

Wel of niet aansprakelijk

de **Openbaar**
accountant

**Kunnen
derden de
door een**

**foutieve jaarrekening
geleden schade verhalen op
de accountant? Dat hangt
deels af van het
kantooradres, zowel in de
VS als Nederland.**

ERWIN DE JONG*

'Accountants zullen in de toekomst anders te werk moeten gaan bij het opsporen van fraude. Er zal een soort 'due diligence'-onderzoek moeten worden uitgevoerd om mogelijke fraude op te speuren die door andere accountants bij eerdere boekencontroles kan zijn gemist.' Dat stelde de AFM naar aanleiding van de Parmalat-affaire, in het Financieel Dagblad. De discussie over de rol van de accountant in het maatschappelijk verkeer wordt door deze affaire weer eens goed aangewakkerd. De accountant zit in het post-Enron-tijdperk een beetje in het verdomhoekje, maar nieuw is dit zeker niet. Al begin jaren negentig zat de accountant - zoals Het Financieel Dagblad toen formuleerde - een stuk ongemakkelijker op zijn 'comfortabele zetel' door de 'cowboys en premiejagers' die de weg naar de civiele rechter hadden gevonden. Ook toen werd gedacht aan een 'accountantsverklaring nieuwe stijl', die jaarrekeninggebruikers het ontbrekende inzicht zou geven in de specifieke werkwijze van de accountant. Volgens het NIVRA was 'het instituut 'accountantsverklaring' niet meegegroeid met de toegenomen dynamiek van de samenleving', met als gevolg een kloof tussen de verwachtingen van gebruikers en de werkelijke situatie.

Aansprakelijk?

De discussie over de verklaring nieuwe stijl bloedde snel dood. Maar toen werd het 2 december 2001: Enron ging failliet en een paar maanden later - 9 april 2002 - verklaarde

de controlerend accountant van Enron tegen de federale rechter dat hij zich schuldig had gemaakt aan *obstruction of justice*. De verwachtingskloof lijkt niet meer te overbruggen. Boekhoudschandalen - inmiddels een ingeburgerde term - versterken de roep om duidelijkheid over de waarde van de goedkeurende verklaring. Met als een van de kernvragen: Kunnen derden die op de goedkeurende verklaring zijn afgegaan en daardoor schade lijden, deze schade verhalen op de accountant? En, daarmee samenhangend, kan de accountant aansprakelijkheid ontlopen door aan zijn goedkeurende verklaring een disclaimer toe te voegen?

VS: drie benaderingen

Over de waarde en betekenis van de goedkeurende verklaring is niet iedereen het eens. In het proceslustige Amerika bestaan drie visies, en oordeelt de rechter verschillend. Het lot van de Amerikaanse accountant lijkt hiermee afhankelijk van zijn kantooradres.

Ultramares-benadering

Deze benadering sluit aansprakelijkheid vanwege fraude niet maar vanwege nalatigheid wel uit, en is ontleend aan de klassieke uitspraak van 6 januari 1931 van het Court of Appeals van New York. Chief Justice Cardozo sprak daar de inmiddels legendarische woorden: '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



Erwin de Jong: "Dat de accountant tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders kan worden bevroegd, is vanuit aansprakelijkheidsoogpunt misschien wel minder gewenst."

FOTO: SIMONE VAN ES

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.'

Restatement of Torts-benadering

Deze benadering is afgeleid van paragraaf 552 van de federale wet Restatement (2d) of Torts ('Tort' betekent - slecht vertaald - een aansprakelijkheid die niet voortvloeit uit een overeenkomst):

'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.

Foreseeable Third Party-benadering

De Foreseeable Third Party-benadering is afgeleid van de Rosenblum-zaak uit 1983 van de Supreme Court of New Jersey, en gaat nog een stap verder:

'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.'

De Supreme Court ziet geen verschil tussen de beroepsaansprakelijkheid van de accountant en van een producent. De literatuur omschrijft



In Europa bestaat een tendens bij rechters om de aansprakelijkheid jegens derden uit te breiden.

deze gedachtengang als volgt:

'The apparent intent of the court was to place the responsibility for negligence upon the party most capable of preventing it.'

Het lijkt zeer de vraag of deze redenering juist is, aangezien die partij nu juist (het bestuur van) de vennootschap lijkt te zijn.

Kentering in Europa?

Ook in Europa denken rechters verschillend over de derdenaansprakelijkheid van de accountant. Lange tijd was terughoudendheid eerder regel dan uitzondering maar, ik bespeur een tendens om deze aansprakelijkheid uit te breiden.

In de Engelse Caparo-zaak uit 1991 besliste de hoogste Engelse rechter dat aansprakelijkheid voor de goedkeurende verklaring pas ontstaat bij *foreseeability of harm en proximity*. Daarnaast moet vergoeding van de schade *just and reasonable* zijn.

Aan de proximity-eis is pas voldaan als: de accountant op de hoogte is van het doel waarvoor de stukken worden opgemaakt, de accountant weet dat deze voor dat doel ter beschikking worden gesteld van de derde (als individu of als lid van een identificeerbare groep), de accountant weet dat de derde op de stukken zal vertrouwen zonder zelf een onderzoek in te stellen en de derde ook daadwerkelijk op de stukken is afgegaan. Met die uitspraak was de deur voor derdenaansprakelijkheid aardig dichtgegooid.

Deur beetje open

De in 2002 gewezen Schotse uitspraak *Bannerman v. Royal Bank of Scotland* zet die deur toch weer een klein beetje open. De Schotse rechter begint met de constatering dat partijen niet van mening verschillen over de vraag welke hoofdcriteria - zoals omschreven in de Caparo-zaak - van belang zijn om tot aansprakelijkheid te komen. Vervolgens gaat hij in op de kernvraag: vereist de proximity-eis dat de accountant de bedoeling moet hebben om zijn verklaring in handen van een derde te spelen zodat deze daarop kan vertrouwen? De rechter meent van niet. Die bedoeling kan het aannemen van proximity ondersteunen, maar is volgens hem geen vereiste. De vraag of een zorgplicht bestaat 'depends on whether the pursuers (de bank) have made adequate averments that the defenders (de accountant) knew that the accounts were to be passed to the pursuers for use by them as guidance in the making of decisions about the level of financial support which they would provide to APC (de gefailleerde onderneming)'. 1-0 voor de bank dus: de bedoeling van de accountant is niet van belang, van belang is of de accountant wist dat de derde voor het nemen van zijn investeringsbeslissing zou vertrouwen op de gecontroleerde cijfers.

Disclaimer

Daar blijft het echter niet bij. De Schotse rech-

Chipshol

De uitspraak van de Zutphense rechtbank (zie pagina 33) is in lijn met de eerder door de Hoge Raad gewezen Chipshol-uitspraak van 15 juni 2001 (NJ 2001, 573). Deze uitspraak betreft slechts de relatie tussen bestaande aandeelhouders en een derde, en laat dus de mogelijkheid voor een actie van een obligatiehouder, crediteur etc. jegens de accountant onverlet. Of de in het algemeen gestelde overweging van de rechtbank Zutphen ook betrekking heeft op deze groep derden, volgt helaas niet uit de uitspraak.

ter voegt daar aan toe dat de accountant simpelweg via een disclaimer aan de bank had kunnen laten weten dat hij ten opzichte van de bank niet kon instaan voor de juistheid van de goedkeurende verklaring.

De Bannerman-uitspraak leidde in het Verenigd Koninkrijk tot grote onenigheid. Het Institute of Chartered Accountants of England and Wales (ICAEW) adviseerde accountantorganisaties om aan de goedkeurende verklaring een standaarddisclaimer toe te voegen. De Association of Chartered Certified Accountants (ACCA) liet daarentegen weten dat een algemene disclaimer de accountantscontrole devalueert, waar zeker iets voor lijkt te zeggen.

Oostenrijk

Ook in Oostenrijk werd aansprakelijkheid van de accountant jegens derden lange tijd slechts in bijzondere omstandigheden aangenomen. Deze omstandigheden kwamen - net als in Duitsland - overeen met die zoals uiteengezet in de Engelse Caparo-uitspraak. De recente Riegersbank-uitspraak van de hoogste rechter in Oostenrijk breekt met deze lijn: in geval van nalatigheid is de accountant jegens derden aansprakelijk, ongeacht de vraag of hij bekend was met die derde en het feit dat deze zijn investeringsbeslissing baseerde op de goedgekeurde cijfers. De rechter volgt hiermee de Amerikaanse foreseeable third party-benadering.

Nederland onduidelijk

De hoogste rechter in Nederland - de Hoge Raad - heeft over deze problematiek nog niets gezegd. In de lagere rechtspraak ontbreekt een duidelijke lijn. Aan de ene kant van het spectrum lijkt een uit 1990 gewezen uitspraak van de rechtbank Utrecht te staan:

'In het algemeen is het zo, dat derden mogen afdgaan op een door een accountant gecontroleerde balans en op een accountantsverklaring. (...) Ofschoon de stukken voor de garagehouder bestemd waren, had de accountant behoren te beseffen dat deze ook gebruikt zouden kunnen worden door anderen, zoals financiers, omdat dergelijke stukken bij uitstek geschikt zijn derde te overtuigen dat er een goede financiële grond bestond om met PIL zaken te doen.'

Grijstinten

Aan de andere kant van het spectrum bevindt zich de Rechtbank Zutphen (2002, zie ook kader): *'Een goedkeurende verklaring van een accountant bij een jaarrekening heeft weliswaar een openbaar karakter, doch dit brengt nog niet mee (bijzondere*



Een accountant kan er onder omstandigheden goed aan doen om een specifieke derde te laten weten dat hij geen aansprakelijkheid jegens hem aanvaardt.

omstandigheden daargelaten) 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.'

Grijstinten zijn te vinden in Rotterdam, Den Haag, Breda en Amsterdam. Net als in Amerika lijkt het lot van de accountant in Nederland

dus af te hangen van zijn kantooradres. Dat komt de rechtszekerheid vanzelfsprekend niet ten goede.

Tabaksblad

De code Tabaksblad schrijft voor dat de accountant tijdens de algemene vergadering kan worden bevraagd over zijn goedkeurende verklaring. Vanuit een oogpunt van corporate governance is dit vanzelfsprekend een juist uitgangspunt. Als onze hoogste rechter zou oordelen dat de accountant jegens derden pas aansprakelijk is als hij bekend is met deze derde en met het feit dat deze zijn investeringsbeslissing (mede) zal baseren op de goedkeurende verklaring, dan is die aanbeveling vanuit een aansprakelijkheidsoogpunt voor de accountant misschien wel minder gewenst. De accountant kan voor derden immers een gezicht krijgen en de Caparo-criteria liggen in zo'n geval op de loer.

Het is goed te lezen dat ook de commissie Tabaksblad opmerkt dat de inhoud van de jaarrekening primair de verantwoordelijkheid is van het bestuur. De logische vraag is dan echter wel waarom de goedkeurende verklaring nog nodig is. Een opmerking van hoogleraar Hans Beckman tijdens de accountantsdag van 11 december 2003 illustreert de inmiddels gerezen twijfel:

'De accountant kan zich aan de verantwoordelijkheid voor fraude niet onttrekken met de stelling dat de primaire verantwoordelijkheid daarvoor ligt bij het bestuur (bestuurders) en de (raad van) commissarissen. Bestuurders en commissarissen schakelen juist een accountant in om fraude te voorkomen en te ontdekken.'

Specifieke derde

Door de soms onduidelijke rol van de accountant voor het maatschappelijk verkeer en de niet-eenduidige lijn in de lagere Nederlandse rechtspraak (er is geen lijn), denk ik dat een accountant er onder omstandigheden goed aan kan doen om een specifieke derde - waarmee hij bekend is en waarvan hij weet dat deze zijn investeringsbeslissingen (mede) zal laten afhangen van de accountantsverklaring - te laten weten dat hij geen aansprakelijkheid jegens hem aanvaardt. Een algemene disclaimer onder elke goedkeurende verklaring of een verklaring nieuwe stijl lijkt mij daarentegen niet nodig. ■

Noot

* Erwin de Jong is advocaat bij Stibbe in Amsterdam.