook al zouden gedaagden in hun toezicht hebben gefaald.'

Het bovenstaande zal anders kunnen liggen indien er – buiten medeweten van het bestuur – daadwerkelijk een uitstroom van middelen uit de vennootschap plaatsvindt (de hierboven beschreven tweede categorie gevallen). Het meest in het oog springende voorbeeld zou zijn een fraude die de accountant (ten onrechte) niet ontdekt heeft. Denk aan de stelende boekhouder (het zou weer anders zou kunnen liggen als het bestuur rechtstreeks betrokken was). Causaal verband is in een dergelijke situatie

53 Mij is dan ook geen voorbeeld bekend waarbij een dergelijke vordering werd toegewezen.

54 Op de curator die namens de gezamenlijke schuldeisers opkomt, kom ik hieronder terug.

55 Wat soms over het hoofd wordt gezien, is dat er twee Vie d'Or zaken zijn over dezelfde controle: die van de curator en die van de polishouders. Die laatste zaak heeft het bekende Vie d'Or-arrest opgeleverd (HR 13 oktober 2006, NJ 2008/529; JOR 2006/295 (DNB/Vie d'Or)), maar de eerste is niet minder interessant.

56 Hof 's-Gravenhage 27 mei 2004, NJ 2004/470; JOR 2004/206.

doorgaans ook eenvoudiger aan te tonen; aangenomen mag worden dat met de ontdekking de fraude zou zijn gestopt.⁵⁷ De vraag is vervolgens hoe met toerekening en eigen schuld wordt omgegaan. Het voorkomen van fraude is primair de taak van de rechtspersoon zelf,⁵⁸ dus die zal normaliter altijd een belangrijk deel van de schade dragen. Indien het handelen van de fraudeur in de verhouding tot de accountant aan de vennootschap wordt toegerekend kan dat leiden tot afwijzing.⁵⁹

De meeste opdrachtvoorwaarden bevatten een uitsluiting van aansprakelijkheid, behoudens gevallen van opzet of grove schuld. Deze bijdrage gaat niet over algemene voorwaarden, maar ze spelen wel in veel zaken een rol.⁶⁰ Vergelijk een recent arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Van belang is hierbij het invullen van het verschijnsel grove schuld:⁶¹

‘Voor bewuste roekeloosheid is vereist dat er het (objectieve) bewustzijn bestond bij de maatschap dat schade zou kunnen ontstaan (en dat die kans is aanvaard). Dat bewustzijn blijkt niet uit de stellingen van Finsens c.s., laat staan dat is gebleken dat de maatschap (althans de uitvoerenden) ondanks dat bewustzijn de kans op schade heeft (hebben) aanvaard.’

Het gaat daarbij dus om het bewust aanvaarden van de kans dat schade bij de eisende partij zou ontstaan.

50.7 Civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens derden

Voor derden zal het bijna steeds gaan om het vertrouwen op een jaarrekening die later niet bleek te voldoen aan de van toepassing zijnde

57 Bij een eenmalige diefstal zal er juist geen causaal verband zijn: de accountant komt altijd achteraf.

58 Vgl. ook NV COS 240.4.

59 Daar zou een boek over te schrijven zijn. Het toerekenen van het handelen van de fraudeur aan diens werkgever is op zich geen vreemde gedachte. Zie bijvoorbeeld een uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch 30 november 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AS2117 waar de werkgever aansprakelijk is jegens een derde voor fraude door een werknemer (hoewel de werkgever zelf geen blaam treft).

60 De meeste accountantskantoren sturen, zeker bij controle-opdrachten – engagement letters en algemene voorwaarden tevoren toe.

61 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 mei 2019 (r.o. 3.11), ECLI:NL:GHARL:2019:3992. Het verdient daarbij vermelding dat de betrokken accountants door de tuchtrechter forse maatregelen opgelegd hadden gekregen (een schorsing). Bij het lezen van het arrest is het goed in de gaten te houden dat de uitsluiting van aansprakelijkheid hier (curieus genoeg) alleen de individuele accountants maar niet de maatschap betrof.

verslaggevingsvoorschriften (de eerste categorie gevallen: zie hierboven). Derden worden in de regel niet benadeeld door onttrekkingen aan de vennootschap, met als belangrijke uitzondering de gezamenlijke crediteuren in faillissement. Derden zullen zich in de regel niet kunnen beroepen op niet nakoming,⁶² dus zullen een eigenstandige normschending moeten stellen.

Het bepalende arrest voor aansprakelijkheid van de controlerend accountant jegens derden is HR 13 oktober 2006 (Vie d'Or).⁶³ In dat arrest beslechtte de Hoge Raad de tot dan toe gevoerde discussie of een controlerend accountant jegens derden überhaupt aansprakelijk kon zijn. De Hoge Raad achtte in dat arrest de accountant aansprakelijk jegens de polishouders van een failliete levensverzekeraar.⁶⁴ Heel kort komt het er op neer dat de accountant in zijn taakuitoefening mede een publiek belang dient.⁶⁵ De Hoge Raad overweegt dat in het maatschappelijk verkeer derden mogen verwachten dat de door de accountant goedgekeurde jaarrekening een getrouw beeld geeft; derden mogen bij het nemen van beslissingen vertrouwen op dat getrouwe beeld van de door de accountant goedgekeurde jaarrekening (r.o. 5.4.1). Of de accountant in een concreet geval een zorgplicht had, komt aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval aan de hand van de voor de beoordeling relevante factoren of gezichtspunten.⁶⁶

Sindsdien is er debat over de uitleg van dit arrest. Ik verwijs naar Blaisse die opmerkt dat het arrest nog veel vragen onbeantwoord laat.⁶⁷

62 Niet nakoming heeft in beginsel alleen interne werking. Zie C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintennissenrecht. Deel III. De verbintenis in het algemeen, derde gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/518 e.v.

63 Zie HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008/529; *JOR* 2006/295 (*DNB/Vie d'Or*), besproken in H.J. Blaisse, 'De reikwijdte van de derdenaansprakelijkheid van de accountant. 'Het grijze gebied tussen altijd en nooit'', *Ondernemingsrecht* 2013/3 (hierna: Blaisse 2013).

64 Het ging om schade op te maken bij staat. De zaak is daarna geschikt zodat allerhande interessante vragen, zoals die naar het causaal verband, onbeantwoord zijn gebleven.

65 Zoals Blaisse 2013 terecht opmerkt in zijn analyse is deze casus ook in zoverre curieus omdat de grondslag voor aansprakelijkheid hier was dat de accountant de rechtspersoon niet wees op tekortkomingen in de administratie. Dit behoort nu juist niet tot de publieke taak van de accountant. Ik ben zelf van mening dat het arrest erg rommelig is en toe zou zijn aan onderhoud.

66 De Hoge Raad noemt hier – in een naar ik meen niet limitatieve opsomming – de naleving van verslaggevingsvoorschriften, de naleving van de controlestandaarden, de aard van de geschonden norm, de ernst van de schending daarvan, door de accountant genomen maatregelen of verschaft informatie en de voorzienbaarheid van de ontstane schade, zie HR 13 oktober 2006 (r.o. 5.4.2), *NJ* 2008/529; *JOR* 2006/295 (*DNB/Vie d'Or*).

Zo wordt in beginsel wel aangenomen dat de accountant jegens derden aansprakelijk kan zijn, maar de Hoge Raad overweegt tegelijkertijd dat dat niet altijd zo zal zijn. Waar in dat grijze gebied de grens eigenlijk ligt leert het arrest niet. De Hoge Raad geeft als gezegd aan dat er een omstandighedentoets moet plaatsvinden, en geeft daarbij handvatten. Met Hijink meen ik dat die handvatten niet altijd uitblinken in helderheid.⁶⁸

In de praktijk zal de rechter dus niet kunnen aannemen dat er aansprakelijkheid jegens derden is zonder deze toets uit te voeren. Daarbij komt belang toe aan de specifieke casus in *Vie d'Or*: het ging daar om anonieme polishouders in een verzekeringsmaatschappij die hun pensioen in rook op zagen gaan.⁶⁹ Indien bijvoorbeeld sprake zou zijn van een overname door een professionele en goed geadviseerde partij is denkbaar dat die toets anders uitvalt.

De lagere jurisprudentie is daarbij niet eenduidig, waarbij in mijn ogen *Vie d'Or* vaak niet helemaal goed wordt toegepast. Een voorbeeld uit een hierboven al aangehaald arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden uit 2019.⁷⁰

'Hiermee miskent de maatschap dat de zorgplicht van de accountant, die wordt ingekleurd door de norm van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar, niet is beperkt tot de contractspartij maar ook geldt jegens derden die bij het nemen van hun beslissingen zijn afgegaan op de door de accountant verschaft informatie, ongeacht of deze beslissingen voor de accountant voorzienbaar waren en ongeacht de hoogte van de schade.'

Een dergelijke overweging voldoet niet aan de eisen van het *Vie d'Or* arrest. Voorzienbaarheid is door de Hoge Raad zelfs expliciet genoemd als onderdeel van de uit te voeren toets. Het ging in die zaak bovendien niet

67 Blaisse 2013.

68 J.B.S. Hijink, 'Aansprakelijkheid van controlerend accountants', in: D. Busch, C.J.M. Klaassen & T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector* (Serie Onderneming en Recht, deel 78), Deventer: Kluwer 2013, p. 860 e.v.

69 In HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008/529; *JOR* 2006/295 (*DNB/Vie d'Or*) merkt de Hoge Raad in r.o. 5.4.1 zelf ook op dat bij verzekeringsmaatschappijen een specifieke zorgplicht geldt: 'Het vorenstaande geldt in het bijzonder waar het gaat om de wettelijke controlerende taak ten aanzien van levensverzekeringsmaatschappijen. Dit betekent dat hoge eisen moeten worden gesteld aan de zorg die de externe controlerende accountant naar in het maatschappelijk verkeer geldende zorgvuldigheidsnormen moet betrachten bij zijn werkzaamheden ten aanzien van de jaarrekening van zo'n maatschappij.'

70 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 mei 2019 (r.o. 3.15), *ECLI:NL:GHARL:2019:3992*.

om een wettelijke controle.⁷¹ In een recente zaak waar het wel gaat om een wettelijke controle lijkt de rechtbank Midden-Nederland de omstandigheidscontrole ook niet (althans niet voldoende zichtbaar) uit te voeren als zij oordeelt dat de accountant een zorgplicht heeft jegens een grote professionele investeerder Mondriaan die een belang neemt in Econcern.⁷² De afweging dat de accountantscontrole mede dient om dit soort majeure transacties op te baseren is denk ik niet juist (Mondriaan is niet het maatschappelijk verkeer) en zelfs als dat zo is moeten de omstandigheden van het geval worden gewogen: voor een professional lijkt de jaarrekening bijvoorbeeld nogal wat signalen te hebben bevat. De rechtbank behandelt die pas bij het causaal verband (waar de vordering op strandt).

Advocaat-generaal (A-G) De Bock schrijft in een conclusie bij een recent arrest van de Hoge Raad:⁷³

‘Voor het eerste geval, de uitoefening van een publieke taak, is sinds het arrest Vie d’Or II buiten discussie dat de accountant bij de jaarrekeningcontrole een zorgplicht heeft jegens derden.’

De Hoge Raad overweegt zulks evenwel (terecht) niet zonder meer.⁷⁴ Ook Hijink is ter zake van deze conclusie kritisch.⁷⁵

Het debat over dit onderwerp is dus nog niet afgesloten. Interpretaties die erop duiden dat de accountant altijd aansprakelijk zou zijn jegens derden zijn onjuist, zoals ook de tegenovergestelde redenering geen opgeld doet. Wat overblijft zijn de omstandigheden van het geval. Op grond van de specifieke casus moet dan worden bepaald of in die casus grond bestaat voor het aannemen van het schenden van een zorgplicht jegens een specifieke derde. Ik zou daar pleiten voor terughoudendheid in met name de transactiesfeer. Je koopt normaliter geen bedrijf op basis van (informatie uit) de laatste jaarrekening, maar vooral op grond van eigen toekomstverwachtingen (toekomstige cash-flow). Terughoudendheid lijkt ook gepast bij claimanten die zelf in staat zijn om onderzoek te doen en/of vragen te

71 Ik beoog daarmee niet te zeggen dat als de test wel was uitgevoerd de zaak anders zou zijn afgelopen.

72 Rb. Midden-Nederland 18 december 2019 (r.o. 2.18-19), *JOR* 2020/104 (*Mondriaan/PwC*).

73 Conclusie bij HR 17 mei 2019, *NJ* 2019/390; *JOR* 2019/177, nr. 3.4.

74 Want de afweging luidt: ‘Bij de beantwoording van de vraag of de externe controlerende accountant heeft gehandeld in overeenstemming met de van hem in het concrete geval te vergen mate van zorg, komt het – met inachtneming van hetgeen hiervoor is vooropgesteld – aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval’, zie HR 13 oktober 2006 (r.o. 5.4.2), *NJ* 2008/529; *JOR* 2006/295 (*DNB/Vie d’Or*), waarna de lijst met mee te wegen omstandigheden volgt.

75 Zie de noot van J.B.S. Hijink bij HR 17 mei 2019, *NJ* 2019/390; *JOR* 2019/177, nr. 12.

stellen aan de betrokken accountant.⁷⁶ Zie in die zin een arrest van het gerechtshof Den Haag uit 2004.⁷⁷ Ik wijs in dat licht evenwel ook op een uitspraak van het gerechtshof Amsterdam dat over een aantal bezwaren heen stapt en de accountant aansprakelijk houdt jegens een investeerder.⁷⁸ In het algemeen zou bij transacties gelden dat hoe professioneler de eiser en hoe meer informatie die eiser heeft (of had kunnen hebben) hoe minder reden er is voor aansprakelijkheid. Eerder de crowdfunder dan de bank dus. In die mix past vervolgens ook de voorzienbaarheidsvraag.⁷⁹ Als accountant kun je niet alles voorzien; er is geen grond om daar bij de aansprakelijkheid van de accountant geen rekening mee te houden.⁸⁰

Interessant is daarbij de – nog niet beantwoorde – vraag hoe om te gaan met aansprakelijkheid van de accountant jegens aandeelhouders, al dan niet zijnde beleggers op een effectenbeurs. Die vraag is nog niet beantwoord en heeft een – door de verstrekkende gevolgen – sterk rechtspoliteek karakter.⁸¹ Relevante vragen zijn bijvoorbeeld of een polis-

76 Een 'due diligence' onderzoek kan niet achterwege worden gelaten omdat er een jaarrekening met goedkeurende verklaring is. Het karakter van due diligence-onderzoek is ook een ander dan dat naar de getrouwheid van de jaarrekening. Zie over het verschil M. Brink, *Due Diligence, een beschouwing over het due diligence onderzoek volgens het Nederlands recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 43 e.v.

77 Hof 's-Gravenhage 27 juni 2000, JOR 2001/70 (*Van der Vorst/Sistermans*). Het hof overweegt dat wie bij een overname wil steunen op het werk van de accountant zich tot die accountant moet wenden.

78 Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2681 (*Heli Holding*). Ik merk op dat deze uitspraak wemelt van de overwegingen dat de accountant stellingen van de eiser 'onvoldoende bestreden' zou hebben en dat er kennelijk ook geen eigen schuld verweer is gevoerd. Hierdoor vraag ik me af of dit arrest van veel belang is voor de praktijk.

79 Voor het Hof s-Gravenhage was dat aanleiding een vordering af te wijzen. Zie Hof 's-Gravenhage 27 juni 2000, JOR 2001/70 (*Van der Vorst/Sistermans*).

80 Hier is voorafgaand aan *Vie d'Or* al aandacht voor geweest: een aantal auteurs bepleitten toen al dat voorzienbaarheid van de schade een vereiste was. Zie: R.I.V.F. Bertrams, 'Aansprakelijkheid van accountants jegens derden', *De NV* 1991, p. 198 e.v.; K.A.J. Bisschop, 'De buitencontractuele aansprakelijkheid van de accountant', *NTBR* 1994/2, p. 23-28; A.T. Bolt & J. Spier, 'De uitdijende reikwijdte van het aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, Preadvies NJV 1996', in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1996-I*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 157; E.A. de Jong, 'De derdenaansprakelijkheid van de accountant voor zijn goedkeurende verklaring "Something is clearly going wrong, but what?"', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 600. Anders: de annotatie van H. Beckman bij CBB 2 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW5301 in *Ondernemingsrecht* 2012/112.

81 De World Online uitspraak van de Hoge Raad (HR 27 november 2009, NJ 2014/201; JOR 2010/43 (*VEB/World online*)) kan hier niet zonder meer als richtsnoer dienen; die ziet op prospectusaansprakelijkheid van een uitgevende instelling ex art. 6:194 BW. Dat is een wezenlijk andere positie. Voor een bespreking van dit onderwerp zie: V.P.G. De Serière, *Mr. C Assers Handleiding tot de beoefening* →

houder dezelfde positie heeft als een aandeelhouder,⁸² of er onderscheid is te maken in aandeelhouders,⁸³ en of ongelimiteerde aansprakelijkheid van de accountant maatschappelijk wenselijk is.⁸⁴ Zulks daargelaten of de aandeelhouder altijd zonder meer afgeleide schade kan vorderen.⁸⁵

De Hoge Raad heeft in het Peeters/Gatzen arrest⁸⁶ de mogelijkheid geopend dat de curator namens de gezamenlijke crediteuren kan optreden. Sindsdien is er de discussie over de reikwijdte van die bevoegdheid.⁸⁷ Voor deze bijdrage volstaat dat de gezamenlijke crediteuren als derden zich in de lijn van de THB/Notaris arresten⁸⁸ tot de accountant kunnen wenden indien die op onrechtmatige wijze heeft meegewerkt aan verhaalsonttrekking.⁸⁹ Voor vorderingen als het toegenomen boedeltekort

van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IV. Effectenrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2018/473 (hierna: Asser/De Serière 2-IV 2018) die daar ook kort in gaat op het sinds het arrest ingevoerde art. 6:193a BW (verkoop aan consumenten) dat in zijn ogen niet van toepassing is, hetgeen ik onderschrijf.

82 De polishouder heeft bijvoorbeeld – in beleggingstermen – alle eieren in één mandje en is dus kwetsbaarder. Als aangegeven blijkt uit de tekst van de uitspraak van de Hoge Raad naar mijn mening dat de specifieke casuspositie in *Vie d’Or* een rol van betekenis heeft gespeeld.

83 Hoe dichter de aandeelhouder op de vennootschap zit, des te moeilijker zijn positie. De directeur-groootaandeelhouder lijkt op voorhand vrij kansloos. Als het om beursvennootschappen gaat zou je zeggen dat Goldman Sachs niet dezelfde positie heeft als een kleine particulier. Het onderscheid is complex, omdat de bank – anders dan de particulier – wellicht wel de jaarrekening bekijkt, maar tezelfdertijd veel deskundiger is. De vraag is ook of de particulier nu steunt op de jaarrekening, of op de analist die de jaarrekening voor hem bekijkt.

84 Anders dan bijvoorbeeld in Duitsland heeft de Nederlandse regering niet de aanbeveling van de Europese Commissie overgenomen om aansprakelijkheid van de accountant wettelijk te beperken.

85 In beginsel zou een vordering de vennootschap toekomen. Zie HR 15 juni 2001, *NJ* 2001/573. Behoudens bijzondere omstandigheden (à la HR 2 mei 1997, *NJ* 1997/662 (*Kip/Rabobank*)) geldt Poot/ABP ook voor de accountant. Dat kan anders liggen als er een rechtstreekse zorgplicht wordt aangenomen, maar zeker bij beursvennootschappen lijkt mij dat daar niet zomaar ruimte voor is. Bovendien zou dat tot dubbele aansprakelijkheid leiden (jegens de vennootschap en de aandeelhouder). Voor een recente bespreking van de doorkruisingsleer verwijs ik naar het proefschrift van D.A. van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade: een onderzoek naar de grenzen van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid* (diss. Rotterdam) (Serie Recht en Praktijk nr. CA21), Deventer: Wolters Kluwer 2019/13.3.

86 HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/597.

87 Die discussie gaat het bestek van dit hoofdstuk te buiten.

88 Er zijn drie arresten. Zie vooral HR 23 december 1994, *NJ* 1996/628.

89 Dit is een typische faillissementssituatie: als de vennootschap niet failliet is komt deze vordering op grond van Poot/ABP alleen de vennootschap toe.

bestaat op dit moment geen basis in de jurisprudentie.⁹⁰ Dat zou ook op aanzienlijke problemen stuiten.⁹¹

Bedingen in rapportages of algemene voorwaarden kunnen onder omstandigheden ook van invloed zijn op aansprakelijkheid ten opzichte van derden. Ik volsta hier met een verwijzing.⁹²

50.8 Causaal verband, toerekening en eigen schuld

Ten slotte wijs ik heel kort op civielrechtelijke aspecten als causaal verband, toerekening en eigen schuld. In beginsel gelden hier voor de accountant dezelfde criteria als voor alle civiele partijen.⁹³ Omdat een accountant zelf in de regel geen schade toebrengt, hebben ze bij zaken tegen accountants een specifieke karakteristiek.⁹⁴ Veelal is het de claimant zelf die de handeling verricht die de schade veroorzaakt en dan moet stellen dat hij die handeling niet had verricht als de accountant hem – daar komt het op neer – weerhouden had: het bestuur dat niet ingrijpt, de partij die een transactie aangaat etc. Die karakteristiek brengt vraagstukken van causaliteit en toerekening met zich. Er zal bovendien relatief snel sprake zijn van een belangrijke eigen schuld component: was het niet het bestuur dat moest besturen en had

90 Zie recent de bijdrage van W.J. van Andel als beschreven in D.L. Barbiers, 'Verslag van ZIFO-debatmiddag 'Accountantsaansprakelijkheid'', *TvJ* 2019/6, p. 244-245.

91 Zo is er zelden echte gezamenlijkheid: crediteuren zijn een divers gezelschap. Daar loopt het spaak bij het Hof Amsterdam 14 november 2017 (r.o. 3.6.6), *JOR* 2018/157. Bovendien moet de aangesproken partij causaliteits- en eigenschuldverweren kunnen voeren: dat is praktisch onmogelijk bij een Peeters/Gatzen-vordering. Zie ook het hierboven aangehaalde arrest HR 15 september 1995 (r.o. 4.3.2), *NJ* 1996/629 (*THB/Notaris*). Voor een goed overzicht van de jurisprudentie en een andersluidende opvatting over de reikwijdte van de Peeters/Gatzen-vordering zie: M.J.M. Franken, 'De Peeters/Gatzen-vordering en de gezamenlijke schuldeisers', *Tvl* 2018/16. Franken betoogt daar dat ook een vermeerdering van het passief onderwerp van een Peeters/Gatzen-vordering kan zijn. Ik zie daarvoor geen aanknopingspunt in de jurisprudentie en tevens grote bezwaren bij het beoordelen van genoemde toerekeningsvraagstukken.

92 Ik verwijs naar Asser/De Serière 2-IV 2018/480 'disculpatiemogelijkheden voor derden' en P.H. Kramer 'De zorgplicht van beroepsbeoefenaren jegens derden en de invloed van gebruiksbedingen en exoneraties in rapportages', *MvV* 2017/11, p. 315.

93 Zie uitvoeriger ook Brink-van der Meer 2018b, p. 330 (causaal verband) en p. 362 (eigen schuld).

94 Een chirurg die een snijfout maakt bevindt zich bijvoorbeeld in een wezenlijk andere positie. Het causaal verband is helder en de patiënt was onder narcose dus eigen schuld zit er ook niet in.

de koper van de vennootschap eigenlijk geen due diligence moeten doen? Die eigen schuld kan in voorkomende gevallen oplopen. Zie recent.⁹⁵

'De rechtbank acht het nalaten van eigen onderzoek en het nalaten van het bevragen van de grootaandeelhouders en de accountant van [partij] in het licht van het voorgaande dermate lichtvaardig dat de door haar gestelde schade, wat daar ook van zij, geheel haar eigen schuld moet worden geacht.'

Eenzelfde overweging is aan te treffen in het arrest van het gerechtshof Amsterdam in de zaak Van Lanschot/KPMG.⁹⁶

Zie ook de hierboven al aangehaalde uitspraak Mondriaan/PwC van de rechtbank Midden-Nederland.⁹⁷ De rechtbank bespreekt daar kritisch de door Mondriaan geschetste scenario's en acht die onvoldoende waarschijnlijk, waarbij mede een rol speelt dat Mondriaan ook over andere informatie dan alleen de jaarrekening beschikte. Interessant is hier de afweging dat indien een bepaalde post volgens de accountant niet correct is verwerkt dat normaliter niet zal leiden tot een afkeurende verklaring, maar tot een aanpassing van de jaarrekening op dat punt. Dat is inderdaad de praktijk. De vraag is dan bij welke jaarrekening wel een goedkeurende verklaring zou zijn afgegeven en of die fictieve andere jaarrekening dan tot wezenlijk ander gedrag zou leiden.⁹⁸

50.9 Slotsom

De accountant leeft in een zeer sterk gereguleerde wereld. Indien de accountant tekortschiet in de uitvoering van zijn controlewerkzaamheden, loopt de

95 Rb. Gelderland 25 september 2019 (r.o. 5.29), ECLI:NL:RBGEL:2019:4924. Dit nadat alle andere verweren gepasseerd waren (de auteur was bij die zaak betrokken).

96 Hof Amsterdam 6 februari 2003, JOR 2003/93.

97 Rb. Midden-Nederland 18 december 2019 (r.o. 2.22), JOR 2020/104 (Mondriaan/PwC).

98 Wat de casus ook laat zien is dat een niet juiste verwerking in de balans of resultatenrekening soms wel uit de toelichting blijkt. Dat maakt de jaarrekening verslaggevingstechnisch nog niet juist en de accountant had nog steeds geen goedkeurende verklaring mogen geven, maar een professionele partij kan dan geen misleiding meer claimen. Vgl. Rb. Midden-Nederland 18 december 2019 (r.o. 2.28), JOR 2020/104 (Mondriaan/PwC): 'Uit de hiervoor opgenomen citaten uit de jaarrekening 2007 leidt de rechtbank af dat Mondriaan wist (of in ieder geval kon weten) op welke manier de belangen die Econcern in andere vennootschappen had, in de jaarrekening zijn verwerkt. Bij het oordeel dat de rechtbank niet aannemelijk vindt dat Mondriaan door de gebruikte verslagleggingsmethode op het verkeerde been is gezet, wordt ook in aanmerking genomen dat Mondriaan in dit traject is bijgestaan door kundige accountants (...)'.

accountant het risico op tuchtrechtelijke maatregelen. Ten aanzien van de civiele aansprakelijkheid is het beeld diffuser. Jegens de eigen opdrachtgever zal de accountant vooral risico lopen in gevallen van frauduleuze onttrekkingen. Aansprakelijkheid voor het niet ontdekken van het misleidende karakter van de jaarrekening ligt eerder jegens derden op de loer. Of de accountant ook daadwerkelijk aansprakelijk jegens de opdrachtgever of derden is, moet worden beantwoord aan een beoordeling van de omstandigheden van het geval op basis van het Vie d'Or arrest. In de praktijk is beantwoording van die vraag nog niet zo eenvoudig.

