AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ACCOUNTANT JEGENS DERDEN

Tekst: MR. B. ten Doesschate & MR. H.R. Eekhof [1]

De accountant dient zich bij de uitoefening van zijn beroep te houden aan wettelijke regels en gedragsnormen. Bovendien heeft hij een zorgplicht jegens zijn opdrachtgever, op grond waarvan hij gehouden is om als een redelijk handelend en redelijk bekwaam accountant op te treden. Maar kan een accountant ook aansprakelijk zijn voor schade die door derden wordt geleden? En zo ja, welke "derden" kunnen de accountant aansprakelijk stellen? In dit artikel gaan wij in op deze vragen. Daarbij gaan wij met name in op de norm die de Hoge Raad voor accountantsaansprakelijkheid heeft geformuleerd in het Vie d'Or-arrest en de vraag of de Rechtbank te Utrecht deze norm heeft toegepast in haar zeer recente Ceteco-uitspraak. Tot slot zullen wij stilstaan bij de mate van waarschijnlijkheid dat een accountant door een derde met succes aansprakelijk kan worden gesteld.

Aansprakelijkheid

Wanneer iemand schade lijdt, zal hij deze schade normaal gesproken vergoed willen zien. De verantwoordelijk voor het veroorzaken van de schade en de daaruit voortvloeiende verplichting tot het vergoeden daarvan, wordt aangeduid als aansprakelijkheid.

Wanprestatie en onrechtmatige daad

Op het gebied van aansprakelijkheid van accountants is het van belang om twee situaties te onderscheiden: enerzijds aansprakelijkheid van de accountant ten opzichte van zijn cliënt, en anderzijds aansprakelijkheid van de accountant ten opzichte van derden. Met derden wordt bedoeld: alle (rechts)personen, die niet betrokken zijn bij de contractuele relatie tussen accountant en cliënt.

Tussen accountant en cliënt bestaat een contractuele relatie. Wanneer de accountant tekortschiet in zijn dienstverlening, pleegt hij wanprestatie jegens zijn cliënt en kan hij om die reden aansprakelijk zijn voor de schade.

Tussen de accountant en derden bestaat een dergelijke contractuele relatie per definitie niet. Een accountant kan dan ook niet op grond van wanprestatie jegens een derde aansprakelijk zijn. Aansprakelijkheid van een accountant jegens een derde dient daarom te worden gebaseerd op onrechtmatige daad.

Als onrechtmatig handelen geldt in beginsel ieder doen of nalaten, in strijd met een wettelijke plicht of hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Wanneer het onrechtmatig handelen aan de dader kan worden toegerekend, kan er voor de dader een verplichting ontstaan tot vergoeding van de door zijn onrechtmatig handelen veroorzaakte schade. De schade moet wel voortvloeien uit het handelen: er moet een mate van causaal verband tussen beide zijn.

In dit artikel beperken wij ons tot de categorie aansprakelijkheid van de accountant jegens derden. Bestaat een dergelijke aansprakelijkheid? Wanneer handelt een accountant onrechtmatig? En hoe groot is de kring van derden die de accountant tot schadevergoeding kunnen aanspreken?

Werkzaamheden van de accountant

Algemene zorgplicht

Evenals andere beroepsbeoefenaren, zoals advocaten, notarissen en artsen, dient de accountant bij de uitoefening van zijn werkzaamheden in het algemeen te handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar mag worden verwacht[2]. ▶

1 Mr. B. ten Doesschate en mr. H.R. Eekhof zijn advocaat bij CMS Derks Star Busmann N.V. te Utrecht en adviseren onder meer accountants(kantoren) in aansprakelijkheidskwesties en tuchtrechtelijke aangelegenheden.

2 HR 9 november 1990, NJ 1991, 26; RvdW 1990, 199 (m.b.t. een medisch specialist)

Deze zorgvuldigheid dient de accountant in ieder geval in acht te nemen jegens zijn cliënt. Maar levert handelen in strijd met deze norm jegens derden een onrechtmatige daad van de accountant op? In zijn in oktober 2006 gewezen arrest in de zaak Vie d'Or[3] heeft de Hoge Raad bepaald dat de accountant, door in strijd te handelen met de hiervoor gedefinieerde zorgvuldigheid, onder omstandigheden aansprakelijkheid kan zijn jegens derden.

Externe werking

Bij welke werkzaamheden moet de accountant rekening houden met de jegens derden in acht te nemen zorg? Daarvoor is bepalend, of derden worden "geraakt" door een bepaalde handeling van de accountant. Met andere woorden: welke werkzaamheden van een accountant hebben een zekere externe werking, inhoudende dat derden kennis kunnen nemen van het resultaat van de werkzaamheden en daarop (moeten kunnen) vertrouwen?

Een dergelijke externe werking komt in ieder geval toe aan de controle van de jaarrekening en de goedkeuring daarvan. Over deze "publieke functie" van de jaarrekening zegt de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta)[4]: financiële verantwoordingen – waarvoor het bestuur primair verantwoordelijk is – vergezeld van een goedkeurende accountantsverklaring, vormen een bron van informatie waaraan in het maatschappelijk verkeer een meer dan gemiddelde waarde wordt toegekend[5]. Overigens omschrijft art. 1 Wta de jaarrekening ook als zijnde ten behoeve van het maatschappelijk verkeer.

In het arrest Vie d'Or heeft de Hoge Raad de externe werking van de jaarrekening bevestigd. De Hoge Raad wijst erop, dat de taak van de accountant mede een wezenlijk publiek belang dient. De belangen die met de taakuitoefening zijn gediend, zijn niet beperkt tot die van de rechtspersoon om wiens verslag en jaarrekening het gaat[6].

"In het maatschappelijk verkeer mogen derden verwachten dat de informatie zoals deze door (...) openbaarmaking van de jaarrekening en een goedkeurende verklaring naar buiten komt, naar het onafhankelijk en objectief inzicht van de accountant een getrouw beeld geeft van het vermogen, het resultaat en de solvabiliteit en liquiditeit van de onderneming en dat de jaarrekening voldoet aan de vereisten die de wet en (Europese) regelgeving stellen en in overeenstemming is met de normen en standaarden die te dier zake in deze beroepsgroep algemeen worden aanvaard. Ook derden moeten hun gedrag kunnen afstemmen op die informatie en bij het nemen of handhaven van hun financiële beslissingen kunnen vertrouwen dat het gepresenteerde beeld niet misleidend is"[7]

In de praktijk hangen geschillen over accountantsaansprakelijkheid veelal samen met het controleren van de jaarrekening en de goedkeurende verklaring.

De norm voor aansprakelijkheid: het arrest Vie d'Or

In de Vie d'Or-zaak heeft de Hoge Raad uitgewerkt welke eisen worden gesteld aan de zorgplicht van de accountant.

De feiten

De levensverzekeringsmaatschappij Vie d'Or werd in 1985 opgericht. Ondanks een explosieve groei had Vie d'Or te kampen met een hoge schuldenlast, doordat gebruik werd gemaakt van een constructie waarbij de afsluitprovisie die aan tussenpersonen werd betaald, moest worden terugverdiend op toekomstige premie-opbrengsten. Op 11 december 1995 werd Vie d'Or uiteindelijk failliet verklaard.[8]

"Met andere woorden: welke werkzaamheden van een accountant hebben een zekere externe werking, inhoudende dat derden kennis kunnen nemen van het resultaat van de werkzaamheden en daarop (moeten kunnen) vertrouwen?"

De vordering

De voormalige polishouders van Vie d'Or, verenigd in de Stichting Vie d'Or, stelden vervolgens onder meer de accountants van Vie d'Or, op grond van onrechtmatige daad, aansprakelijk voor de schade. De accountants werd met name verweten dat zij met betrekking tot de jaarrekeningen over 1989 tot en met 1992, ondanks duidelijke materiële gebreken, een goedkeurende verklaring hadden afgegeven, en dat zij de raad van commissarissen van Vie d'Or alleen mondeling hadden gewaarschuwd.

De procedures bij Rechtbank en Hof

In eerste aanleg oordeelde de rechtbank dat de accountants onrechtmatig hadden gehandeld jegens de (oud-)polishouders van Vie d'Or. Het Gerechtshof heeft dit oordeel bekrachtigd. Beide rechtscolleges hebben bij het vormen van hun oordeel zeer veel gewicht toegekend aan de, reeds eerder uitgesproken, tuchtrechtelijke ver-

oordeling van de accountants. Na de uitspraak van het Hof is in de literatuur kritiek geuit op het uitgangspunt, dat onrechtmatig handelen van een accountant voorshands kan worden aangenomen, indien in een tuchtrechtelijke procedure is geoordeeld dat normen en gedragsregels zijn geschonden.[9]

De Hoge Raad

De accountants stelden beroep in cassatie in bij de Hoge Raad, waarbij zij (onder andere) aanvoerden dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat schending van de gedragsregels door de accountants tevens betekent dat onrechtmatig is gehandeld jegens de (oud-)polishouders. Volgens de accountants had het Hof het handelen moeten beoordelen aan de hand van de algemene norm van de zorgvuldigheidsplicht.[10]

De Hoge Raad overweegt:

"Bij de beantwoording van de vraag of de externe controlerend accountant heeft gehandeld in overeenstemming met de van hem in het concrete geval te vergen mate van zorg, komt het – met inachtneming van hetgeen hiervoor is vooropgesteld [zie hiervoor onder 2., BtD en RE] – aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval."

Vervolgens reikt de Hoge Raad aan hoe deze algemene norm dient te worden ingekleurd:

"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 de geconsteerde 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." [11]

Over de rol die het oordeel van de tuchtrechter in deze afweging mag spelen, overweegt de Hoge Raad:

"Het tuchtrecht heeft in de eerste plaats tot doel, kort gezegd, in het algemeen belang een goede wijze van beroepsuitoefening te bevorderen. In een tuchtprocedure staat, aan de hand van andere maatstaven dan die worden gehanteerd bij de beoordeling van de civiele aansprakelijkheid en zonder de in een civiele procedure geldende bewijsregels, ter beoordeling of een beroepsbeoefenaar in overeenstemming heeft gehandeld met de voor de desbetreffende beroepsgroep geldende normen en gedragsregels. Deze kenmerken brengen mee, dat aan het oordeel van de tuchtrechter dat in strijd is gehandeld met de voor het desbetreffende beroep geldende normen en regels, niet zonder meer de gevolgtrekking kan worden verbonden dat de betrokkene civiel aansprakelijk is wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm."[12]

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof Den Haag en verwijst de zaak naar het Hof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing. Het Hof Amsterdam heeft nog geen uitspraak gedaan. ▶

3 HR 13 oktober 2006, RvdW 2006, 942; JOL 2006, 595.

4 Mr. H. Reimers, Beperkte aansprakelijkheid van accountants voor de verklaring bij de jaarrekening ten opzichte van derden, Tijdschrift voor Jaarrekeninglezen 2006, 3 (blz. 72 e.v.)

5 Tweede Kamer 2003-2004, 29658 nr. 3 (blz. 2).

6 Mr. A.J.P. Schild, Aansprakelijkheid van de accountant en de actuaris, Bedrijfsjuridische Berichten 2006, 23 (blz. 231 e.v.).

7 Zie noot 3: r.o. 5.4.1.

8 Mr. A.J.P. Schild, Aansprakelijkheid van de toezichthouder, Bedrijfsjuridische Berichten 2006, 23 (blz. 225 e.v.).

9 Zie bijv.: mr. N. Vloemans, Het is niet alles goud wat er blinkt. Enige aantekeningen over de aansprakelijkheid van de accountant ten opzichte van derden, Onderneming & Financiering 2004, nr. 64 (blz. 68 e.v.)

10 Zie noot 3, r.o. 5.2

11 Ibid, r.o. 5.4.2.

12 Ibid, r.o. 5.4.3.

"In ieder geval lijkt het aannemelijk dat de beweeglijkheid van de markten in de komende tijd op een verhoogd niveau zal blijven."

De norm voor aansprakelijkheid

De accountant kan dus onder omstandigheden aansprakelijk zijn jegens derden voor een aan hem verwijtbaar doen of nalaten in de uitoefening van zijn taak. Voor de beoordeling van de vraag of de accountant in een bepaald geval aansprakelijk is, zijn volgens de Hoge Raad een aantal factoren van belang. Houdt men de door de Hoge Raad gegeven criteria aan, dan dienen de volgende vragen te worden beantwoord:

1) heeft de accountant zich gehouden aan de regels (nationaal en Europees) die voor de desbetreffende werkzaamheden bestaan?

a. hoe groter het "gewicht" van de geschonden regel, des te eerder zal sprake zijn van aansprakelijkheid.

b. de geschonden regel hoeft geen dwingend recht te zijn.

2) indien de vorige vraag bevestigend wordt beantwoord: welke norm is geschonden en wat is de ernst van de schending?

a. in deze vraag ligt besloten het rechtsbeginsel, dat de geschonden norm moet strekken tot bescherming van het belang dat is geschaad.

b. daarnaast kan worden geconclūdeerd dat niet iedere fout per definitie tot aansprakelijkheid leidt.

3) welke maatregelen heeft de accountant getroffen en welke informatie is verschaft?

a. wat heeft de accountant ondernomen om de schade te beperken? Aansprakelijkheid zal eerder worden aangenomen als de accountant is blijven "stilzitten" op het moment dat handelen van hem verwacht mocht worden.

b. Deze "algemene" verplichting tot het nemen van maatregelen en verschaffen van informatie dient te worden onderscheiden van de hierna onder 5) te noemen verplichting jegens de (mogelijke) benadeelden.

4) in hoeverre was de daadwerkelijk geleden schade vooraf voorzienbaar?

a. als de accountant de schade had kunnen of moeten voorzien, zal hij eerder aansprakelijk zijn wanneer de schade inderdaad intreedt.

5) in verband met deze voorzienbaarheid: heeft de accountant redelijke (controle) maatregelen genomen, respectievelijk waarschuwingen afgegeven, ter voorkoming van de schade?

a. voor aansprakelijkheid jegens derden dient volgens de Hoge Raad, naast hetgeen onder 3)is gesteld, ook in het kader van de voorzienbaarheid getoetst te worden wat de accountant feitelijk heeft ondernomen om de schade te voorkomen of te beperken. Wij begrijpen deze eis aldus, dat de accountant na een normschending gehouden is om (het bestuur en eventueel de raad van commissarissen van) zijn opdrachtgever te waarschuwen en maatregelen te nemen om de schade (voor de opdrachtgever) te voorkomen of te beperken (de verplichting onder 3). Kon de accountant daarbij redelijkerwijs niet voorzien dat zijn handelen ook schade voor derden tot gevolg zou hebben, dan zal aansprakelijkheid niet snel worden aangenomen. ▶

b. in verband met de causaliteitseis: is de door de derde geleden schade het gevolg van het handelen of nalaten van de accountant?
c. in Vie d'Or stelden de accountants onder andere dat de aan de accountants verweten gedragingen – het niet wijzen op de gebreken in de administratie en het niet dreigen met het onthouden van goedkeuring aan de jaarrekeningen – niet hadden bijgedragen aan de solvabiliteitsproblemen van Vie d'Or. Door het Hof werd dit verweer verworpen, doch de Hoge Raad achtte dit oordeel onvol doende gemotiveerd. In de praktijk zal het voor benadeelde derden dikwijls geen sinecure zijn om aan te tonen dat de geleden schade zich niet zou hebben voorgedaan indien de accountant – kort gezegd – geen fout zou hebben gemaakt.

De Hoge Raad neemt dus, althans met betrekking tot het controleren en goedkeuren van de jaarrekening, in verband met de publieke functie van de openbare accountant aan dat de door de accountant in acht te nemen zorgvuldigheid een zekere werking jegens derden kan hebben. Door de vele, min of meer cumulatieve eisen die de Hoge Raad formuleert, zal aansprakelijkheid van de accountant uit dien hoofde echter niet gemakkelijk kunnen worden aangenomen.

Reikwijdte van de aansprakelijkheid

Omvang kring van derden?

De vraag rijst vervolgens, welke derden de accountant aansprakelijk kunnen stellen voor schade die zij hebben geleden. Nu een jaarrekening in beginsel voor iedereen toegankelijk is, is de kring van derden jegens wie de accountant aansprakelijk kan zijn, dus in wezen onbeperkt. Het behoeft geen betoog dat het wenselijk is om daaraan een beperking te stellen.

Voorzienbaarheid en causaal verband

Deze beperking vloeit onder andere voort uit de eisen van voorzienbaarheid en causaal verband. Als de schade voor de accountant niet redelijkerwijs voorzienbaar was, is hij in beginsel niet aansprakelijk en de schade dient het gevolg te zijn van het handelen of nalaten van de accountant. Daaruit vloeit een begrenzing voort van de derden die de accountant tot schadevergoeding kunnen aanspreken.

Betrokkenheid en kenbaarheid

In de literatuur is wel verdedigd[13] dat de zorgplicht van de accountant jegens derden pas ontstaat op het moment dat de overeenkomst met de opdrachtgever tot stand komt. Die stelling steunt op het argument dat de accountant er belang bij heeft om slechts die verantwoordelijkheid te dragen die hij in het kader van die overeenkomst op zich heeft genomen en waarop hij zijn honorarium heeft afgestemd.

Bij het bovenstaande rijst de vraag of schending van de door de accountant jegens een derde in acht te nemen zorg slechts kan worden aangenomen, wanneer enerzijds sprake is van een voldoende mate van betrokkenheid van de derde bij de overeenkomst tussen accountant en opdrachtgever, en anderzijds deze betrokkenheid voor de accountant bij het aangaan van de overeenkomst kenbaar was.

Daarnaast speelt als derde eis de voorzienbaarheid. Gezien het gewicht dat de Hoge Raad hieraan toekent in de Vie d'Or-zaak geldt ten aanzien hiervan het uitgangspunt "last but not least".

Kanttekening

Wij achten de bovenvermelde samenhangende criteria (betrokkenheid, kenbaarheid en voorzienbaarheid) in beginsel nog steeds juist en – niet onbelangrijk – praktisch goed hanteerbaar. Wij willen echter één kanttekening maken met betrekking tot het moment van de kenbaarheid. In het licht van de Vie d'Or-uitspraak van de Hoge Raad en het belang dat daarin wordt toegekend aan de publieke functie van de accountant, moet er naar ons oordeel rekening mee worden gehouden dat een accountant ook aansprakelijk kan zijn indien (het belang van) de derde bij het aangaan van de overeenkomst tussen de accountant en zijn opdrachtgever nog niet in beeld was.

De Ceteco-uitspraak

Zeer onlangs heeft de Rechtbank Utrecht zich uitgesproken over een vordering op grond van onrechtmatig handelen door accountants, inge-

Op grond van de Ceteco-uitspraak van de Rechtbank Utrecht kan vooralsnog worden aangenomen dat de accountant jegens derden geen algemene waarschuwingsplicht heeft.

steld namens de gezamenlijke schuldeisers door de curatoren in het faillissement van Ceteco N.V. ("Ceteco") door de curatoren in dat faillissement.[14]

De feiten

Ceteco was de topholding van het Ceteco-concern ("Ceteco"). Sinds het begin van de jaren negentig was Ceteco hoofdzakelijk actief in de productie en verkoop in de Latijns-Amerika van wit- en bruingoed en het verlenen van consumentenkrediet.

Aan Ceteco N.V. is op 6 juli 1999 surseance van betaling verleend. Ceteco N.V. is vervolgens op 17 mei 2000 in staat van faillissement verklaard.

Bij de Rechtbank te Utrecht werden door de curatoren (onder andere) de accountants van Ceteco aangesproken, die in de periode 1994 tot en met 1999 de controle van de jaarrekening van Ceteco hadden verzorgd en bij de (geconsolideerde) jaarrekening van Ceteco N.V. een accountantsverklaring hadden afgegeven.

De vordering

De accountants werd verweten, dat zij bij de jaarverslaggeving over 1997 en 1998 in strijd met de relevante regelgeving zouden hebben gehandeld en dat zij de raad van commissarissen niet adequaat hadden geïnformeerd. De curatoren stelden dat de acocountants onrechtmatig hadden gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers en uit dien hoofde aansprakelijk waren.

De rechtbank

Hoewel door de Rechtbank is aangenomen dat de accountant is tekortgeschoten ten aanzien van de misleidende presentatie van de jaarstukken 1997, is de vordering van curatoren afgewezen wegens het ontbreken van een causaal verband en de overweging dat – kort gezegd – het door curatoren gevorderde boedeltekort geen schade is van Ceteco, maar van de schuldeisers. In de Ceteco-uitspraak lijkt de Rechtbank in navolging van de Vie d'Or-uitspraak van de Hoge Raad (impliciet) de redenering te volgen dat schending van de door de accountant in acht te nemen zorgvuldigheid werking jegens derden kan hebben. Het interessante van de Ceteco-uitspraak is, dat de Rechtbank geen algemene rechtsplicht tot het waarschuwen bij een gevaarssituatie aanneemt. De Rechtbank overweegt:

"Indien bestuurders en/of commissarissen – in de visie van de accountant – niet adequaat handelen ten aanzien van gegeven waarschuwingen, gaat de waarschuwingsplicht van een accountant niet zover dat hij het publiek dan wel alle hem bekende debiteuren op de hoogte dient te stellen. Een dergelijke verstrekkende waarschuwingsplicht vloeit ook niet voort uit een algemene rechtsplicht om een waargenomen gevaarssituatie op te heffen of anderen daarvoor te waarschuwen. In specifieke omstandigheden kan dit anders zijn, maar de curatoren hebben daaromtrent onvoldoende gesteld."

Het afwijzen van een algemene waarschuwingsplicht doet onzes inziens recht aan het juiste uitgangspunt dat de accountant niet kan worden gezien als "sluitpost" voor gedupeerde derden die elders geen verhaal kunnen vinden.

Conclusie

De accountant kan aansprakelijk zijn jegens derden uit hoofde van onrechtmatige daad. In het Vie d'Or-arrest heeft de Hoge Raad aangegeven dat in verband hiermee alle omstandigheden van het geval van belang zijn. Bij de beoordeling van deze omstandigheden moet acht worden geslagen op diverse criteria. In de praktijk zal het vaak voorkomen dat aan één of meer van deze criteria niet kan worden voldaan waardoor accountants die zijn tekortgeschoten dikwijls door derden niet met succes aansprakelijk gesteld zullen kunnen worden.

Op grond van de Ceteco-uitspraak van de Rechtbank Utrecht kan vooralsnog worden aangenomen dat de accountant jegens derden geen algemene waarschuwingsplicht heeft. ■

13 Zie noot 4, blz. 75

14 Rechtbank Utrecht, 12 december 2007, LJN: BB9709, 171413/ HA ZA 04-34