Ontwikkelingen in beroepsaansprakelijkheid van accountants jegens derden

Peter van der Zanden, Erwin de Jong en Arnoud van Campen

SAMENVATTING De beroepsaansprakelijkheid van accountants is een nog steeds actueel onderwerp, niet alleen in Nederland, maar ook in Europa en in de Verenigde Staten. Bij de aansprakelijkheid van de accountant moet een onderscheid gemaakt worden tussen de contractuele aansprakelijkheid van de accountant tegenover zijn opdrachtgever en de aansprakelijkheid van de accountant ten opzichte van derden. Gezien de publieke functie van het accountantsberoep is de potentiële kring van derden die een claim tegen de accountant kunnen indienen soms oneindig groot. Daarbij komt dat de zorgplicht van accountants ten opzichte van derden in 2006 voor het eerst is bevestigd door de Hoge Raad in het Vie d'Or-arrest. Deze uitspraak heeft naast de ontwikkelingen in Amerika en Europa de discussie aangewakkerd of de aansprakelijkheid van de controlerende accountants ten opzichte van derden wettelijk beperkt moet worden, zoals onder meer blijkt uit de 'Recommendation' van de Europese Comissie van 5 juni 2008.

RELEVANTIE VOOR DE PRAKTIJK Elke accountantsorganisatie doet er goed aan te verifiëren of haar rechtsvorm voldoende bescherming biedt tegen eventuele claims van derde partijen. Niet altijd biedt de beroepsaansprakelijkheidsverzekering (voldoende) dekking.

1 Inleiding

De problematiek van de beroepsaansprakelijkheid van accountants heeft al sedert lange tijd de gemoederen binnen en buiten de beroepsgroep beziggehouden, zowel in Nederland als internationaal. De grondslag voor aansprakelijkheid van accountants in Nederland bestaat doorgaans ofwel uit de tussen de accountant en zijn cliënt gesloten overeenkomst van opdracht ofwel uit een door de accountant gepleegde onrechtmatige daad jegens een derde partij. Dit artikel gaat in op die laatste variant. De aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad volgt indien iemand heeft gehandeld in strijd met zijn rechtsplicht. Indien door deze schending een derde schade lijdt en de rechtsplicht als onderliggende norm bescherming van het beschadigde belang beoogt, dan is de pleger van de onrechtmatige daad aansprakelijk voor de door hem veroorzaakte schade (art. 6:162 BW).

Een probleem kan voor de accountant voortvloeien uit de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Indien ten onrechte een goedkeurende verklaring bij jaarcijfers wordt verstrekt en derden baseren zich op deze jaarcijfers, kan dit leiden tot aansprakelijkheidsclaims van derden jegens de accountant. Wel zal daarvoor aangetoond moeten kunnen worden dat deze derden door de accountantsverklaring ten onrechte in de veronderstelling zijn gebracht dat de jaarcijfers juist waren en zij dientengevolge schade lijden. Daarbij zal als grondslag voor een dergelijke vordering naar voren gebracht kunnen worden dat de accountant onrechtmatig heeft gehandeld en dat de door hem geschonden norm juist ten doel had deze derden tegen onware cijfers van het bedrijf te beschermen. Een vordering van de vennootschap op de accountant op grond van onrechtmatige daad kan zich ook voordoen wanneer zich bij een onderneming fraude voordoet, die door de accountant in het kader van zijn controlewerkzaamheden niet is ontdekt. De vennootschap kan dan pas schadevergoeding vorderen indien zij kan hard maken dat verwacht had mogen worden dat de accountant de fraude bij adequaat

uitgevoerde controlewerkzaamheden daadwerkelijk zou hebben ontdekt.
In dit artikel wordt ingegaan op de (internationale) ontwikkelingen rondom de aansprakelijkheid van de accountant jegens derden. Een kijkje over de grens is daarvoor noodzakelijk. Eerst wordt daarom stilgestaan bij de Angelsaksische invloed op vennootschapsrechtelijke verhoudingen (paragraaf 2). Vervolgens worden de ontwikkelingen in de rechtspraak in de Verenigde Staten (paragraaf 3) en in Nederland (paragraaf 4) besproken. In het licht van de ontwikkelingen in Europa en recente rechtspraak wordt voorts aandacht besteed aan de recente ontwikkelingen op het gebied van beperking van de aansprakelijkheid van de controlerend accountant (paragraaf 5). Daarbij wordt ingegaan op de vraag of een dergelijke beperking noodzakelijk is en welk effect een dergelijke beperking zou hebben. Ten slotte (paragraaf 6) wordt de wens uitgesproken voor een harmonisatie van wetgeving op Europees niveau.

2 Veranderingen in de vennootschappelijke verhoudingen

Onder invloed van de globalisering van de kapitaalmarkt lijkt het Angelsaksische vennootschapsmodel steeds meer terrein te winnen. Binnen dit model zijn de onderlinge verhoudingen tussen de spelers binnen/organen van de vennootschap en ook de verhoudingen met derden anders dan in de hier te lande tot op heden verdedigde opvattingen.

Het Angelsaksische model kan aangeduid worden als een instrumentele visie. De vennootschap wordt daarbij gezien als een gemeenschap die eigendom is van de gezamenlijke aandeelhouders. De bestuurders dienen het belang van de aandeelhouders. Zij worden gezien als de 'agents' van de 'principals' (de aandeelhouders).

De continentaal Europese visie op de vennootschap was, en wellicht is, een institutionele. Dit is andermaal benadrukt in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel flexibilisering van het bv-recht (Kamerstukken II, vergaderjaar 2006-07, 31058, nr. 3). De vennootschap is een instituut waarin de belangen van alle betrokkenen samenkomen. De relatie van de aandeelhouders tot de vennootschap is te vergelijken met een lidmaatschapsverhouding. Zij zijn onderdeel van een deelrechtsorde. Zij zijn eigenaren van een aandeelbewijs dat hen recht geeft te stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders en dat hen tevens recht geeft op (een deel van) de winst en een eventuele slotuitkering. In die visie dient het bestuur het instituut te leiden, eventueel onder toezicht van een raad van commissarissen. Bij dat bestuur en dat toezicht dienen alle betrokken belangen te worden afgewogen. Het bestuur dient het vennootschappelijk belang te verdedigen.

Binnen deze verschillende contexten wordt de positie van de accountant ten opzichte van zowel de vennootschap als de organen van de vennootschap en andere betrokkenen ingekleurd. Dit betekent dat ook de aansprakelijkheid anders is vormgegeven dan in Angelsakische landen.
Nu, zoals gesteld, de systemen naar elkaar lijken toe te groeien, is het zinvol na te gaan of de meer Angelsaksische benadering van de beroepsaansprakelijkheid van accountants in onze opvattingen over aansprakelijkheid kan worden verwerkt. Om dit nader te analyseren wordt eerst gekeken naar de opvattingen in de Verenigde Staten.

3 Een Angelsaksische opvatting over aansprakelijkheid accountants

Over de aansprakelijkheid van de accountant ten opzichte van derden wordt in de Verenigde Staten op statelijk niveau verschillend gedacht. De diverse benaderingen geven een goed overzicht van de verschillende wijzen waarop tegen het probleem van de accountantsaansprakelijkheid jegens derden kan worden aangekeken. Kort samengevat gaat het om de volgende drie benaderingen:

1. De Ultramares-benadering
Deze benadering is ontleend aan de klassieke uitspraak van 6 januari 1931 van de Court of Appeals van New York (174 N.E. 441 (N.Y. 1931)):
'To creditors and investors to whom the employer exhibited the certificate, the defendants owed a like duty to make it without fraud, since there was notice in the circumstances of its making that the employer did not intend to keep it to himself. (...) A different question develops when we ask whether they owed a duty to these to make it without negligence. If liability for negligence exists, a thoughtless slip or blunder, the failure to detect a theft or forgery beneath the cover of deceptive entries, may expose accountants to a liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class.'

Kort gezegd is de accountant in deze visie niet aansprakelijkheid jegens derden in geval van nalatigheid. De achterliggende reden die de rechtbank hier volgt, is dat een andere benadering de accountant zou blootstellen aan torenhoge claims van een oneindig grote groep mensen. Tussen de regels van de beslissing door is te lezen dat deze blootstelling niet in verhouding zou staan tot de 'fees' van de accountant.

2. De Restatement of Torts-benadering
Deze benadering (de RT-benadering) is afgeleid van §552 van de Restatement (2d) of Torts welke bepaling luidt:
'One who, in the course of his business, profession or employment, or in any other transaction in which he has a pecuniary interest, supplies false information for the guidance of others in their business transaction, is subject to liability for pecuniary loss caused to them by their justifiable reliance upon the information, if he fails

to exercise reasonable care or competence in obtaining or communicating, the information.'

In tegenstelling tot de Ultramares-benadering biedt deze visie een opening: als de accountant redelijkerwijs had kunnen voorzien dat derden op zijn (onjuiste) verklaring zouden afgaan, is hij aansprakelijk in geval van nalatigheid. Kortom, de later genuanceerde Ultramares-benadering vereist bekendheid met de derde, terwijl bij deze benadering bekendheid verondersteld mag worden.

3. De Foreseeable Third Party-benadering

De Foreseeable Third Party-benadering (FTP-benadering) gaat nog een stap verder dan de RT-benadering. Zij is afgeleid van de Rosenblum-zaak uit 1983 van de New Jersey Supreme Court (*Rosenblum, Inc v. Adler* (461 A. 2d 138, N.J. 1983)):

'generally, within the outer limits fixed by the courts as a matter of law, the reasonably foreseeable consequences of the negligent act define the duty and should be actionable. (...) Accounting firms should no longer be permitted to hide within the citadel of privity and avoid liability for their malpractice.'.

In haar overwegingen merkt de Supreme Court op dat zij geen verschil ziet tussen beroepsaansprakelijkheid van de accountant en de productaansprakelijkheid van de producent. In de literatuur (Lane, 1989) wordt de gedachtegang van de Supreme Court als volgt omschreven: *'The apparent intent of the court was to place the responsibility for negligence upon the party most capable of preventing it'*. In een Nederlandse setting kan aan deze stelling ernstig getwijfeld worden; zoals expliciet opgemerkt in de Code Tabaksblat is het bestuur verantwoordelijk voor de kwaliteit en volledigheid van de openbaar gemaakte 'financiële berichten', waaronder de jaarrekening (Principe V.1 van de Code Tabaksblat).

4 Lagere rechtspraak in Nederland en het Vie d´Or arrest

Nederland lijkt in een zeker opzicht ook op een federatie. Lagere rechtspraak laat immers zien dat – net als in Amerika – rechters het niet altijd met elkaar eens zijn. In de uitspraken van rechtbanken en gerechtshoven treft men opvattingen aan die verwantheid lijken te tonen met het Angelsaksische gedachtegoed. Aan de ene kant van het spectrum lijkt het Hof Den Bosch (Hof Den Bosch 28 september 1983, NJ 1985, 120) te staan die over de waarde van de accountantsverklaring het volgende opmerkt:

'Door het opstellen van de jaarstukken van een besloten vennootschap raakt de accountant de belangen van al diegenen die bij die vennootschap rechthebbende of belanghebbende zijn, daar hij de vermogensrechtelijke positie van de vennootschap in het maatschappelijk verkeer constitueert. Hierdoor aanvaardt de accountant jegens al die recht- en belanghebbenden aansprakelijkheid voor de betrouwbaarheid van zijn werk.'

Het Hof Den Bosch gaat dus uit van een ruime kring van derden die op het oordeel van de accountant mogen afgaan. Deze benadering is vergelijkbaar met de FTP-benadering. Aan de andere kant van het spectrum lijkt echter de Rechtbank Zutphen te staan. In de uitspraak van 12 december 2002 overwoog zij dat in beginsel alleen de vennootschap haar schade kan verhalen op de accountant indien hij de controlerende taak onzorgvuldig heeft uitgevoerd (Rechtbank Zutphen 12 december 2002, NJkort 2003, 26):

'Een goedkeurende verklaring van een accountant bij een jaarrekening heeft weliswaar een openbaar karakter, doch dit brengt nog niet mee (bijzondere omstandigheden daargelaten, welke omstandigheden in het onderhavige geval gesteld noch gebleken zijn) dat niet-opdrachtgevers daarop een vordering uit onrechtmatige daad kunnen baseren. Het enkele feit dat de accountant zou hebben geweten, althans zich ervan bewust had moeten zijn dat de leden door zijn beweerdelijk handelen/nalaten nadeel zou worden berokkend, levert geen bijzondere omstandigheid op die afwijking rechtvaardigt van het uitgangspunt dat alleen de coöperatie een rechtsvordering tegen de accountant kan instellen.'

De redenering van de Rechtbank Zutphen neigt naar de Ultramares-benadering. Tussen deze twee uitersten zijn veel grijstinten te vinden die op enkele punten overeenkomen met de drie hierboven aangehaalde benaderingen[1] of een eigen benadering volgen.[2]

Zijdelings had de Hoge Raad zich al wel eerder over de rol van de accountant gebogen. Zo concludeerde de Hoge Raad in de Co-op-zaak (Hoge Raad 2 december 1994, NJ 1996, 246 m. nt. DWFV (r.o. 4.4)) dat de bank-/leadmanager niet zonder meer mag afgaan op de juistheid van de jaarrekening en goedkeurende verklaring van de emittent. De bank heeft een eigen onderzoeksplicht. Ondanks het feit dat de rol van de accountant hier niet in het geding was, mogen *free riders* van de Hoge Raad niet op te veel bescherming rekenen.[3] Er zijn dus kennelijk omstandigheden denkbaar[4] waarin de derde het hele accountantsonderzoek opnieuw moet laten uitvoeren om er gerechtvaardigd op te mogen vertrouwen. De accountant werd toen dus niet zonder meer als vertrouwensman van het maatschappelijk verkeer gezien.

De Hoge Raad heeft voorts in een ander kader[5] onderstreept dat de belanghebbenden bij de controle en de verklaring van de accountant voornamelijk de verschaffers van het eigen vermogen van de onderneming zijn. Deze opvatting lijkt te zijn ingekleurd door de Angelsaksiche (instrumentele) visie. De Hoge Raad merkt in dit verband echter wel op

dat de kring van belanghebbenden – door maatschappelijke ontwikkelingen – is uitgebreid met onder andere bankiers, beleggers, fiscus, werknemers en pers, welke opmerking weer lijkt te zijn ingegeven door de institutionele visie. Deze maatschappelijke ontwikkelingen zijn ook terug te vinden in de Memorie van Toelichting bij de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta) die nader ingaat op de rol van de accountant in het maatschappelijk verkeer. Maar ook in die toelichting beschrijft de wetgever de rol van de accountant bij de totstandkoming van de jaarrekening niet eenduidig. Aan de ene kant wordt opgemerkt dat de kernfunctie is 'het toevoegen van zekerheid in het maatschappelijk verkeer' terwijl aan de andere kant wordt opgemerkt dat de financiële verantwoording de 'primaire verantwoordelijkheid van het ondernemingsbestuur is.' (Kamerstukken 29659, nr. 3, p. 2). Betekent dit dat indien de door de accountant gegeven zekerheid ten onrechte is gegeven, hij aansprakelijk jegens een ieder is of moet de benadeelde partij zich dan wenden tot het ondernemingsbestuur als degene die voor de financiële verantwoording primair verantwoordelijk is? Deze vraag is door de wetgever niet beantwoord.

Met de Vie d'Or-uitspraak van 13 oktober 2006 (RvdW 2006, 942) lijkt voor een deel een einde te zijn gekomen aan de onzekerheid die de oorzaak was van de inconsistente lagere rechtspraak. De in dit verband relevante rechtsoverweging luidt:
Ter beantwoording van de vraag of de accountants onrechtmatig hebben gehandeld en deswege aansprakelijk kunnen zijn voor de individuele vermogensschade die de polishouders hebben geleden doordat Vie d'Or wegens insolventie niet aan haar verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst heeft kunnen voldoen, moet worden onderzocht wat van hen als redelijk handelende en redelijk bekwame externe controlerende registeraccountants moest worden gevergd in het kader van een zorgvuldige uitoefening van hun taak met het oog op de belangen van de polishouders bij de continuïteit van Vie d'Or. 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 aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval. Daarbij zal moeten worden onderzocht of en in hoeverre in nationale of Europese regelgeving neergelegde (dwingende) voorschriften omtrent de vervulling van die taak – zoals in het onderhavige geval ten aanzien van de financiële verslaglegging van levensverzekeringsmaatschappijen – zijn nageleefd. Voorts behoren tot de in de beoordeling te betrekken factoren de aard van de geschonden norm en de ernst van een geconstateerde schending daarvan, de door de accountant wel getroffen maatregelen of verschafte informatie, de mate waarin het gevaar van schade door aantasting van de in het geding zijnde vermogensbelangen voor de accountant redelijkerwijs voorzienbaar was en, mede in verband daarmee, of die (controle)maatregelen zijn genomen en die waarschuwingen zijn gegeven die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze van de accountant konden worden gevergd ter voorkoming van dit gevaar.

De Hoge Raad heeft in het Vie d'Or-arrest voor het eerst met zoveel woorden bevestigd dat de controlerend accountant jegens derden een zorgplicht in acht heeft te nemen, aangezien de controlerend accountant mede een wezenlijk publiek belang dient. Een schending van de zorgplicht betekent volgens de Hoge Raad evenwel niet dat daarmee de aansprakelijkheid van de accountant vaststaat. Het is een redelijke dooddoener, maar de vraag of de accountant aansprakelijk is jegens een derde hangt volgens de Hoge Raad af van de concrete omstandigheden van het geval. Daar kan de accountant niet veel mee.

De Hoge Raad merkt echter tevens op dat de door derden geleden schade redelijkerwijs voorzienbaar moet zijn geweest, waaruit voorzichtig kan worden afgeleid dat de Hoge Raad wellicht voorstander is van de FTP-benadering. Interessanter is de opmerking van de Hoge Raad dat ook van belang kan zijn of maatregelen zijn genomen en waarschuwingen zijn gegeven die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze van de accountant konden worden gevergd ter voorkoming van dit gevaar. Dit is niets nieuws, want dat had de Hoge Raad ook al beslist in het bekende Kelderluik-arrest (Hoge Raad 5 november 1965, NJ 1966, 136) dat handelde over gevaarzetting. Onduidelijk is echter of de Hoge Raad in de hierboven geciteerde overweging bedoelt te zeggen dat het de accountant vrijstaat zijn aansprakelijkheid te beperken door aan de goedkeurende verklaring een disclaimer toe te voegen. Wij menen van niet. In de kern is de uitspraak in dit opzicht identiek aan die Schotse Bannerman-uitspraak die tot veel commotie heeft geleid in verband met de volgende rechtsoverweging:
'It was in my view open to the defenders, when they learned that the pursuers were entitled to see the audited accounts for the purpose of their lending decisions, to disclaim responsibility to the pursuers for the consequence of any reliance that they placed on the audited accounts for that purpose. If such a disclaimer had been made, it would in my view (...) have been impossible to infer from the fact that the audited accounts were provided in knowledge of the purpose for which the pursuers were likely to rely on them that the defenders had assumed such responsibility.'

De overwegingen komen tot op zekere hoogte overeen in die zin dat onder omstandigheden een specifieke waarschuwing jegens een derde de accountant kan helpen in een aansprakelijkheidsprocedure. Zowel in de Schotse Bannerman-zaak als in de Vie d'Or-zaak is de kring van derden in beginsel ruim, maar wordt een opening gegeven om deze kring in een specifieke situatie – bij wijze van 'damage control' – te beperken.

De Vie d'Or uitpsraak heeft in zekere zin een einde gemaakt aan de onduidelijkheid die bestond op grond van lagere rechtspraak. Ook is duidelijk dat – ondanks de convergentie

van de Angelsaksische en continentale benadering – de Hoge Raad de continentale visie benadrukt. De accountant is niet alleen jegens de vermogensverschaffers aansprakelijk, maar kan dat onder omstandigheden ook jegens derden zijn. Aangezien de trend die wij waarnemen toch wel een mogelijke aansprakelijkheid jegens derden betreft – in de woorden van de New York Court of Appeals – *'in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class'* wordt zowel op EU- als op EU-lidstaatniveau hard nagedacht over de vraag of die trend het uitoefenen van de controlerende taak van de accountant onmogelijk maakt, hetgeen de vraag oproept of de aansprakelijkheid van de accountant niet dient te worden beperkt. Op deze vraag zullen wij hierna ingaan.

5 Maakt de Vie d´Or-uitspraak beperking van aansprakelijkheid jegens derden noodzakelijk?

De discussie over de beperking van aansprakelijkheid in Nederland wordt in belangrijke mate gevoed door Europese ontwikkelingen. Wij schetsen nu eerst kort deze Europese ontwikkelingen alvorens in te gaan op de situatie in Nederland. In september 2006 verscheen het onderzoek *Study on the Economic Impact of Auditor's Liability Regimes* (*London Economics*, 2006). Uit dit onderzoek blijkt dat een aantal EU-landen reeds een dergelijke beperking van aansprakelijkheid kent.[6] Naar aanleiding van dit document heeft de Europese Commissie in januari 2007 een consultatiedocument uitgebracht, met daarin een aantal mogelijkheden om de aansprakelijkheid van de controlerend accountant te beperken. Er zijn grofweg drie varianten denkbaar: (i) een absolute beperking, (ii) een variabele beperking die afhankelijk is van de gecontroleerde onderneming of de grootte van het accountantskantoor of (iii) een beperking die proportioneel is aan de mate waarin de accountant heeft bijgedragen aan de totale schade (Europese Commissie, 2007).

De argumenten om een dergelijke beperking in nationale wetgeving op te nemen, lopen uiteen maar de drie kernoverwegingen zijn steeds (*Londen Economics*, 2006, p. 185):

1. het zekerstellen dat een grote schadeclaim er niet toe leidt dat een van de Big Four accountantskantoren ophoudt te bestaan waardoor de spreiding van het controlewerk van grote multinationals nog verder wordt geconcentreerd;
2. de verzekerbaarheid van het risico dat de accountant loopt bij het afgeven van de goedkeurende verklaring moet zijn gewaarborgd;
3. het zou de onderlinge competitie tussen de Big Four accountantskantoren en de wat kleinere accountantskantoren ten goede komen. Dit zou zo zijn omdat door de beperking ook de kleinere kantoren de grotere ondernemingen zouden kunnen bedienen.

Op deze argumenten kan het een en ander worden afgedongen. Zo is het allereerst de vraag wat de rechtvaardiging is om een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van controlerend accountants in te stellen, daar waar een dergelijke aansprakelijkheidsbeperking voor andere (risicovolle) dienstverleners niet wordt ingevoerd. Voorts is het zeer de vraag of het risico op het 'omvallen' van een van de Big Four accountantskantoren daadwerkelijk verkleind wordt door de invoering van een wettelijke aansprakelijkheidsbeperking. Immers, bij een daadwerkelijk groot boekhoudschandaal is het werkelijke risico doorgaans juist gelegen in reputatieschade als gevolg van aanhoudende negatieve publiciteit. Daarnaast wordt wel gesuggereerd dat door invoering van een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van controlerend accountants de kwaliteit van de controlewerkzaamheden onder druk zou komen te staan. De vrees bestaat bij sommigen dat door het deels wegvallen van de druk om claims te vermijden de kwaliteit van de werkzaamheden negatief beïnvloed zou worden.

Desalniettemin vinden wij het goed dat er over de beperking van aansprakelijkheid wordt nagedacht. Het accountantsberoep wordt steeds internationaler. Bij de controle van een groep (van ondernemingen) door een internationaal werkend accountantskantoor, kan de accountant worden geconfronteerd met een grote verscheidenheid aan aansprakelijkheidsregimes. Harmonisatie van die regimes – voorzover mogelijk – zou de bevordering van een *level playing field* ten goede komen. Wel zal men stil moeten staan bij de impact van een eventuele Europese harmonisatie op het gebied van de aansprakelijkheid van de accountant. Zo ligt het voor de hand dat de onderneming zelf en wellicht ook de bestuurders van die onderneming vaker zullen worden aangesproken, wanneer de schade wettelijk niet, of niet geheel, op de accountant kan worden verhaald. De effecten van die verschuiving kunnen per EU-lidstaat verschillend zijn. Dergelijke aspecten dienen bij eventuele regelgeving op Europees niveau meegewogen te worden.

Het is aldus niet verwonderlijk dat de kernconclusies van de onderzoekers op dit punt zijn dat:

1. de diversiteit in zowel de controle als de gecontroleerde ondernemingen aan een 'one size fits all'-benadering in de weg staan. Eventuele regelgeving afkomstig uit Europa moet de EU-lidstaat dan ook de ruimte geven om een beperking van aansprakelijkheid in nationale regelgeving zo in te kleden dat deze zo goed mogelijk aansluit bij de concrete omstandigheden;
2. de meest belangrijke kwestie samenhangend met een minder risico voor accountantskantoren en een verhoogde competitie tussen die kantoren niet is gelegen in de keuze voor de manier van aansprakelijkheidsbeperking, maar meer in de hoogte van de aansprakelijkheid waar de accountant bloot aan staat. Een laag maximum bedrag waarvoor de controlerend accountant aansprake-

lijk gesteld kan worden leidt ertoe dat Big Four accountantskantoren voldoende geprikkeld blijven om goed werk te leveren, maar zorgt er tegelijkertijd voor dat de middelgrote kantoren terughoudend zullen zijn om de competitie met de Big Four aan te gaan. Aan de andere kant kan een te hoog maximumbedrag afbreuk doen aan de kwaliteit van de controle door de Big Four kantoren.

Zoals gezegd heeft de discussie op Europees niveau die op Nederlands niveau ingekleurd. In het kader van de invoering van de Wta is kort gesproken over de beperking van de aansprakelijkheid. De minister van justitie merkte hieromtrent op dat hij niet voor een beperking van aansprakelijkheid was, omdat dit de kwaliteit van de controle niet ten goede zou komen. Hij voegde hier aan toe dat als de accountant zijn werk volgens de vereiste standaarden en normen uitvoert, de accountant zich in principe geen zorgen hoeft te maken (Kamerstukken II 2005-2006, 29658 C, p. 22). Met deze redenering maakt de minister zich er ons inziens wel heel eenvoudig van af en sluit hij ook de ogen voor de problemen waarmee accountants(kantoren) heden ten dage kampen. Wel is het zo dat onder het Nederlandse recht geldt dat accountants zich met een keur aan verweermiddelen[7] kunnen verdedigen tegen een ingestelde (mega)vordering, waarbij de rechters zich bovendien tot nog toe terughoudend hebben opgesteld bij het toewijzen van dergelijke claims. Ook in het Vie d'Or-arrest heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat een groot aantal hobbels genomen dient te worden voordat een (mega)claim tegen een accountant daadwerkelijk wordt toegewezen. Deze lijn is recentelijk nog bevestigd door de Rechtbank Rotterdam (Rechtbank Rotterdam 30 mei 2007, LJN: BB6044). Hierbij moet tevens bedacht worden dat de Nederlandse rechter, anders dan in Amerika niet de mogelijkheid heeft tot toewijzing van *punitive damages*[8], waarvan de hoogte kan oplopen tot honderden miljoenen dollars. In het Nederlandse rechtstelsel komt daarentegen louter daadwerkelijk geleden vermogenschade voor vergoeding in aanmerking.

Wat hier ook van zij, een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van controlerend accountants jegens derden op Europees niveau zal de concurrentie tussen de accountants(kantoren), zowel op nationaal als op internationaal niveau, kunnen bevorderen. Het huidige systeem voldoet niet aan de internationale behoefte om een level playing field te creëren. Daarbij komt dat de verwachting gerechtvaardigd is dat in de toekomst de grote kantoren in een toenemende mate gaan zoeken naar internationale samenwerkingsverbanden, zoals internationale maatschappen. In het licht van die globalisering van de kapitaalmarkten en de toenemende verschuiving in de richting van de Angelsaksische zienswijze, zou een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van controlerend accountants door veel accountants(kantoren) – ook in Nederland – positief ontvangen worden[9]. Als het niet zou komen tot een wettelijke beperking van deze aansprakelijkheid, is in elk geval een harmonisatie van wetgeving op zijn plaats, niet louter terzake het aansprakelijkheidsrecht, maar ook terzake de inrichting van (internationale) organisaties en het toezicht op accounts(organisaties).
Inmiddels heeft de Europese Commissie een aanbeveling[10] gedaan aan de lidstaten om hun wetgeving met betrekking tot de aansprakelijkheid van accountants aan te passen, waarbij als kernelementen worden verwoord: geen beperking van aansprakelijkheid bij opzet, beperking van de aansprakelijkheid mag geen derden omvatten en beschadigde partijen hebben recht op een eerlijke vergoeding.

6 Conclusie

De beroepsaansprakelijkheid van accountants staat de afgelopen tijd – mede als gevolg van de recente boekhoudschandalen – sterk in de belangstelling. Daarbij bestaat met name een angst voor de gevolgen van een door een derde jegens de accountant(sorganisatie) ingestelde megaclaim. Hoewel het aansprakelijkheidsregime in Europa nog steeds afwijkt van het in Amerika in veel staten geldende regime waarin deze megaclaims kunnen voorkomen, is vanuit de Europese Commissie een consultatiedocument gepresenteerd waarin een aantal voorstellen wordt gedaan om te komen tot een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van de controlerend accountant. Over een dergelijke beperking is veel gediscussieerd en hierop valt ook zeker het een en ander af te dingen. In Nederland heeft de Hoge Raad in het Vie d'Or-arrest duidelijk gemaakt dat hij zich bij het toewijzen van claims van derden tegen controlerend accountants terughoudend opstelt, hoewel in zijn algemeenheid op de accountant een zorgplicht rust die zich ook uitstrekt tot derde partijen. Overigens zal ook voor Nederland een dergelijke beperking het level playing field en daarmee de onderlinge concurrentie in internationaal verband ten goede kunnen komen, en dat is in de huidige steeds internationalere kapitaalmarkt wel wenselijk. Een harmonisatie van wetgeving op Europees niveau zou ook in de lijn liggen van de wens om te komen tot een verdergaande vorm van integratie tussen de landen in de Europese Unie. ■

Prof. dr. mr. P.M. van der Zanden is hoogleraar Financial Accounting aan de Universiteit Tilburg en Raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Den Haag. Mr. E.A. de Jong is als advocaat verbonden geweest aan Stibbe en momenteel bezig met een MBA-opleiding aan de Rotterdam School of Management. Mr. A.C. van Campen is advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten.

Literatuur

- Bier, B. (2003), Naschrift, *Ondernemingsrecht*, nr. 1, pp. 27 en verder.
- Europese Commissie (2007), Directorate General for Internal Market and Services, Commssion Staff Working Paper: Consultation on auditors' liability and its impact on the European capital markets, Januaury 2007; zie: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/liability/index_en.htm.
- Institute of Chartered Accountants in England and Wales (2003), *Technical Release, The audit report and auditors' duty to care to third parties, Audit 01/03*; zie: www.icaew.co.uk.
- Jong, E.A. de (2003), De derdenaansprakelijkheid van de accountant voor zijn goedkeurende verklaring, 'Something is clearly going wrong, but what?', *Ondernemingsrecht*, nr. 16, pp. 600-606.
- Koelemeijer, M. (2003), SV&V Actueel', *Tijdschrift voor Stichting, Vereniging en Vennootschap*, nr. 2.
- Lane, M.R. (1989), Legislating accountant's third party liability, *CPA Journal*, vol. 59, no. 6, June, pp. 46-51; te raadplegen via: www.nysscpa.org/cpajournal/old/07551220.htm.
- London Economics in association with prof. Ralf Ewert (2006), *Study on the economic impact of auditors' liablity regimes*, (MARKT/2005/24/F), Final report to EC-DG Internal Market and Services, September; zie: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/auditors-final-report_en.pdf.
- Nederlands Instituut van Registeraccountants (NIVRA), Koninklijk (2007), *Aansprakelijkheid van accountants binnen de EU, Commentaar NIVRA op EU consultatie*, maart 2007; zie: http://www.nivra.nl/Downloads/NIVRA_commentaar_aansprakelijkheid.pdf.
- Zanden, P. van der, en I. Timmerman (2003), Accountantsverklaring bij inbreng in natura. Heeft de accountant zelf nog iets in te brengen?, *Vennootschap & Onderneming*, 2003, no. 3, pp. 42-45.

Noten

1 Zie: Rechtbank Breda 20 juni 1995, NJ 1997, 712 (RT-benadering); Rechtbank Rotterdam 19 november 1998, JOR 1999,31 (FTP-benadering); Hof Den Haag 27 juni 2000, JOR 2001, 70 (RT-benadering),

2 Rechtbank Amsterdam 9 juni 1999, JOR 1999, 195.

3 Zie in dit verband: Bertrams, a.w. (n. 8), p. 204. Wederom anders: De Ru, a.w. (n.16), p. 87.

4 Zie Verkade in zijn noot onder het arrest.

5 Zie in dit verband: Hoge Raad 25 oktober 1983, NJ 1984, 132 en Hoge Raad 14 juni 1985, NJ 1986, 175. Beide uitspraken handelden over de vraag of de accountant een beroep kon doen op het verschoningsrecht.

6 Oostenrijk, België, Duitsland, Griekenland en Slovenië.

7 Denk hierbij aan verweren als verjaring (art. 3:310 BW), verrekening (art. 6:127 BW), 'eigen schuld' (art. 6:101 BW), als ook aan schade- en causaliteitsverweren.

8 Een soort 'privaatrechtelijke boetes', waarvan de hoogte onder meer afhankelijk is van de jaaromzet van de gedaagde partij.

9 Zie ook: Accountants ingesnoerd, Ruud Dekkers en Peter Veerman, FD, 3 januari 2008, waarin gepleit wordt voor een harmonisatie van wetgeving. Het NIVRA is een voorstander van de voorstellen om te komen tot een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van de controlerend accountant (zie www.nivra.nl/Downloads/NIVRA_commentaar_aansprakelijkheid.pdf).

10 Commission Recommendation concerning the limitation of the civil liabilty of statutory auditors and audit firms, Brussel 5-6-2008, SEC (2008) 1975.