

Aansprakelijkheidsrecht

Ondernemingsrecht 2020/58

Hoge Raad (Civiele kamer) 17 mei 2019, 18/01581
m.nt. mr. drs. J.F. Garvelink¹

NJ 2019/390
NJB 2019/1210
RAV 2019/65
RvdW 2019/637
ECLI:NL:PHR:2019:339
ECLI:NL:HR:2019:744

Accountant schendt zorgplicht jegens betrokkene bij een forensisch (persoonsgericht) onderzoek. Status Gedragsrichtlijn beroepsorganisatie. Hoor en wederhoor. Verhouding tot Vie d’Or arrest en verwijzing naar schadestaat.

Zorgplicht accountant jegens derde

1. Feiten

De algemeen directeur van de Arubaanse Lotto (“de Directeur”) wordt in januari 2010 op non-actief gesteld.² Diezelfde maand geeft het bestuur van de Lotto een accountant op Aruba (“de Accountant”) opdracht onderzoek te doen naar mogelijke onregelmatigheden.³ Een dergelijk onderzoek is een persoonsgericht onderzoek.⁴ De Accountant heeft dat onderkend en schrijft in de opdrachtbevestiging dat betrokkenen zullen worden geïnterviewd. Conceptbevindingen zullen in wederhoor worden voorgelegd. De Accountant verwijst daarbij naar de NivRA Gedragsrichtlijn inzake persoonsgerichte accountantsonderzoeken uit 2004 (“de Gedragsrichtlijn”).

Wat zich vervolgens precies feitelijk voltrekt is wat lastig te herleiden: de uitspraken in drie instanties zijn summier in de weergave van de feiten. In ieder geval zijn er strubbelingen tijdens het onderzoek. Niet helemaal duidelijk is of de Directeur nu wel of niet meewerkt aan een interview, wel duidelijk is dat er betrokkenen zijn gehoord. Ook duidelijk is dat de Accountant de Directeur de gelegenheid heeft geboden tot het inzien van een conceptrapport. De Directeur heeft evenwel geen kopie ge-

kregen. De Directeur kreeg zes uur om het omvangrijke concept te bestuderen.⁵ Hij heeft niet mondeling willen reageren maar wel schriftelijk; die reactie is verwerkt in een (definitief) rapport van juni 2010 (“het Rapport”).

Wat er precies in het Rapport stond is niet helder, maar er lijken opmerkingen te zijn geweest over niet-geautoriseerde dienststreizen, over onkosten, het gunnen van werkzaamheden aan familieleden en bedrijven waar de Directeur een belang in zou hebben.⁶

De arbeidsovereenkomst van de Directeur wordt ontbonden zonder vergoeding. De Directeur komt tegen dat ontslag op bij de rechter. Hij verliest die in twee instanties, waarbij hij het Rapport kennelijk onvoldoende weerspreekt.

2. Beslissingen

De Directeur dagvaardt daarop de Accountant. Het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba wijst de vordering af omdat de Accountant is opgetreden als partijdeskundige waarvoor een hoge grens voor aansprakelijkheid bestaat. Dat het Rapport mogelijk onvolkomenheden bevat maakt niet dat EY niet in redelijkheid tot haar bevindingen kon komen. Bovendien had de Directeur bij de rechter gelegenheid om zijn standpunt te bepleiten:

“Het is vervolgens aan de ontbindingsrechter om uit te maken waaraan hij het meeste gewicht wil toekennen. Dat kan EY niet worden toegerekend.”⁷

In appel oordeelt het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba dat de Accountant een zorgplicht heeft jegens de Directeur.⁸ Het Hof doet dat door de zorgplicht die geldt jegens de opdrachtgever, de contractuele norm, ook buiten de contractuele sfeer toe te passen. Het Hof past de in Nederland geldende normen toe (via het concordantiebeginsel)⁹ en toetst rechtstreeks aan de Gedragsrichtlijn.¹⁰ Het Hof vindt dat de Directeur “een onvolkomen gelegenheid tot wederhoor is geboden” omdat hij het concept van het Rapport niet meekreeg terwijl het ging om een lijvig document (r.o. 2.14/16). Vervolgens stelt het Hof vast dat er geen norm is die zegt dat een rapport van een Accountant jegens derden foutloos moet

1 De auteur is advocaat in Amsterdam. De auteur is niet betrokken bij deze zaak en treedt ook overigens niet op voor de maatschap Ernst & Young te Aruba; wel voor andere organisaties uit het EY netwerk.

2 Evenals de financieel directeur.

3 Omdat in het arrest wordt verwezen naar regelgeving vanwege het NivRA zal het hier gaan om een in Nederland ingeschreven registeraccountant die op Aruba is gevestigd.

4 Een persoonsgericht onderzoek is een onderzoek door een accountant naar het functioneren, handelen of nalaten van een natuurlijke of rechtspersoon dat uitmondt in een rapport aan diens opdrachtgever.

5 Al heeft hij mogelijk wel de gelegenheid gehad terug te komen en meer tijd te nemen. Zie r.o. 2.15 van het arrest van het Gemeenschappelijk Hof.

6 Ik ontleen dit aan de beoordeling van kritiekpunten van de Directeur zoals die blijken uit de uitspraak van het Hof.

7 GiEA Aruba 30 maart 2016, ECLI:NL:OGEEA:2016:246, r.o. 4.4.1.

8 Gem. Hof Aruba, Curaçao, Sint Maarten en Bonaire, Sint Eustatius en Saba 16 januari 2018, ECLI:NL:OGHACMB:2018:6, r.o. 2.5 e.v.

9 Ik laat vraagstukken van Arubaans recht hier verder buiten beschouwing.

10 R.o. 2.8.

zijn, maar dat er hier sprake is van een op onderdelen gebrekkelijk rapport waardoor een negatiever totaalbeeld kan ontstaan dan gerechtvaardigd is (r.o. 2.69). Deze gebreken zouden mogelijkterwils door het beter toepassen van wederhoor zijn weggenomen. De Accountant is daarom aansprakelijk; of die fout ook gevolgen heeft gehad is voor de schadestaatprocedure.

De Hoge Raad vindt dat het Hof niet had mogen oordelen dat de contractuele maatstaf ook jegens een derde geldt. Hier maakt dat volgens de Hoge Raad evenwel geen verschil omdat het Hof inhoudelijk wel het juiste beoordelingskader heeft aangelegd. De Gedragsrichtlijn kwalificeert als gedrags- en beroepsregels ex artikel 19 Wet RA,¹¹ welke regels ook invulling geven aan de jegens derden te hanteren zorgvuldigheidsnorm.

3. Commentaar

3.1 Status Gedragsrichtlijn NivRA

Zoals beschreven vult de Hoge Raad de voor accountants geldende zorgvuldigheidsnorm bij persoonsgerichte onderzoeken in op basis van de Gedragsrichtlijn. Voor de status van die Gedragsrichtlijn verwijs ik naar de noot van Hijink in *JOR* 2019/177. Terecht noemt Hijink de status van de Gedragsrichtlijn lastig te achterhalen en niet duidelijk. Ik probeer hieronder het debat eerst op dat punt wat verder te helpen.

De Gedragsrichtlijn is nooit door de ledenvergadering van het NivRA vastgesteld. De Gedragsrichtlijn is ook niet gebaseerd op een 'wettelijke regeling'.¹² Het is geen regelgeving als bedoeld in artikel 19 lid 2 Wet RA.¹³

Een wettelijke basis hadden in 2004 wel de "Gedrags- en beroepsregels registeraccountants 1994", de "GBR".¹⁴ Het centrale begrip van de GBR is dat van "de deugdelijke grondslag" in artikel 11 lid 1.¹⁵ Deugdelijke grondslag (ik

kom daar hieronder op terug) betekent dat de Accountant én voldoende deskundig moet zijn om de opdracht te verrichten, én voldoende werkzaamheden moet uitvoeren om zijn mededelingen omtrent de uitkomsten daarvan op te kunnen baseren.¹⁶

Het NivRA publiceerde (en de NBA doet dat nog steeds) richtinggevende documenten die accountants moesten helpen bij het invullen van dat begrip deugdelijke grondslag.¹⁷ De wat ongelukkig getitelde "Gedragsrichtlijn" is zo'n document: het gaat om *guidance*, niet om regelgeving met een formele status.¹⁸ Met deze *guidance* beoogde het NivRA destijds handvatten te bieden bij het invullen van het begrip deugdelijke grondslag (zie hieronder); een formele status had de Gedragsrichtlijn niet.¹⁹

Dat de Hoge Raad de Gedragsrichtlijn aanduidt als reglementering zoals bedoeld in artikel 19 Wet RA is dus onjuist, want de Gedragsrichtlijn kwalificeert niet als zodanig.²⁰

De tuchtrechter toetste ook nooit rechtstreeks aan de Gedragsrichtlijn (zoals hij nu niet toetst aan Praktijkhandreiking 1112).²¹ De tuchtrechter toetste altijd aan de Wet RA en de GBR.²² De Gedragsrichtlijn werd daarbij gezien als invulling van het beginsel deugdelijke grondslag.²³ Dat was en is vaste jurisprudentie:

"Gelet hierop kan het niet of niet correct toepassen van bepalingen uit de Gedragsrichtlijn, zoals door appellanten gesteld, slechts een tuchtrechtelijk verwijt opleveren indien en voor zover daarmee schending

11 Het NivRA was (en de NBA is) een openbaar lichaam met verordenende bevoegdheid (art. 134 Gw jo. art. 19 Wet RA). Art. 19 lid 2 Wet RA luidde in 2004: "De ledenvergadering stelt ten behoeve van een goede uitoefening van de werkzaamheden van registeraccountants bij verordening gedrags- en beroepsregels vast, welke gelden voor allen, die zijn ingeschreven in het in artikel 55 bedoelde register." Met ingang van 1 januari 2013 is de Wet RA (ook wel aangeduid als WRA) vervangen door de Wet op het accountantsberoep (de Wab).

12 R.o. 3.4.4.

13 De Hoge Raad verwijst ook naar art. 19 lid 2 Wab en art. 24 lid 2 Wet AA. Die verwijzingen lijken niet juist nu de Wab van kracht is sedert aanvang 2013 en de Wet AA niet van toepassing was nu het hier niet om een AA ging (de Wet AA is per 1 januari 2013 net als de Wet RA opgegaan in de Wab; zie ook noot 11 hierboven). Omdat de verwijzingen me niet dragend lijken laat ik die rusten.

14 De GBR zijn per 1 januari 2007 ingetrokken en vervangen door de Verordening Gedragscode ("de VGC"). De VGC golden ten tijde van het Rapport. Inmiddels zijn de VGC weer vervangen door de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (de "VGBA").

15 De term kwam niet meer voor in de VGC maar werd ook na 2007 nog algemeen, ook in de tuchtrechtelijke jurisprudentie, gebruikt (als onderdeel van het fundamentele beginsel "deskundigheid en zorgvuldigheid").

16 Art. 12 van de Gedragsrichtlijn gaat hierop in.

17 In feite ging het om door medewerkers op het bureau van het NivRA opgestelde uitleg zonder formele status waarbij in belangrijke mate bestaande jurisprudentie van de tuchtrechter werd gevolgd. Zie over die jurisprudentie hieronder.

18 Zie ook de korte annotatie van J. van Achten in de *Accountant* onder CBb 28 maart 2013 (ECLI:NL:CBB:2013:BZ8145, zie ook hieronder). www.accountant.nl/tucht/2013/6/persoonsgericht-onderzoek-onzorgvuldig/.

19 Ter gelegenheid van deze noot heb ik dat ook bij de NBA nagevraagd.

20 Dat artikellid luidde in 2004: "De ledenvergadering stelt ten behoeve van een goede uitoefening van de werkzaamheden van registeraccountants bij verordening gedrags- en beroepsregels vast (...)".

21 CBb 20 september 2017, ECLI:NL:CBB:2017:364, r.o. 4.2: "Het College wijst erop dat het niet of niet correct toepassen van een bepaling uit Handreiking 1112 slechts een tuchtrechtelijk verwijt kan opleveren indien en voor zover daarmee schending van het bij of krachtens de Wet op het accountantsberoep bepaalde aan de orde is, waarbij in het bijzonder het bepaalde in de VGC van belang is."

22 Nu de Wab en VGBA (en andere sedertdien ingevoerde wet- en regelgeving).

23 Net zoals de toenmalige Richtlijnen voor de Accountantscontrole ("RAC") die pas met ingang van 2007 de status van "Nader Voorschrift" hebben (wat wel nog een lagere status is dan die van verordening: de bevoegdheid nadere voorschriften uit te vaardigen staat in het huidige art. 24 VGBA).

van het bij of krachtens de Wet RA bepaalde aan de orde is.”²⁴

Niet duidelijk wordt waarom de Hoge Raad hier van die lijn afwijkt.

Een bijkomende complicatie is dat met de invoering van de VGC per 1 januari 2007 (dus voorafgaand aan het Rapport) de GBR werden ingetrokken en daarmee ook de Gedragsrichtlijn.²⁵ Dat gat is pas in oktober 2010 weer opgevuld door Praktijkhandreiking 1112 “Persoonsgerichte onderzoeken”.²⁶

Het bovenstaande betekent niet dat de Hoge Raad ten onrechte aanneemt dat (weder)hoor hier was voorgeschreven, maar zijn oordeel rust wel op het verkeerde fundament.

3.2 Hoor en wederhoor

3.2.1 Deugdelijke grondslag

Het idee dat je, wanneer je als accountant een onderzoek doet naar de gedragingen van een individu met het oogmerk daarover aan een opdrachtgever te rapporteren,²⁷ dat individu wellicht zou moeten horen, of bevindingen voor commentaar moet voorleggen (wederhoor) komt niet voort uit de Gedragsrichtlijn. Het principe is gebaseerd op het genoemde beginsel van de ‘deugdelijke grondslag’ en bestond ook al zonder de Gedragsrichtlijn. Voor de stand vóór het invoeren van de Gedragsrichtlijn verwijs ik naar Blokdijk, die laat zien dat die norm al veel ouder is.²⁸

De vraag of, en zo ja in hoeverre, hoor of wederhoor moet worden toegepast heeft geleid tot een stroom van jurisprudentie van de tuchtrechter. Zie voor een treffend voorbeeld, dat ook laat zien wat een mijnenveld persoonsgerichte onderzoeken voor accountants zijn, de bekende kwestie rondom de burgemeester van Schiedam. De Accountantskamer overwoog daar,²⁹ en dat is als gezegd de heersende leer,³⁰ dat het toepassen van hoor en we-

derhoor onderdeel is van het verkrijgen van deugdelijke grondslag.³¹ Dat betekent ook dat als er deugdelijke grondslag verkregen kan worden zonder hoor of wederhoor dat achterwege kan blijven. Bij persoonsgerichte onderzoeken is het toepassen van hoor en zeker wederhoor evenwel meestal wel nodig. De Accountantskamer oordeelt vervolgens dat de betrokken accountant hoor en wederhoor voldoende zorgvuldig toe heeft gepast. Bij het CBb gaat het in de procedure alsnog mis: een deel van het rapport is niet in wederhoor voorgelegd en dat had volgens het CBb wel moeten.³²

Uit de tuchtrechtspraak blijkt duidelijk dat het doel van de werkzaamheden van de Accountant is het verkrijgen van deugdelijke grondslag.³³ Doel is dus niet het presenteren van een “evenwichtig beeld” zoals het Hof en de A-G opmerken.³⁴ De Gedragsrichtlijn is ook geen uitwerking van het beginsel van objectiviteit in de VGC.³⁵ Hoor of wederhoor is geen zelfstandige verplichting maar een middel tot het doel (deugdelijke grondslag). Of hoor of wederhoor noodzakelijk is hangt af van de omstandigheden.

De Hoge Raad wijkt dus door (hoor en wederhoor op grond van) de Gedragsrichtlijn als een zelfstandige verplichting te beschouwen³⁶ af van de in de sector en het tuchtrecht gehanteerde bestendige lijn. Of de Hoge Raad dat bewust doet (hetgeen niet voor de hand zou liggen) blijkt niet uit het arrest. De vraag of hoor en wederhoor nodig zijn vloeit bovendien voort uit de wel rechtstreeks op de betrokken Accountant van toepassing zijnde beroepsregels. Die golden direct voor de Accountant, ook op Aruba, nu hij destijds ingeschreven was in het register³⁷ en dus onderworpen was aan de GBR/VGC.³⁸ De Hoge Raad had de Gedragslijn dus ook niet nodig om tot zijn oordeel te kunnen komen.

De civiele rechter is overigens uiteraard niet gebonden aan het oordeel van de tuchtrechter,³⁹ maar als hij de in

24 CBb 18 augustus 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ7058, r.o. 4.2. In r.o. 4.3 wordt ingegaan op de verhouding tussen wederhoor en deugdelijke grondslag.

25 Zie ook CBb 28 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ8145 waar Hijink in zijn noot in JOR ook al op wijst (ik was bij die zaak zelf betrokken).

26 Een praktijkhandreiking heeft een vergelijkbare niet-officiële status (de neiging van de NBA om navolging ‘verplicht’ te willen stellen ten spijt). Een echt ‘gat’ was er natuurlijk niet: de verplichting tot (al dan niet) hoor of wederhoor vloeide als gezegd voort uit de GBR, later de VGC.

27 De discussie speelt overigens niet alleen bij persoonsgerichte onderzoeken.

28 H. Blokdijk, ‘Forensische accountants: rollen en procedures’ MAB januari/februari 2003, p. 21 e.v. (m.n. hoofdstuk 7).

29 Accountantskamer 14 mei 2012, 11/1867 Wtra AK, ECLI:NL:TACAKN:2012:YH0262, r.o. 4.5. Voor de verhouding tussen de VGC en de praktijkhandreiking: r.o. 4.2.

30 Vergelijk S.A.G. Hoogeveen en A.P.P. Witteveen, ‘Kroniek van het accountantsrecht’ in: Hijink e.a. (red.), *Vereniging Jaarrekeningenrecht: Bundel 2016-2018 (VDHI nr. 154)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 169.

31 De deugdelijke grondslag van art. 11 GBR is onderdeel van de fundamentele beginselen zoals opgenomen in de VGC, en wel dat van deskundigheid en zorgvuldigheid, niet dat van objectiviteit (in de conclusie A-G onder 3.17 gaat dit mis, hoewel er natuurlijk wel samenhang is tussen de twee en het in dit geval verder niet van invloed lijkt te zijn).

32 CBb 18 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:460.

33 Nu ‘vakbekwaamheid en zorgvuldigheid’: zie de toelichting bij art. 12 VGBA.

34 De weergave in r.o. 2.8 van het arrest van het Hof is dus niet correct (al zal het voor de beoordeling niet veel uitmaken). Hetzelfde geldt de conclusie A-G in 3.50.

35 Zoals de A-G ten onrechte opmerkt in 3.43 van zijn conclusie. Een schending van de objectiviteit zou zich bijvoorbeeld voordoen als de accountant vooringenomen was; daar blijkt hier niet van.

36 Het Hof heeft dat geoordeeld en de Hoge Raad laat dat in stand (via een iets andere weg: zie hieronder).

37 Art. 55 e.v. Wet RA.

38 Art. 33 e.v. Wet RA (toen: inmiddels is er de Wtra). Tuchtzaken tegen op de Antillen gevestigde RA’s en AA’s worden ook in Nederland behandeld. Zie (als laatste in een reeks) HR 22 september 2017,

39 ECLI:NL:HR:2017:2452, *Ondernemingsrecht* 2018/33, m.nt. D.L. Barbiërs & J.B.S. Hijink; *MvO* 2018/3-4, m.nt. F.T. Serraris.

het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid gaat invullen lijkt voor de hand te liggen aansluiting te zoeken bij het geldende normenkader, opvattingen en jurisprudentie van de tuchtrechter. Dat dat hier niet gebeurt lijkt mij overigens meer een kwestie van juridisch de bocht afsnijden dan een beoogde koerswijziging.⁴⁰ Ik zie ook geen reden voor de beroepsgroep en de tuchtrechter om nu ineens een andere koers te gaan varen, temeer nu een betere motivering op grond van de VGC waarschijnlijk tot hetzelfde oordeel had geleid.

3.2.2 (Weder)hoor: niet-meewerkende betrokkene

Het komt geregeld voor dat de betrokkene medewerking weigert en er dus geen hoor of wederhoor plaats kan vinden. Dat betekent niet dat er dan niet gerapporteerd mag worden, vermits dat in het rapport dan maar duidelijk wordt vermeld. Een betrokkene die structureel tegenwerkt, kan later niet klagen dat er geen hoor en wederhoor is geweest.⁴¹ Dat geldt niet altijd. In de casus van de 'Wassenaarse seksrel' wordt de accountant verweten tot het trekken van verstrekkende conclusies te zijn overgegaan terwijl de rechtstreeks betrokkenen niet wilden meewerken aan het onderzoek. Daardoor miste het rapport deugdelijke grondslag.⁴² Civielrechtelijk pakt dat anders uit: de rechtbank werpt de betrokkenen onder andere tegen dat het niet meewerken voor hun rekening en risico komt en wijst de vordering af.⁴³

3.2.3 Aansprakelijkheid bij niet toepassen hoor of wederhoor?

Tjong Tjin Tai is in zijn noot in de *NJ* bij het onderhavige arrest ingegaan op het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele zorgplicht.⁴⁴ Ik verwijs daarnaar.

Waar het gaat om de aansprakelijkheid jegens derden, specifiek bij persoonsgerichte onderzoeken, merk ik het volgende op. Een onderzoek zoals dit, naar financiële malversaties van een directeur, wijkt behoorlijk af van de meer klassieke casus van de aansprakelijkheid jegens derden voor een verklaring bij een jaarrekening. Wie een (forensisch) rapport voor extern gebruik maakt over het gedrag van een specifiek individu zal al snel enige verplichtingen hebben die ook jegens dat individu gelden. Daar hoeft je overigens geen accountant voor te zijn: zo geldt bijvoorbeeld ook dat advocaten onder omstandig-

heden hoor en wederhoor moeten toepassen.⁴⁵ Dat komt denk ik meer voort uit het soort onderzoek dan uit de specifieke hoedanigheid van de onderzoeker,⁴⁶ hoewel aan accountants gegeven hun maatschappelijk rol in ieder geval hoge zorgvuldigheidseisen gesteld mogen worden.

Wat je in deze casus ook ziet is dat het niet in dispuut is of er wederhoor moest worden toegepast; dat vond iedereen, de Accountant zelf ook. Het gaat vooral om de manier waarop dat is gebeurd en de vraag of de betrokkene van die mogelijkheid voldoende gebruik heeft kunnen of willen maken.⁴⁷ Het oordeel van het Hof dat in dat proces gebreken zitten is zelfstandig ook niet genoeg voor aansprakelijkheid. Van belang is dat het Hof ook oordeelt dat het Rapport als geheel onnodig negatief is. Zonder dat laatste oordeel zou het niet toepassen van wederhoor op zich niet tot aansprakelijkheid kunnen leiden: als het Rapport inhoudelijk juist zou zijn zou een tekortkoming in de totstandkoming daarvan immers niet ter zake doen. Het is immers het Rapport dat al dan niet schade toebrengt en de civielrechtelijk relevante norm lijkt me ook dat je geen onjuist rapport mag uitbrengen.⁴⁸

Wanneer is de accountant dan aansprakelijk jegens het onderzoeksobject? De vraag of er in een concreet geval sprake is van een zorgplicht en of die dan is geschonden hangt af van de omstandigheden. In *Vie d'Or*⁴⁹ heeft de Hoge Raad daartoe een omstandighedencatalogus⁵⁰ aangelegd voor de vraag of een accountant jegens een derde aansprakelijk is.⁵¹ Ik beoog dat arrest hier niet te bespreken,⁵² maar het valt op dat het Hof noch de Hoge Raad een dergelijke benadering hier hanteren.⁵³ De omstandighedencatalogus zou bij een persoonsgericht onderzoek waarschijnlijk niet dezelfde zijn als bij de controle van een jaarrekening. Wat evenwel opvalt is dat de

40 In de conclusie van A-G De Bock is er wel aandacht voor (randnummer 3.15) maar het komt verder niet terug. Wat mis lijkt te gaan is dat men zich onvoldoende heeft gerealiseerd dat de leidende bepaling art. 11 lid 1 GBR is en dat de Gedragsrichtlijn daaraan (mede) invulling gaf.

41 Zie de hierboven al aangehaalde uitspraak Cbb 18 augustus 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ7058, r.o. 4.3.

42 Accountantskamer 8 juli 2013, 12/2152 Wtra AK r.o. 4.10.4. Het ging hier specifiek over wie wat had gezegd: denkbaar is dat een terughoudender woordkeuze een andere uitkomst had gebracht.

43 Rechtbank Midden-Nederland 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5298, r.o. 4.12. De uitspraak illustreert meer in het algemeen dat de civiele rechter soms sterk afwijkt van de tuchtrechter.

44 *NJ* 2019/390 in paragraaf 2.

45 Raad van Discipline Amsterdam 18 december 2017 (17-777/A/A/D).

46 Voor een onderzoeksbureau: Rechtbank Midden-Nederland 22 augustus 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:4748, r.o. 6.3 (niet specifiek voor hoor en wederhoor).

47 Ik laat hier in het midden of de Accountant te weinig gelegenheid bood, de Directeur meer had kunnen doen of dat de waarheid in het midden ligt.

48 Een accountant die ten onrechte een verklaring afgeeft bij een correcte jaarrekening zal niet snel aansprakelijk zijn. Zie J.F. Garvelink, 'De toetsing van financiële verslaggeving in het jaarrekeningenrecht en het tuchtrecht', in: prof. mr. dr. P.M. van Zanden RA e.a., *Vereniging Jaarrekeningenrecht: Bundel 2014-2015*, Den Haag: Bju 2015, p. 113 en J.E. Brink-van der Meer 'Fouten in de jaarrekening en de externe accountant' *Tvj* 2018/6, p. 154, par. 5.2.

49 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080, r.o. 5.4.2.

50 Het gaat om een niet-limitatieve lijst: de te toetsen omstandigheden zullen mede samenhangen met de specifieke casus.

51 Besproken in J.E. Brink-van der Meer, *Accountantsaansprakelijkheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 234.

52 Zie daarvoor: H.J. Blaisse, 'De reikwijdte van de derdenaansprakelijkheid van de accountant, het grijze gebied tussen altijd en nooit', *Ondernemingsrecht* 2013/3.

53 Bedenk daarbij dat dat voor de Hoge Raad in *Vie d'Or* aanleiding was het arrest van het Hof te vernietigen (r.o. 5.4.6 van het arrest lijkt soms wat vergeten te worden).

Accountant wel degelijk te toetsen omstandigheden heeft genoemd maar dat die door het Hof en de A-G⁵⁴ als niet relevant zijn bestempeld en de HR die kennelijk afdoet met een beroep op art. 81 RO.

Ik noem wat voorbeelden. Uit *Vie d'Or* volgt dat zaken als de ernst van de normschending (er is hier wel wederhoor geweest maar die was gebrekkig), welke informatie er is verschaft (heeft de Accountant erop gewezen dat er mogelijk informatie ontbrak) en de voorzienbaarheid⁵⁵ van schade gewogen worden om te kunnen beoordelen of er sprake is van een schending van een zorgplicht. Een dergelijke weging ontbreekt hier.⁵⁶ Ik denk ook hier niet dat Hof of Hoge Raad een koerswijziging beoogt, maar juist lijkt het me niet.

Ook het eigen gedrag van de betrokkene lijkt bij zaken als de onderhavige een factor als het gaat om de vraag of een zorgplicht is geschonden. Als de betrokkene medewerking weigerde zal de Accountant jegens die betrokkene niet snel een zorgplicht schenden door geen wederhoor toe te passen. De vraag of een zorgplicht is geschonden zou in mijn ogen ook heel anders moeten worden beantwoord als het gaat om een fraudeur en een rapport met kleine onvolkomenheden, dan wanneer het gaat om een onschuldige en een rapport waarin een volstrekt verkeerd beeld wordt geschetst. In de andere *Vie d'Or* zaak (waar de curator de accountant aansprak)⁵⁷ werd de vordering bijvoorbeeld door het Hof afgewezen omdat de onderneming zelf boter op het hoofd had.⁵⁸ Hoe die afweging hier zou uitvallen weet ik niet maar ik mis hem wel.

3.3 *Schadestaat*

Dat een aantal vragen nog onbesproken blijft zal wellicht samenhangen met het feit dat wordt verwezen naar de schadestaat. In die schadestaat blijft na al dit procederen over dat sprake is van een 'mogelijk niet geheel juist rapport' (Hof) en dat er een zorgplicht is geschonden. Dat is niet veel: de rechter moet in de schadestaatprocedure bijna van nul af aan beginnen en de vraag beantwoorden hoe fout het Rapport nu precies was, of de rechter erdoor is misleid en verkeerd heeft beslist etcetera.

Verwijzing naar de schadestaat brengt bovendien een onnatuurlijke splitsing van (feitelijke) vraagstukken mee. Onderwerpen die in het kader van de zorgplicht een rol zouden moeten spelen (zie de bespreking van *Vie d'Or* hierboven) worden naar achteren geschoven. Daardoor

ontstaat een onvoldragen debat. Van een onvoldragen debat krijg je onvoldragen uitspraken.

Ik zie ook overigens vooral nadelen aan het uitstellen van een debat dat gewoon gevoerd had kunnen worden. Essentiële vragen zoals die naar het causaal verband, worden zo op de lange baan geschoven. Dat is van belang omdat alle mij bekende zaken over onjuiste onderzoeken juist daarop zijn gesneuveld.⁵⁹ Wie het arrest van het Hof leest kan zich niet aan de indruk onttrekken dat de Directeur hier, ook als alle kritiek op het Rapport terecht is, het nodige uit te leggen houdt. Hier is het ontslag bovendien in twee instanties door de rechter getoetst. De Directeur zal dus moeten aantonen dat de rechter de verkeerde beslissing heeft genomen en dat dat de schuld is van een derde (de Accountant) die geen partij in die procedure was. Zeker in een rechtssysteem waar de rechter zelf deugdelijk feitenonderzoek moet doen en de Directeur bovendien alle gelegenheid had zijn standpunt toe te lichten lijkt me dat vrijwel ondenkbaar. De in het begin van deze noot geciteerde slotoverweging van het Gerecht, dat van diezelfde gedachte uit lijkt te gaan, is in het verloop van de procedure uit beeld geraakt. Dat is op zijn minst inefficiënt.

3.4 *Slot*

Dat de Hoge Raad ervan uitgaat dat het toepassen van (weder)hoor ook een verplichting kan zijn ten opzichte van het onderzochte individu is niet opzienbarend, ook al steunt de motivering hier niet op de juiste regelgeving. Dat bij het beantwoorden van de vraag of in dit concrete geval een zorgplicht is geschonden niet de juiste toets wordt aangelegd is zorgelijker. Datzelfde geldt voor het feit dat beide partijen na jaren procederen nog heel veel vraagstukken onbeantwoord zien.

Mr. drs. J.F. Garvelink

54 Conclusie A-G 3.25 en 3.26.

55 De A-G gaat hier in 3.58 in mijn opvatting te kort door de bocht nu in *Vie d'Or* voorzienbaarheid expliciet als te toetsen element is genoemd.

56 Overigens volgt uit het Arrest niet dat de Hoge Raad *Vie d'Or* loslaat (misschien is het niet aangevoerd).

57 Hof Den Haag 27 mei 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AP0151.

58 Niet vanwege eigen schuld, maar vanwege het ontbreken van een zorgplicht.

59 Recente voorbeelden: Rechtbank Midden-Nederland 22 augustus 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:4748, r.o. 6.8 e.v. en Hof Arnhem-Leeuwarden 20 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1706, r.o. 4.6.