

Accountant en aansprakelijkheid

Mr. T. van Wijngaarden

1 Inleiding

Het is al weer ruim 10 jaar geleden (eind 1989) dat de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam¹ tot een niets verhullend oordeel kwam in de toentertijd geruchtmakende enquêteprocedure over Verenigde Bedrijven Bredero N.V. (Bredero):

'Samenvattend moet worden geoordeeld dat het aldus desbewust versluieren van de werkelijke stand van zaken met betrekking tot het belangrijk negatieve resultaat van de eigenlijke bedrijfsvoering in de hiervoor weergegeven omstandigheden zo ernstig is te achten dat dit als strijdig met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap wanbeleid van de vennootschap oplevert.'

Vooraf een drietal punten lag ten gronde aan het oordeel van de Ondernemingskamer:

- de bedoeling van de ondernemingsleiding van Bredero om tegenover de gebruikers van haar jaarrekeningen te verhullen dat de eigenlijke bedrijfsactiviteiten (zwaar) verliesgevend waren; in de toelichting bij de jaarrekening waren ontoereikende mededelingen opgenomen over de mate waarin buitengewone (incidentele) baten de aanmerkelijke verliezen hebben kunnen versluieren, terwijl deze mededelingen door vaagheid ernstig misleidend waren; sturing van het resultaat van de onderneming van Bredero onder het mom van winstegalisa-tie, terwijl deze winstegalisa-tie in werkelijkheid betrof het maken van 'concernpotten' zonder enig verband met de risico's waarvoor zij werden getroffen. Een dergelijke sturing van het resultaat werd op zich al strijdig

geacht met het vereiste van behoorlijk inzicht in het resultaat.

De Ondernemingskamer overwoog nadrukkelijk dat aan het oordeel niet afdoet:

'... dat de accountant van de vennootschap de jaarrekeningen zonder voorbehoud heeft goedgekeurd, aangezien een dergelijke 'scho-ne' accountantsverklaring de eigen verant-woordelijkheid van de vennootschap voor de juistheid van de jaarrekening niet wegneemt.'

Het blijkt dus mogelijk te zijn dat een jaarrekening (ernstig) misleidend is terwijl er een goedkeurende accountantsverklaring aan is toegevoegd. Er past echter geen goedkeurende verklaring bij een misleidende jaarrekening. De controlerende taak van de accountant (in dit artikel versta ik daaronder zowel de registerac-countant als de accountants-administratieconsu-lent) beoogt nu juist een misleidende voorstelling van zaken in de jaarrekening te voorkomen. Een oordeel zoals in de Bredero-enquête brengt dan ook twijfels met zich omtrent de wijze waarop de accountant zich van zijn controletaak heeft gekweten. Een enquêteprocedure strekt zich echter niet uit tot de vaststelling van persoonlijke aansprakelijkheid, dus ook niet tot de eventuele persoonlijke aansprakelijkheid van de accountant. Daarover moet apart worden geprocedeerd.

Vanaf het begin van de jaren negentig is de rol

Mr. T. van Wijngaarden is werkzaam als advocaat. Hij is partner bij het advocaten- en notarissenkantoor Stibbe Simont Monahan Duhot te Amsterdam. Zijn specialisme is het jaarrekeningenrecht en hij begeleidt kapitaalmarkt- en venture capital-transacties.

van de accountant in aansprakelijkheidskwesties toegenomen. De algemene tendens is nog steeds een toename van het aantal claims tegen accountants wegens – al dan niet vermeende – beroepsfouten. De berichtgeving in de (financiële) dagbladen in 1999 geeft daarvan in ruime mate blijk. De ratio van het instellen van aansprakelijkheidsclaims tegen accountants blijft niettemin onveranderd. Een accountant heeft door middel van zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering *deep pockets* en is daarom een gewild aansprakelijkheidsobject. Is de aansprakelijkheid voor beroepsfouten dan wellicht zelf aan verandering onderhevig? In dat opzicht blijkt in de laatste jaren veel minder te zijn gebeurd. Op enkele uitschieters na, waarin aan beroepsbeoefenaren strenge eisen worden gesteld en sneller dan verwacht tot aansprakelijkheid wordt geconcludeerd, is er geen sprake van een algemene verruiming van de aansprakelijkheid voor beroepsfouten (Bolt, 1996, p. 368).

De enkele toename van het aantal claims tegen accountants wegens beroepsfouten noopt mijns inziens wel tot nadere overdenking. In dit artikel worden beschouwd de verschillende aansprakelijkheden waarmee accountants kunnen worden geconfronteerd: strafrechtelijke aansprakelijkheid (hoofdstuk 2), tuchtrechtelijke aansprakelijkheid (hoofdstuk 3) en civielrechtelijke aansprakelijkheid (hoofdstuk 4). Tevens wordt stilgestaan bij het onderscheid tussen aanspraken uit hoofde van toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis en aanspraken op grond van onrechtmatige daad. In hoofdstuk 5 wordt de samenloop van de verschillende soorten aansprakelijkheid belicht, terwijl in hoofdstuk 6 aandacht wordt besteed aan de rol van de accountant bij fraudepreventie. Ten slotte zullen in hoofdstuk 7 enkele afsluitende opmerkingen worden gemaakt.

2 Strafrechtelijke aansprakelijkheid

Algemeen

Het doel van strafbaarstelling van aansprakelijkheid via het strafrecht, te weten handhaving van de rechtsorde en bescherming van de rechtsgemeenschap, is generiek. De normen die in het strafrecht zijn neergelegd, zijn niet specifiek toegesneden op accountants of andere beroepsbeoefenaars, maar hebben algemene gelding. Van

overtreding van de strafrechtelijke normen is pas sprake, indien opzet of schuld in het spel is. De grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid is in vergelijking met het tuchtrecht en het civiele recht beperkt (Tjittes, 1995, p.104).

Normen die meer in het bijzonder toezien op financiële verantwoordingen zijn terug te vinden in een tweetal strafrechtelijke wetten. In de Wet op de economische delicten (WED) zijn strafbaar gesteld overtredingen ten aanzien van de controleplicht en openbaarmaking van financiële verslaggeving. Het Wetboek van Strafrecht (WvS) bevat normen met betrekking tot de inhoud van openbaar gemaakte financiële verslaggeving.

Wet op de economische delicten

Op grond van artikel 1 sub 4° WED worden als economisch delict aangemerkt:

- Het achterwege laten van de op grond van artikel 2:393 lid 1 BW wettelijk verplichte accountantscontrole.
- Het niet of te laat doen van een corrigerende mededeling, indien blijkt dat de jaarrekening na vaststelling in ernstige mate tekort schiet in het geven van het vereiste inzicht (artikel 2:362 lid 6 BW).
- Het overschrijden van de uiterste termijn van dertien maanden voor openbaarmaking van de jaarrekening (artikel 2:394 lid 3 BW).
- Het niet naleven van de eisen met betrekking tot andersoortige openbaarmaking van de jaarrekening (artikel 2:395 BW).

Deze economische delicten zijn overtredingen, waarvoor als strafsancie geldt zes maanden hechtenis en/of een boete van NLG 25.000 (artikel 6 sub 4° WED). Naast deze straffen kunnen bijkomende straffen en maatregelen worden opgelegd. Met name wijs ik op de bijkomende straf van geheel of gedeeltelijk stilleggen van de onderneming van de veroordeelde waar de overtreding is begaan, voor de tijd van ten hoogste een jaar.

- Emissiebedrog ex artikel 47 Wet toezicht effectenverkeer (het oude artikel 335 Wetboek van Strafrecht): het verbod van een ieder om bij uitgifte van effecten te trachten het publiek tot inschrijving te bewegen door het opzettelijk verzwijgen van informatie of voorspiegelen van valse feiten of omstandigheden.

Overtreding van deze verbodsbepaling is een misdrijf, waarvoor een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaar en/of een boete van NLG 25.000 als straf staat. Ook hier kunnen bijkomende straffen en maatregelen worden opgelegd.

Wetboek van Strafrecht

Strafbaar ingevolge het Wetboek van Strafrecht zijn:

- De verspreider van een leugenachtig bericht (artikel 334 WvS), waarbij een gevangenisstraf van twee jaar of een boete van NLG 100.000 kan worden opgelegd.
- Bedrog met balans en winst- en verliesrekening (artikel 336 WvS). Het betreft een opzetdelict op grond waarvan bestuurders of commissarissen kunnen worden veroordeeld tot een jaar gevangenisstraf of betaling van een boete van NLG 100.000.
- Valsheid in geschrifte (225 WvS). Voor dit delict geldt het vereiste dat een derde nadeel moet hebben geleden van het gepleegde delict (het nadeelsvereiste). Zowel de pleger van valsheid in geschrifte als de gebruiker van valse informatie zijn strafbaar. Als maximum sanctie geldt zes jaar gevangenisstraf en/of een boete van NLG 100.000.

Toepassing

Accountants zullen in hun beroepsuitoefening in het bijzonder te maken kunnen krijgen met emissiebedrog en valsheid in geschrifte. Voor beide strafrechtelijke normen zal de accountant bij overtreding als pleger kunnen worden aangemerkt, maar ook als medepleger. Overigens geldt dit evenzeer voor de overige twee strafrechtelijke misdrijven. Voor de genoemde overtredingen is van belang dat artikel 52 WvS bepaalt dat medeplichtigheid aan overtredingen niet strafbaar is.

Bij emissiebedrog kan worden gedacht aan het verstrekken van een onjuiste accountantsverklaring bij financiële informatie opgenomen in een prospectus die wordt uitgegeven door een vennootschap bij uitgifte van effecten (in het kader van een beursgang of andere kapitaalmarkttransacties). En wat te denken van het verstrekken van een goedkeurende accountantsverklaring, hoewel bij de accountant (bijvoorbeeld) wetenschap aanwezig is over het bestaan van een zwartgeldcircuit binnen de vennootschap?

3 Tuchtrechtelijke aansprakelijkheid

Procedure

De beoordeling van beroepsfouten is overgelaten aan de beroepsgroep zelf via de Wet op de Registeraccountants respectievelijk de Wet op de Accountants-Administratieconsulenten. Het tuchtrecht beoogt in het algemeen een goed niveau van beroepsuitoefening en instandhouding van beroepsethiek te waarborgen³. Deze achtergrond, te weten de beteugeling van misstanden in de beroepsgroep, is expliciet in de – hiervoor aangehaalde – wetten opgenomen⁴.

Ingesteld is een tweetal raden van tucht (in Amsterdam en Den Haag) die het tuchtrechtelijk toezicht uitoefenen⁵. Leidraad voor dat toezicht zijn de gedragsregels voor registeraccountants respectievelijk accountants-administratie-consulenten zoals deze zijn vastgelegd in de Verordening Gedrags- en Beroepsregels Registeraccountants 1994 respectievelijk de Verordening Gedrags- en Beroepsregels accountants-administratieconsulenten 1994. Van bezwaren tegen een registeraccountant of accountants-administratieconsulent wordt kennis genomen door de raad van tucht, binnen wiens rayon de betrokkene kantoor houdt of werkzaam is dan wel, indien betrokkene niet (meer) werkzaam is, woonplaats heeft. Het beroep tegen beslissingen van de raden van tucht wordt behandeld door het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag. De instelling van beroep dient plaats te vinden binnen twee maanden na verzending van de aangetekende brief, waarmee de raad van tucht de betrokkene in kennis stelt van haar beslissing.

Leemten

Opvallend in de procedure voor de raden van tucht is dat een reglement ontbreekt. Evenmin lijkt afstemming plaats te vinden tussen de twee raden van tucht over de wijze van procederen. Een voorbeeld hiervan is dat in Den Haag aan klager en betrokkene de mogelijkheid wordt geboden om na indiening van klaagschrift en verweerschrift nogmaals schriftelijk te reageren (in jargon: te repliceren respectievelijk te dupliceren). In Amsterdam wordt deze mogelijkheid niet geboden. Mijns inziens dient het gebrek aan afstemming te worden opgeheven door opstelling

van een uniform, intern procedurereglement. Bij uniforme toetsing van beroepsregels horen uniforme procedureregels.

Daarnaast wijs ik op het verschijnsel in het procesrecht dat de raden van tucht zich bevoegd achten om zelf een dossieronderzoek in te stellen. In elk geval blijkt zelfstandig dossieronderzoek al een zeer lange tijd praktijk te zijn. Dat is merkwaardig omdat een wettelijke basis voor een dergelijk onderzoek ontbreekt. Maar de vermenigvuldiging van de rol van onderzoeker en rechter van twee van de drie leden van het tuchtcollege (te weten de accountantsleden) verhoogt ook het risico van aantasting van beslissingen in hoger beroep. Bovendien: de wettelijke regeling voorziet expliciet in de bevoegdheid van de raad van tucht om deskundigen te benoemen, die – indien gewenst – het dossieronderzoek kunnen doen. Zou het tenslotte niet zo kunnen zijn, dat de tuchtprocedure daarmee wel eens in strijd zou kunnen komen met het beginsel van *fair trial* zoals neergelegd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens?

Voordelen

Bezien vanuit de optiek van de klager biedt een gang naar de tuchtrechter voordelen:

- De aanwezigheid van beroepsbeoefenaren in de raden van tucht brengt deskundigheid ten aanzien van de materie met zich mee, zodat de raden van tucht bij uitstek deskundig zijn om over beroepsfouten te oordelen.
- De tuchtprocedure kan dienen als opstap voor een civielrechtelijke aansprakelijkstelling. De civiele rechter zal in de meeste gevallen betekenis toekennen aan het oordeel van de tuchtrechter, als sprake is van een beroepsfout. Dit neemt niet weg dat de civiele rechter een eigen maatstaf aanlegt en ook moet aanleggen (zie verder hierna onder 5).
- Het initiëren van een tuchtprocedure kan als tactisch drukmiddel worden aangewend om tot een schikking te komen met de betrokken accountant.
- Vrij algemeen is in het procesrecht aanvaard dat voor het instellen van een vordering de eis van het zijn van belanghebbende geldt. Zonder belang geen vordering. Het is echter tot nu toe nog steeds vaste jurisprudentie van de raden van tucht dat die eis in de tuchtrecht-spraak voor registeraccountants en accoun-

tants-administratieconsulenten niet geldt.

- Anders dan in vele andere gerechtelijke procedures biedt de tuchtprocedure geen ruimte voor een kostenveroordeling van de partij die in het ongelijk is gesteld.

De afwezigheid van het vereiste belang en het ontbreken van de mogelijkheid een kostenveroordeling uit te spreken zijn begrijpelijk, indien uitsluitend acht wordt geslagen op de ratio van de tuchtrechtspreek, te weten het waarborgen van een goede beroepsuitoefening. Het opwerpen van een drempel in de vorm van de belanghebbende-eis en kostenveroordeling past daarin niet zonder meer. Er zijn echter wel gevallen bekend waarin betrekkelijk lichtvaardig tot het instellen van een tuchtklacht wordt overgegaan terwijl bovendien enig belang ontbreekt. Een terughoudende toetsing van belang en een (al dan niet gedeeltelijke) kostenveroordeling zouden mijns inziens in schrijnende gevallen uitkomst moeten bieden.

4 Civielrechtelijke aansprakelijkheid

Aansprakelijkheidsclaims kunnen worden ingesteld op basis van twee verschillende grondslagen: toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis (kortweg: wanprestatie) en onrechtmatige daad. Voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm is niet van belang welke grondslag voor aansprakelijkheid wordt ingeroepen⁶. Aan vorderingen op grond van wanprestatie ligt een contractuele verhouding ten gronde. In veel gevallen zal die contractuele verhouding zijn een overeenkomst van opdracht, zoals deze geregeld is in Titel 7 van Boek 7 BW (artikel 400 en verder). Indien een contractuele relatie ontbreekt kan een vordering slechts worden gebaseerd op onrechtmatige daad.

Dit onderscheid is van belang vanwege de verschillende diensten die een (openbaar) accountant verricht:

- *controle-opdracht*: een onderzoek naar de getrouwheid van een jaarrekening, waarbij opdrachtgever en derden als doelgroep gelden; *controle verwante opdrachten*: hieronder vallen beoordelingsopdrachten, samenstellingsopdrachten en opdrachten met specifieke werkzaamheden, waarbij als doelgroep in beginsel slechts de opdrachtgever kwalificeert.

Daarnaast is het onderscheid tussen wanprestatie en onrechtmatige daad van belang in verband

met stelplicht en bewijslast en de mogelijkheid tot exoneration (uitsluiting van aansprakelijkheid).

Wanprestatie

Voor een beoordeling van de vraag of er sprake is van een tekortkoming, is van belang wat de inhoud van de contractuele relatie tussen rechtspersoon (opdrachtgever) en accountant (opdrachtnemer) is. Met andere woorden, waartoe heeft de accountant zich verbonden? Is er sprake van dat de accountant zich heeft verbonden om een bepaald resultaat te bereiken (resultaatsverbintenis) of bestaat slechts een verbintenis voor de accountant om zich voldoende in te spannen (inspanningsverbintenis)? Dit is van belang met het oog op de stelplicht en bewijslast van de tekortkoming. De algemene regel is dat degene die stelt moet bewijzen. Uit een bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid kan een andere verdeling van de bewijslast voortvloeien. In geval van een resultaatsverbintenis behoeft de opdrachtgever slechts te stellen en zo nodig aan te tonen dat het desbetreffende resultaat niet is bereikt (de tekortkoming). De opdrachtnemer zal dan moeten aantonen dat de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend (een beroep op overmacht). Indien sprake is van een inspanningsverbintenis – in de meerderheid van de gevallen zal de aard van de opdracht van de accountant een inspanningsverbintenis zijn – dan dient de opdrachtgever te stellen en aan te tonen dat de opdrachtnemer niet datgene heeft gedaan wat redelijkerwijze van hem mocht worden verwacht. Het mag duidelijk zijn dat die bewijslast over het algemeen zwaarder is.

Artikel 6:74 lid 1 BW bepaalt dat iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar verplicht de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden aangerekend. Hieruit volgt dat de vereisten voor een vordering op basis van wanprestatie zijn:

- *beroepsfout*: maatstaf is de zorgvuldigheid die onder de omstandigheden van het concrete geval van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht (Bolt, 1996, p. 127 en Michiels van Kessenich-Hoogendam, 1995, p. 25). Deze valt uiteen in de algemene bekwaamheid (het

beschikken over de vakkennis en deskundigheid van een vergelijkbaar vakgenoot) en de zorg zoals die van de accountant in het specifieke geval mag worden verwacht. De rechter toetst inhoudelijk en niet marginaal of het handelen c.q. nalaten aan de norm heeft voldaan⁸.

toerekening: de beroepsfout moet verwijtbaar zijn, in die zin dat sprake moet zijn van schuld. Daarnaast kunnen de wet of verkeersopvattingen het risico van de beroepsfout expliciet bij de schuldenaar leggen.

- *causaliteit en schade*: de schuldeiser dient schade te hebben geleden ten gevolge van de beroepsfout.

Indien sprake is van wanprestatie zal dit gevolgen hebben voor de bestaande overeenkomst, omdat de keuze kan worden gemaakt de overeenkomst (geheel dan wel gedeeltelijk) te ontbinden onder terugvordering van eventueel betaald honorarium.

Als eerste voorbeeld van wanprestatie noem ik het niet op adequate wijze verrichten door de accountant van controlewerkzaamheden in het kader van een onderzoek naar de getrouwheid van de jaarrekening, in welk geval de rechtspersoon een vordering op de accountant heeft. In een dergelijk geval moet de accountant bovendien rekening houden met de mogelijkheid dat bestuurders en/of commissarissen van de rechtspersoon op de accountant regres nemen voor aanspraken van de rechtspersoon of derden. Naar mijn mening zouden commissarissen en 'niet-financiële' bestuurders over het algemeen mogen afgaan op het oordeel van de accountant. Ik betwijfel echter of dit ook voor de 'financiële' bestuurder geldt.

Een tweede voorbeeld van wanprestatie zou kunnen zijn het verstrekken van een goedkeurende verklaring bij een niet-getrouwe jaarrekening als gevolg van weergave in de jaarrekening zelf. Op gelijke wijze zou daarbij regresrecht van bestuurders en/of commissarissen kunnen bestaan. Gezien de verantwoordelijkheid van het bestuur voor de jaarrekening lijkt mij een disculpatiemogelijkheid voor hen uitgesloten. Bij commissarissen ligt dit mijns inziens aanzienlijk meer genuanceerd.

Onrechtmatige daad

Van onrechtmatige daad kan (bij wijze van voorbeeld) sprake zijn, in geval de accountant een goedkeurende verklaring verstrekt bij een niet-getrouwe financiële verantwoording, waarbij derden ten gevolge daarvan schade hebben geleden. Het algemeen uitgangspunt is dat de aansprakelijkheid voor een beroepsfout wordt beoordeeld aan de hand van de regels van het algemene aansprakelijkheidsrecht. Er gelden geen speciale criteria. De vereisten voor onrechtmatige daad zijn terug te vinden in artikel 6:162 BW:

- *onrechtmatig handelen c.g. nalaten*: de beroepsfout dient in strijd te zijn met de maatschappelijke zorgvuldigheid die in acht moet worden genomen. Ook hier is maatstaf de zorgvuldigheid die onder de omstandigheden van het concrete geval van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgeenoot mag worden verwacht.
- *toerekening*: de beroepsfout moet zijn toe te rekenen op basis van schuld, wet of verkeersopvattingen.
causaliteit: er dient een oorzakelijk verband te zijn tussen de beroepsfout en de geleden schade (*conditio sine qua non*-vereiste). In het algemeen geldt dat hoe duidelijker de beroepsfout is, hoe minder eisen worden gesteld aan causaal verband. Over het oorzakelijk verband hoeft geen volledige zekerheid te bestaan, maar wel een hoge graad van waarschijnlijkheid dat de schade het gevolg is van een beroepsfout (Bolt, 1995, p. 143).
- *schade*: de schuldeiser dient de geleden schade te stellen en te bewijzen.

Naast de hiervoor besproken vereisten voor onrechtmatige daad bepaalt artikel 6:163 BW dat aan het zogenaamde relativiteitsvereiste moet zijn voldaan: de geschonden (in dit geval maatschappelijke) norm dient te strekken tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. De wet gaat ervan uit dat hieraan wordt voldaan, tenzij het tegendeel wordt aangetoond. Op de accountant rust daarmee de last te bewijzen dat het relativiteitsvereiste in de weg staat aan een (succesvolle) vordering uit onrechtmatige daad. Mede in relatie tot het relativiteitsvereiste is veel discussie gevoerd over de vraag wie valt binnen de 'kring der gerechtigden'. Anders gezegd: wie onderneemt nu precies een actie tegen de accoun-

tant. Het behoeft geen betoog dat de omvang van de 'kring van gerechtigden' van groot belang is voor de reikwijdte van de beroepsaansprakelijkheid van de accountant.

Bolt (1996, p. 157) is van mening dat de door haar genoemde 'voorzienbaarheidsmaatstaf' een belangrijke rol behoort te spelen. Zij stelt voor om aan te nemen dat slechts een actierecht toekomt aan degenen van wie de accountant, op het moment dat hij de jaarstukken opstelt of controleert, weet dat zij zullen afgaan op de desbetreffende stukken en op die basis zullen handelen (deze personen kwalificeren daarmee als 'voorzienbare derden')⁹.

Beckman (1991, pp. 45-46) relateert de kring van gerechtigden aan de doelstelling van de openbaarmaking van de gecertificeerde jaarrekening. Op die basis maakt hij onderscheid tussen een accountantsverklaring als onderdeel van een prospectus en een accountantsverklaring als onderdeel van een openbaar gemaakt verantwoordingsverslag. Dit openbaar gemaakte verantwoordingsverslag is niet een koop- of investeringsinstrument, zodat alleen bijkomende omstandigheden kunnen leiden tot aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad. Als bijkomende omstandigheden noemt Beckman (a) bekend aanwezig specifiek gebruik, zoals ten behoeve van een kredietfaciliteit, (b) redelijkerwijs voorzienbaar gebruik met als voorbeeld aanwezig liquiditeitskrapte, waardoor additionele financiering voorzienbaar wordt, en (c) aannemelijk gebruik van jaarrekeningen in het kader van prijsbepaling bij fusie en overname.

Daarnaast zou aanknoping kunnen worden gezocht bij de invulling van het begrip belanghebbende in de jaarrekeningprocedure ex artikel 999 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de openbaarmakingsvordering op grond van artikel 2:394 lid 7 BW, de accountantsbenoeming ex artikel 2:393 BW en de enquêtevordering op basis van artikel 2:345 BW. Het criterium zou dan zijn de bescherming (tegen vermogensschade) van alle belangen van al degenen voor wie het onderzoek naar de getrouwheid van jaarrekeningen is voorgeschreven.

Omtrent schade en causaliteit (zowel bij wanprestatie als onrechtmatige daad) is nog een

drietal toevoegingen op zijn plaats. Bij de afbakening van de te vergoeden schade is een belangrijke functie weggelegd voor de (mate van) voorzienbaarheid van de schade: met name de schade die gezien de omstandigheden van het geval voorzienbaar was, zal voor vergoeding in aanmerking komen. Daarnaast is op de omvang van de schadevergoedingsplicht van invloed op de mate van eigen schuld van de benadeelde en de persoon van de benadeelde (is de persoon in kwestie 'knowledgeable' of juist niet). Ten slotte merk ik op dat in veel gevallen het aantonen van causaal verband een groot struikelblok is of zal zijn. Omwille van proceseconomie gaan sommige rechters ertoe over om uit te gaan van beroepsfout en toerekenbaarheid, om daarmee het vraagstuk van de causaliteit als eerste beantwoord te krijgen.

Rechtspraak

Van tijd tot tijd wordt door de diverse auteurs gememoreerd dat jurisprudentie op het gebied van aansprakelijkheidsclaims tegen accountants schaars is. Daarin is ook aan het einde van de jaren negentig geen verandering te onderkennen. De volgende uitspraken zijn evenwel van belang:

Finad / Worst¹⁰

Een koopster stelt een actie in tegen de accountant op grond van onrechtmatige daad wegens een te gunstige voorstelling van de vermogenspositie van de vennootschap in het kader van een overname (onder meer door verzwijging van een bankschuld en oninbaarheid van debiteuren).

Onder verwijzing naar HR 3 april 1992, NJ 1992, 396 oordeelt de Hoge Raad dat de koopster ten hoogste kan vorderen het nadelig verschil tussen haar financiële situatie na aankoop ten opzichte van de financiële situatie zonder aankoop. Een tweetal punten van overweging springt daarbij naar voren: (a) de Hoge Raad meent dat aandelen in beginsel geen negatieve waarde kunnen vertegenwoordigen in het vermogen van een aandeelhouder, en (b) de accountant staat niet in voor de inbaarheid van vorderingen. Beckman (1997) analyseert dat de visie van de Hoge Raad in feite neerkomt op een beleggersbenadering, terwijl in zijn gedachtegang de ondernemersbenadering zou moeten prevaleren.

Curator ZSM / Brands Wolff¹¹

Een curator stelt een accountant aansprakelijk voor het niet-ontdekken van fraude en (financiële) malversaties bij de uitvoering van een samenstellingsopdracht. Het Hof oordeelt dat:

- in het geval van een beperkte opdracht (niet inhoudende een controletaak), de accountant in beginsel mag afgaan op door de rechtspersoon (waartoe behoren al haar organen) verstrekte gegevens;
- bij het handelen in beginsel de beroepsopvattingen gelden, waarbij ook bij een beperkte opdracht enige onderzoeksplicht naar de deugdelijkheid van aangeleverde cijfers bestaat;
- slechts sprake is van wanprestatie (de vordering was primair gegrond op wanprestatie) indien: 'zij bedoelde gegevens zonder meer (de curator: 'klakkeloos', (Grief IV)) zou hebben verwerkt, ofschoon er voor een normaal zorgvuldig en vakbekwaam accountant aanleiding behoorde te zijn te veronderstellen, dat er sprake was van fraude / onregelmatigheden, doordat de handelingen van de organen (directeur en/of administrateur) met betrekking tot de verstrekking van de te verwerken gegevens zozeer afweken van het gangbare patroon van wat bij vennootschappen als die van ZSM te doen gebruikelijk was, dat die handelingen niet geacht konden worden te zijn verricht binnen de formele kring van de bevoegdheden van die organen, zodat Brands & Wolff als accountant onder die omstandigheden bij de verwerking van de gegevens bedacht had moeten zijn op valsheid en onbetrouwbaarheid daarvan'.

Vanuit het oogpunt van procesrecht is noemenswaardig dat het Hof oordeelde dat de curator niet voor alle gezamenlijke crediteuren in rechte kon optreden, omdat van iedere crediteur afzonderlijk bepaald zou moeten worden, op welke stukken die crediteur is afgegaan en, zo hij daar redelijkerwijs op mocht afgaan, wat zijn schade dientengevolge is.

Van der Vorst / Sisternans¹²

Een verkoper van aandelen spreekt de accountant aan voor vergoeding van aan koper (Böwe) betaalde schade wegens schending van een garantie betreffende een (naar bleek verkeerde) calculatie van een fiscaal te compenseren verlies. De Rechtbank neemt het tuchtrechtelijk verwijt

(een naar aard en omvang ernstig verwijt) als uitgangspunt en komt dan tot het oordeel, dat:

- verkoper als belanghebbende mocht afgaan op de juistheid van de door de accountant opgestelde jaarrekening, omdat rechtens vaststaat dat de voor de registeraccountant geldende wettelijke en tuchtrechtelijke bepalingen mede strekken ter bescherming van de belangen van degenen van wie de accountant weet dat zij kunnen afgaan op de desbetreffende stukken;
- verkoper mocht uitgaan van de opgestelde jaarrekening en in verband daarmee de garantie aan koper geven. De rechtbank overweegt daarbij dat de accountant hierop ook bedacht had kunnen zijn, omdat dit een in de praktijk gebruikelijke garantie is.

Limiet aan aansprakelijkheid

Met de – al in het begin gesignaleerde – toename van het aantal aansprakelijkheidsclaims tegen accountants is het belang van vermindering of beperking van aansprakelijkheid gegeven.

Allereerst behoort natuurlijk aandacht te worden besteed aan de handhaving en verbetering van de kwaliteit van de werkzaamheden en (nog belangrijker) de controle daarop.

Daarnaast is van groot belang het afsluiten van een adequate beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Bestaande verzekeringspolissen verdienen wellicht heroverweging in verband met de grotere belangen – en dus grotere risico's – die met de huidige beroepsuitoefening gepaard gaan.

Evenzo behoort aandacht te worden besteed aan de *management letter* ter signalering aan het bestuur van de onderneming van onvolkomenheden in de administratieve organisatie, alsmede aan de *letter of representation* ter bevestiging door het bestuur van de juistheid van bepaalde feiten en gegevens. De mogelijkheid tot (gedeeltelijke) disculpatie aan de hand van deze verklaringen is immers aanwezig.

Een andere belangrijke bron van beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid kan worden gevonden in exoneratieclausules, die al dan niet zijn opgenomen in algemene voorwaarden. Exoneratieclausules gelden echter in beginsel alleen tussen opdrachtgever en opdrachtnemer, zodat

over het algemeen tegenover derden geen beroep kan worden gedaan op een exoneratieclausule¹³. Vrij algemeen wordt aangenomen – en in elk geval wordt zo in de jurisprudentie geoordeeld – dat vrijtekening voor schade ten gevolge van eigen opzet of grove schuld niet geldig is (Michiels van Kessenich-Hoogendam, 1995, p. 66).

Ten slotte meen ik dat in het kader van beperking van aansprakelijkheid niet onvermeld mag blijven de mogelijkheid tot 'intrekking' (beter: van onwaardeverklaring) van een accountantsverklaring die naderhand onjuist blijkt te zijn¹⁴. Indien van de onjuistheid blijkt vóór vaststelling c.q. goedkeuring van de jaarrekening, dan zal moeten worden overgegaan tot: (i) ontzegging van het gebruik van de verklaring bij de opgemaakte jaarrekening, (ii) intrekking van de toestemming tot openbaarmaking van de accountantsverklaring, (iii) mededeling door bestuur/commissarissen aan anderen van het niet-handhaven van het accountantsoordeel en (iv) het verstekken van een anders luidende (nieuwe) verklaring dan wel aanpassing van de oude jaarrekening met een accountantsverklaring van nieuwe datum. Als van de onjuistheid pas ná de vaststelling van de jaarrekening blijkt, dient door het bestuur van de rechtspersoon te worden overgegaan tot deponering van een mededeling van het gebrek in de jaarrekening met daaraan toegevoegd de accountantsverklaring ex artikel 2:362 lid 6 BW.

5 Samenloop van aansprakelijkheid

Verhouding tuchtrecht – civiel recht

Zoals hiervoor onder 3 aangestipt wordt een tuchtprocedure nogal eens gebruikt als opstap naar een civiele aansprakelijkstelling. De vraag rijst dan in hoeverre het oordeel van de tuchtrechter preludeert op het oordeel van de civiele rechter. In 1996¹⁵ heeft de Hoge Raad daarover definitief beslist:

'Vooropgesteld moet worden dat een ontkenning antwoord van de tuchtrechter op de vraag of overeenkomstig een voor het desbetreffende beroep geldende norm is gehandeld, de burgerlijke rechter niet dwingt tot het oordeel dat sprake is van wanprestatie of van een onrechtmatige daad.'

Aan de orde was de vraag in hoeverre de

accountant aansprakelijk was voor het niet opnemen van een (mededeling over) een latente belastingschuld in een overnamebalans. Tucht-rechtelijk werd het ontbreken van een dergelijke mededeling als een 'misslag' in de beroepsuitoefening gekwalificeerd. Civielrechtelijke aansprakelijkheid werd niet aangenomen, omdat contractueel was afgesproken dat schatting van de desbetreffende latente belastingschuld bindend zou geschieden door de belastingadviseur, niet zijnde de accountant.

Het gerechtshof te 's-Gravenhage kwam in diezelfde periode tot een vergelijkbaar oordeel in een beroepsaansprakelijkheidszaak van een advocaat¹⁶. Het Hof overwoog dat een tuchtrechtelijk verwijt beslissende invloed kan hebben op het oordeel van de rechter omtrent een beroepsfout, maar dat dit niet noodzakelijk is. De rechter is vrij om tot een ander oordeel te komen, met dien verstande dat de rechter op basis van de regels van behoorlijke motivering van rechterlijke uitspraken in zijn algemeenheid inzicht moet geven in de argumenten die leiden tot een andere beoordeling.

Op de verhouding tussen het tuchtrecht en het civiele recht wordt in dit nummer door Heynen nader ingegaan.

Verhouding tuchtrecht en strafrecht

Samenloop van tuchtrecht en strafrecht wordt als regel mogelijk geacht, tenzij een bijzondere wet deze samenloop uitsluit. Dat is niet het geval bij beroepsaansprakelijkheid (Tjittes, 1995, p. 105). Strafrechtelijke aansprakelijkheid en tuchtrechtelijke aansprakelijkheid sluiten elkaar daarmee geenszins uit.

Verhouding strafrecht en civiel recht

Op grond van het bepaalde in artikel 6:162 lid 2 BW kwalificeert overtreding van een strafrechtelijke norm als handelen in strijd met een wettelijke plicht. Het onrechtmatig karakter van het handelen c.q. nalaten levert daarmee zonder meer een onrechtmatige daad op. Toekenning van een eventuele schadevergoeding in een strafzaak zal van invloed zijn op de toe te kennen schadevergoeding in een civiele procedure (via het schadebegrip dan wel via voordeelstoerekening op grond van artikel 6:100 BW).

6 Fraudepreventie

Per 17 september 1994 is in werking getreden de Verordening op de Fraudemelding ('fraudeverordening'). De fraudeverordening is als compromis voortgevloeid uit een voor de beroepsgroep van accountants onaanvaardbaar wetsvoorstel en maakt een integraal onderdeel uit van de gedrags- en beroepsregels. Ingevolge de fraudeverordening rust op de accountant de plicht zijn controlewerkzaamheden zodanig in te richten dat 'hij een hoge mate van zekerheid verkrijgt over het al dan niet aanwezig zijn van fraude, ongeacht de mogelijke omvang en aard van de fraude' (art. 2.1 fraudeverordening). Constatering van fraude *van materieel belang* dient te leiden tot teruggave van de opdracht, indien de leiding van de huishouding de gevolgen van de fraude niet binnen redelijke termijn redresseert en maatregelen neemt om herhaling te voorkomen (art. 2.3 fraudeverordening). In een dergelijk geval dient de accountant tevens melding te doen van de teruggave van zijn opdracht aan de Centrale Recherche Informatiedienst (art. 3 fraudeverordening).

Sinds de invoering van de fraudeverordening hebben zeer weinig meldingen aan de Centrale Recherche Informatiedienst (CRI) plaats gevonden. Daarvoor is een drietal mogelijke oorzaken te noemen:

- fraude komt niet voor dan wel wordt altijd geredresseerd, zodat niet tot de melding door de betrokken accountant hoeft te worden overgegaan;
- bij controleopdrachten worden zodanig hoge materialiteitsgrenzen aangelegd, dat fraude niet of nauwelijks kan worden onderkend;
- de inrichting van controlewerkzaamheden is onvoldoende toegesneden op het ontdekken van fraude.

Harmsen (1996, pp. 306-307) wijst er terecht op dat hantering van lage(re) controletoleranties leidt tot eerdere ontdekking van fraude, maar dat daarmee spanning is ontstaan dan wel dreigt te ontstaan tussen de professionele belangen (hantering van lage normen) en de commerciële belangen (hantering van hoge normen ter besparing van tijd en geld). Zij meent uit de toename van het aantal claims tegen accountants af te kunnen leiden dat accountants de commerciële belangen

steeds meer hebben laten prevaleren. Of dat werkelijk zo is onttrekt zich aan mijn waarneming, maar die suggestie lijkt op voorhand niet geheel onwaarschijnlijk.

Met Harmsen ben ik van mening dat een meer duidelijke definiëring van materieel belang de uitvoering van de controlewerkzaamheden wellicht ten goede kan komen. In dat geval kan dan tevens het – niet geheel begrijpelijke verschil in definitie van 'materieel belang' in de fraudeverordening respectievelijk Richtlijn 3.02 van de Richtlijnen voor de Accountantscontrole worden weggenomen¹⁷.

7 Slotopmerkingen

Bolt (1996, p. 368) komt tot de constatering dat tot dan toe terughoudendheid is betracht in de jurisprudentie rondom aansprakelijkheidsclaims tegen accountants. Met Bolt meen ik dat het gewenst is die terughoudendheid te handhaven, niet in de laatste plaats vanwege de aanhoudende stijging van claims (zowel in aantal als in omvang).

Met name ten aanzien van de kring van gerechtigden bestaat de mogelijkheid regulerend op te treden. De toch vrij unieke publieke functie van de accountant in combinatie met het risicoprofiel van zijn werkzaamheden maakt dit noodzakelijk.

LITERATUUR:

- Beckman, H., (1991), Persoonlijke aansprakelijkheid van de openbaar accountant, in: *Aansprakelijkheid en draagplicht van bestuurders, commissarissen en accountants; verzekeringsaspecten*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden-Instituut, Deel 37, Kluwer, Deventer, pp. 17-51.
- Beckman, H., (1995), De jaarrekening, accountantscontrole en 'intrekking' van de accountantsverklaring, *TVVS* 1995 nr. 95/1, pp. 1-6.
- Beckman, H., (1997), Aansprakelijkheid van de accountant (Finad/Worst), in: *Recht in bedrijf*, SI-EUR-reeks, deel 16, Sanders Instituut, Gouda Quint, EUR, Rotterdam, pp. 279-292.
- Bertrams, R.I.V.F., (1991), Aansprakelijkheid van accountants jegens derden, *De NV* 69/9, pp. 198-205.
- Bolt, A.T., (1996), De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, *Preadvies Nederlandse Juristen Vereniging*, Zwolle, Tjeenk Willink, pp. 118-160 en pp. 367-368.

- Giesen, I., (1999), *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, pp. 13-32 en pp. 93-134.
- Harmsen, C.M., (1996), Materieel belang: de waarde van de accountantsverklaring en de werking van de verordening op de fraudemelding, *TVVS* 1996 nr. 96/11, pp. 304-307.
- Jansen, E.P., (1991), Enkele aspecten van beroepsaansprakelijkheid van de accountant en belastingadviseur, in: *Beroepsaansprakelijkheid, Bundel ter gelegenheid van het Jonge Balie Congres 1991*, Zwolle, Tjeenk Willink, pp. 79-92.
- Langendijk, H.P.A.J., (1994), *De markt voor de wettelijk verplichte accountantscontrole in Nederland*, Den Haag, Delwel, pp. 115-130.
- Michiels van Kessenich-Hoogendam, I.P., (1995), *Beroepsfouten*, Studiepockets privaatrecht, Deel 11, Zwolle, Tjeenk Willink, pp. 1-17 en pp. 60-70.
- Ru, C.F. de, (1995), *Aansprakelijkheid voor de accountantsverklaring*, Stichting Moret Fonds.
- Schepel, J. (1996), De advocaat vergeleken met de (register)accountant, in: *Beroepsaansprakelijkheid, Advocatendossier*, Nederlandse Orde van Advocaten/Sdu Uitgevers, Juridisch & Fiscaal.
- Tjittes, R.P.J.L. (1995), *Samenloop van tuchtrecht, strafrecht en privaatrecht bij beroepsaansprakelijkheid*, *AA* 44 (1995) 2, pp. 102-109.

NOTEN

- 1 Hof Amsterdam 7 december 1989, NJ 1990, 242.
- 2 Volgens de memorie van toelichting bij de wet blijkt dat de minister met deze bijkomende straf vooral op het oog heeft bestrijding van recidive.
- 3 Tjittes, 1995, p. 103 meent dat de doelstelling van instandhouding van een bepaalde beroepseer aan betekenis verliest (voor verwijzingen zie aldaar).
- 4 Zie artikel 33 Wet op de Registeraccountants respectievelijk artikel 51 Wet op de Accountants-Administratieconsulenten.
- 5 Aanvankelijk stonden de raden van tucht voor registeraccountants en accountants-administratieconsulenten los van elkaar, maar deze zijn sinds 1993 samengevoegd ten behoeve van een uniforme interpretatie van de beroepsregels.
- 6 Zie Giesen, 1999, p. 13 voor verwijzingen naar literatuur en rechtspraak.
- 7 Zie artikel 177 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
- 8 Eventuele tegenstrijdige opvattingen binnen een beroepsgroep maken dat de rechterlijke toetsing (noodgedwongen) een meer marginaal karakter krijgt (Michiels van Kessenich-Hoogendam, 1995, p. 129).
- 9 Langendijk, 1994, p. 118, zoekt eveneens aansluiting bij de voorzienbaarheid, maar laat mijns inziens ten onrechte de kring van 'derden' te ruim, want deze is niet gespecificeerd.

10 HR 9 juni 1995, NJ 1995, 692.

11 Hof 's-Gravenhage 19 mei 1992, NJ 1993, 436.

12 Rb Rotterdam 19 november 1998, JOR 1999, 31.

13 Michiels van Kessenich-Hoogendam, 1995, p. 65 signaleert dat er omstandigheden denkbaar zijn waarin een derde een exoneratieclausule in redelijkheid tegen zich moet

laten gelden (zie voor verwijzing aldaar).

14 Zie daarover specifiek Beckman, 1995, p. 5.

15 HR 15 november 1996, NJ 1997, 151.

16 Hof 's-Gravenhage 16 december 1996, NJ 1997, 552.

17 Harmsen meent evenwel dat de betekenis van beide definities voor de praktische toepassing niet afwijkt.