

## **Aansprakelijkheid van accountants in faillissement: valkuilen en kansen voor curatoren**

*mr. Rhea Bask en mr. Linde van Dieren-Muller, advocaten bij Van Benthem & Keulen*

Aandacht voor de rol van accountants bij faillissementen neemt steeds verder toe. Regelmatig ondernemen curatoren rechtsmaatregelen tegen accountants van failliete vennootschappen bijvoorbeeld wanneer de accountant vlak voor het faillissement een goedkeurende verklaring bij de jaarrekening heeft afgegeven en positief heeft verklaard over de continuïteitsperspectieven van de onderneming. Denk daarbij aan de faillissementen van Econcern, Eurocommerce en Imtech. Accountants worden in dat kader niet alleen bij civiele procedures betrokken; curatoren maken ook steeds vaker gebruik van de tuchtprocedure bij de Accountantskamer.

Ondanks het toenemende aantal aansprakelijkstellingen en tuchtklachten zien wij in de zaken die wij behandelen dat het succesvol claimen van schade bij accountants nog niet zo eenvoudig is. Wat heeft een curator precies nodig om tot een succesvolle aansprakelijkstelling te komen? Wij zetten in dit artikel enkele aandachtspunten uiteen.

### De accountant als poortwachter

De accountant bekleedt een belangrijke rol in het maatschappelijk verkeer. Hij fungeert immers als een soort poortwachter, wiens taak het is om te voorkomen dat onjuiste of misleidende jaarrekeningen in het verkeer worden gebracht (in ieder geval bij controleplichtige ondernemingen). Niet voor niets vereist de wet dat ondernemingen van een bepaalde omvang hun jaarrekeningen laten controleren door een registeraccountant. Kleinere ondernemingen zijn op hun beurt verplicht een samenstellingsverklaring van een accountant bij de jaarrekening te voegen. Zodoende kunnen de gebruikers van de jaarrekening erop vertrouwen dat de inhoud van die jaarrekening juist is, althans dat deze op basis van de juiste informatie is samengesteld. Tegelijkertijd kan de accountantscontrole de bestuurders helpen bij het detecteren van fouten in de administratie en zwakke punten in de interne beheersorganisatie. In dit artikel besteden wij voornamelijk aandacht aan de wettelijke controle van de jaarrekening; de samenstellingsverklaringen van accountants worden hierna buiten beschouwing gelaten.

Artikel 2:362 BW bepaalt dat jaarrekeningen een zodanig inzicht dienen te geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat van een rechtspersoon. Afhankelijk van de aard en omvang van de rechtspersoon dient de jaarrekening tevens inzicht te bieden in de solvabiliteit en liquiditeit van de rechtspersoon (hierna: de vennootschap). Een accountant controleert of de jaarrekening die het bestuur heeft opgesteld aan de vereisten van artikel 2:362 BW voldoet en of het bijbehorende bestuursverslag hiermee verenigbaar is. Zo ja, dan brengt hij een goedkeurende verklaring uit bij de jaarrekening (artikel 2:393 lid 5 BW).

### Curatoren vs. accountants

Toch gaat dit niet altijd zoals het zou moeten. Zoals gezegd kan een curator tot de conclusie komen dat de jaarrekening van de gefailleerde onjuiste informatie bevat en een misleidend beeld van de financiële positie van vennootschap geeft. Denk daarbij aan balansposten die onjuist zijn weergegeven of onvoldoende zijn onderbouwd, kosten die ten onrechte zijn geactiveerd of voorzieningen die ten onrechte vrijvallen. Dergelijke gebreken kunnen niet alleen een vertekend beeld van de vermogenspositie geven maar ook tot gevolg hebben dat ten onrechte wordt uitgegaan van een continuïteit van de vennootschap in het komende jaar. Wanneer wordt uitgegaan van zo'n continuïteit, worden de vermogensbestanddelen van de vennootschap in de regel ook nog eens hoger gewaardeerd dan wanneer men voorziet dat het bedrijf op een faillissement afstevent.

Vornoemde gebreken kunnen – dan wel individueel, dan wel in combinatie met elkaar – een misleidend beeld opwekken bij de gebruiker van de jaarrekening. Zij gaan dan ten onrechte uit van de juistheid van de jaarrekening en continuïteit van de onderneming (het komende jaar). Zij baseren daarop hun besluiten om met de vennootschap te (blijven) contracteren, met eventueel schade tot gevolg. Die schade materialiseert zich veelal op het moment dat de vennootschap vervolgens in staat van faillissement wordt verklaard terwijl de schuldeisers dat niet zagen aankomen.

In dergelijke gevallen zou de accountant kunnen worden verweten dat hij de onjuistheden in de jaarrekening niet heeft gesignaleerd en de gebruikers van de jaarrekening niet heeft gewaarschuwd voor op handen zijnde discontinuïteit. Hoewel niet iedere fout of onoplettendheid direct aansprakelijkheid van de accountant oplevert, mag van een controlerend accountant verregaand onderzoek naar de onderbouwing van de jaarrekening worden verlangd. Een groot aantal stakeholders vertrouwt immers op de goedkeurende verklaring die de accountant afgeeft. Tegenover hen heeft de accountant dan ook een zorgplicht.

### Vie d'Or

De omvang en reikwijdte van die zorgplicht is voor het eerst aan de orde gekomen in het [Vie d'Or-arrest](#) (2006). Daarin heeft de Hoge Raad voor het eerst de voorwaarden voor civiele aansprakelijkheid van accountants tegenover derden geformuleerd. Levensverzekeraar Vie d'Or is in 1995 gefailleerd en had een groot aantal gedupeerde polishouders achtergelaten. Verrassend genoeg hadden de controlerend accountants van Vie d'Or vlak voor het faillissement nog een goedkeurende verklaring bij de jaarrekening afgegeven en geoordeeld dat er geen onzekerheden bestonden over de continuïteit van Vie d'Or. Die continuïteitsverklaring bleek onjuist en ongefundeerd. Reden voor de curatoren om de accountants aansprakelijk te houden voor de schade die de polishouders van Vie d'Or hadden geleden, nu zij door het handelen van de accountants ten onrechte waren uitgegaan van de continuïteit van de verzekeringsmaatschappij.

De Hoge Raad overwoog dat bij het beoordelen van de aansprakelijkheid van de accountants tegenover derden (in dit geval de polishouders) moest worden onderzocht *'wat van hen als redelijk handelende en*

*redelijk bekwame externe controlerende registeraccountants mocht worden geveerd 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'. Met anderen woorden: was er sprake van een schending van een zorgplicht door de accountants tegenover de gebruikers van de jaarrekening?*

In de Vie d'Or-zaak werd die vraag bevestigend beantwoord. Maar wat houdt de (civielrechtelijke) zorgplicht van accountants dan concreet in? Uit jurisprudentieonderzoek verricht door mr. dr. J.E. Brink-van der Meer ([Tvl 2021/3](#)) blijkt dat de zorgplicht in recente jurisprudentie met name is ingekleurd door de vereisten van deskundigheid van de accountant en de inzet daarvan bij de controlewerkzaamheden. Concreet betekent dit dat de accountant (i) voldoende controle-informatie moet verzamelen binnen de organisatie en (ii) deze volgens de geldende wet- en regelgeving moet beoordelen en waarderen. Pas dan kan een accountant tot een (zowel materieel als formeel correcte) goedkeurende verklaring bij de jaarrekening komen zodat de gebruikers van de jaarrekening hiervan uit kunnen gaan.

Hoe een accountant invulling moet geven aan het vereiste van deskundigheid, is bepaald in verschillende beroepsstandaarden. Deze zijn onder andere te vinden in de NV COS (Nadere voorschriften controle- en overige standaarden) en de vijf fundamentele beginselen van de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGBA), te weten: professionaliteit, integriteit, objectiviteit, vakbekwaamheid, zorgvuldigheid en vertrouwelijkheid. Een overtreding van deze beroepsstandaarden vormt echter niet automatisch een schending van de (civielrechtelijke) zorgplicht, waarover hierna meer. Toch kiezen veel curatoren ervoor om eerst vast te stellen of het handelen van de accountant voldoet aan de beroepsregels, alvorens een civiele procedure wordt gestart. Die tuchtprocedure vangt aan bij de Accountantskamer.

#### Accountantskamer als voorportaal van het civiele traject

Wanneer de curator tot de conclusie komt dat de accountant zijn controlewerkzaamheden onzorgvuldig en niet volgens de beroepsstandaarden heeft uitgevoerd, liggen er twee routes open: de gang naar de civiele rechter en naar de tuchtrechter. Zoals gezegd kiezen curatoren steeds vaker voor de tweede route. Reden daarvoor is allereerst dat de Accountantskamer als tuchtrechtinstantie veel meer inhoudelijke kennis van de regelgeving voor accountants heeft dan de civiele rechter. Eventuele fouten van de accountant kunnen door de tuchtrechter beter op waarde worden beoordeeld. Het tuchtrecht is evenwel niet bedoeld om de aansprakelijkheid van een accountant vast te stellen of om schadevergoeding te vorderen. De Accountantskamer kan de betrokken accountant enkel maatregelen opleggen, zoals een berisping of schorsing. De procedure bij de Accountantskamer biedt evenwel de mogelijkheid om een inhoudelijk en deskundig oordeel te verkrijgen over de wijze waarop de controle-opdracht is uitgevoerd en of dit aan de standaarden van de beroepsgroep voldoet.

Een tweede reden waarom de meeste curatoren voor een procedure bij de Accountantskamer kiezen, is vrij praktisch. De Hoge Raad heeft namelijk bepaald dat een civiele rechter in beginsel gehouden is aan de uitspraak van een gespecialiseerde tuchtrechter. Met andere woorden: een civiele rechter zal

het oordeel van een tuchtrechter over het professioneel handelen van de accountant niet zomaar naast zich neer kunnen leggen. Wanneer de civiele rechter toch afwijkend oordeelt over de vraag of sprake is van een beroepsfout dient hij dit volgens [geldende jurisprudentie](#) grondig te motiveren zodat het oordeel in het licht van de tuchtuitspraak voldoende begrijpelijk is.

Voor curatoren biedt deze hoofdregel een gunstige uitgangspositie bij een civiele procedure wanneer de accountant van de tuchtrechter een tik op de vingers heeft gekregen. Toch is de civiele procedure ook dan geen gelopen race. De civiele rechter moet immers wel betekenis toekennen aan het oordeel van de tuchtrechter maar moet dit tevens beoordelen in het licht van het civiele recht. Of de beroepsfout dus civielrechtelijk gezien een onrechtmatige daad tegenover de gebruikers van de jaarrekening oplevert, moet bij de civiele rechter nog blijken.

De procedure bij de Accountantskamer biedt curatoren desalniettemin voordelen. Toegang tot de Accountantskamer is sinds enkele jaren ook – mede als gevolg van de verschillende boekhoudschandalen die zich hebben voorgedaan – gemakkelijker geworden. Sinds 1 januari 2019 zijn de verjaringstermijnen voor het indienen van tuchtklachten bij de Accountantskamer verruimd waardoor curatoren en andere belanghebbenden vaker van deze rechtsingang gebruik kunnen maken. Op dit moment geldt in beginsel een klachttermijn van 10 jaren na het handelen waarover geklaagd wordt.

#### De civiele procedure: enkele uitdagingen

De civiele procedure die op de tuchtprocedure volgt, brengt eigen uitdagingen met zich. In beginsel kan een curator na een tuchtrechtelijke veroordeling van de accountant vrij eenvoudig stellen dat de accountant wanprestatie jegens de failliet heeft gepleegd en uit dien hoofde schadevergoeding vorderen (mits er geen exoneratieclausules of klachttermijnen van toepassing zijn). De grootste uitdagingen van de civiele procedure bevinden zich met name in het vaststellen van een (rechtstreekse) onrechtmatige handeling van de accountant tegenover de schuldeisers van de failliet en het aantonen van de schade geleden door deze schuldeisers.

#### *Peeters/Gatzen-vordering*

De aansprakelijkstellingsvordering van de curator is in de meeste gevallen gebaseerd op artikel 6:162 BW en betreft een zogeheten Peeters/Gatzen-vordering. De vordering wordt ingesteld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde. Eventuele opbrengsten vloeien via de boedel naar de schuldeisers. Deze vordering kent geen wettelijke grondslag maar is in de [jurisprudentie](#) van de Hoge Raad aangenomen als een vordering die een curator kan benutten om schade van schuldeisers op derden te verhalen. Vereiste voor het instellen van de Peeters/Gatzen-vordering is dat sprake is van generieke benadeling van de schuldeisers. Hiervan is – in ieder geval – sprake wanneer het verhaalsvermogen van de failliet door het handelen van de derde is aangetast. Het verhaalsvermogen kan verminderen als gevolg van het wegvloeien van actief van de failliet maar soms ook door het toenemen van het passief.

### *Vaststellen onrechtmatig handelen*

Hiervoor hebben wij al kort benoemd dat een tuchtrechtelijke veroordeling niet automatisch een civielrechtelijke aansprakelijkheid met zich brengt. In dit verband zal een curator dus nader moeten stellen waarom de accountant aansprakelijk is jegens de schuldeisers van de failliet (als het een Peeters/Gatzen-vordering betreft).

Die aansprakelijkheid kan onzes inziens worden onderbouwd aan de hand van de overwegingen in de Vie d'Or-uitspraak. In de overwegingen bij dit arrest heeft de Hoge Raad immers geoordeeld dat de aansprakelijkheid van de accountant moet worden gezien in het kader van wat de gebruikers van de jaarrekening van hem als professioneel en deskundig registeraccountant mochten verwachten. Wat van een registeraccountant verwacht mag worden, is – zoals gezegd – bepaald in de gedrags- en beroepsstandaarden voor accountants (NV COS en VGBA). Wanneer een tuchtrechter dus tot de conclusie komt dat die standaarden zijn geschonden en er sprake is van een beroepsfout, is in beginsel aan de voormelde overweging in het Vie d'Or-arrest voldaan en is dus ook sprake van een schending van een zorgplicht.

Toch zal bij de civiele rechter ook meewegen onder welke omstandigheden de accountant de jaarrekeningcontrole heeft verricht. Is er sprake geweest van fraude of bewuste misleiding door zijn opdrachtgever of diens werknemers? Zijn er feiten en omstandigheden te benoemen waardoor de accountant civielrechtelijk gezien toch heeft voldaan aan zijn zorgplicht, bijvoorbeeld doordat de gebruikers van de jaarrekening anderszins zijn gewaarschuwd voor discontinuïteit? De curator zal de civiele procedure kortom niet succesvol kunnen doorlopen wanneer enkel summier stellingen over het onrechtmatig handelen worden ingenomen, of wanneer alleen aan de uitspraak van de tuchtrechter wordt gerefereerd.

### *Vaststellen generieke benadeling*

Na vaststelling van het onrechtmatig handelen komt men toe aan de vraag of er voldaan is aan het vereiste van generieke benadeling. Dit vormt – samen met het vereiste van een *conditio sine qua non* verband – verreweg de grootste hindernis bij het instellen van de Peeters/Gatzen-vordering.

Van generieke benadeling is sprake wanneer schuldeisers van de failliet in hun verhaalsmogelijkheden zijn aangetast of anderszins schade hebben geleden. Wanneer de onderneming als gevolg van het uitbrengen van een onjuiste jaarrekening/continuïteitsverklaring in staat is gesteld langere tijd door te blijven ondernemen en nieuwe schulden te maken, is veelal wel sprake van een aantasting van het verhaalsvermogen. Het actief van de vennootschap neemt in dergelijke situaties steeds verder af terwijl het passief juist toeneemt. Intussen zijn schuldeisers er niet van op de hoogte dat de vennootschap op een eventueel faillissement afstevent.

De vraag die in de literatuur vaak opkomt is of de schade naar aanleiding van een onjuiste accountantsverklaring wel generiek genoeg is. Er zou immers gesteld kunnen worden dat alleen de schuldeisers die ná publicatie van die verklaring met de failliete vennootschap hebben gecontracteerd (en daarbij dus zijn uitgegaan van die onjuiste verklaring) schade hebben geleden. Zij hebben immers gecontracteerd met een onderneming die op dat moment al feitelijk in discontinuïteit verkeerde. Schuldeisers wier vorderingen van vóór de publicatie dateren, hebben als gevolg van de publicatie van jaarrekening mogelijk geen (nieuwe) schade geleden. Hun vorderingen bestonden immers al. Zij hebben dan hoogstens te maken met de situatie, dat zij met meer schuldeisers moeten concurreren bij een uitdeling in het faillissement. Zij worden dus wel benadeeld maar door een vermeerdering van het passief, hetgeen in het kader van de Peeters/Gatzen-jurisprudentie niet altijd zonder meer als schade te gelden heeft.

#### *Leerstuk kansschade*

In de literatuur is veel geschreven over de gevolgen van deze potentiële 'tweedeling' en de daaraan verbonden slagingskansen van de Peeters/Gatzen-vordering tegen de accountant. Hoewel in voorkomende gevallen betwijfeld kan worden of een curator nog wel een succesvolle Peeters/Gatzen-vordering tegenover de accountant kan instellen, menen wij dat het vereiste van generieke schuldeisersbenadeling hieraan niet in de weg hoeft te staan. Hoewel de schuldeisers voor wat betreft het ontstaansmoment van hun vorderingen mogelijk in twee groepen verdeeld kunnen worden (waarbij de schade van één van die groepen mogelijk niet bij de Peeters/Gatzen-vordering kan worden betrokken), is onzes inziens ook dan nog altijd sprake van een benadeling van de gezamenlijke schuldeisers. Immers, door de beroepsfout van de accountant is aan alle schuldeisers de kans ontnomen om schadebeperkende maatregelen te treffen. Waren zij immers op de hoogte geweest van de dreigende discontinuïteit van de onderneming, was de verhaalschade voor hen mogelijk minder geweest. Zij hadden dan bijvoorbeeld het contract met de failliet kunnen beëindigen, beslag kunnen leggen of simpelweg eerdere betaling van hun vordering kunnen eisen. Schuldeisers die nog met de failliet moesten contracteren, hadden kunnen besluiten dit toch niet te doen.

De theorie rondom de Peeters/Gatzen-vordering wordt daarmee in feite gecombineerd met het leerstuk van aansprakelijkheid voor kansschade. In een recent [arrest](#) heeft de Hoge Raad overwogen dat kansschade ook kan worden vastgesteld in situaties waarin niet zeker is of de benadeelde partij de ontnomen kans daadwerkelijk zou hebben benut. Het vaststellen van de interne besluitvorming bij de individuele schuldeisers – hebben zij hun handelen kunnen baseren op de jaarrekening of niet? – zou daarmee minder relevant kunnen worden voor het vaststellen van de schade. Het staat immers vast dat de misleidende jaarrekening hen de mogelijkheid heeft ontnomen om in actie te komen. Opgemerkt moet worden dat de reikwijdte van dit arrest nog niet geheel [uitgekristalliseerd](#) is. Desalniettemin kan het leerstuk van kansschade wat ons betreft de missende schakel vormen tussen de beroepsfout van de accountant en de schade van de gebruikers van de jaarrekening (en niet geheel onbelangrijk: de mogelijkheid van de curator om met succes schadevergoeding te vorderen).

### Aanbevelingen voor de praktijk

Duidelijk is dat de civiele aansprakelijkheid van accountants in het kader van faillissementen een moeizaam proces kan zijn en dat er vele (processuele) hindernissen op de loer liggen. Over de slagingskansen van de aansprakelijkstellingen bestaat nog altijd veel onzekerheid, met name omdat de Hoge Raad sinds de Vie d'Or-uitspraak geen arresten heeft gewezen die nadere invulling geven aan het leerstuk van accountantsaansprakelijkheid in faillissement.

Toch is de aansprakelijkheid van accountants tegenover individuele schuldeisers van een failliet in de lagere rechtspraak al meer dan eens aangenomen. Ook hebben meerdere curatoren schikkingen met accountantskantoren getroffen over aansprakelijkheidskwesties in het kader van onjuiste jaarrekeningen. De ontwikkelingen rondom accountantsaansprakelijkheid zijn dus de moeite waard om in de gaten te blijven houden.

Wat ons betreft zou het leerstuk van kansschade de missende schakel kunnen vormen tussen de beroepsfout van de accountant en de schade van de gebruikers van de jaarrekening en daarmee dus de mogelijkheid van de curator om met succes schadevergoeding te vorderen. In elk geval hopen wij erop dat de Hoge Raad zich in de nabije toekomst opnieuw over een zaak als Vie d'Or kan buigen en dat daardoor meer duidelijk zal worden over de accountantsaansprakelijkheid in faillissement.