

# Noot bij HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2452

Mr. F.T. Serraris

*In zijn arrest van 22 september 2017 onderstreept de Hoge Raad dat indien de civiele rechter in beroepsaansprakelijkheidszaken afwijkt van het oordeel van de tuchtrechter, hij dit oordeel voldoende begrijpelijk dient te motiveren. De auteur bespreekt dit arrest en – meer in het algemeen – de verhouding tussen tucht- en civielrechtelijke uitspraken.*

## 1 Inleiding

In een beknopt arrest van 22 september 2017 corrigeert de Hoge Raad het Gerechtshof Den Haag ter zake de beroepsaansprakelijkheid van een accountant. Volgens de Hoge Raad heeft het hof onvoldoende begrijpelijk uitgelegd dat, hoewel de accountant eerder tuchtrechtelijk op de vingers was getikt, de accountant toch niet civielrechtelijk aansprakelijk is. Ik zal hieronder toelichten dat het hof inderdaad niet (voldoende zichtbaar) de juiste maatstaf heeft toegepast, maar dat zijn overall oordeel wel te begrijpen is.

## 2 Achtergrond

De casus is als volgt en ontleen ik aan de samenvatting uit de – gevolgde – conclusie van A-G Hartlief.<sup>1</sup> De vennootschap van eiser hield zich bezig met de import van bloemen uit (onder meer) Kenia. De bloemenimporteur heeft samen met een partner in Kenia een joint venture opgericht teneinde zelf bloemen te gaan kweken. In 2006 is overeengekomen de ondernemingsfinanciering van beide vennootschappen om te zetten in aandelenkapitaal. Tegen de achtergrond van onenigheid tussen de bloemenimporteur en zijn jointventurepartner zijn partijen in 2009 een overname van de aandelen van de jointventurepartner door de bloemenimporteur overeengekomen. Bij het aantrekken van financiering voor deze transactie is door de bloemenimporteur een financieel adviseur betrokken, die echter op verschillende momenten een valse voorstelling van zaken blijkt te hebben gegeven door niet-bestaande financiers voor te dragen en e-mails te vervalsen. Uiteindelijk is geen financiering verkregen en is de bloemenimporteur failliet gegaan. Ook is een ten behoeve van de transactie uit de privémiddelen gedane aanbetaling van EUR 240.000 niet terugbetaald.

De directeur van de bloemenimporteur verwijt de accountant – die het gehele traject betrokken is geweest – kort gezegd dat hij onzorgvuldig heeft geadviseerd, met name omdat hij niet voldoende kritisch tegenover de financieel adviseur zou hebben gestaan.<sup>2</sup> Ook wordt, in het verlengde daarvan, de accountant verweten dat hij onvoldoende heeft gewaarschuwd voor bepaalde risico's. De directeur vordert onder meer veroordeling van de accountant en zijn kantoor tot betaling van EUR 240.000 (de aanbetaling) en schadevergoeding op te maken bij staat.

## 3 Uitspraak Accountantskamer

Eerder had de directeur al een tuchtklacht ingediend tegen de accountant bij de Accountantskamer. In die zaak verweet de directeur de accountant dat hij in zijn rol als adviseur onvoldoende kritisch en deskundig is geweest door geen nader onderzoek te doen naar de financieel adviseur (die zou helpen bij het aantrekken van financiering) en de door die adviseur voorgestelde (niet-bestaande) financiers. De directeur verweet de accountant voorts in zijn rol als adviseur van de bloemenimporteur aangaande (het oplossen van) het conflict met de jointventurepartner onzorgvuldig en onvoldoende objectief te zijn geweest.<sup>3</sup> De Accountantskamer oordeelde dat de accountant – gezien zijn nadrukkelijk adviserende rol en het feit dat hij op de hoogte was van het (dubieuze) zakelijke verleden van de financieel adviseur – op geen enkele wijze ervan blij had gegeven met een kritische blik te kijken naar hetgeen de financieel adviseur presenteerde. Anderzijds oordeelde de Accountantskamer dat (1) de klagende directeur destijds zelf de financieel adviseur heeft voorgedragen en hem per 1 januari 2010 ook heeft aangesteld als vaste adviseur van zijn vennootschap (de bloemenimporteur) voor het zoeken van financiers voor de overname van de aandelen van zijn jointventurepartner, en (2) de directeur, alsmede zijn andere adviseurs, zelf ook een kritischer houding ten opzichte van de financieel adviseur had moeten innemen.<sup>4</sup> De Accountantskamer legde de accountant de maatregel van waarschuwing op.<sup>5</sup>

Kortom, de financieel adviseur bleek een oplichter en iedereen is erin getrapt. De directeur kan dat zichzelf aanrekenen, maar ook de accountant had kritischer moeten zijn. De Accountantskamer baseert dat oordeel op onder andere de volgende omstandigheden:<sup>6</sup>

- De accountant was op de hoogte van het (dubieuze) zakelijk verleden van de financieel adviseur.
- De accountant had een nadrukkelijke rol als adviseur bij het oplossen van het conflict tussen de bloemenimporteur en de jointventurepartner, zodat hij ook daarom niet zonder meer mocht uitgaan van de juistheid van de handelwijze van de financieel adviseur.
- De financieel adviseur gebruikte onprofessioneel en onbetamelijk taalgebruik in een e-mail, die bovendien de reactie vormde op het verzoek van de bank om meer informatie over de door de financieel adviseur voorgestelde financier.
- E-mails van (beweerdelijk) investeringsbank FMO, die door de financieel adviseur was aangedragen als financier, waren duidelijk gemanipuleerd. Zo is in een gefingeerde e-mail van FMO in een andere kleur het woord 'senior' toegevoegd aan de elektronische handtekening, terwijl de handtekening verder onveranderd was ten opzichte van die van een andere (wel bestaande) persoon van FMO. Verder waren in de gefingeerde e-mails smileys gebruikt en onwaarschijnlijk korte doorlooptijden toegezegd.

#### **4 Zorgplicht; arrest hof in verhouding tot uitspraak Accountantskamer**

In de navolgende procedures bij rechtbank<sup>7</sup> en hof vangt de directeur echter bot. Het hof overweegt dat geen sprake is van onrechtmatig handelen door de accountant en dat de door de directeur gestelde schade niet als een gevolg van een eventuele tekortkoming aan de accountant kan worden toegerekend. Daarbij is voor het hof doorslaggevend dat:<sup>8</sup>

- de financieel adviseur niet door de accountant is geïntroduceerd, maar zichzelf bij de directeur heeft gemeld;
- de financieel adviseur rechtstreeks van de bloemenimporteur een managementfee ontving voor zijn werkzaamheden van EUR 10.000 per maand;
- niemand, ook een ervaren zakenman als de directeur zelf niet, ooit enige argwaan jegens de financieel adviseur heeft gekoesterd;
- de financieel adviseur kennelijk erg overtuigend overkwam en hij bij zijn handelingen gebruik heeft gemaakt van listige kunstgrepen om de waarheid te verbloemen;
- niet is komen vast te staan dat álle door de financieel adviseur aangedragen potentiële financiers zonder uitzondering verzonnen waren; en
- de accountant geen bijzondere expertise had op het gebied van de beoordeling van de betrouwbaarheid van potentiële adviseurs.

Deze twee op het eerste gezicht afwijkende oordelen van de Accountantskamer enerzijds en rechtbank en hof anderzijds kunnen op zichzelf goed naast elkaar bestaan. De tuchtrechter oordeelt uitsluitend over het handelen van de professional, waarbij de materiële tuchtrechtelijke toets (zijn er gedrags- en beroepsregels geschonden?) kan verschillen van de civielrechtelijke toets (redelijk handelend en redelijk bekwaam professional). De tuchtrechter oordeelt bovendien niet over factoren als relativiteit, schade, causaal verband en eigen schuld, die voor het vaststellen van de schadevergoedingsplicht in een civiele procedure wel van belang zijn. Ook het feitenonderzoek is bij de civiele rechter grondiger en met meer waarborgen omgeven. Zodoende neemt de Hoge Raad als uitgangspunt dat aan het oordeel van de tuchtrechter dat is gehandeld in strijd met de voor het desbetreffende beroep geldende normen en regels, niet zonder meer de gevolgtrekking kan worden verbonden dat de betrokkene civielrechtelijk aansprakelijk is wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm. Indien de civiele 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.<sup>9</sup>

Dat laatste heeft het hof volgens de Hoge Raad onvoldoende gedaan. De door het hof genoemde omstandigheden (zoals hierboven samengevat) maken niet begrijpelijk waarom de gevorderde schade in de verhouding tussen de directeur en de accountant niet aan die laatste is toe te rekenen. Het hof had moeten beoordelen of de accountant in de gegeven omstandigheden voor de financieel adviseur had moeten waarschuwen, en wat de gevolgen van die waarschuwing dan zouden zijn geweest. Daarbij speelt volgens de Hoge Raad een rol dat de accountant kennelijk op de hoogte was van het dubieuze verleden van de financieel adviseur, en het hof heeft overwogen dat de gemaakte kosten mogelijk (deels) zouden zijn voorkomen als tijdig zou zijn ontdekt dat de financieel adviseur niet deugde.<sup>10</sup>

Dat de Hoge Raad de motivering van het hof niet accepteert, is op zichzelf begrijpelijk. Het hof lijkt zijn oordeel in de sleutel van de redelijke toerekening te plaatsen, veronderstellende dat de accountant onvoldoende kritisch was. Het hof hanteert argumenten in het kader van de zorgplicht enerzijds en de toerekening anderzijds door elkaar. Na een weging van de omstandigheden concludeert het hof dan vervolgens toch dat de accountant geen beroepsfout

heeft gemaakt en dus – zo is de suggestie – voldoende kritisch is geweest. Die redenering wringt. Dat maakt overigens nog niet dat de afzonderlijke elementen die het hof noemt niet wel degelijk relevant kunnen zijn.

In die zin is het goed denkbaar dat het opvolgend hof (Amsterdam) zich in het eindoordeel van het Gerechtshof Den Haag kan vinden dat het niet de taak of de deskundigheid van de accountant is om medeadviseurs te ontmaskeren als oplichters. De accountant dient conform zijn beroepsregels professioneel kritisch te zijn, maar in geen van de rollen die de accountant kan aannemen (adviseur, samenstellend accountant, controlerend accountant), is hij op basis van zijn beroepsregels de eerst aangewezen om een fraudegeval te ontdekken. Zelfs in de meest verstrekkende rol, als controlerend accountant waarbij hij door middel van een controleverklaring een oordeel geeft over de getrouwheid van de jaarrekening, is op grond van de beroepsregels en vaste tuchtrechtjurisprudentie niet de accountant, maar de leiding van de vennootschap zelf de eerst verantwoordelijke voor het voorkomen en ontdekken van fraude.<sup>11</sup> De accountant was natuurlijk ook veel minder rechtstreeks betrokken bij de onderneming dan de directeur zelf, en had veel minder rechtstreeks contact met de financieel adviseur. Op die manier zou de vordering alsnog op de zorgplicht kunnen stranden.<sup>12</sup>

## 5 Schade en causaal verband

Als wel een zorgplichtschending zou worden aangenomen, is vervolgens de vraag of dit heeft geleid tot schade, en zo ja, waar deze dan dient te vallen. Rechtbank en hof hebben ervoor gekozen de gestelde schade niet te verplaatsen en bij de directeur (dan wel zijn onderneming) te laten. Daarbij zal zeker een rol hebben gespeeld dat het toewijzen van schadevergoeding vaak ‘alles of niets’ is; het hof vond alles toerekenen aan de accountant kennelijk te gortig, en daar valt iets voor te zeggen. Uiteraard zou dat praktisch kunnen worden opgelost met het aannemen van een zekere mate van eigen schuld, maar dan dient alsnog eerst ‘volledig’ causaal verband te worden aangenomen. Dat is dogmatisch niet bevredigend. Misschien wel daarom sorteert A-G Hartlief er in zijn conclusie alvast op voor dat er ook tussenwegen mogelijk zijn door toepassing van het leerstuk proportionele aansprakelijkheid of verlies van een kans (dat laatste ligt wat hem betreft dan het meest voor de hand).<sup>13</sup>

De enige concreet gevorderde schadepost die ik kan opmaken uit de stukken is de aanbetsaling van EUR 240.000, die de directeur heeft gedaan om de resterende aandelen in de joint venture over te nemen en die hij, toen de deal klapte, niet heeft teruggekregen.<sup>14</sup> Deze gang van zaken houdt geen rechtstreeks verband met het door de Accountantskamer gesanctioneerde handelen van de accountant ten aanzien van de financieel adviseur. Ook indien het nieuwe hof een zorgplichtschending zou aannemen, kan die schadepost dus niet zonder meer worden toegewezen. Causaal verband (zowel *condicio sine qua non* als redelijke toerekening ex art. 6:98 van het Burgerlijk Wetboek (BW)) is dan problematisch. Daar is mogelijk ook nog een taak weggelegd voor de directeur: als hij de tuchtuitspraak optimaal wil benutten in het kader van zijn civiele claim, zal hij concreet moeten maken welke schadelijke gevolgen het gesanctioneerde handelen allemaal heeft gehad.

Bij de beantwoording van de causaliteitsvraag is van belang wanneer – in welke fase van de betrokkenheid van de financieel adviseur – de accountant de financieel adviseur had moeten ontmaskeren, en waarom. Als dat punt is bepaald, kunnen mogelijk de nadien door de accountant en/of de financieel adviseur gemaakte kosten (deels) in aanmerking komen voor vergoeding wegens voldoende causaal verband (*condicio sine qua non*).<sup>15</sup> De vraag is

vervolgens echter of deze kosten ook de toerekeningstoets van artikel [6:98](#) BW kunnen doorstaan. Dat wordt voor de directeur nog een hele klus, gezien:

1. de aard van de overtreden norm: in casu is geen sprake van schending van een verkeers- of andere veiligheidsnorm;
2. de aard van de schade: het betreft zuivere vermogensschade;
3. de voorzienbaarheid van de schade: de vraag is dan hoe evident de oplichting was, hierover later meer; en
4. de aard van de gedraging: er is geen sprake van (grove) schuld, veeleer van onoplettendheid/naïviteit.

Voor zover ook de hobbel van de redelijke toerekening wordt genomen, dient uiteraard nog te worden beoordeeld in hoeverre de schade is te wijten aan eigen schuld van de directeur (art. [6:101](#) BW). Een belangrijk percentage eigen schuld lijkt hier onvermijdelijk.

Het enkele gegeven dat – zoals de Hoge Raad ook memoreert – het hof heeft overwogen dat de gemaakte kosten mogelijk (deels) zouden zijn voorkomen als de financieel adviseur eerder was ontmaskerd als oplichter, beperkt zich tot het *condicio sine qua non*-verband. Dat is in veel gevallen wel te construeren, maar ziet niet op het toerekeningsaspect. In zoverre is die overweging van de Hoge Raad dus zonder veel belang. Uiteraard lopen de kosten verder op als iedereen de financieel adviseur blijft volgen in zijn bedrog. Het hof oordeelt nu juist dat omdat niemand argwaan had, de schade niet aan de accountant kan worden toegerekend. Waarom had de accountant wel moeten doorzien wat kennelijk voor iedereen verhuld was? Waarom zou (alleen) de accountant dan de schade moeten dragen? Die vragen blijven overeind; de Hoge Raad geeft daar geen richting of antwoord.

## 6 Overige observaties aangaande de betrokken omstandigheden

In de weging van de omstandigheden is voorts opvallend dat de Accountantskamer het heeft over ‘duidelijke manipulaties’ (en dat toelicht aan de hand van de e-mails), en het hof het heeft over ‘listige kunstgrepen’ (zonder hiervan voorbeelden te geven). Het is mij op basis van de uitspraken niet duidelijk hoe opzichtig de oplichting was. Het feit dat er smileys in e-mails werden gebruikt, is – wat je er verder ook van vindt – ook in de zakelijke dienstverlening zo gewoon geworden dat je daar bezwaarlijk iets omtrent de authenticiteit van de e-mails uit kunt afleiden. Zoals bij elke ontmaskerde oplichting ligt *hindsight bias* op de loer. Bij elke doorzichtigheidsgraad van de oplichting geldt hoe dan ook: iedereen is er destijds in getrap. In dat licht acht ik het niet onbegrijpelijk dat het hof ervoor heeft gekozen de ervaren ondernemer zelf de schade te laten dragen.

Daarbij is nog interessant de omstandigheid dat de accountant kennelijk op de hoogte was van het (dubieuze) zakelijk verleden van de financieel adviseur, waaraan de Hoge Raad – overeenkomstig de Accountantskamer – de nodige waarde lijkt te hechten. Het interessante hieraan is dat de accountant dit zelf ter zitting bij de Accountantskamer naar voren heeft gebracht.<sup>16</sup> Het is onduidelijk waarom de accountant dit relevant achtte in zijn verdediging. Wellicht heeft de accountant er iets anders mee bedoeld dan zoals het door de Accountantskamer en de Hoge Raad is opgevat. Die omstandigheid zal in het vervolg van de procedure moeten worden uitgediept, want geen van de mij bekende uitspraken is hier duidelijk over.

## 7 Ten slotte

Het is opvallend dat het hof niet (zichtbaar) heeft getoetst aan de vaste rechtspraak van de Hoge Raad omtrent de verhouding tussen tucht- en civielrechtelijke uitspraken. Ook in die zin bevreedt de cassatie niet. Het hof noemt de uitspraak van de Accountantskamer wel, maar weegt de daarin opgenomen beoordeling wellicht onvoldoende af tegen de omstandigheden die het bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag relevant acht. Dat is slordig en zal door het Gerechtshof Amsterdam zeker worden rechtgezet.

Het neemt niet weg dat, met (zichtbare) toepassing van de juiste maatstaf, een veroordeling door de tuchtrechter en een afwijzing door de civiele rechter goed naast elkaar kunnen bestaan. Zie bijvoorbeeld een recente uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland, waarin – onder uitdrukkelijke verwijzing naar de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad – een onderzoek waarvoor een accountant eerder de (zwaardere) tuchtrechtelijke maatregel van berisping kreeg, door de rechtbank niet als onzorgvuldig is bestempeld, en de claim derhalve is afgewezen.<sup>17</sup>

Een ander voorbeeld is het recent gepubliceerde vonnis van de Rechtbank Noord-Holland van 26 april 2017.<sup>18</sup> De Accountantskamer oordeelde daar dat een controlerend accountant nader onderzoek had moeten doen omdat hij wist van de gebrekkige administratieve organisatie en interne beheersing bij zijn controlecliënt. De Accountantskamer verklaarde de klacht aldus gegrond en legde de accountant de maatregel van waarschuwing op. De rechtbank wees de civiele vorderingen evenwel af, omdat de controlecliënt geen opvolging had gegeven aan herhaalde adviezen van de accountant ter zake. De uitspraak van de Accountantskamer deed daar volgens de rechtbank niet aan af, omdat hieruit niet zou volgen dat de accountant naar civielrechtelijke maatstaven onvoldoende zorgvuldigheid had betracht. In het licht van onderhavige uitspraak van de Hoge Raad lijkt dat wat kort door de bocht en is het zeer de vraag of deze motivering wel afdoende is.

In de praktijk zal een eiser – ook na een tuchtrechtelijke veroordeling van de professional – zich derhalve ervan bewust moeten zijn dat (1) de tuchtrechter en de civiele rechter een andere toets hanteren en (2) een tuchtrechtelijke veroordeling niets hoeft te zeggen over de vraag of de professional de eiser schade heeft berokkend. De civiele rechter zal op zijn beurt – bij voorkeur onder verwijzing naar de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad – deugdelijk moeten motiveren waarom hij een claim afwijst na een gegronde tuchtklacht.

## Noten

**1** A-G Hartlief 12 mei 2017, [ECLI:NL:PHR:2017:430](#).

**2** Er zijn ook andere verwijten gemaakt, maar die spelen in cassatie geen rol meer. Ik beperk me dus tot de verhouding tot de financieel adviseur.

**3** Accountantskamer 21 december 2012, 12/633Wtra AK, overweging 3.1.

**4** Overweging 4.7 uitspraak Accountantskamer.

**5** De waarschuwing is een relatief lichte maatregel, onder berisping, schorsing en schrapping. Een waarschuwing betekent niet zozeer dat de accountant onzorgvuldig heeft gehandeld, eerder dat hij voortaan meer zorgvuldigheid zou moeten betrachten.

**6** Overweging 4.5.3-4.5.4 uitspraak Accountantskamer.

**7** Deze uitspraak is niet gepubliceerd.

**8** Hof Den Haag 29 maart 2016, [ECLI:NL:GHDHA:2016:725](#), overweging 8.

**9** Overweging 3.3.2 arrest Hoge Raad, onder verwijzing naar HR 3 april 2015, [ECLI:NL:HR:2015:831](#), NJ 2015/479 en HR 12 juli 2002, [ECLI:NL:HR:2002:AE1532](#), NJ 2003/151.

**10** Overweging 3.3.3 arrest Hoge Raad.

**11** NS COS 240.4, en bijv. CBb 29 januari 2013, [ECLI:NL:CBB:2013:BZ4110](#), r.o. 3.4.

**12** Daarbij komt dat de tuchtrechtelijke (lichte) maatregel van waarschuwing (zoals in casu opgelegd) veeleer betekent dat de accountant het de volgende keer anders (beter) moet doen, maar geen uitsluitel geeft over of er civielrechtelijk een verplichting tot het vergoeden van enige vermogensschade bestaat.

**13** Overweging 3.38 conclusie A-G.

**14** Het eindvonnis van de Rechtbank Rotterdam van 25 maart 2015 is niet gepubliceerd, zodat ik me ter zake baseer op de conclusie van de A-G (overweging 2.1). Voor het overige heeft de directeur verwijzing naar de schadestaatprocedure gevorderd.

**15** Zie ook de overweging (8) van het hof dat '[i]ndien tijdig zou zijn ontdekt dat [P] niet deugde, de door [geïntimeerde sub 2] gemaakte kosten mogelijk (deels) [zouden] zijn voorkomen'.

**16** Overweging 4.5.4 uitspraak Accountantskamer.

**17** Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2017, [ECLI:NL:RBMNE:2017:5298](#), r.o. 4.5 en 4.6.

**18** Rb. Noord-Holland 26 april 2017, [ECLI:NL:RBNHO:2017:2994](#), r.o. 4.6-4.9.