

Aansprakelijkheidsrecht

Ondernemingsrecht 2022/80

Hoge Raad (Civiele kamer) 29 januari 2021, 19/04375
m.nt. mr. drs. J.F. Garvelink¹

NJB 2021/432
RvdW 2021/167
Prg. 2021/84
RAV 2021/35
NJ 2022/72
ECLI:NL:PHR:2020:746
ECLI:NL:HR:2021:149

Aansprakelijkheid (samenstellend) accountant bij overname van een vennootschap jegens de koper. Omvang zorgplicht accountant jegens derden en de daarbij in ogenschouw te nemen omstandigheden. Causaal verband. Verhouding tot Vie d'Or-arrest.

Samenstellend Accountant/Kopers

1. Feiten

De casus ziet op de aansprakelijkheid van een accountant jegens derden, namelijk: de kopers van een onderneming waarvan die accountant de jaarrekeningen heeft samengesteld. De vordering van de verschillende kopers strandt bij rechtbank,² hof³ en Hoge Raad,⁴ deels vanwege het ontbreken van causaal verband, deels vanwege het ontbreken van een zorgplicht.⁵

Het feitencomplex is niet overzichtelijk. Er zijn veel overdrachten van aandelen en vermogensbestanddelen geweest, vaak tussen vennootschappen die uiteindelijk gehouden werden door dezelfde personen. De Hoge Raad vat de feiten bondig samen in r.o. 2.1. Ik kook die nog wat verder in:

- De Verkoper heeft een jachthaven (onroerend goed en onderneming) en een botenbouwbedrijf.
- De eerste kopers (Kopers A) hebben aanvankelijk interesse in onroerend goed, maar besluiten later de hele onderneming (de Doelvennootschap) te kopen.
- Kopers A worden in het kooptraject bijgestaan door belastingadviseurs.

- De Doelvennootschap heeft op dat moment nog geen jaarrekeningen over de afgelopen periodes opge maakt. Partijen besluiten in overleg dat accountants verbonden aan hetzelfde kantoor als de belastingadviseurs die Kopers A bijstaan, die jaarrekeningen zullen samenstellen⁶ (de Accountants).
- De Verkoper doet intussen een 'take it or leave it'-bod aan Kopers A die dat bod accepteren en partijen beginnen aan de implementatie van de transactie.
- De Accountants stellen daarna jaarrekeningen over de vorige twee boekjaren en halfjaarcijfers samen.⁷ Aan die cijfers kleef een gebrek (zie hieronder).
- Kopers A krijgen de aandelen in de Doelvennootschap geleverd.
- Koper B stapt later in het jaar pas in en koopt 1/3 van de aandelen van de Doelvennootschap, kennelijk tegen dezelfde prijs per aandeel als die door Kopers A werd betaald.
- Tegen de Accountants wordt een tuchtklacht ingediend door kopers. De tuchtrechter (het CbB) legt aan de Accountants een berisping op; bij het samenstellen van de jaarrekening 2001 is onvoldoende werk verricht om de juistheid van ongeveer 2,5 ton gepresenteerde omzet vast te stellen.⁸ Over de juistheid van die omzet doet het CbB verder geen uitspraak. Met betrekking tot de halfjaarcijfers lijkt het CbB een stap verder te gaan door te oordelen dat die een fout bevatten omdat de omzet (ruim 6 ton) te hoog was gepresenteerd (door het boeken van aanbetalingen als omzet).⁹
- De Doelvennootschap faillieert ongeveer zes jaar na de transacties.

Kopers A en Koper B stellen beiden de Accountants aansprakelijk. Ze stellen dat, als de Accountants hun werk naar behoren hadden gedaan, zij de Doelvennootschap niet zouden hebben gekocht en vorderen onder andere vergoeding van de koopprijs.

2. Beslissing Hoge Raad

De casus bevat eigenlijk twee verschillende beslissingen.

Kopers A: geen causaal verband

Rechtbank en hof wijzen de vordering van Kopers A af omdat de door de Accountants samengestelde jaarreke-

¹ Jan Garvelink is advocaat te Amsterdam.

² Rb. Midden-Nederland (Utrecht) 23 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8666.

³ Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5245.

⁴ HR 29 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:149.

⁵ Het arrest is al een aantal maal geannoteerd. Zie met name: T.F.E. Tjong Tjin Tai, *NJ 2022/72*, G.A.J. Boekraad, 'Reikwijdte van de buitencontractuele aansprakelijkheid van de accountant bij de uitoefening van een niet-wettelijke taak', *MvV 2021/4*, p. 130 e.v., en Brink-van der Meer, die het arrest vrij uitvoerig bespreekt in 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de accountant bij de uitoefening van haar niet-wettelijke taak', *O&F 2021(29) 4*, p. 27 e.v. Ik bespreek die annotaties hier niet allemaal (en zal ze zeker niet herhalen), maar zal een aantal aspecten uit die annotaties hieronder wel betrekken.

⁶ Zie hieronder over het verschil tussen samenstellen en controleren.

⁷ Jaarrekeningen 2000 en 2001, halfjaarcijfers 2002. De casus speelt tweede helft 2002.

⁸ CbB 4 januari 2011, AWB 08/460 en AWB 08/461, ECLI:NL:CBB:2011:BP0955. Of de klacht door alle kopers is ingediend kan ik door de anonimiserings niet goed nagaan.

⁹ Het speelt in de casus verder geen rol, maar ik maak het onderscheid even omdat nogal eens uit het oog verloren wordt dat als de tuchtrechter vindt dat de accountant niet genoeg werk heeft gedaan aan een post, dat geenszins betekent dat die post ook onjuist in de jaarrekening is verwerkt. Over dat laatste zal de tuchtrechter zich bij voorkeur niet uitlaten. Zie hierover: J.F. Garvelink, 'De toetsing van financiële verslaggeving in het jaarrekeningenrecht en het tuchtrecht', in: *Vereniging Jaarrekeningenrecht Bundel 2014-2015*, p. 111-123.

ningen en halfjaarcijfers pas beschikbaar kwamen toen de deal de facto al was gedaan. Daar lijkt weinig op af te dingen: je kunt niet vertrouwen op iets wat er (nog) niet is.

In cassatie speelt dit verder niet. Het was interessant geweest te zien hoe de Hoge Raad naar de zorgplicht zou hebben gekeken als er wel causaal verband was. Kopers A waren immers betrokken bij de inschakeling van de Accountants door de Doelvennootschap.

Koper B: geen zorgplicht

Van de later toetredende Koper B staat vast dat de Accountants ten tijde van de investering de gewraakte cijfers hadden samengesteld.

De Hoge Raad gaat er (louter) veronderstellenderwijs van uit dat de Accountants een zorgplicht hadden jegens Kopers A, en beantwoordt vervolgens de vraag of de Accountants die dan ook jegens Koper B hadden.

Het arrest is hier vrij beknopt. Wat er staat is het volgende. De vraag of accountants bij het uitoefenen van een niet wettelijke taak een zorgplicht hebben jegens derden moet worden beantwoord aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Een omstandigheid die daarbij een rol kan spelen is dat een accountant moet begrijpen dat een derde mogelijk niet de juiste betekenis aan het werk van die accountant toekent, maar de accountant daar niets aan doet (r.o. 3.2.1). Wat daarvoor evenwel niet volstaat is het loutere gegeven dat een accountant een zorgplicht jegens een andere derde heeft (r.o. 3.2.2). Vertaald naar de casus; als je aanneemt dat de Accountants een zorgplicht hadden jegens Kopers A, betekent dat niet dat ze daarmee ook een zorgplicht verkregen jegens anderen (zoals Koper B).

Waar het Koper B betreft, heeft het hof het niet verkeerd gezien door te oordelen dat de Accountants er geen rekening mee hoefden te houden dat er ook nog een Koper B zou verschijnen en dat zij dus ook niet gehouden waren maatregelen te nemen, gericht op het beschermen van de belangen van die hun niet bekende derde (r.o. 3.2.3). Daar strandt Koper B.

3. Commentaar

3.1 Taak samenstellend accountant

Het arrest, hoe kort ook, geeft aanleiding tot een paar observaties.

Ter inleiding daarvan volgt hieronder een korte duiding van de taak van een samenstellend accountant (en het onderscheid met accountantscontrole).

Het bestuur van de rechtspersoon (niet de accountant) moet de jaarrekening opmaken.¹⁰ Controleplichtige rechtspersonen moeten die laten controleren door een accountant ('wettelijke controle').¹¹ Kleinere ondernemingen zijn vrijgesteld,¹² maar kunnen vrijwillig een controleopdracht aan een accountant verstrekken. Algemeen wordt aangenomen dat het voor een accountant in de wijze waarop de controle wordt uitgevoerd niet uitmaakt of het om een wettelijke of vrijwillige controle gaat.¹³ De accountant onderzoekt aan de hand van stukken uit de administratie en andere controle-informatie of de jaarrekening een getrouw beeld geeft. Kern is dat de accountant die een controle uitvoert "assurance" geeft: hij verhoogt de betrouwbaarheid van de door de onderneming opgestelde jaarrekening door een verklaring te geven omtrent de getrouwheid daarvan. Die verklaring richt zich niet tot de onderneming¹⁴ maar tot gebruikers van de jaarrekening.

Bij een opdracht tot het samenstellen van een jaarrekening is de positie van een accountant een wezenlijk andere. Bij samenstellen helpt de accountant het bestuur bij het opstellen van de jaarrekening zelf. Voor deze opdracht is geen wettelijke basis (de verantwoordelijkheid voor het opmaken van de jaarrekening blijft ook bij het bestuur). De accountant wordt ingeschakeld vanwege zijn deskundigheid op het gebied van verslaggeving, maar de accountant verifieert in beginsel niet de juistheid van de door de onderneming verstrekte informatie¹⁵ en geeft geen verklaring af omtrent de getrouwheid van de jaarrekening.¹⁶ Het is geen "assurance". De accountant geeft een samenstellingsverklaring af.¹⁷ Daar moet ook in staan dat géén controle is toegepast. De samenstellingsverklaring is – omdat die niet beoogt zekerheid te verstrekken – naar zijn aard dus ook niet vergelijkbaar met een controleverklaring.

Het gegeven dat de accountant bij een samenstellingsopdracht de verstrekte informatie niet verifieert, heeft overigens wel een grens. Als hij moet begrijpen dat informatie

10 Voor besloten vennootschappen (waar het hier om gaat) art. 2:210 BW. Zie voor een goede beschrijving L.A. van de Sandt & J.B.S. Hijink, 'Opmaken en vaststellen van de jaarrekening', in: Hijink e.a. *Handboek Jaarrekeningenrecht* (VDHI nr. 164) 2020/5.2.1.

11 Art. 2:393 BW.

12 Art. 2:395a en 2:396 BW.

13 Ik laat het onderscheid tussen zogenoemde organisaties van openbaar belang ('oob's') en niet-oob's ook links liggen, nu dat voor deze noot ook geen verschil maakt.

14 Het is andersom: het bestuur van de onderneming zal aan de accountant moeten verklaren dat de jaarrekening goed is, anders mag de accountant er geen verklaring bij geven.

15 Zie J.F. Garvelink, 'De ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie en het al dan niet bestaan van een onderzoeksplicht bij het samenstellen van een jaarrekening onder NV COS 4410', noot bij Accountantskamer 12 juli 2012 (LJN YH0228, 11/2262 Wtra), *TvJ* 2012 aflevering 5, p. 171 en verder. Pas daarbij op dat het Cbb die uitspraak op 4 april 2014 heeft vernietigd (ECLI:NL:CBB:2014:128): Accountantskamer (en de auteur) waren te streng, de accountant mocht in casu op de verstrekte gegevens wel dege-lijkelijk afgaan. Zie ook NV COS 4410.6 en 7.

16 Vergelijk NV COS 4410.6.

17 De onhandige beslissing van de professe om hier ook het woord 'verklaring' te hanteren draagt bij aan de verwarring ter zake (maar individuele accountants moeten de voorgeschreven terminologie volgen).

onjuist of onvolledig is moet hij doorvragen.¹⁸ Dat is ook zichtbaar in deze casus. Het CBB oordeelt dat, juist omdat de accountant wist dat er vooruitbetalingen werden gefactureerd, hij zich had moeten verdiepen in de vraag of die niet ten onrechte in de omzet zaten.¹⁹

3.2 *Beperkte overwegingen HR zelf*

Ik maak eerst de opmerking dat er een gevaar is te veel te lezen in de uitspraak van de Hoge Raad. Die uitspraak is vrij kort (bijna cryptisch); veel korter dan die van het hof, wiens overwegingen door de Hoge Raad lang niet allemaal worden overgenomen. Meer dan wat ik hierboven heb beschreven, staat er niet.

3.3 *Heersende leer (Vie d'Or)*

Het arrest past in (en voegt een klein stukje toe aan) de nog onvolledige puzzel van jurisprudentie omtrent de vraag of accountants aansprakelijk zijn jegens derden. Het beeldbepalende arrest blijft daar Vie d'Or.²⁰ Ik zal beginnen dat kort in herinnering te brengen. Het hof had in die casus aangenomen dat de controlerend accountant een zorgplicht had jegens derden, maar de Hoge Raad vernietigde dat arrest omdat het hof daarbij een te wijde norm had aangelegd. De Hoge Raad bepaalde dat voor het beantwoorden van de vraag of er een zorgplicht jegens derden bestaat de rechter een omstandighedentoets moet uitvoeren:

“5.4.2 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.”

Daarop volgt een korte – niet limitatieve – opsomming van de te hanteren omstandigheden.^{21, 22} Zoals ik recent schreef wordt het Vie d'Or-arrest in de rechtspraak vaak niet goed toegepast.²³ Te vaak wordt het arrest gelezen als zou de Hoge Raad hebben geschreven of bedoeld dat er voor de controlerend accountant aansprakelijkheid jegens derden is. Die lezing is evenwel duidelijk in strijd met het arrest. Ook het hof in de hier besproken casus geeft het

Vie d'Or-arrest onjuist weer²⁴ door te schrijven dat daaruit zou volgen dat accountants bij jaarrekeningcontrole een zorgplicht jegens derden hebben (of dat zo is, moet nu juist beoordeeld worden aan de hand van de omstandighedentoets).

Ook de Hoge Raad zelf heeft, weliswaar in een heel ander soort casus, die omstandighedentoets niet uitgevoerd, maar – zoals ik daarbij in dit tijdschrift heb geschreven – lijkt dat geen beleidskeuze te zijn geweest.²⁵ Vie d'Or is dus de (soms slecht toegepaste) heersende leer. Ook in het onderhavige arrest zie ik geen afwijking van de in Vie d'Or geformuleerde leer. Wat de Hoge Raad doet is enige invulling geven aan de omstandighedentoets (er blijft nog veel niet ingevuld).

Ik bespreek een aantal van de in Vie d'Or genoemde en een aantal daar niet genoemde omstandigheden in het licht van dit arrest. Ik merk daarbij op dat dat geen verschillende schalen zijn waarop wordt gewogen, maar verschillende omstandigheden die gewicht kunnen leggen op dezelfde (glijdende) schaal. Het zal altijd gaan om een optelsom, waarbij het voldoen aan één enkele omstandigheid niet snel genoeg zal zijn om een zorgplicht aan te nemen.

3.4 *Niet genoemde omstandigheden*

De omstandigheden die de Hoge Raad in Vie d'Or noemt zijn toegespitst op die casus. Het ging daar om een grote groep anonieme polishouders die hun pensioen hadden belegd bij een verzekeraar en maar zeer beperkt toegang hadden tot de onderneming en tot informatie. In een casus als de onderhavige, waarin een ondernemer een zakelijke investering doet, kunnen ook andere omstandigheden een rol spelen die in Vie d'Or niet genoemd zijn. De omstandighedencatalogus uit Vie d'Or is niet limitatief bedoeld en je moet je er dus niet op blindstaren: de relevante omstandigheden moeten per casus bepaald worden, zoals het onderhavige arrest bevestigt.

Specifiek voor transacties in het zakelijk verkeer geldt daarbij denk ik dat – anders dan in de Vie d'Or-casus – bijvoorbeeld ook de vraag speelt wat de koper zelf wist of zelf aan onderzoek deed (of moest doen). In lijn met het Hoog Catharijne-arrest²⁶ ligt het voor de hand dat waar de onderzoeksplicht van de koper start, de zorgplicht van de accountant ophoudt. Ik verwijs hier ook naar Slagter.²⁷

“Thans wordt algemeen aanvaard, dat in drie gevallen niet mag worden afgegaan op de laatste jaarrekening

18 NV COS 4410.32 (huidige versie). In 2002 ging het om RAC 930.14.

19 Voor een zaak waar het anders uitpakt: zie de uitspraak van 4 april 2014 in noot 15 hierboven.

20 Het Vie d'Or-arrest laat nog veel vragen onbeantwoord, met name op het gebied van aansprakelijkheid jegens derden. Daarover bijvoorbeeld: H.J. Blaisse, 'De reikwijdte van de derdenaansprakelijkheid van de accountant. Het grijze gebied tussen altijd en nooit', *Ondernemingsrecht* 2013/3.

21 De Hoge Raad noemt hier 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.

22 Zie over deze omstandigheden o.a. H.J. Blaisse, 'De reikwijdte van de derdenaansprakelijkheid van de accountant. Het grijze gebied tussen altijd en nooit', *Ondernemingsrecht* 2013/3.

23 J.F. Garvelink, 'Aansprakelijkheid van de controlerend accountant', in: Hijink e.a., *Handboek Jaarrekeningenrecht (VDHI nr. 164) 2020/50.7*, p. 1167.

24 In r.o. 4.10.

25 J.F. Garvelink, noot bij HR 17 mei 2019, 18/01581, *Ondernemingsrecht* 2020/58, par. 3.2.3.

26 HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1930 (*Hoog Catharijne, ABP/Friesch Groningse Hypotheekbank*). In de uitspraken komt niet terug of de kopers een onderzoek uitvoerden. Je zou dat wel verwachten, maar rechtbank en hof zijn aan daarmee verband houdende argumenten niet toegekomen omdat ze en andere afslag hebben genomen.

27 W.J. Slagter, noot bij Rb. Utrecht 1 maart 2000, *Ondernemingsrecht* 2001, 19.

maar dat een afzonderlijk due diligence-onderzoek moet worden ingesteld:

- bij een overname of fusie;
- bij een beursintroductie;
- bij verlening van een aanmerkelijk krediet.

In alle drie gevallen geldt, dat van groter belang zijn de in de toekomst te verwachten kasstromen, dan de momentopname in een balans, waarbij wordt teruggekeken naar het verleden en waaraan subjectieve schattingen ten grondslag liggen, terwijl er een grote vrijheid bestaat voor de keuze van waarderingstelsels. Een due diligence-onderzoek is een waardeonderzoek. Die waarde wordt bepaald door kasstromen, balansverhoudingen, gefundeerde winstverwachtingen en schatting van toekomstige risico's. Een balans is niet gericht op de vaststelling van de waarde van een onderneming. Ondanks het feit, dat ten onrechte een goedkeurende verklaring was afgegeven, is terecht geen aansprakelijkheid van de accountant aanvaard. De financier heeft de schade aan zichzelf te wijten, doordat hij heeft nagelaten om een due diligence-onderzoek te doen instellen. Hij is in zijn onderzoeksplicht tekortgeschoten. De financier was *penny-wise and pound-foolish*."

Ik zou daaraan kunnen toevoegen dat in de verhouding tot een derde (zoals de accountant) de koper eerder een onderzoeksplicht kan worden tegengeworpen dan ten opzichte van de verkopende partij (die onder omstandigheden een mededelingsplicht heeft).²⁸

Bedenk daarbij ook dat een jaarrekening – anders dan een due-diligence-onderzoek – als zodanig niet bedoeld is om een beslissing tot aankoop van een onderneming op te baseren. Een jaarrekening biedt vooral retrospectieve informatie en is een momentopname op balansdatum. Dat is niet de informatie waarop de beslissing een onderneming te kopen gebaseerd kan worden, waarmee ik niet beoog te zeggen dat de jaarrekening niet een relevante bron van informatie is. Het hangt ook erg van het doel van de acquisitie af: waarom koopt de koper? Voor wie bijvoorbeeld is geïnteresseerd in verkrijging van IE-rechten, is de debiteurenstand niet interessant. Wie marktaandeel zoekt, zal de waarde van de inventaris een zorg zijn. De vraag waar de onjuistheid in de jaarrekening op ziet, en de omvang van die onjuistheid, zijn dus ook van belang.²⁹ Ook die omstandigheden horen in de weging thuis.

Ook de aard van de transactie dient te worden meegewogen: bij een kleine overname in het mkb zal een jaarrekening in de praktijk eerder een rol spelen en zijn wellicht de onderzoeksmogelijkheden beperkter omdat de koper

daar de deskundigheid of middelen niet voor heeft, al zal de Doelvennootschap aan de andere kant ook weer overzichtelijker zijn en is er ook in het mkb de verplichting voor kopers om onderzoek te doen. Bij grote internationale transacties zal dat anders liggen en is er reden om extra terughoudend te zijn bij het aannemen van een zorgplicht.

Ik meen dus dat, naast de genoemde onderzoeksplicht, voor het beantwoorden van de vraag of er een zorgplicht is, ook in ogenschouw moet worden genomen of de jaarrekening wel geschikt was om daarop geheel of in belangrijke mate te steunen bij de beslissing te investeren.³⁰ Dat bepaalt immers mede in hoge mate wat men in dat verband van een accountant kan verwachten.

Ten slotte merk ik op dat ook de structuur van de transactie een rol speelt. Van een koper mag je bijvoorbeeld verwachten dat hij garanties bedingt van de verkoper. Ik denk niet dat de zorgplicht van de accountant zich uitstrekt tot kopers die dat verzuimen: de jaarrekeningcontrole is niet bedoeld als verzekering voor onverstandige gedragingen van de gebruiker van de jaarrekening zelf.³¹

Dat brengt mij bij het bespreken van een drietal omstandigheden die wel zijn genoemd in Vie d'Or.

3.5 *Aard van de geschonden norm; wettelijk (wettelijke controle) vs. niet wettelijk (samenstellen)*

Er is in Vie d'Or en de daarover verschenen commentaren (alsook in het onderhavige arrest) gesproken over de wettelijke taak van de accountant, waarbij wordt gedoeld op de jaarrekeningcontrole. Zulks dan in contrast met niet-wettelijke werkzaamheden, zoals samenstellen. De gedachte is dat bij een niet-wettelijke taak minder snel sprake zou zijn van een zorgplicht.

Het ligt inderdaad voor de hand dat bij samenstellen minder snel een zorgplicht zal bestaan jegens derden dan bij controle. Ik werp wel de vraag op of het onderscheid maken louter omdat het enerzijds gaat om een wettelijke en anderzijds om een niet-wettelijke taak voor de hand ligt. Een dergelijk onderscheid sluit niet aan bij de beroepsregels voor accountants (als gezegd zijn de regels voor wettelijke en niet-wettelijke controles niet wezenlijk anders). Het ligt wellicht eerder voor de hand bij niet-assurance-diensten (zoals samenstellen) die niet beogen zekerheid toe te voegen aan cijfers die gebruikt worden in het maatschappelijk verkeer in beginsel geen ruimte voor aansprakelijkheid jegens derden te zien. Waar geen zekerheid is beoogd moet je die later niet construeren. Dat lijkt me ook

28 Een verkoper die relevante informatie verzwijgt, zal moeilijk kunnen betogen dat er een onderzoeksplicht was dan de accountant die die informatie niet had (tenzij die accountant zelf zweeg waar hij had moeten spreken natuurlijk).

29 Dat is een complex vraagstuk waar in de literatuur en jurisprudentie nog (te) weinig aandacht voor lijkt te zijn.

30 H. Beckman & E.C.A. Nass, 'Beperking van Accountantsaansprakelijkheid binnen de EU', in: FGM Smeele e.a. (red.), *Opgelegde bescherming in het bedrijfsrecht*, Boom 2010, p. 160.

31 Je zou dat ook via de relativiteit kunnen oplossen overigens. Tjong Tjin Tai maakt daar in zijn noot bij het arrest wat opmerkingen (van signalerende aard) over (NJ 2022/72).

in lijn met de beslissing die de Hoge Raad hier geeft. Dat wil overigens niet zeggen dat zich bij samenstellen nooit omstandigheden voor kunnen doen die tot aansprakelijkheid zouden leiden. Het zal dan wel moeten gaan om vrij uitzonderlijke omstandigheden.³²

3.6 Voorzienbaarheid

Voorzienbaarheid is ook één van de omstandigheden die kunnen bijdragen aan het aannemen van een zorgplicht.³³

Er is een zekere samenloop tussen de vraag of het voorzienbaar was dat een derde zijn handelen zou baseren op de werkzaamheden van de accountant (zie hierboven), en de vraag of de accountant voldoende maatregelen heeft getroffen ten opzichte van die derde (zie hieronder). Als je handelen niet hoeft te voorzien hoeft je logischerwijs ook geen maatregelen te treffen: zo ook hier.

Er is betoogd dat de Hoge Raad, waar hij in *Vie d'Or* voorzienbaarheid als één van de te wegen omstandigheden noemt, zou duiden op objectievere voorzienbaarheid (en dus niet subjectieve).³⁴ De Hoge Raad zelf zegt dat niet zo, en ik zou ook zeggen dat het per geval verschilt. Bij een grote groep polishouders ligt een mate van objectivering voor de hand, bij één concrete partij die één transactie onderhandelt niet.

Dat is ook terug te zien in deze casus. In zekere zin is het – geobjectievere – altijd voorzienbaar dat er een transactie zal worden gedaan in de aandelen van een vennootschap, zeker als er net een investeerder is toegetreden. Het is duidelijk dat de Hoge Raad hier evenwel niet vindt dat daarmee al aan het voorzienbaarheidsvereiste is voldaan. Dat duidt erop dat de accountant bij het uitvoeren van zijn werkzaamheden concretere kennis over de (inhoud van de) ophanden transactie had moeten hebben voordat deze hobbel genomen kon worden. Waar de grens voor voorzienbaarheid dan vervolgens ligt, wordt uit het arrest niet duidelijk; ook daar zal overigens gelden dat dat nogal van de omstandigheden van het geval af zal hangen.

Ik merk daarbij nog op dat voorzienbaarheid zich niet beperkt tot de vraag of er een transactie zou zijn, maar dat ook van belang is hoe die transactie eruit zou zien. Een accountant hoeft bij een professionele koper bijvoorbeeld niet te voorzien dat iemand een onderneming koopt zonder zelf (deugdelijk) onderzoek te doen of garanties te be-

dingen.³⁵ Daar raken voorzienbaarheid en onderzoeksplicht van de koper elkaar dus.

3.7 Genomen maatregelen

Een ander punt uit de omstandighedencatalogus is dat van de door de accountant genomen maatregelen. In het onderhavige arrest staat het volgende: “*kan het nalaten maatregelen te treffen om te voorkomen dat die derde aan die rapportage ten onrechte of onjuiste betekenis toekent, in strijd zijn met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt*”.

Dat klinkt mooi, maar de praktijk is weerbarstig. De accountant van een vennootschap kan de beoogde koper niet zo makkelijk op bijvoorbeeld risico's wijzen. Vaak weet een accountant immers helemaal niet of (en wie) er ten onrechte of onjuiste betekenis aan zijn werk toe zal (kunnen) kennen (zie ook voorzienbaarheid hierboven). Het nemen van gerichte maatregelen is dan niet mogelijk. Accountants mogen bovendien – ook als ze bekend zijn met een ophanden zijnde transactie – derden ook niet zelf benaderen met mededelingen over hun opdrachtgevers omdat ze een geheimhoudingsplicht hebben.³⁶

Je kunt de vraag stellen of dat probleem niet moet worden verlegd naar degene die wel die betekenis toe wil kennen aan het werk van de accountant: die weet immers wie hij zelf is, welke betekenis hij aan welk werk van welke accountant toekent en in het kader van welke voorgenomen rechtshandeling hij dat doet. In de *Vie d'Or*-casus kon dat uiteraard niet: polishouders kunnen de accountant niet bellen, maar bij specifieke transacties zoals in deze casus kan dat contact wel worden gezocht.

Ik ben waar het gaat om transacties en aanverwante investeringsbeslissingen dus geporteerd van de benadering die het Hof Den Haag koos door aan te geven dat een overnemende partij niet op het werk van de accountant mag steunen zonder contact met die accountant op te nemen.³⁷ Zie ook een recente uitspraak van de Rechtbank Overijssel.³⁸

Specifiek voor niet-assurance-opdrachten (zoals samenstellen) geldt bovendien, als gezegd, dat die naar hun aard niet beogen zekerheid te geven, zodat de bedoelde maatregel al in de aard van de opdracht is ingebakken (of anders gezegd: als je vertrouwt op iets wat naar zijn aard geen zekerheid geeft, doe je dat voor eigen risico).

32 Ik betoog overigens niet dat je bij het uitvoeren van die toets geen onderscheid zou kunnen maken tussen een wettelijke en een niet-wettelijke controle. De aard van de opdracht is een element om daarbij mee te wegen (waarbij je eventueel ook nog weer onderscheid zou kunnen maken tussen oob- en niet-oob-controles), maar het meest doorslaggevende punt bij het uitvoeren van die toets lijkt het me niet.

33 Voorzienbaarheid kan ook spelen in de toerekeningsfeer, maar de Hoge Raad past het criterium hier al een stap eerder toe, dus bij de vraag of er überhaupt een te schenden zorgplicht zou zijn. Zie daarover ook Tjong Tjin Tai in zijn noot bij het arrest (*NJ* 2022/72, par. 4).

34 Zie Brink-van der Meer, a.w., p. 37.

35 Zie ook Boekraad, a.w., p. 132.

36 Vertrouwelijkheid is één van de fundamentele beginselen uit de VGBA (art. 16 VGBA en verder). Zie over de dilemma's die dat kan opleveren bijvoorbeeld: A. Dieleman & J.F. Garvelink, 'Informerer bestuurder/aandeelhouder over fiscale fouten', noot bij Accountantskamer 18 december 2020, ECLI:NL:TACAKN:2020:71, *TvJ* 2021, p. 135 en verder.

37 Hof 's-Gravenhage 27 juni 2000, *JOR* 2001/70 (*Van der Vorst/Sistermans*).

38 Rb. Overijssel 9 februari 2022 (*EY/TVM*), ECLI:NL:RBOVE:2022:376, r.o. 5.11 en verder. Ik ben als advocaat bij die zaak betrokken en beperk me dus tot een verwijzing.

Dieleman suggereert voor de samenstelpraktijk dat een accountant misschien een beperking in de verspreidingskring van zijn werk moet opnemen: dan kunnen derden er ook niet op steunen.³⁹ Op zich een aardige gedachte, al vraag ik me af of je dat generiek zou kunnen doen (tenzij de NBA dat zou voorschrijven). Voor specifieke gevallen kan het zeker, al ben ik er – als in de voorgaande paragrafen gezegd – voorstander van de onus bij de gebruiker te leggen: die zal de accountant moeten benaderen. Bij niet-assurance-opdrachten zou dit in mijn opvatting bovendien naar zijn aard overbodig zijn, omdat die werkzaamheden naar hun aard niet beogen een vorm van zekerheid aan derden te verstrekken.⁴⁰

3.8 *Conclusie*

Het arrest past in de heersende leer zoals geformuleerd door de Hoge Raad, maar die leer laat nog veel ruimte open. Het arrest vult weer een klein hoekje in, maar er blijft nog een vrij groot wit vlak over. Wellicht geeft deze noot dat vlak wat kleur.

Mr. drs. J.F. Garvelink

39 A. Dieleman, 'Zorgplicht ten opzichte van derden bij een samenstellingsopdracht', *TvJ* 2021, p. 41/42.

40 Zie paragraaf 3.6 hierboven.