

244. De aansprakelijkheid van de controllerend accountant: a bankruptcy trustee's paradise?

MR. MJ. VAN AALDEREN

De vrijheid om te klagen en procederen is een groot goed. Er worden echter bedenkingen geplaatst rondom het acteren van procederende curatoren jegens controllerend accountants. Onnodige procesvoering is niet alleen schadelijk voor de boedel zelf, maar zorgt er ook voor dat een deel van de controllerend accountants te lichtvaardig in (tucht)rechtszaken wordt betrokken. De vraag hoe men dergelijke onnodige procesvoering kan ontmoedigen wordt daarom terecht gesteld. In deze bijdrage gaat de auteur op deze problematiek in en doet hij enkele aanbevelingen.

1. Inleiding

Aan het begin van dit jaar heeft de voorzitter van de Accountantskamer een interessant interview gegeven, waarin zij aangeeft rekening te houden met een nieuwe golf aan tuchtzaken tegen accountants.¹ In dit verband signaleert zij ook de trend dat faillissementscuratoren de Accountantskamer (steeds) beter weten te vinden:

‘Het aantal tuchtklachten dat we van curatoren krijgen, neemt toe. Veel curatoren denken met een gegronde klacht de aansprakelijkheid van de accountant te kunnen laten vaststellen. Ik sprak advocaten die een tuchtklacht overwegen om maar geld in de boedel te krijgen. En omdat ook faillissementszaken met grote dossiers gepaard gaan, wordt veel van die informatie bij de tuchtklacht ingediend, die eigenlijk niet relevant is voor ons oordeel.

‘Wat zegt u tegen een curator, die zijn boedel wil spekken met een tuchtaak?’

‘Nou, ik vind dat als je een terechte klacht hebt, dat die moet worden behandeld. Immers, werknemers, aandeelhouders, klanten, crediteuren zijn de dupe van een falende accountant. Maar als een curator met een schot hagel schiet, vind ik dat ingewikkelder. Want in elke controlezaak is wel iets wat beter had gekund. Tegelijk vraagt het veel tijd en geld van accountants die terechtstaan, om zich te verweren. Ik weet niet hoe ik dit zou moeten ontmoedigen. De enige

oplossing is dat we ons bij de beoordeling meer beperken tot de vraag in hoeverre een klacht tuchtrechtelijk relevant is. Kortom, we zetten ons schrap voor een druk jaar.’

Vooropgesteld: de vrijheid om te klagen en procederen is een groot goed.² De bedenkingen die de voorzitter van de Accountantskamer hier plaatst rondom het acteren van procederende curatoren zijn echter valide. Dergelijke onnodige procesvoering is niet alleen schadelijk voor de boedel zelf, maar zorgt er ook voor dat een deel van de controllerend accountants te lichtvaardig in (tucht)rechtszaken wordt betrokken. Dit kost, zoals terecht door de voorzitter wordt opgemerkt, veel tijd en geld van accountants en de achterliggende accountantsorganisaties, zorgt ervoor dat accountantsorganisaties steeds risicoaverser worden en dat het accountantsvak zijn aantrekkingskracht verliest. In een tijd waarin de vraag naar controllerend accountants steeds nijpender wordt,³ is dit (een onderdeel van) een maatschappelijk probleem. De vraag van de voorzitter hoe men dergelijke onnodige procesvoering kan ontmoedigen, wordt daarom terecht gesteld. Een onderdeel van het probleem is dat curatoren bij het voeren van dergelijke procedures naast een boedelbelang ook een eigen belang kunnen hebben. Dit is met name het geval als zij dergelijke (tucht)procedures (gedeeltelijk) zelf, of door een kantoor-genoot laten, voeren. De verdiensten kunnen dan met name in geval van een uitgebreid voorafgaand tuchtrechtelijk traject aanzienlijk oplopen (*‘a bankruptcy trustee’s para-*

1 <https://www.accountancyvanmorgen.nl/2021/01/05/voorzitter-accountantskamer-rekent-op-een-golf-aan-tuchtzaken/>

2 Zie ook art. 6 EVRM.

3 <https://fd.nl/ondernemen/1372481/veb-telt-twaalf-beursfondsen-zonder-accountant>.

dise'). In deze bijdrage ga ik op deze problematiek in,⁴ en doe ik enkele aanbevelingen.

In paragraaf 2 ga ik eerst – in vogelvlucht – in op de taken en bevoegdheden van de controllerend accountant en van de (procederende) curator en licht ik toe waarom zij elkaar relatief vaak treffen in het maatschappelijk verkeer. Tevens beschrijf ik welke parallellen er bestaan tussen hun maatschappelijke rol en taakvervulling. In paragraaf 3 beschrijf ik hoe de curator de aansprakelijkheid van de controllerend accountant jegens de faillissementsboedel in voorkomend geval vastgesteld probeert te krijgen, en welke kanttekeningen daarbij te plaatsen zijn. In paragraaf 4 zal ik, aan de hand van *decision analysis*,⁵ nog inzichtelijker proberen te maken dat de slagingskansen voor het vaststellen van aansprakelijkheid van de controllerend accountant doorgaans gering zijn. In paragraaf 5 sluit ik af met een conclusie en de eerdergenoemde aanbevelingen.

2. De controllerend accountant versus de procederende curator

De controllerend accountant in vogelvlucht

De kerntaak van de controllerend accountant is om te onderzoeken of de jaarrekening van een controleplichtige rechtspersoon het in art. 2:362 lid 1 BW vereiste inzicht geeft.⁶ Hij gaat in dit verband onder meer na of (i) de jaarrekening aan de bij en krachtens de wet gestelde voorschriften voldoet, (ii) het bestuursverslag overeenkomstig titel 9 Boek 2 BW is opgesteld en met de jaarrekening verenigbaar is, en (iii) het bestuursverslag in het licht van de tijdens het onderzoek van de jaarrekening verkregen kennis en begrip omtrent de rechtspersoon en zijn omgeving, materiële onjuistheden bevat. De controle door de accountant dient ertoe een redelijke mate van zekerheid te verschaffen met betrekking tot de juistheid van de door de vennootschap opgestelde jaarrekening. Onderdeel van de controlewerkzaamheden is een onderzoek of de door het bestuur gehanteerde continuïteitsveronderstelling – kort gezegd: zijn verwachting over het voortzetten van de onderneming

– geschikt is.⁷ Daarbij moet de accountant beoordelen of er wel of geen 'onzekerheden van materieel belang zijn met betrekking tot gebeurtenissen of omstandigheden die gereede twijfel kunnen doen ontstaan over de mogelijkheid van de entiteit om haar continuïteit te handhaven'.⁸ Hierbij betreft de accountant de gebeurtenissen na balansdatum tot aan de afronding van de controle.⁹

Het eindproduct van de jaarrekeningcontrole is de accountantsverklaring.¹⁰ Dat kan (i) een goedkeurende verklaring, (ii) een afkeurende verklaring, (iii) een verklaring met beperking, of (iv) een verklaring van oordeelonthouding zijn.¹¹ Een goedkeurende verklaring houdt in dat de controllerend accountant oordeelt dat de jaarrekening voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Is hij van oordeel dat dit niet zo is, dan is er sprake van een afkeurende verklaring.¹² Een verklaring met beperking betekent dat bij de controllerend accountant bedenkingen tegen de verantwoording of onzekerheden ten aanzien van de controle zijn blijven bestaan die van een dusdanig 'niet te verwaarlozen betekenis zijn' dat het in de accountantsverklaring moet worden opgenomen.¹³ Een verklaring met oordeelonthouding betekent dat bij de controllerend accountant dusdanige onzekerheden naar aard en omvang ten aanzien van de controle zijn blijven bestaan dat hij geen verklaring met beperking of een goedkeurende verklaring kan geven. Bij de verklaring van oordeelonthouding en de verklaring met beperking bestaan er dus (veel) onzekerheden ten aanzien van de jaarrekening.¹⁴

De goedkeurende verklaring van de controllerend accountant verschaft een redelijke mate van zekerheid over de getrouwheid van periodieke financiële verantwoordingen. Een zogenoemde 'paragraaf ter benadrukking van aangelegenheden' is echter vereist als er sprake is van een materiele onzekerheid omtrent de continuïteit,¹⁵ maar kan ook in overige omstandigheden worden toegepast als de accountant van mening is dat het opnemen ervan het begrip van de lezer vergroot, specifiek bij bijzondere gebeurtenissen.¹⁶ Een goedkeurende accountantsverklaring geeft, zo moge duidelijk zijn, geen volledige zekerheid en sluit niet uit dat er sprake is van onregelmatigheden van enigerlei aard. Het is, met andere woorden, geen garantie. Desondanks wordt in het maatschappelijk verkeer aan de accountantsverklaring vaak een grotere mate van zekerheid ontleend dan objectief gezien verantwoord is. Het verschil tussen de door het maatschappelijk verkeer gewenste zekerheid en de

4 Overigens ben ik mij ervan bewust dat deze thematiek eerder, in een andere context, is behandeld door onder meer S.H. de Ranitz, 'Ach Amice, hoe zit dat nu', *TvJ* 1998/9, p. 187 e.v.; M.L.S. Kalff, 'De procederende (kantoor)genoot van de curator; een blik vanuit de D&O verzekeringspraktijk', *Insolad Jaarboek 2007*, p. 27 e.v.; J.T. Jol, 'Wie neemt het besluit om (een kantoor)genoot van de curator te laten optreden als advocaat voor de boedel?', *FIP* 2011/3, p. 68 e.v.; J.C.A.T. Frima & A.E. de Vos, 'Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord?', *FIP* 2019/258 en B.J. Tideman 'De curator die wil procederen: bezint eer ge begint', *FIP* 2020/356.

5 Kort samengevat: het uitdrukken van proceskansen in percentages en een meer kwantitatief financiële benadering van procedures en realistische kosteninschattingen. Zie: R.J. Philips, 'Procederen of schikken. The War Puzzle', *MvO* 2017, p. 221-230.

6 'Een jaarrekening dient volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht te geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede voor zover de aard van een jaarrekening dat toelaat, omtrent de solvabiliteit en de liquiditeit van de rechtspersoon.'

7 P.W.A. Eimers, 'Continuïteit in de controleverklaring ten tijde van COVID-19', *Ondernemingsrecht* 2020/84.

8 Nadere voorschriften controle- en overige standaarden (NV COS) 570.9.

9 NV COS 560.6.

10 Art. 2:393 lid 5 en lid 6 BW.

11 Art. 2:393 lid 6 BW.

12 H. Beckman, *Hoofddlijnen van het Jaarrekeningenrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 497.

13 Beckman t.a.p.

14 Vgl. A.H.P. van Hulten & A.C. van Campen, 'Aansprakelijkheidsrisico accountant bij te late deponering van de jaarrekening', *TvJ* 2016/1, p. 6.

15 NV COS 570.22.

16 Zie ook: P.W.A. Eimers, t.a.p.

daadwerkelijk aan de accountantsverklaring te ontlelen zekerheid wordt aangeduid als ‘de verwachtingskloof’.¹⁷ De controllerend accountant dient zich te houden aan de fundamentele beginselen ‘professionaliteit’, ‘integriteit’, ‘objectiviteit’, ‘vakbekwaamheid en zorgvuldigheid’ alsmede ‘vertrouwelijkheid’.¹⁸ Mede gezien het feit dat de controllerend accountant wordt betaald door zijn klant (de rechtspersoon), is het beginsel ‘objectiviteit’ (onder meer) nader uitgewerkt in de Verordening inzake de onafhankelijkheid van accountants bij assurance-opdrachten (ViO). Verder is de controllerend accountant onderhevig aan tuchtrecht, welk tuchtrecht thans een absolute klaagtermijn van tien jaar kent (art. 22 Wtra). Op basis van beroepsreggeving dient een accountantsorganisatie zorg te dragen voor een beroepsaansprakelijkheidsverzekering die in redelijke mate de risico’s verzekert van de beroepsuitoefening.¹⁹

Mede vanwege een aantal affaires uit het verleden, ligt de kwaliteit van (wettelijke) jaarrekeningcontroles al geruime tijd onder het publieke en politieke vergrootglas. De sector is daarom – zoals de AFM het verwoordt – gestructureerd bezig om de kwaliteit duurzaam te verbeteren. In dat verband is zij onderhevig aan stringente regelgeving en toezicht door (onder meer) de AFM, die de sector al aan meerdere onderzoeken onderwierp.²⁰

De (procederende) curator in vogelvlucht

Dan de curator. De curator heeft als primaire taak het beheer en vereffenen van de failliete boedel. Hij staat onder toezicht van de rechter-commissaris aan wie hij tevens verantwoording aflegt.²¹ De curator oefent bij het vervullen van zijn taak de vermogensrechten van de gefailleerde uit. Hij heeft in het algemeen dezelfde vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen als de schuldenaar voor zijn faillissement. Daarnaast heeft de curator sinds 2017 de taak toebedeeld gekregen ‘onregelmatigheden’ te signaleren.²² Deze taak ziet op onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, de vereffening bemoeilijken of het faillissementstekort vergroten.²³ Dit wordt ook gezien als één van de grondslagen om onderzoek te moeten doen naar de oorzaken van het faillissement, met de kanttekening dat dit onderzoek onder omstandigheden beperkt van aard kan zijn.²⁴

Onder bepaalde omstandigheden is de curator bevoegd om voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers op te komen door het geldend maken van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van art. 6:162 BW tegen een

derde die bij de benadeling van schuldeisers is betrokken. De curator ontleent deze bevoegdheid tot het instellen van een dergelijke Peeters/Gatzen-vordering aan de hem in art. 68 Fw gegeven opdracht. De vordering komt toe aan de gezamenlijke schuldeisers en valt – in tegenstelling tot de opbrengst van deze vordering – niet in de boedel.²⁵ Ik ga in paragraaf 3 van dit artikel kort in op deze bevoegdheid. Een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.²⁶ Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan specifieke regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het best kan worden gediend. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop hij rekening houdt met andere bij het beheer en de afwikkeling van de boedel betrokken belangen en voor de wijze waarop hij bij dat beheer of die afwikkeling uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen tegen elkaar afweegt.²⁷ Alvorens in rechte op te treden, behoeft de curator een machtiging van de rechter-commissaris.²⁸ In dat verband zijn de – niet dwingende – INSOLAD Praktijkregels (april 2019) relevant.²⁹ Dit zijn ‘best practice rules’ die door de beroepsgroep zelf zijn opgesteld. Hoofdstuk 4 van de Praktijkregels bepaalt dat de curator lopende procedures en nieuwe procedures uitsluitend voortzet respectievelijk aanhangig maakt als dit in het belang van de boedel is of als een zwaarwegend maatschappelijk belang dat vergt (Praktijkregel 4.1).³⁰ Uitgangspunt bij de beslissing van de curator om zich in een procedure al dan niet te laten bijstaan door een aan zijn kantoor verbonden advocaat, is dat de boedel – alles in aanmerking genomen – steeds op de best mogelijke wijze dient te worden bijgestaan (Praktijkregel 4.3). De toelichting stelt daarover:

‘In het algemeen zal, zeker bij nieuwe procedures, de curator zelf of één van zijn kantoorgenoten als advocaat optreden. Daartegen is geen bezwaar zolang de boedel behoorlijk wordt bijgestaan. Er kunnen gevallen zijn waarin het

17 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 658, 3 (MvT), p. 10-11.

18 Art. 2 Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGBA).

19 Art. 15 Nadere Voorschriften Kwaliteitssystemen.

20 <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2020/juli/rapport-kwaliteitsslag-big4>.

21 Zie art. 64, art. 68 lid 1 en art. 193 lid 2 Fw.

22 Art. 68 lid 2 Fw.

23 Te denken valt aan het ontbreken van een adequate administratie, paulianeuse handelingen en kennelijk onbehoorlijk bestuur. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3 (MvT), p. 13.

24 Zie: L. Hox, ‘Het oorzakenonderzoek in faillissement. Curator, are you seeing the bigger picture?’, *Tv* 2018/42.

25 Zie onder meer HR 8 september 2017, «JOR» 2017/334, m.nt. Broeders (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*).

26 HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. Kortmann (*Maclou/Prouvest*).

27 HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (*Prakke/Gips*).

28 Behalve indien het verificatiegeschillen betreft, alsmede in de gevallen van de art. 37, 39, 40, 58, tweede lid, 60, tweede en derde lid, en 60a, eerste lid. Zie art. 68 lid 3 Fw.

29 Zij geven richting en hebben uitdrukkelijk niet een dwingend karakter. De grondbeginselen waaraan de curator op basis van deze praktijkregels dient te voldoen, zijn: (i) onafhankelijkheid en integriteit, (ii) het zich laten leiden door de belangen van de boedel en het rekening houden met belangen van maatschappelijke aard, (iii) het streven naar objectiviteit in zijn oordeelsvorming, (iv) het zorgvuldig, vakkundig, voortvarend en doelmatig uitvoeren van de werkzaamheden; en (v) het betamelijk handelen.

30 ‘De curator procedeert uitsluitend ten laste van de boedel indien hij redelijkerwijze verwacht dat de procedure voldoende baten voor de boedel zal opleveren, en laat een reeds lopende procedure bij voorkeur afronden door de behandelend advocaat’, aldus de toelichting.

wenselijk is dat de curator zich van externe advocatuurlijke bijstand of vertegenwoordiging voorziet. Dat is bijvoorbeeld het geval als de specifieke kennis die voor een bepaalde procedure vereist is, niet aanwezig is binnen het kantoor van de curator. Dat zal ook het geval zijn als er sprake is van een tegenstrijdig belang en in bepaalde gevallen ook bij een gepercipieerd tegenstrijdig belang. Als een curator of kantoorgenoten van de curator zelf een omvangrijke procedure voert of voeren met veel advocatuurlijk werk, kan de indruk ontstaan dat het belang van de boedel ondergeschikt is gemaakt aan het belang van het kantoor van de curator om omzet te genereren. Deze belangen kunnen als tegenstrijdig worden gepercipieerd. Om het ontstaan van een dergelijke indruk te vermijden of zich daarover te kunnen verklaren, objectificeert de curator bij grote procedures het besluit om zijn eigen kantoor daarvoor in te schakelen aan de hand van de hierboven geschetste aspecten van in het kantoor aanwezige specialisatie en proceskansen. Zo nodig betreft hij de rechter-commissaris, crediteuren of (voorlopige) crediteurencommissie (zo deze er is) bij dit besluit. Soms heeft de curator geen keuze. Als er geen boedelactief van betekenis is, zal het beginsel dat de curator geen verplichtingen aangaat waarvan onzeker is of deze worden nagekomen er juist toe leiden dat de curator of een kantoorgenoot van de curator zich met de zaak gaat bezighouden zonder uitzicht op vergoeding. Uitgangspunt is dat de curator zelf een advies over de proceskansen van een procedure vervaardigt, maar onder omstandigheden kan een gehele of gedeeltelijke delegatie aan externe deskundigen gewenst zijn. Als de curator van oordeel is dat er aanleiding is een procedure te overwegen zal hij een procesanalyse/plan van aanpak voorleggen aan de rechter-commissaris.³¹

De achtergrond van deze bepaling is dat het salaris van de curator, of de kosten van diens kantoorgenoten, een boedel-schuld vormen, die in principe als één van de eerste vorderingen in het faillissement wordt voldaan. Om die reden kan voor een curator het enkele voeren van een procedure aantrekkelijk zijn; het resultaat is dan bijzaak. De Praktijkregels beogen dergelijke perverse prikkels aan de zijde van de curator te mitigeren.

Er bestaat geen specifiek tuchtrecht voor curatoren.³¹ Echter, omdat in de overgrote meerderheid van de gevallen een advocaat als curator wordt aangesteld, speelt het tuchtrecht voor advocaten een rol. Naar huidige opvatting van het Hof van Discipline is een advocaat namelijk ook voor de werkzaamheden die hij als curator verricht in beginsel onderworpen aan het tuchtrecht.³² Men kan zich in dit

verband afvragen of invoering van wettelijk verankerde gedrags- en tuchtregels voor curatoren niet wenselijk is. Anders dan in het kader van de bestrijding van faillissementsfraude is er relatief weinig publieke en politieke aandacht voor de taakvervulling door curatoren. In de pers en literatuur wordt (incidenteel) wel bevraagd in hoeverre het (ogenschijnlijk) relatief beperkt aantal rechter-commissarissen adequaat toezicht kan houden op de curatoren.³³

Controlerend accountant versus de faillissementscurator

Uit de voorgaande beknopte taakomschrijvingen kan reeds worden afgeleid dat controlerend accountants (en de achterliggende accountantsorganisaties) enerzijds en curatoren anderzijds elkaar frequent tegenkomen in het maatschappelijk verkeer.

In eerste instantie zullen zij mogelijk contact met elkaar hebben in het kader van (een) nog lopende jaarrekeningcontrole(s) op het moment van faillietverklaring. Doorgaans zal die controle worden gestaakt, omdat de curator geen belang heeft bij afronding ervan. Voorts is het denkbaar dat de administratie van de failliet incompleet is, waardoor de curator medewerking van de controlerend accountant nodig heeft voor het reconstrueren daarvan.³⁴ Ook is denkbaar dat de curator met (onder meer) de controlerend accountant wil praten in het kader van zijn oorzakenonderzoek. Een en ander kan een opmaat vormen voor het verrichten van nader onderzoek naar de getrouwheid van één of meerdere jaarrekeningen van de failliete onderneming, alsmede naar de kwaliteit van de jaarrekeningcontroles en de aansprakelijkheid van de accountant(s)organisatie).³⁵

In het kader van een onderzoek naar de aansprakelijkheid van de controlerend accountant zal de curator veelal inzage, althans verstrekking, van de relevante controledossier(s) eisen (op grond van art. 843a Rv). De focus ligt daarbij geregeld op de al dan niet juiste toepassing van NV COS 570 (de toepasselijke controlestandaard met betrekking tot de continuïteitsveronderstelling). Uiteindelijk kan dit traject resulteren in één of meerdere tuchtklachten jegens de betrokken controlerend accountant(s) die worden ingediend bij de Accountantskamer, gevolgd door eventueel hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Zo'n tuchtprocedure dient dan vaak als opmaat voor één of meerdere (daaropvolgende) civiele procedure(s). Kortom: de controlerend accountant en de curator komen elkaar niet alleen frequent tegen in het maatschappelijk verkeer, het is ook denkbaar dat zij gedurende geruime

31 Hierbij plaats ik nog de kanttekening dat INSOLAD (Vereniging Insolventierecht Advocaten) wel een zogenoemde toetsingscommissie heeft ingesteld, maar die kan geen sancties opleggen (zie memorie van toelichting Reglement Toetsingscommissie INSOLAD 2009).

32 F.M.J. Verstijlen, *GS Faillissementswet*, art. 68 Fw, aant. 15.2, die verwijst naar HvD 1 februari 2019, ECLI:NL:TAHV:2019:11.

33 Zie (onder meer) Ph. W. Schreurs, 'Op weg naar transparant toezicht', *Tv* 2018/26, waarin wordt verwezen naar: <https://www.ftm.nl/artikelen/waarom-curatoren-nooit-nee-te-horen-krijgen?share=5tlwDHLpjyZUoJ07s1B7f%2F7bF5yGNDiwEEogaa2slpDSJI9v1OAB3TKQz9x>.

34 Zie art. 105b Fw. Een vaak voorkomend misverstand in dit kader is dat de controlerend accountant zou beschikken over de gehele administratie van de failliet. Dat is niet het geval: de accountant beschikt enkel over beperkte, voor de controle noodzakelijke, (gedeelten van) documentatie uit de administratie.

35 Zie in dit verband ook L. Hox, t.a.p.

tijd als eiser en gedaagde aan elkaar zijn verbonden.³⁶ Daarbij zij opgemerkt dat beide beroepsgroepen overlappende belangen dienen, waarbij ik meer in het bijzonder doel op het crediteurenbelang. Zij hebben in dat kader ook te maken met een in feite vergelijkbare onafhankelijkheidsproblematiek. De controllerend accountant (althans accountantsorganisatie) wordt betaald door diens klant (de rechtspersoon), maar mag zich daardoor niet laten beïnvloeden bij (onder meer) het afgeven van de accountantsverklaring. De curator wordt als boedelcrediteur als één van de eerste partijen betaald uit de faillissementsboedel, maar mag zich daardoor niet oneigenlijk laten beïnvloeden bij het boedelbeheer en bij het beantwoorden van de vraag of hij een procedure entameert. Bij beide beroepsgroepen bestaat dus het risico dat (onder meer) het crediteurenbelang ondergeschikt wordt gemaakt aan eigen belangen. Het grote verschil is echter dat de controllerend accountant in dit verband is gebonden aan uitgebreide en dwingende regelgeving (onder meer de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGBA) en eerdergenoemde ViO), terwijl dat voor de curator niet geldt. Die heeft enkel een beperkte en niet-dwingende set ‘best practice rules’ als referentiekader, waardoor het ook tuchtrechtelijk moeilijk is om volledig te toetsen. Wat dit betreft zou de curatorenberoepsgroep (althans de wetgever) onder meer inspiratie kunnen ontleen aan de ViO. Zo vergt ViO onafhankelijkheid in wezen en (niet onbelangrijk) ‘in schijn’.³⁷ Verder worden (specifieke) maatregelen geleverd indien de omvang van de vergoeding voor de accountantsorganisatie van materieel belang is,³⁸ of anderszins een bepaalde relatieve opbrengstdrempel overschrijdt.³⁹ Als maatregel vindt, in dit laatste geval, met betrekking tot elk assurance-rapport een opdrachtgerichte kwaliteitsbeoordeling plaats uit te voeren door een accountant van *buiten* de accountantspraktijk. Oftewel: de ViO dwingt de controllerend accountant het werk onder omstandigheden (gedeeltelijk) uit te besteden buiten zijn eigen kantoor. De vraag dient zich aan waarom dit voor onderzoekende en procederende curatoren anders is. Het argument dat (het kantoor van) de curator dergelijke werkzaamheden efficiënter kan uitvoeren, acht ik in het bijzonder bij de onderhavige (veelal complexe) materie niet geloofwaardig.

3. Opmaat naar aansprakelijkheid van de controllerend accountant

Bij de (hiervoor beschreven) opmaat naar het uiteindelijk vaststellen van civielrechtelijke aansprakelijkheid van de controllerend accountant, althans van de accountantsorganisatie, zijn nog meer kanttekeningen te plaatsen. Ik zal daar eerst in algemene zin aandacht aan besteden en daarna ‘inzoomen’ op de specifieke fasen die doorgaans in dit traject zijn te herkennen: (i) de verkrijging van controledossiers ex art. 843a Rv, (ii) tuchtprocedures en (iii) civiele aansprakelijkheidsprocedures.

Kanttekeningen van algemene aard

In zijn algemeenheid moet worden gewaakt voor de ‘*hindsight bias*’ dat de jaarrekeningcontrole per definitie niet voldeed, omdat de vennootschap – ondanks het hantieren van de continuïteitsveronderstelling – toch failliet is gegaan. Een goedkeurende accountantsverklaring geeft immers geen zekerheid dat de onderneming niet failliet gaat. Naast deze ‘*hindsight bias*’ kunnen soms reeds genoemde perverse prikkels zoals de gepercipieerde ‘*deep pockets*’ van accountantsorganisaties,⁴⁰ alsmede het feit dat (het kantoor van) de (procederende) curator een boedelcrediteur is een rol spelen. Een aansprakelijkheidstraject jegens de controllerend accountant kan zodoende een aanlokkelijk spel zonder nieten voor de procederende curator vormen: of hij een dergelijk langdurig traject nou succesvol afsluit of niet, onderaan de streep krijgt de curator wel zijn salaris. De machtiging van de rechter-commissaris,⁴¹ en in mindere mate de beslissingen van (voorzieningen)rechters in het kader van exhibitievorderingen van controledossiers,⁴² vormen wat dit betreft feitelijk de enige dijkbewaking.⁴³ Het zou goed zijn als zij niet enkel zouden kijken naar de slagingskansen van een eventuele tuchtprocedure of vordering ex art. 843a Rv, maar een meer holistische benadering zouden hanteren door meer aandacht te besteden aan de slagingskansen van het integrale aansprakelijkheidstraject. In dit verband ben ik een groot voorstander van het gebruik van een ‘standaardformulier verzoek procederen’ door de rechter-commissaris, het invoeren van een hoorplicht van de betrokken accountants(organisatie) en de toepassing van

36 Zie in dit verband ook J.E. Brink-van der Meer, ‘Curator vs. Accountant. Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de accountant voor fouten in de jaarrekeningcontrole en de rol van de curator’, *TvI* 2021/3. Verschillende curatoren waren betrokken bij vier van de dertien geschillen die sinds het Vie d’Or-arrest aan de rechterlijke macht zijn voorgelegd (in alle procedures is de vordering van de betreffende curator afgewezen). Daarnaast zijn verschillende curatoren betrokken geweest bij vijf van de dertien schikkingen die sinds 2012 zijn getroffen.

37 Art. 3 lid 2 ViO.

38 Art. 24 ViO.

39 Art. 25 ViO.

40 Zie in dit verband de verzekeringsplicht voor accountantsorganisaties ex art. 15 Nadere voorschriften kwaliteitssystemen (NVKS).

41 Ex art. 68 Fw.

42 Ex art. 843a Rv.

43 De controllerend accountant, althans de accountantsorganisatie, wordt niet genoemd als één van de partijen (*‘leder der schuldeisers, de commissie uit hun midden benoemd en ook de gefailleerde’*) die een art. 69 Fw-verzoek kan indienen. Desalniettemin meen ik dat de rechter-commissaris zijn toezichthoudende taak ex art. 64 Fw mede vervult ten behoeve van dergelijke derden. Vgl. Wessels Insolventierecht, deel IV, Bestuur en beheer na faillietverklaring, Kluwer: Deventer 2015, p. 63, waarin Wessels betoogt dat de rechter-commissaris in geval van onvoldoende toezicht (ook) jegens derden aansprakelijk kan zijn.

decision analysis, zoals recent bepleit in de literatuur.⁴⁴ In dit kader dient de curator onder meer bevraagd te worden of hij de (tucht)procedure(s) wél of niet uitbesteedt aan een ander kantoor, aangezien dit inzicht geeft in eventuele oneigenlijke prikkels aan de zijde van de curator en daarmee een ander licht kan werpen op de motieven voor het starten van een procedure.

Kanttekeningen bij de verkrijging controledossiers ex art. 843a Rv

De hiervoor geschetste dynamiek dient ook in het oog te worden gehouden bij de beantwoording van de vraag of de curator recht heeft op controledossiers ten behoeve van diens oorzaken- of aansprakelijkheidsonderzoek. Daarbij staat voorop dat art. 843a Rv geen algemeen inzage-recht van controledossiers in het leven roept en dat het enkele vermoeden dat deze steun zouden kunnen geven aan stellingen van de curator onvoldoende grond oplevert voor honoreren van een dergelijke vordering.⁴⁵ Een van de vragen die in dit verband dan ook steeds moet worden gesteld, is of een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van (een deel van) de gevraagde controledossiers aan de curator is gewaarborgd.⁴⁶ De vordering van de curator zou, mits afdoende gesubstantieerd, bijvoorbeeld kunnen worden beperkt tot een deel van de controledocumentatie.⁴⁷

Kanttekeningen bij tuchtprocedures

Ten aanzien van het tuchtrecht moet voorop worden gesteld dat het laagdrempelige karakter daarvan een groot goed is.⁴⁸ Toegankelijk tuchtrecht borgt immers – in het publieke algemene belang – de kwaliteit van een goede beroepsuitoefening.⁴⁹ De keerzijde van deze laagdrempeligheid is echter ook dat misbruik van de bevoegdheid om een klacht in te dienen op de loer ligt. Een veelgemaakte vergissing in dat verband is dat het accountantstuchtrecht niet gericht is op de beoordeling van de inhoud van de jaarrekening en de vraag of de jaarrekening volgens titel 9 van Boek 2 is

opgesteld. In een tuchtprocedure staat ter beoordeling of een beroepsbeoefenaar in overeenstemming heeft gehandeld met de voor de desbetreffende beroepsgroep geldende normen en gedragsregels.⁵⁰ De hoofdregel is dus dat het wettelijke tuchtrecht ziet op het handelen en nalaten van (register)accountants.⁵¹ De uitzondering op deze hoofdregel is dat daarbij in 'voorkomend geval betrokken moet worden of deze jaarrekening voldoet aan het inzichtvereiste en de overige bij en krachtens de wet gestelde voorschriften'.⁵² De vraag die rijst, is in hoeverre de faillissementsboedel gebaat kan zijn bij een procedure met een dergelijk karakter. Als na het voeren van een dergelijke procedure immers niet komt vast te staan dat de inhoud van de betreffende jaarrekening (gedeeltelijk) onjuist is (maar bijvoorbeeld enkel dat de controllerend accountant onvoldoende controlemateriaal heeft vergaard), dan zal de curator niet kunnen betogen dat de gezamenlijke crediteuren daardoor schade hebben geleden. De uitkomst van een tuchtprocedure is doorgaans dus niet in het belang van de faillissementsboedel. Deze stelling kan ook statistisch worden onderbouwd. Uit onderzoek van Uhlenbroek en Mooibroek over de periode 2002-2012 kan men namelijk afleiden dat het percentage civiele uitspraken waarbij het accountantstuchtrecht een doorslaggevende rol speelde slechts 19% was, waarbij ik opmerk dat bij dat onderzoek geen onderscheid werd gemaakt tussen controlewerkzaamheden of andersoortige werkzaamheden die onderwerp van geschil waren.⁵³ Wat dit betreft acht ik het recentere onderzoek van Brink-van der Meer over de periode 2009-2019 relevanter.⁵⁴ Brink-van der Meer concludeert weliswaar dat in 81% van de door haar onderzochte accountantsaansprakelijkheidsprocedures (17 van de 21) de civiele rechter het oordeel van de tuchtrechter overnam.⁵⁵ Echter, slechts 6 van deze procedures hebben betrekking op controlewerkzaamheden. In 3 van die 6 zaken werd een tuchtklacht weliswaar (grotendeels) gegrond verklaard (50%), maar slechts in 1 van die 3 zaken (33%) werd de civielrechtelijke vordering toegewezen. Dit resulteert erin dat in slechts 1 van deze 6 zaken tot aansprakelijkheid van de controllerend accountant werd geconcludeerd (17%). Dit zijn uiteraard te beperkte cijfers om al te harde conclusies aan te verbinden. De stelling dat een eiser na gegrondverklaring van een tuchtklacht bij de civielrechtelijke procedure tot aansprakelijkheid 1-0 vóór

44 J.C.A.T. Frima & A.E. de Vos, 'Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord?!', *FIP* 2019/258. Zij stellen voor om een standaardformulier verzoek procederen in te stellen en pleiten ervoor om art. 68 lid 3 Fw aan te passen, in die zin dat de belanghebbenden door de r-c dienen te worden gehoord, alvorens te beslissen op een verzoek om een machtiging tot procederen (althans het aanbrengen van de dagvaarding) te verlenen. Het horen dient om de r-c te informeren over de verweren van de wederpartij van de curator, zodat hij daarna een weloverwogen beslissing kan nemen over het al dan niet verlenen van toestemming tot procederen. Daarbij biedt het volgens hen ook de mogelijkheid om aandacht te besteden aan de vraag of alle feiten van het geschil op tafel liggen en of andere manieren van conflictoplossing (zoals mediation) besproken zijn. Zie in het verlengde daarvan (in het kader van *decision analysis*): B.J. Tide-man, 'De curator die wil procederen: bezint eer ge begint', *FIP* 2020/356.

45 Hof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1322 (X & Y/KPMG), r.o. 3.6. Zie in dit kader ook de noot van Hijink bij Rb. Amsterdam 29 januari 2020, «JOR» 2020/129 (*Curatoren PaperLinx/KPMG*).

46 Art. 843a lid 4 Rv.

47 Vgl. J.C. van Nass, 'De accountantsorganisatie en het inzage-recht van art. 843a Rv', *MvV* 2019/11.

48 Er is enkel een (verwaarloosbaar) griffierecht van € 70 per tuchtklacht verschuldigd (zie art. 11 Procesreglement Accountantskamer, versie maart 2020).

49 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 658, 3 (MvT), p. 1.

50 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2082, r.o. 4.4.3.

51 Vgl. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 397, 3 (MvT), p. 9.

52 CbB 7 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3419, r.o. 3.7.2.

53 H. Uhlenbroek & M.F. Mooibroek, 'De betekenis van een tuchtrechtelijk oordeel voor de beroepsaansprakelijkheid overschat?', *AV&S* 2013/24.

54 J.E. Brink-van der Meer, 'De relatie tussen de civielrechtelijke procedure tot aansprakelijkheid van de accountant en het tuchtrecht', *TvJ* 2020/1.

55 Zie in dit verband ook HR 22 september 2017, «JOR» 2018/30, m.nt. De Haan.

staat, wekt naar mijn mening echter verkeerde verwachtingen daar waar het controlewerkzaamheden betreft.⁵⁶

Vanuit de optiek van het boedelbelang wil ik hier nog aan toevoegen dat accountants(organisaties) niet snel geneigd zullen zijn om een kwestie te schikken, zodra er één of meerdere tuchtklachten door een curator zijn ingediend. Daaraan ligt onder meer ten grondslag dat de (achterliggende) civiele vordering weliswaar geschikt kan worden, maar dat dit niet geldt voor de betreffende tuchtklacht(en). De curator en de accountants(organisatie) kunnen weliswaar overeenkomen dat de curator deze intrekt, maar dan bestaat de kans dat de Accountantskamer beslist dat de behandeling van de klacht 'om aan het algemeen belang te ontnemen redenen' moet worden voortgezet 'als ware deze afkomstig van de AFM, dan wel de voorzitter van de NBA'.⁵⁷ Deze bepaling is er met goede redenen, namelijk om de tuchtrechtelijke toetsbaarheid te waarborgen in het publieke belang. In geval van onvoldoende toetsing aan de poort (door met name de rechter-commissaris), kan dit desalniettemin voor de boedel betekenen dat een langdurige, kostbare en uiteindelijk heilloze weg wordt ingeslagen. Het hek is dan van de dam.

Zonder af te doen aan het belang van het tuchtrecht, heeft een tuchtklacht voorts doorgaans veel impact op de betrokken personen. In dat verband wordt niet zelden een tuchtklacht ingediend tegen meerdere accountants uit één en hetzelfde controle-opdrachtteam, bijvoorbeeld de eindverantwoordelijke accountant en bepaalde teamleden. Die dienen doorgaans voor een zeer geruime periode veel tijd en energie in dergelijke kwesties te stoppen, terwijl de vraag opkomt of niet alleen het indienen van een klacht tegen de eindverantwoordelijke accountant – gezien het boedelbelang – volstaat. Indien een machtiging wordt verleend door de rechter-commissaris, zou mijns inziens dan ook expliciet moeten worden afgewogen of enkel de eindverantwoordelijke accountant in de (tucht)procedure behoeft te worden betrokken, of dat het ook noodzakelijk is vanuit het perspectief van de boedel om andere leden van het opdrachtteam daarin te betrekken.

Kanttekeningen bij civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures

Over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de controllerend accountant is al het nodige gezegd en geschreven. Ik verwijs in dit verband met name naar het proefschrift van Brink-van der Meer uit 2018,⁵⁸ en meer recente bijdragen van haar hand.⁵⁹ Brink-van der Meer beschrijft dat sinds het Vie d'Or-arrest in dertien geschillen op het gebied van

civilrechtelijke aansprakelijkheid van de accountant voor fouten in de wettelijke controle (ten minste één) uitspraak is gewezen. In zeven van deze uitspraken komt het *conditio sine qua non*-verband nadrukkelijk aan de orde. Opmerkelijk is dat in slechts twee van de zeven zaken het *conditio sine qua non*-verband is bewezen (29%).⁶⁰ De af- of aanwezigheid van causaal verband is dus een belangrijk aandachtspunt waaraan bijvoorbeeld de rechter-commissaris aandacht dient te verlenen bij het verlenen van de machtiging ex art. 68 lid 2 Fw.

Qua claims dient 'het kaf van het koren' te worden gescheiden. Het is in het belang van onder meer de schuldeisers en accountants(organisaties) dat een *bankruptcy trustee's paradise* wordt voorkomen

Een ander belangrijk aandachtspunt is of de curator überhaupt een civielrechtelijke vordering toekomt.⁶¹ Als immers al vast komt te staan dat de controllerend accountant toerekenbaar tekort is geschoten in de controlewerkzaamheden, althans zijn zorgplicht heeft geschonden, dan komt (onder meer) de vraag op welke schade de failliete vennootschap daar zelf door heeft geleden. Het is immers niet de vennootschap die heeft gesteund op een eventueel onjuiste jaarrekening. Dat zijn in beginsel slechts bepaalde schuldeisers. Een vordering van de curator namens de failliete vennootschap laat zich zodoende moeilijk construeren. In dit besef zal de curator doorgaans overgaan tot het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering. Maar ook bij het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering wringt de schoen bij het feit dat vaak slechts enkele, en niet alle, schuldeisers hun beslissing om een (krediet)relatie met de vennootschap aan te gaan, althans om deze in stand te laten, op de jaarrekening hebben gebaseerd. Er is dus geen sprake van generieke schuldeisersbenadeling. Een kunstige '*workaround*' voor dit probleem is de stellingname dat niet slechts bij een vermindering van het actief, maar ook bij een vermeerdering van het passief sprake kan zijn van generieke schuldeisersbenadeling.⁶² Door een vermeerdering van het passief daalt het uitkeringspercentage voor *alle* concurrente schuldeisers, is dan het idee. In het onderhavige geval zou een dergelijke vermeerdering van het passief dan zijn veroorzaakt doordat

56 Zie Brink-van der Meer, t.a.p., die deze conclusie enkel baseert op een vertaling van een tuchtrechtelijke grondverklaring naar een schending van de civielrechtelijke zorgplicht. Zie in dit verband ook zeer recent: J.E. Brink-van der Meer, 'Curator vs. Accountant. Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de accountant voor fouten in de jaarrekeningcontrole en de rol van de curator', *Tvl* 2021/3.

57 Art. 16 Procesreglement Accountantskamer.

58 J.E. Brink-van der Meer, *Accountantsaansprakelijkheid* (Recht en Praktijk nr. CA20), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

59 Zie voetnoten 55 en 57.

60 J.E. Brink-van der Meer, 'Curator vs. Accountant. Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de accountant voor fouten in de jaarrekeningcontrole en de rol van de curator', *Tvl* 2021/3.

61 Zoals zeer recent ook beschreven door J.E. Brink-van der Meer: 'Curator vs. Accountant. Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de accountant voor fouten in de jaarrekeningcontrole en de rol van de curator', *Tvl* 2021/3.

62 Zie M.J.M. Franken, 'De Peeters/Gatzen-vordering en de gezamenlijke schuldeisers', *Tvl* 2018/16, waarin een overzicht wordt gegeven van de (uitgebreide) discussie op dit vlak. Zie ook zeer recent over deze specifieke materie: J.E. Brink-van der Meer, 'Curator vs. Accountant. Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de accountant voor fouten in de jaarrekeningcontrole en de rol van de curator', *Tvl* 2021/3.

bepaalde schuldeisers een (krediet)relatie met de vennootschap aan zijn aangegaan zich baserende op een onjuiste jaarrekening. Bij een juiste jaarrekening (die wel blijkt gaf van de slechte financiële positie van de onderneming) zou het passief niet zijn toegenomen, is dan de gedachte. Dit laat zich om meerdere redenen moeilijk billijken. Het komt mij namelijk voor dat een controllerend accountant enkel een zorgplicht heeft jegens de (daadwerkelijke) gebruikers van de betreffende jaarrekening.⁶³ Bovendien leidt een dergelijke uitbreiding van de toepassing van de Peeters/Gatzen-vordering tot (i) samenloopproblematiek en (ii) onnodige procesvoering, met alle (maatschappelijk) onwenselijke consequenties van dien. Ik zal dit kort toelichten.

De curator komt bij een Peeters/Gatzen-vordering geen exclusiviteit toe en individuele schuldeisers blijven bevoegd zelf te ageren.⁶⁴ Dit brengt met zich dat als tegen de accountant, althans accountantsorganisatie, een Peeters/Gatzen-vordering ingesteld kan worden, dat dus ook geldt voor vorderingen van één of meerdere individuele schuldeisers, die feitelijk dezelfde (vermeende) schade betreffen. De Hoge Raad heeft in dit verband weliswaar geoordeeld dat het belang van een behoorlijke afwikkeling van een faillissement kan meebrengen dat eerst wordt beslist over de vordering van de curator en vervolgens pas over die van de individuele schuldeiser,⁶⁵ maar dit voorkomt niet dat er sprake kan zijn van samenloopproblematiek. Stel namelijk dat de Peeters/Gatzen-vordering van de curator wordt toegewezen, waarbij de inning en verdeling van de opbrengst geschiedt via de boedel,⁶⁶ dan is daarmee nog niet gezegd dat de individuele schuldeisers die op de onjuiste jaarrekening hebben gesteund volledig of zelfs gedeeltelijk worden gecompenseerd. Dit hangt immers af van de stand van de boedel. Het is goed denkbaar dat er niet aan een (gedeeltelijke) uitdeling aan deze schuldeisers wordt toegekomen, omdat de boedelschulden en preferente vorderingen hieraan in de weg staan. Een dergelijke individuele schuldeiser kan zich – in principe en los van de (ongewisse) uitkomst – dan nogmaals tot de accountant, althans accountantsorganisatie wenden. Dergelijke samenloopproblematiek leidt dus tot onnodige procesvoering, hetgeen niet in het belang is van de schuldeisers en ook niet in het belang van de aangesproken partij (de accountant, althans accountantsorganisatie). Die moet feitelijk immers dubbele inspanningen ter verweer verrichten, dubbele kosten maken, en loopt het risico ook dubbel voor een aanspraak te moeten beta-

len.⁶⁷ Een dergelijk scenario is, ook vanuit maatschappelijk oogpunt, onwenselijk. Overigens heeft deze problematiek ook een prijsdrukkend effect op een eventuele schikking van een Peeters/Gatzen-vordering. Als de accountantsorganisatie een dergelijke vordering namelijk schikt met de curator, dan is een individuele crediteur daar mogelijk niet aan gebonden.⁶⁸ Het is dus maar de vraag wat de accountantsorganisatie afkoopt als zij met de curator schikt.⁶⁹ Reden temeer voor curatoren en rechter-commissarissen om zorgvuldig(er) af te wegen wat een aansprakelijkheids-traject de boedel kan opleveren.

4. Toepassing decision analysis

Zoals hiervoor beschreven, dient de curator een aantal wezenlijke drempels te nemen alvorens hij de controllerend accountant, althans accountantsorganisatie, met succes aansprakelijk stelt. Dit laat zich ook illustreren door middel van (een versimpelde vorm van) *decision analysis*.

Decision analysis is, kort samengevat, het uitdrukken van proceskansen in percentages en een meer kwantitatief financiële benadering van procedures en realistische kosteninschattingen.⁷⁰ Welke drempels (factoren) men in dat verband hanteert om tot de uiteindelijke proceskansen te geraken, is uiteraard enigszins arbitrair,⁷¹ maar desalniettemin acht ik een meer kwantitatieve benadering van de proceskansen in het kader van deze bijdrage van toegevoegde waarde.⁷²

In dit verband hanteer ik in het volgende model de aanname dat de uiteindelijke proceskansen minimaal 50% dienen te zijn,⁷³ aangezien het bij een lager percentage (doorgaans) onaannemelijk is dat de rechter-commissaris een machtiging aan de curator zal verlenen om te procederen.⁷⁴ Verder hanteer ik de aanname dat de volgende drempels (factoren) in de vergelijking om tot aansprakelijkheid te komen,

63 Vgl. G.A.J. Boekraad, 'Reikwijdte van de buitencontractuele aansprakelijkheid van de accountant bij de uitoefening van een niet-wettelijke taak', *MvV* 2021, p. 130-136, die terecht stelt dat uit het *Vie d'Or II*-arrest niet kan worden afgeleid dat indien de externe controllerend accountant een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, hij daarmee onrechtmatig heeft gehandeld jegens iedere willekeurige derde die daardoor op wat voor manier ook schade lijdt.

64 HR 21 december 2001, *JOR* 2002/37, m.nt. Faber (*Lunderstädt/De Kok*); HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38, m.nt. Faber en Bartman (*Sobi/Hurks*).

65 HR 21 december 2001, *JOR* 2002/37, m.nt. Faber (*Lunderstädt/De Kok*).

66 HR 24 april 2009, *NJ* 2009/416 (*Dekker q.q./Lutèce*), r.o. 3.4.4.2.

67 A-G Timmerman beschrijft in zijn conclusie bij het arrest-De Bont/Banenberg q.q. (HR 16 september 2005, *JOR* 2006/52, m.nt. Kortmann) onder 2.6 weliswaar dat het risico dat de aangesproken bestuurder twee keer (eenmaal aan curator en eenmaal aan de schuldeiser van de vennootschap) dient te betalen er zijns inziens niet is, maar dat is geen uitgemaakte zaak. Franken bepleit in dat kader (in weerwil van het *Lunderstädt/De Kok*-arrest) juist een exclusieve bevoegdheid van de curator om dergelijke situaties te voorkomen, maar onderkent ook dat dit een evident nadeel vormt voor de individuele schuldeiser. Zie Franken, t.a.p.

68 Zie de noot van G.G. Boeve bij Kantonrechter Rb. Rotterdam 16 november 2018, *JOR* 2019/200.

69 Dit wordt ook terecht gesignaleerd in: J.E. Brink-van der Meer, 'Curator vs. Accountant. Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de accountant voor fouten in de jaarrekeningcontrole en de rol van de curator', *Tvl* 2021/3.

70 Zie voetnoot 6.

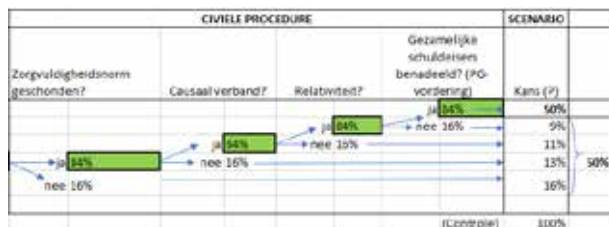
71 Des te meer factoren, des te lager in beginsel de totale proceskansen (tenzij factor 1 (oftewel: 100%) wordt gehanteerd).

72 De auteur dankt Rein Philips (Redbreast) voor het gebruik van dit model.

73 Zie dikgedrukt in het model onder 'Kans (P)'.

74 Ik hanteer het woord '(doorgaans)', omdat machtigingen eventueel ook worden verleend bij een proceskans van minder dan 50%. Bijvoorbeeld als de potentiële baten onevenredig groot zijn en de kosten beperkt. Men treedt m.i. dan wel (steeds verder) in de discussie of dergelijke procedures ook maatschappelijk gezien zijn uit te leggen.

moeten worden betrokken: (1) Is de zorgvuldigheidsnorm geschonden? (2) Is er sprake van een causaal verband? (3) Is voldaan aan het relativiteitsvereiste? En (4) is er sprake van gezamenlijke schuldeisersbenadeling?



Het model illustreert dat de vier drempels die moeten worden overwonnen om zelfs tot een (betrekkelijk lage) uiteindelijke proceskans van 50% te geraken, ieder 84% zijn.⁷⁵ Een dergelijk model maakt zodoende op kwantitatieve wijze inzichtelijk dat de drempels (factoren) om tot aansprakelijkheid te komen inderdaad wezenlijk zijn.⁷⁶ Dit percentage van 84 staat dan ook in schril contrast tot bijvoorbeeld de 29% proceskans dat het *conditio sine qua non*-verband is bewezen die ik hiervoor deduceerde uit het onderzoek van Brink-van der Meer.⁷⁷ Ik plaats daarbij nogmaals de kanttekeningen dat dit percentage van 29 voortvloeit uit een (zeer) beperkt aantal zaken, maar desalniettemin is dit een nuttige exercitie om meer bewustzijn te creëren dat de voornoemde drempels wezenlijk zijn.

5. Conclusies en aanbevelingen

De controllerend accountant en curator kampen feitelijk met vergelijkbare onafhankelijkheidsproblematiek, maar de normenkaders om deze problematiek te adresseren verschillen substantieel: uitgebreide en dwingende regelgeving voor accountants versus niet-dwingende 'best practice rules' voor curatoren. De beroepsgroep van curatoren, althans de wetgever, kan inspiratie ontleen aan de ViO om tot stringenter en effectievere regelgeving te geraken. Dit is een eerste aanbeveling om onnodige procesvoering door curatoren te adresseren.

Daarnaast vormen de machtiging van de rechter-commissaris ex art. 68 lid 3 Fw en in mindere mate de beslissingen van (voorzieningen)rechters in het kader van exhibitievorderingen ex art. 843a Rv feitelijk de enige dijkbewaking tegen onnodige procesvoering. Ik heb getracht in deze

bijdrage inzichtelijk te maken hoe beperkt de slagingskansen van een aansprakelijkheidstraject ten aanzien van de controllerend accountant in zijn algemeenheid zijn. Het creëren van meer bewustzijn over deze beperkte proceskansen is van belang om onnodige procesvoering door curatoren te adresseren. Een tweede (daarmee verband houdende) aanbeveling in dergelijke aansprakelijkheidstrajecten is daarom het gebruik van een 'standaardformulier verzoek procederen' door de rechter-commissaris, het invoeren van een hoorplicht van de betrokkenen, en de toepassing van *decision analysis*, zoals recent in de literatuur bepleit.⁷⁸ Het is dan (en vanzelfsprekend) wel van belang om niet enkel naar de merites van de voorliggende tuchtprocedure te kijken, maar naar de merites van het aansprakelijkheids-traject in zijn geheel. In dit kader en als derde aanbeveling dient de curator bevraagd te worden of hij de (tucht) procedure(s) uitbesteedt aan een ander kantoor, aangezien dit inzicht geeft in eventuele oneigenlijke prikkels aan de zijde van de curator en daarmee de slagingskansen van een aansprakelijkheidstraject.

Mocht er een machtiging worden verleend, dan is een vierde aanbeveling om te overwegen of alleen de eindverantwoordelijke partner in de (tucht)procedure wordt betrokken of dat het ook noodzakelijk is om andere leden van het opdrachtteam daarin te betrekken. Wat dit laatste betreft, is gezien de impact terughoudendheid geboden en moet steeds worden getoetst of het boedelbelang daarmee is gediend. Veelal zal dat niet het geval zijn.

Het doel van deze aanbevelingen is dat zij bijdragen aan voorkoming van onnodige procesvoering zoals hiervoor beschreven. Als een controllerend accountant, althans de accountantsorganisatie, aansprakelijk is, moet daar effectief tegen kunnen worden opgetreden. Het is echter van belang dat qua claims 'het kaf van het koren' wordt gescheiden en het is in het belang van onder meer de schuldeisers en accountants(organisaties) dat een *bankruptcy trustee's paradise* wordt voorkomen.

Dit artikel is afgesloten op 8 november 2021.

Over de auteur

Mr. M.J. (Mart Jan) van Aalderen

Advocaat in dienstbetrekking bij KPMG. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

⁷⁵ $0,84 \times 0,84 \times 0,84 \times 0,84 = 0,5$.

⁷⁶ Temeer als men beseft dat als het aantal drempels (factoren) in dit model zou worden uitgebreid (bijvoorbeeld met bepaalde schadevergoedings-rechtelijke vraagstukken), de slagingskansen per drempel nog hoger dan 84% worden om tot een minimale proceskans van 50% te geraken.

⁷⁷ Zie paragraaf 3.

⁷⁸ J.C.A.T. Frima & A.E. de Vos, 'Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord?!', *FIP* 2019/258 en B.J. (Bruno) Tideman, 'De curator die wil procederen: bezint eer ge begint', *FIP* 2020/356.