

Beperking van de aansprakelijkheid van de controlerende accountant: een praktijkonderzoek¹

Mr. drs. I. van der Zalm

Dit artikel doet verslag van onderzoek naar de wenselijkheid van beperking van de aansprakelijkheid van de controlerende accountant. Centraal staat de vraag of een beperking van de aansprakelijkheid van de controlerende accountant wenselijk is, gelet op de visie van de diverse belangengroepen en, indien wenselijk, hoe deze dient te worden vormgegeven. Om een antwoord te vinden op deze vraag is praktijkonderzoek verricht; er zijn interviews afgenomen bij diverse belanghebbenden (accountants, verzekeraars, investeerders, ondernemingen en onafhankelijke professionals). De Europese Commissie heeft de lidstaten aanbevolen een beperking van de aansprakelijkheid te implementeren, welke in de interviews werden voorgehouden aan de belanghebbenden.

1. Inleiding

Veel ondernemingen hebben de verplichting tot het publiceren van de jaarrekening en bijbehorende accountantsverklaring. Deze verklaring dient afgegeven te worden door een onafhankelijk registeraccountant, die hiermee een maatschappelijke rol vervult en daarmee informatie verschaft aan diverse belanghebbenden. De controlerende accountant kan gezien worden als vertrouwenspersoon in het maatschappelijk verkeer en kan aansprakelijk worden gehouden voor gemaakte fouten bij de controle van de jaarrekeningen, wat voor het desbetreffende accountantskantoor vergaande gevolgen kan hebben. In het verleden zijn accountantskantoren diverse keren aansprakelijk gesteld in zaken als Enron (2001; wiens faillissement overigens werd gevolgd door het faillissement van accountantskantoor Arthur Andersen (2002), op dat moment één van de *Big five* van accountantskantoren), Tyco (2002) en WorldCom (2002) in Amerika, Vivendi (2002) in Frankrijk en Parmalat (2003) in Italië. Ook in Nederland zijn voorbeelden te vinden waarbij de accountant aansprakelijk werd gehouden voor fouten bij de controle van de jaarrekening, zoals KPNQwest (2002) en Ahold (2003).

Op dit moment hebben accountantskantoren jegens derden te maken met een onbegrensd aansprakelijkheidsrisico, wat maatschappelijke problemen tot gevolg kan hebben (zoals onverzekerbaarheid van dit risico voor accountants en het als gevolg van een niet te dragen aansprakelijkheidslast omvallen van één van de *Big four* met als gevolg daarvan een mogelijk gebrek aan concurrentie). Een mogelijk gevolg van de onbegrensde aansprakelijkheid kan ook zijn dat accountantskantoren – gelet op het risico dat dit met zich meebrengt – geen grote (beursgenoteerde) ondernemingen meer wensen te controleren. Daarnaast zorgt onder meer de onverzekerbaarheid er voor dat middelgrote accountantskantoren een toetredingsbarrière hebben tot het controleren van grote (beursgenoteerde) ondernemingen. Het is in het maatschappelijke belang dat er (kwalitatief hoogwaardige) controles plaats blijven vinden. Gelet op deze en andere – hierna te bespreken – problemen, is de Europese Commissie met een aanbeveling gekomen tot het beperken van de aansprakelijkheid van de accountant.² Naast deze argumenten vóór beperking van de aansprakelijkheid, zijn er ook voldoende argumenten tegen te noemen, welke hieronder aan bod komen.

¹ Mr. drs. I. (Ilona) van der Zalm is als wetenschappelijk docent verbonden aan Erasmus School of Law. Citeerwijze: I. van der Zalm, 'Beperking van de aansprakelijkheid van de controlerende accountant: een praktijkonderzoek', AV&S 2016/19, afl. 3.

² De argumenten die de Europese Commissie tot de aanbeveling hebben doen overgaan, zien – uiteraard – niet specifiek op de situatie van Nederland, terwijl dit onderzoek daar juist wel op ziet.

Een beperking van de aansprakelijkheid van de accountant is in de wetgeving van een aantal Europese landen terug te vinden.³ De vraag die in dit artikel centraal staat, is of beperking van de aansprakelijkheid van de controlerende accountant in Nederland wenselijk is, gelet op de belangen van de relevante belanghebbenden en, zo ja, hoe deze aansprakelijkheid dient te worden beperkt. Dit is onderzocht door middel van het afnemen van interviews bij (diverse groepen van) belanghebbenden.

Om tot een antwoord op deze vraag te komen zal hierna eerst (kort) het aansprakelijkheidsregime uiteen worden gezet (par. 2), waarna de aanbeveling van de Europese Commissie en redenen om al dan niet tot een beperking over te gaan aan bod komen (par. 3). Vervolgens zal de onderzoeksmethode worden beschreven (par. 4) en zullen de resultaten van praktijkonderzoek (interviews met diverse groepen belanghebbenden) uiteen worden gezet (par. 5), waarna een conclusie volgt en antwoord zal worden gegeven op de hierboven geformuleerde onderzoeksvraag (par. 6).

2. Aansprakelijkheid van de accountant jegens derden

Centraal in dit onderzoek staat de aansprakelijkheid van de controlerende accountant jegens derden (zoals investeerders, waaronder beleggers en aandeelhouders) die afgaan op de juistheid van de cijfers zoals opgenomen in het jaarverslag van de onderneming en waarvoor de accountant (na het uitvoeren van de verplichte accountantscontrole) een verklaring heeft afgegeven.⁴ In geval van een onrechtmatige daad (fout) van de accountant kunnen deze derden de accountant aanspreken op grond van art. 6:162 BW, waarbij uiteraard getoetst dient te worden aan de vereisten van onrechtmatigheid, schade, causaal verband, toerekenbaarheid en relativiteit. De Hoge Raad heeft nader invulling gegeven aan dit toetsingskader in de zaak *Deloitte & Touche/stichting Vie d'Or*, waarin hij heeft overwogen:

*'Bij de beantwoording van de vraag of de externe controlerende accountant heeft gehandeld in overeenstemming met de van hem in het concrete geval te vergen mate van zorg, komt het - met inachtneming van hetgeen hiervoor is vooropgesteld - aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval. Daarbij zal moeten worden onderzocht of en in hoeverre in nationale of Europese regelgeving neergelegde (dwingende) voorschriften omtrent de vervulling van die taak - zoals in het onderhavige geval ten aanzien van de financiële verslaglegging van levensverzekeringsmaatschappijen - zijn nageleefd. Voorts behoren tot de in de beoordeling te betrekken factoren de aard van de geschonden norm en de ernst van een geconstateerde schending daarvan, de door de accountant wel getroffen maatregelen of verschaft 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.'*⁵

Wanneer de aansprakelijkheid van de accountant vast is komen te staan, kan de omvang van de aansprakelijkheid (schadevergoeding) worden bepaald. In gevallen van aansprakelijkheid van de accountant is de gehele schade veelal enorm (gedacht kan bijvoorbeeld worden aan schade als gevolg van daling van de beurskoers). De accountant

³ Zie over de verschillende aansprakelijkheidsregimes 'A study on systems of civil liability of statutory auditors in the context of a Single Market for auditing services in the European Union', 15 January 2001, <http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/auditliability_en.pdf>.

⁴ De aansprakelijkheid van de externe (controlerende) accountant jegens de opdrachtgever komt in dit onderzoek niet aan bod; er wordt vanuit gegaan dat deze contractueel is geregeld.

⁵ HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080, NJ 2008/528 m.nt. C.C. van Dam onder NJ 2008/529 (*Deloitte & Touche/stichting Vie d'Or*), rov. 5.4.2.

heeft een rol als vertrouwenspersoon in het maatschappelijk verkeer, maar zijn (controleerende) rol ten aanzien van de jaarrekening is beperkt, zodat op dit punt ingevolge de aanbeveling van de Europese Commissie een beperking van de aansprakelijkheid een rol zou kunnen vervullen en het bedrag waarvoor de accountant aansprakelijk kan worden gehouden dient te worden gelimiteerd. Reeds zijn in afdeling 6.1.10 BW een aantal bepalingen te vinden die een beperkend effect op de schadevergoeding kunnen hebben. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan art. 6:98 BW (redelijke toerekening), art. 6:101 BW (eigen schuld), art. 6:109 BW (matiging) of – niet in individuele gevallen, maar meer in het algemeen – eventueel in geval de aansprakelijkheid niet meer door een verzekering kan worden gedekt aan art. 6:110 BW (limitering van de aansprakelijkheid).

3. Aanbeveling en belangen met betrekking tot beperking van de aansprakelijkheid van de accountant

3.1. Aanbeveling Europese Commissie

De Europese Commissie heeft in 2008 de aanbeveling gedaan om over te gaan tot beperking van de aansprakelijkheid van de accountant, maar voordien is daartoe het nodige onderzoek verricht. Na het instellen van de verplichting tot externe controle van de jaarrekening in 1978,⁶ werd reeds aangestipt dat nationale regelgeving inzake de accountantscontrole per lidstaat veel van elkaar verschilt. Dit zou voor accountants een barrière kunnen opleveren voor het verrichten van de accountantscontrole in andere lidstaten; harmonisatie van regelgeving zou deze barrières kunnen wegnemen.⁷ Na diverse studies verscheen in 1996 een *green paper* met als titel 'The role, the position and the liability of the statutory auditor within the European Union', waaruit blijkt dat diverse belanghebbenden het met elkaar eens waren dat actie op Europees niveau met betrekking tot het harmoniseren van wet- en regelgeving wenselijk was. Dit heeft er uiteindelijk toe geleid dat er een onderzoek is ingesteld naar de civiele aansprakelijkheid van de externe accountant, waarvan de resultaten in 2001 zijn verschenen.⁸ Één van de conclusies van dit onderzoek is dat de diverse nationale aansprakelijkheidsregimes van de controleerende accountant veel van elkaar verschillen nu deze gebaseerd zijn op de – eveneens sterk van elkaar verschillende – regels van het nationale aansprakelijkheidsrecht. Ook constateert het onderzoek dat controleerende accountants zich steeds meer zorgen maken over aansprakelijkheidsregimes en zo min mogelijk risico's nemen, wat resulteert in weinig beweging op de interne (accountants)markt. Volgend op het onderzoek van 2001 heeft de Europese Commissie besloten nader onderzoek te doen naar de aansprakelijkheid van de accountant.⁹ Dit heeft geresulteerd in een onderzoek van London Economics, waarvan de resultaten zijn gepubliceerd in 2006. Het onderzoek ziet met name op de economische impact van de regimes van aansprakelijkheid van de accountant en de verzekeringsmogelijkheden in de verschillende lidstaten.¹⁰

⁶ Fourth Council Directive 78/660/EEC of 25 July 1978.

⁷ Zie voor de stukken van na 1978 onder meer 'Communication from the Commission on the statutory audit in the European Union: the way forward', 98/C 143/03 en 'Competition in European accounting' (1992) en hierover nader A. Samsonova, 'Re-thinking auditor liability: The case of the European Union's regulatory reform', Conference paper 5th EARNet Symposium, Valencia, Spain 2010.

⁸ 'A study on systems of civil liability of statutory auditors in the context of a Single Market for auditing services in the European Union', 15 January 2001, <http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/auditliability_en.pdf>.

⁹ Zie hierover onder meer 'Note for the informal Ecofin council', Oviedo 12 and 13 April 2002: A first EU response to Enron related policy issues, <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/enron/ecofin_2004_04_enron_en.pdf> en 'Communication from the Commission to the Council and the European Parliament: Reinforcing the statutory audit in the EU', COM (2003) 286 final.

¹⁰ London Economics in association with Prof. Ralf Ewert, Goethe University, Frankfurt am Main, Germany, Study on the impact of Auditor's Liability Regimes (MARKT/2005/24/F), Final report to EC-DG Internal Markets and Services, September 2006.

De belangrijkste conclusies die te lezen zijn in de publicatie van de resultaten van het onderzoek in 2006 zien op vier aspecten. Ten eerste het risico van concentratie van de werkzaamheden van de controlerende accountant bij grote ondernemingen bij de *Big four* en dus een gebrek aan concurrentie. Het wordt onwaarschijnlijk geacht dat (i) nieuwe kantoren deze markt zullen betreden en (ii) middelgrote kantoren een serieus alternatief zullen zijn voor het controleren van grote beursgenoteerde ondernemingen indien één van de *Big four* failliet gaat. Ten tweede is de verzekeraarbaarheid een probleem, de mogelijkheden daartoe zijn de afgelopen jaren afgenomen en wat resteert, is met name fondsvorming (verzekeren door middel van *captives*, opgezet bij de accountantskantoren zelf). Ten derde is een eventuele reductie van kantoren die grote ondernemingen kunnen controleren een probleem (wat enigszins samenhangt met het eerste punt), nu er onvoldoende capaciteit beschikbaar zal zijn om het wegvallen van één van de *Big four* op te vangen. Een laatste belangrijke conclusie is dat een beperking van de aansprakelijkheid van de accountant het risico op het verwezenlijken van het tweede en derde punt zal verminderen. Alleen wordt er, mede gelet op de verschillende aansprakelijkheidsregiems in de diverse lidstaten, niet verwacht dat er een eenduidige wijze van het beperken van deze aansprakelijkheid kan worden gevonden.

Na publicatie van het onderzoek van London Economics, heeft de Europese Commissie een publieke consultatie uitgevaardigd (januari 2007, totaal 85 respondenten). Diverse belanghebbenden zijn gevraagd om een visie te geven op de mogelijkheden met betrekking tot het herzien van aansprakelijkheid van de accountant. Ook zijn hierbij enkele opties voor een mogelijke beperking gegeven met het verzoek daar een mening over te geven. De resultaten laten een divers beeld zien en verschillende argumenten voor zowel voor als tegen het beperken van de aansprakelijkheid zijn genoemd, welke hierna nader aan bod komen (par. 3.2).

Uiteindelijk heeft de Europese Commissie besloten over te gaan tot een aanbeveling tot het implementeren van één of meer van de aanbevolen wijzen tot beperking van de aansprakelijkheid, namelijk:¹¹

'5. De lidstaten nemen maatregelen om de aansprakelijkheid te beperken. Met het oog daarop wordt een van de volgende methoden in het bijzonder aanbevolen:

- a) vaststelling van een maximumgeldbedrag of van een formule aan de hand waarvan zo'n bedrag kan worden berekend;*
- b) vaststelling van een reeks beginselen volgens welke de aansprakelijkheid van een wettelijke auditor of een auditkantoor niet verder gaat dan zijn feitelijk aandeel in het verlies dat een eiser heeft geleden, en zij dan ook niet met andere schulddigen gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn;*
- c) toestaan dat een onderneming waarvan de jaarrekening gecontroleerd moet worden, en de wettelijke auditor of het auditkantoor een beperking van de aansprakelijkheid vastleggen in een overeenkomst.*

6. Wanneer de aansprakelijkheid bij overeenkomst als bedoeld in punt 5, onder c), wordt beperkt, zorgen de lidstaten ervoor dat alle volgende voorwaarden in acht worden genomen:

- a) tegen de overeenkomst is beroep mogelijk bij de rechter;*
- b) bij de onderneming waarvan de jaarrekening moet worden gecontroleerd, wordt collectief tot de beperking besloten door de leden van de leidinggevende, bestuurs- en toezichtorganen als bedoeld in artikel 50 ter van Richtlijn 78/660/EEG van de Raad (1), of in het geval van een groepscontrole, als bedoeld in artikel 36 bis van Richtlijn 83/349/EEG van*

¹¹ Commission Recommendation of 5 June 2008 concerning the limitation of the civil liability of statutory auditors and audit firms (2008/473/EC), <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008H0473&from=NL>>. Zie over deze aanbeveling ook H. Beckman, 'Aanbeveling Europese Commissie van 5 juni betreffende beperking accountantsaansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2008, nr. 112.

de Raad (2), en wordt een dergelijk besluit goedgekeurd door de aandeelhouders van deze onderneming;
c) de beperking en eventuele wijzigingen daarin worden bekendgemaakt in de toelichting bij de jaarrekening van de desbetreffende onderneming.¹²

De hierboven geciteerde opties zijn voorgelegd aan de belanghebbenden, waarover hierna (par. 4 en 5) meer, maar eerst zal nader worden ingegaan op de diverse argumenten (in willekeurige volgorde) om al dan niet tot beperking van de aansprakelijkheid over te gaan.

3.2. Argumenten met betrekking tot beperking van de aansprakelijkheid

Een aantal van de argumenten zoals die zijn genoemd in de publieke consultatie, komen overeen met de hierboven genoemde belangrijkste conclusies van London Economics, waaronder het belang van het bewaken van adequate controlecapaciteiten. Het beperken van de aansprakelijkheid kan voorkomen dat met één claim slechts een *Big three* resteert, wat naar verwachting zal leiden tot onvoldoende capaciteit om grote ondernemingen te controleren. Een ander reeds genoemd argument, dat samenhangt met het eerstgenoemde, betreft de concentratie van de controle van grote ondernemingen bij de *Big four* en daarmee samenhangende beperkte concurrentie en toetredingsbarrières. Middelgrote kantoren worden nu niet als serieus alternatief gezien voor de *Big four*, waar beperking van de aansprakelijkheid verbetering in zou kunnen brengen. Daardoor is het risico dat wordt genomen met het controleren van grote ondernemingen beperkter en zijn de controles ook voor middelgrote kantoren verzekeraar, wat nu niet het geval is. Overigens zal beperking van de aansprakelijkheid niet alleen de verzekeraar verbeteren voor middelgrote kantoren, maar ook die van de *Big four*.

Nog niet genoemde argumenten betreffen de kwaliteit van de controle, het zogenoemde *deep pocket syndrome* en de *expectation gap* (zie hierna). In de publieke consultatie komt naar voren dat het risico aanwezig wordt geacht dat de kwaliteit van de controles achteruit gaat wanneer een beperking van de aansprakelijkheid zal worden ingevoerd (zgn. '*check-the-box*'-*approach* is ook wel genoemd door respondenten), wat negatief is voor de gecontroleerde ondernemingen en derden, die juist een kwalitatief goede controle wensen. Al blijkt uit onderzoek dat zonder beperking van de aansprakelijkheid de inspanningen van de controlerende accountant gemiddeld gezien hoger zijn dan strikt noodzakelijk, wat enerzijds positief is voor het niet beperken van de aansprakelijkheid, maar een negatief effect heeft op de tarieven voor de controle. Ook tegen het *deep pocket syndrome* zou beperking van de aansprakelijkheid van de accountant kunnen helpen. Het gaat hierbij om het concept dat een procedure veelal gestart wordt tegen de partij die potentieel de meeste financiën heeft om de gestelde schade te vergoeden. Tot slot het argument dat betrekking heeft op de *expectation gap*. Daarbij gaat het om een verschil tussen wat daadwerkelijk de werkzaamheden van de controlerende accountant inhouden om tot een verklaring te komen en de waarde die derden aan deze verklaring hechten en het beeld dat zij hiervan hebben, waarbij wordt uitgegaan van een verdergaande controle (terwijl de accountant met de verklaring een redelijke, maar niet absolute mate van zekerheid verschaft dat de jaarrekening juist is¹³). De '*expectation gap*' zou er daarmee voor zorgen dat er in toenemende mate tegen accountants geprocedeerd wordt. Een beperking van de aansprakelijkheid zou ook op dit punt kunnen helpen.

Met name door de accountants is genoemd dat een onbeperkte aansprakelijkheid (i) niet in verhouding staat tot de voor de controle te ontvangen vergoeding en (ii) dat dit ertoe kan

¹² PB L 162/39 of 21 June 2008, nr. 5 en 6.

¹³ Zie voor een uitleg m.b.t. 'redelijke mate van zekerheid': 'Stramien voor Assurance-opdrachten', *Handleiding Regelgeving Accountancy*, te vinden op <<https://www.nba.nl/HRAweb/HRA1/200903/html/38060.htm>>.

leiden dat de kwaliteit van de controles op termijn zal afnemen, nu *young professionals* niet snel voor een groot accountantskantoor zullen kiezen en huidige partners wellicht vertrekken, om aan de risico's en bijbehorende (werk)druk te ontkomen. Daar staat tegenover dat andere belanghebbenden noemen dat een beperking tot gevolg heeft dat accountants een ongelijke behandeling krijgen in vergelijking met andere beroepsgroepen, die wel een onbeperkte aansprakelijkheid kennen. Waar de deelnemers aan de publieke consultatie van de Europese Commissie het over eens waren, is dat de accountantsverklaring wereldwijd een belangrijke rol vervult in de kapitaalmarkt en dat dit ook in stand dient te worden gehouden. Daarbij zouden capaciteitsproblemen, die bijvoorbeeld kunnen optreden wanneer één van de *Big four* wegvalt, voorkomen moeten worden.

4. Opzet en uitvoering praktijkonderzoek

4.1. Opzet praktijkonderzoek

Nu de Europese Commissie een aanbeveling heeft gedaan om tot beperking van de aansprakelijkheid van de accountant over te gaan, dient te worden onderzocht hoe die beperking in Nederland geïmplementeerd dient te worden. Een vraag die daar in dit onderzoek aan vooraf ging is de vraag of beperking van de aansprakelijkheid van de accountant voor belanghebbenden wel gewenst is. De Europese Commissie is over gegaan tot een aanbeveling de aansprakelijkheid te beperken op basis van onderzoeken die betrekking hebben gehad op alle lidstaten; specifiek voor Nederland kan hieruit niet zonder meer de conclusie worden getrokken dat een beperking van de aansprakelijkheid gewenst is. In dit onderzoek is een antwoord op deze vraag geformuleerd na interviews met diverse belanghebbenden.

Voor wat betreft de onderzoeksmethode is gekozen voor kwalitatief onderzoek, namelijk het afnemen van interviews. De belanghebbenden zijn veelal per email benaderd (soms per telefoon, wanneer er geen mailadres beschikbaar bleek) met het verzoek deel te nemen aan het onderzoek. Steeds is er een afspraak gemaakt voor het afnemen van het interview, zodat de belanghebbenden daar vooraf voldoende tijd voor konden inplannen. De interviews hebben deels telefonisch en deels in persoon plaatsgevonden. Voorafgaand aan de interviews is aan de hand van literatuurstudie een topiclijst opgesteld met onderwerpen/vragen om gedurende het gesprek aan bod te laten komen; belanghebbenden hebben deze topiclijst niet ontvangen. Wel hebben belanghebbenden voorafgaand aan het interview enige uitleg over het doel van het onderzoek en de stand van zaken ontvangen (waaronder informatie met betrekking tot de aanbeveling van de Europese Commissie).

De volgende groepen van belanghebbenden maken deel uit van de onderzoeksgroep:¹⁴

- onafhankelijke professionals (waaronder: professoren, advocaten, wetgever, AFM);
- accountants (*Big four* en middelgrote accountantskantoren);
- verzekeraars;
- investeerders (incl. banken); en
- ondernemingen.

4.2. Onderzoeksgroep en respons

¹⁴ De keuze van de te benaderen belanghebbenden binnen de diverse groepen is niet willekeurig geweest (zij zijn met zorg geselecteerd, waarbij per categorie van belanghebbenden aandacht is geweest voor het in het onderzoek betrekken van een zo representatief als mogelijke weerspiegeling van de totale groep van belanghebbenden); het gaat te ver in dit artikel daarvan een beschrijving op te nemen.

In totaal zijn 56 belanghebbenden benaderd. Daarvan hebben 37 meegewerkt aan het onderzoek, hebben er 9 niet gereageerd en hebben er 10 laten weten wegens (diverse) omstandigheden niet te kunnen deelnemen aan het onderzoek; de totale *response rate* is daarmee 66%. Wanneer dit per categorie van belanghebbenden bezien wordt, is te zien dat alle benaderde onafhankelijke professionals (10 van 10) en accountants (11 van 11) hebben meegewerkt. In de categorie verzekeraars zijn 7 van de 7 benaderde belanghebbenden geïnterviewd, in die van de investeerders 6 van de 15 en in de categorie ondernemingen slechts 3 van de 11 benaderde belanghebbenden.

5. Resultaten

Hieronder zullen de resultaten van het praktijkonderzoek eerst per categorie van belanghebbenden worden besproken (par. 5), waarna een algehele conclusie en antwoord op de hoofdvraag volgt (par. 6).

5.1. Onafhankelijke professionals

Het merendeel (80%) van de groep van geïnterviewde onafhankelijke professionals vraagt zich af of er met betrekking tot de accountantsaansprakelijkheid wel een probleem is dat in Nederland opgelost zou kunnen worden door middel van beperking van de aansprakelijkheid. Gesteld wordt dat het beperken van de aansprakelijkheid niet gezien kan worden als oplossing voor diverse problemen; er zou per probleem naar een passende oplossing gezocht dienen te worden. Daarbij komt dat zij van mening zijn dat het huidige systeem reeds voldoende mogelijkheden bevat om over te gaan tot beperking van de aansprakelijkheid; de accountant is om te beginnen niet zomaar aansprakelijk (daar is nogal wat voor vereist), maar wanneer aansprakelijkheid vast staat, komt de rechter op grond van art. 6:109 BW een matigingsbevoegdheid toe. Voor wat betreft de vereisten om tot aansprakelijkheid te komen is één van de onafhankelijke professionals van mening dat, gelet op de rol van de accountant in het maatschappelijk verkeer, het huidige kader (met name de overweging uit *Deloitte & Touche/stichting Vie d'Or*¹⁵) al teveel bescherming biedt.

De groep van onafhankelijke professionals hecht waarde aan de rol van de accountant als vertrouwenspersoon op de financiële markten. In het kader daarvan is door diverse onafhankelijke professionals opgemerkt dat het niet zo kan zijn dat accountantskantoren op gelijke voet komen te staan met (semi-publieke) organisaties als de AFM en de DNB, nu het bij accountantskantoren om commerciële organisaties gaat (met bijbehorende commerciële belangen, die naast een gerichtheid op winstgevendheid nu eenmaal gepaard gaan met het nemen van risico's). Een beperking van de aansprakelijkheid zoals bijvoorbeeld de AFM en de DNB die kennen, zouden zij 'absurd' vinden.

Door de onafhankelijke professionals zijn diverse argumenten genoemd om al dan niet tot beperking over te gaan, waarvan een deel reeds is besproken in paragraaf 3 (deze zullen hier alleen kort genoemd worden). Een van die argumenten betreft het *deep pocket syndrome*, al denkt deze groep van belanghebbenden over het algemeen juist dat een beperking van de aansprakelijkheid niet helpt om eventuele aanspraken te voorkomen. Zolang er toch iets 'te halen' valt, zullen accountants worden aangesproken, tenzij de beperking een (zeer) lage limiet zou kennen, hetgeen onwenselijk wordt gevonden. Een ander reeds genoemd argument betreft de toetredingsbarrière tot de markt voor het controleren van grote beursgenoteerde ondernemingen voor middelgrote kantoren. De onafhankelijke professionals verwachten niet dat beperking van de aansprakelijkheid dit probleem (volledig) zal oplossen; er zijn betere oplossingen denkbaar. Hierbij valt te denken

¹⁵ HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080, NJ 2008/528 m.nt. C.C. van Dam onder NJ 2008/529 (*Deloitte & Touche/stichting Vie d'Or*), zie ook par. 2.

aan de verplichte roulatie van de controlerende accountant,¹⁶ al wordt verwacht dat ook deze oplossing de toetredingsbarrière niet geheel zal wegnemen. Het probleem zien de onafhankelijke professionals meer in de bij de middelgrote kantoren aanwezige kennis en expertise en een gebrek aan ervaring met het controleren van grote ondernemingen. Daarnaast hebben middelgrote kantoren in vergelijking met de *Big four* geen wereldwijde dekking. Beursgenoteerde ondernemingen zullen dan ook niet zomaar voor een middelgroot kantoor kiezen; de *Big four* hebben een solide reputatie en als beursgenoteerde ondernemingen een niet zijnde *Big four* kantoor in de arm nemen, dan hebben zij iets uit te leggen aan de stakeholders.

Andere argumenten die de onafhankelijke professionals noemen hebben betrekking op het effect van een eventuele beperking van de aansprakelijkheid in Nederland. Een van de argumenten ziet op reputatieschade en het risico op faillissement als gevolg daarvan; veelal wordt hierbij het voorbeeld van Arthur Andersen genoemd (dat als controlerend accountant in de problemen kwam als gevolg van reputatieschade na nieuwsberichten over Enron). In dit soort situaties helpt een beperking van de aansprakelijkheid niet. Volgens de onafhankelijke professionals is dat eigen aan de marktwerking, welke er vervolgens ook wel weer voor zal zorgen dat er een nieuw evenwicht zal ontstaan (zoals na de 'val' van Arthur Andersen het geval was). Een ander argument ziet op de werking van de eventueel in Nederland in te voeren beperking, aangezien de grote aansprakelijkheidsrisico's voor accountantskantoren juist in de Verenigde Staten liggen of in elk geval de grens over gaan (grote beursgenoteerde ondernemingen), zal Nederlands recht zelden van toepassing zijn en dus een eventuele beperking zelden effect hebben.

Twee van de onafhankelijke professionals (welke regelmatig door (grote) accountantskantoren ingeschakeld worden), zouden wel graag een beperking zien en daarbij gaat hun voorkeur uit naar beperken in de vorm van het stellen van een limiet, vast te stellen door een formule. Als voorbeeld wordt gegeven dat de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) heeft voorgesteld om contractueel (met de opdrachtgever; de te controleren onderneming) een limiet op te nemen van maximaal drie keer de vergoeding die de controlerende accountant ontvangt voor zijn werkzaamheden. Voor aansprakelijkheid jegens derden wordt dat echter als te beperkt gezien; een limiet dient wel realistisch te zijn en bovenstaande zou niet in relatie staan tot de mogelijke schade. Een eventuele limiet zou daarom dynamisch moeten zijn, een multidisciplinaire formule met daarin bijvoorbeeld factoren als de grootte van zowel de gecontroleerde onderneming als het accountantskantoor (dan wel de jaarlijkse omzet) en een element gerelateerd aan de schade. De meerderheid van de onafhankelijke professionals, die liever geen beperking ziet, zou, indien deze er toch moet komen, voor 'proportionele aansprakelijkheid' kiezen, nu dit het best aansluit bij de daadwerkelijke schade en het aandeel van de accountant daarin en dus als het meest eerlijk wordt gezien.¹⁷ Wel wordt opgemerkt dat lastig tot een percentage is te komen om het aandeel van de accountant vast te stellen. Een vooraf vastgestelde formule zou juist de kwaliteit kunnen beïnvloeden, zo verwachten zij, of op zijn minst de incentive wegnemen om de hoogste kwaliteit te leveren. Daarnaast is een te lage limiet ook niet effectief; de aansprakelijkheidslast zou wel 'gevoeld' moeten worden, mede om *moral hazard* te voorkomen.¹⁸

¹⁶ Zoals (na het amendement Van Vliet) opgenomen in de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta) en opgenomen in Verordening (EU) nr. 537/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende specifieke eisen voor de wettelijke controles van financiële overzichten van organisaties van openbaar belang.

¹⁷ Het gaat hierbij niet om proportionele aansprakelijkheid wegens onzeker causaal verband (HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092 (*Nefalit/Karamus*)), maar om aansprakelijkheid naar aandeel (proportie) van de accountant in het totaal van de schade.

¹⁸ M.a.w. om te voorkomen dat accountants gedrag/inspanningen aanpassen wanneer er een (lage) beperking van de aansprakelijkheid is.

5.2. Accountants

Gelet op een eventueel verschil in belang met betrekking tot een al dan niet gewenste beperking van de aansprakelijkheid, zijn de resultaten van de interviews met de groep van accountants hieronder gesplitst in accountants die werkzaam zijn bij de *Big four* en accountants die werkzaam zijn bij middelgrote kantoren.

5.2.1. *Big four*

Alle accountants die werkzaam zijn bij de *Big four* achten een beperking van de aansprakelijkheid wenselijk. De voorkeur heeft het beperken van de aansprakelijkheid in de vorm van een *cap* (vooraf vastgesteld maximum). Een van de accountants denkt hierbij aan een maximum van drie keer de vergoeding die het kantoor ontvangt voor het uitvoeren van de controle. De andere (drie) accountants achten dit een te lage beperking; het zou wel om een reëel bedrag dienen te gaan, waarbij één van de accountants aangeeft eerder aan vijf tot tien keer de vergoeding te denken. Wel zien alle accountants in dat de eventuele beperking van de aansprakelijkheid een beperkte werking heeft nu grote claims veelal niet naar Nederlands recht worden afgewikkeld. 'Proportionele aansprakelijkheid' wordt niet gezien als reële optie, met name omdat vooraf dan nog niet duidelijk is of de aansprakelijkheid voldoende 'beperkt' is en dus bijvoorbeeld goed verzekeraar; de te betalen schadevergoeding zal in het geval van 'proportionele aansprakelijkheid' bij een enorme schade (bijvoorbeeld een internationaal opererende beursgenoteerde onderneming) nog steeds enorm zijn.

Een ander benoemd probleem heeft betrekking op proceskosten. Accountants worden veelvuldig aangesproken door derden, met proceskosten als gevolg, ook al blijken zij uiteindelijk niet aansprakelijk te zijn. Zij stellen dat de hoeveelheid aansprakelijkstellingen het gevolg is van het *deep pocket syndrome* en dat een beperking van de aansprakelijkheid daar effect op zou kunnen hebben; een beperking zou een signaal kunnen afgeven en het beeld dat derden van de accountantscontrole hebben kunnen beïnvloeden. Accountants merken op dat veelal gedacht wordt dat zij met een controle ook een uitspraak doen over de toekomst van de onderneming, wat niet het geval is. Daarnaast verwachten zij dat de druk die accountants voelen met betrekking tot mogelijke aansprakelijkheid negatief uitpakt voor innovatie: zij zullen alle regels en richtlijnen stikt naleven en niet meer dan dat. Daarbij stellen accountants dat een beperking van de aansprakelijkheid de kwaliteit van de controles niet zal beïnvloeden, juist doordat er veel regelgeving en toezicht is, waardoor een zekere kwaliteit gegarandeerd is.

De accountants benoemen tevens de verzekeraarbaarheid en hiermee samenhangend de toetredingsbarrière. De controleactiviteiten van de *Big four* bij beursgenoteerde ondernemingen zijn – bij monde van de geïnterviewde accountants – niet op de verzekeringsmarkt te verzekeren. De *Big four* accountantskantoren werken met *captives*; een zelf opgerichte 'verzekeringsmaatschappij', van waaruit fondsen aangesproken kunnen worden indien noodzakelijk. Dit systeem zou niet houdbaar zijn, aldus de accountants. Een eerste (succesvolle) claim brengt dan wellicht niet het bestaan van het kantoor in gevaar, maar de dekking onder de *captive* is zeker niet onbeperkt. Een beperking van de aansprakelijkheid is dus ook in dit kader gewenst en komt de verzekeraarbaarheid ten goede. Ook zal het de verzekeraarbaarheid van middelgrote accountantskantoren verbeteren, één van de toetredingsbarrières voor het controleren van beursgenoteerde ondernemingen (naast onder meer kwaliteit, expertise, capaciteit en wereldwijde dekking).

5.2.2. *Middelgroot*

In vergelijking met de accountants die werkzaam zijn bij de *Big four*, geven de resultaten van accountants die werkzaam zijn bij middelgrote kantoren een ander beeld. De beperking van de aansprakelijkheid heeft vooral effect wanneer de risico's groot zijn, zoals bij de controle van beursgenoteerde ondernemingen. Middelgrote kantoren worden zelden ingeschakeld door beursgenoteerde ondernemingen en een groot deel van de middelgrote kantoren lijkt die ambitie ook niet te hebben. Het deel dat die ambitie wel heeft, loopt vooral tegen andere problemen aan, zoals specialisatie, ervaring, naamsbekendheid en een internationaal netwerk. Een beperking van de aansprakelijkheid kan dus niet direct voorzien in een oplossing, daartoe zijn (ook) andere maatregelen vereist. Bijvoorbeeld de verplichte roulatie van accountantskantoren bij ondernemingen¹⁹ of samenwerking met één van de *Big four* bij grotere controles. Wanneer het gaat om de verzekeraarbaarheid komen middelgrote kantoren geen grote problemen tegen aangaande de huidige werkzaamheden.

Voor wat betreft de beperking van de aansprakelijkheid geven twee van de zeven accountants aan dat conform het huidig systeem al voldoende vereisten doorlopen dienen te worden alvorens tot aansprakelijkheid (en schadevergoeding) kan worden gekomen. Merendeel van de accountants acht een beperking wel wenselijk en zou deze het liefst zien in de vorm van 'proportionele aansprakelijkheid'. Deze wijze van beperking wordt het meest realistisch en eerlijk geacht, ook vanuit de visie van derden bezien. Wanneer aan de beperking vorm zou worden gegeven door middel van een maximum (*cap*), al dan niet vast te stellen door middel van een formule, kan wellicht de kwaliteit van de controles worden beïnvloed of zou op zijn minst het beeld kunnen ontstaan dat een beperking van de aansprakelijkheid de kwaliteit negatief beïnvloedt hetgeen niet wenselijk is. Als nadeel van 'proportionele aansprakelijkheid' wordt genoemd dat het vaststellen van het percentage van de te vergoeden schade lastig kan zijn. Dat het te betalen schadevergoedingsbedrag dermate hoog kan zijn dat een accountantskantoor de last niet kan dragen, ziet het merendeel van de accountants echter niet als een probleem. Mocht dit gebeuren, dan zal dit via marktwerking worden opgelost (accountants treden bijvoorbeeld toe tot een ander (middelgroot) kantoor).

5.3. Verzekeraars

Uit de resultaten van de geïnterviewde groep van verzekeraars blijkt duidelijk een verschil in visie op verzekeraarbaarheid van grote en middelgrote accountantskantoren, al is de verzekeraarbaarheid wel voor een groot deel afhankelijk van de te verzekeren activiteiten. De risico's worden veelal gedekt door *co-assurance* en *re-insurance* (al dan niet door middel van *excess layers*). Het merendeel van de verzekeraars laat weten dat de val van Enron (gecontroleerd door Arthur Andersen) een keerpunt is geweest; nadien hebben accountants meer aansprakelijkstellingen ontvangen en zijn een aantal verzekeraars gestopt met het verzekeren van bepaalde risico's. Op dit moment zijn de kantoren die behoren tot de *Big four* niet goed verzekeraar. Zij werken zelf met *captives* en nemen vaak wel landelijk en regionaal een (qua dekking en limiet) beperkte verzekering uit. Middelgrote kantoren zijn beter verzekeraar. Wel zijn bepaalde activiteiten soms uitgesloten van de polis en (soms) beschikbaar op aanvraag.

Verzekeraars zijn het erover eens dat een beperking van de aansprakelijkheid op zich gewenst is, met name omdat het te verzekeren risico dan beter kan worden ingeschat. Voor wat betreft het soort beperking zouden zij, mede gelet op de prikkel die van eventuele aansprakelijkheid uit gaat, 'proportionele aansprakelijkheid' de beste en meest logische optie vinden nu dit in verband staat met de daadwerkelijke schade. Risico-inschatting blijft daarbij wel een probleem; 'proportionele aansprakelijkheid' kan immers tot hoge bedragen leiden. Vanuit dat perspectief bezien, zou een maximaal bedrag (*cap*), al dan niet berekend via een

¹⁹ Zie hierover nader voetnoot 15.

formule, beter zijn. Een nadeel hiervan kan zijn dat de prikkel die aansprakelijkheid met zich brengt deels wordt weggenomen en de kwaliteit achteruit kan gaan, wat de verzekeraarbaarheid niet ten goede komt.

5.4. *Investeerders*

Investeerders stellen dat de controlerende accountant een belangrijke functie heeft in het maatschappelijk verkeer en nodig is om het systeem in balans te houden. Zij zien dan ook liever geen beperking van de aansprakelijkheid, met name omdat er in Nederland op dit moment al voldoende waarborgen zijn voor een accountant ten aanzien van de aansprakelijkheid en de hoogte van de schadevergoeding. Bij eventuele problemen zal de markt dit vanzelf oplossen; wanneer één van de *Big four* zal ophouden te bestaan, kunnen de desbetreffende accountants bijvoorbeeld aansluiting zoeken bij een middelgroot kantoor, zodat daar de nodige ervaring en expertise aanwezig is om de stap te maken naar het controleren van grote beursgenoteerde ondernemingen. Investeerders laten weten altijd te kijken welk accountantskantoor een controle heeft uitgeoefend, aangezien dat per sector verschil kan maken (de *Big four* verschillen in aandachtsgebied). Zij zouden een accountantsverklaring van een controle van een grote beursgenoteerde onderneming door een middelgroot kantoor op dit moment van minder waarde achten; kennis en expertise ontbreekt daartoe.

Mocht er toch een beperking dienen te worden geïmplementeerd, dan kiezen de geïnterviewde investeerders voor 'proportionele aansprakelijkheid', vanwege goede aansluiting op het huidige systeem en omdat de omvang van de aansprakelijkheid gerelateerd is aan het aandeel van de accountant in het totaal van de schade. Met een eventuele beperking zien investeerders de kwaliteit niet omhoog gaan, maar ook niet significant omlaag; er zijn voldoende regels en controles om de kwaliteit te waarborgen, al is het wel één van de prikkels voor accountants die dan wordt weggenomen. Tot slot geven de investeerders aan dat een beperking van de aansprakelijkheid geen gevolgen zal hebben voor investeringsbeslissingen. Een accountantsverklaring is in geval van grote investeringen slechts een onderdeel van de informatie die investeerders gebruiken.

5.5. *Ondernemingen*

De geïnterviewden in de groep van ondernemingen vragen zich voornamelijk af of er echt een probleem is en, zo ja, of dit wel opgelost kan worden met een beperking van de aansprakelijkheid. Wel zien zij in dat de verwachtingen die derden (zoals bijvoorbeeld aandeelhouders) hebben van de controle van accountants vaak te hoog liggen. Maar voor deze en andere problemen biedt een beperking van de aansprakelijkheid geen oplossing. Voor wat betreft de *expectation gap* kan bijvoorbeeld eerder gedacht worden aan de oplossing van de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) om de controlerende accountant te laten spreken op de vergadering van aandeelhouders,²⁰ al zijn hier ook nadelen aan verbonden; het is bijvoorbeeld niet wenselijk dat accountants vragen beantwoorden die zien op *polities* en toekomstverwachtingen.

Mocht er toch een beperking dienen te worden geïmplementeerd, dan kiest de geïnterviewde groep van ondernemingen voor 'proportionele aansprakelijkheid'. Dat is een reële optie die goed in het huidige systeem past. Wel merken zij daarbij op dat een limiet in de vorm van een vast maximum, al dan niet vast te stellen op basis van een formule, vooraf meer duidelijkheid geeft en dat dit wellicht de verzekeraarbaarheid ten goede kan komen. Nu

²⁰ Zie hierover bijv. nader in de brief van de VEB gericht aan accountantskantoren van januari 2016, <<https://www.veb.net/media/2304/veb-accountantsbrief-2016.pdf>>.

een dergelijke methode van beperken vooraf duidelijkheid geeft over de hoogte van de beperking, zou de limiet wel zodanig hoog vastgesteld moeten worden dat de *checks and balances* goed blijven werken en de prikkel die aansprakelijkheid geeft nog wel enigszins aanwezig is.

6. Conclusie

Uit het merendeel van de interviews komt duidelijk naar voren dat volgens de diverse belanghebbenden, met uitzondering van de accountants, het huidige systeem van aansprakelijkheid voldoende beperkingen omvat. Het implementeren van één van de opties tot beperking van aansprakelijkheid zoals aanbevolen voor de Europese Commissie, achten zij niet wenselijk. Mocht er toch een beperking dienen te worden geïmplementeerd, dan blijkt dat belanghebbenden voor 'proportionele aansprakelijkheid' kiezen.²¹ Dit wordt het meest eerlijk gevonden; de controlerende accountant kan dan worden aangesproken voor zijn aandeel in de totale schade en dit zou goed passen in het huidige systeem. Daarnaast gaat het in geval van 'proportionele aansprakelijkheid' om het vaststellen van de beperking achteraf, terwijl bij de andere in de aanbeveling opgenomen opties de beperking al vooraf duidelijk is.

Voor wat betreft de accountants, die een beperking van de aansprakelijkheid wel wenselijk achten, valt er een splitsing te maken in accountants die werkzaam zijn bij de *Big four* en zij die werkzaam zijn bij middelgrote accountantskantoren. Beide onderschrijven de wenselijkheid van een beperking van de aansprakelijkheid, maar zien de invulling daarvan anders. De accountants die werkzaam zijn bij de *Big four* zien het liefst beperking van de aansprakelijkheid in de vorm van een *cap* (formule om het maximum vast te stellen), terwijl accountants die werkzaam zijn bij middelgrote kantoren een beperking in de vorm van 'proportionele aansprakelijkheid' wenselijker vinden, mede gelet op de rol van vertrouwenspersoon die de accountant heeft in het maatschappelijk verkeer. Accountants die werkzaam zijn bij de *Big four* zouden graag een beperking zien nu het risico niet goed verzekeraar is, de continuïteit van het kantoor in gevaar zou zijn en het risico op faillissement zonder aansprakelijkheidsbeperking te groot is. Daarnaast merken zowel accountants die werkzaam zijn bij de *Big four* als enkele andere belanghebbenden op dat verzekeraar voor middelgrote kantoren een toetredingsbarrière vormt om tot de markt voor het controleren van grote beursgenoteerde ondernemingen toe te treden. Naast verzekeraar worden ook kwaliteit, expertise, capaciteit en wereldwijde dekking genoemd als toetredingsbarrière, al blijkt uit de interviews met accountants die werkzaam zijn bij middelgrote kantoren dat een groot deel van de middelgrote kantoren de ambitie om grote beursgenoteerde ondernemingen te controleren niet heeft.

Diverse belanghebbenden hebben opgemerkt dat een beperking van de aansprakelijkheid niet de juiste manier is om tegemoet te komen aan de argumenten die voor een beperking zouden pleiten. Per argument (probleem) zou er beter gericht naar een oplossing kunnen worden gezocht.²² Daarnaast is een veel genoemde reden om niet tot beperking van de aansprakelijkheid over te gaan dat het huidige systeem reeds voldoende beperkingen zou omvatten. Verder zou een eventuele beperking volgens een deel van de respondenten geen gewenst effect bereiken, aangezien de grote aansprakelijkheidsrisico's voor accountantskantoren juist in de Verenigde Staten liggen of in elk geval grensoverschrijdend zijn (grote beursgenoteerde ondernemingen) en Nederlands recht is in die gevallen zelden van toepassing. Wanneer een eventuele beperking van de aansprakelijkheid wel van

²¹ Het gaat hierbij niet om proportionele aansprakelijkheid wegens onzeker causaal verband, zie hierover nader voetnoot 16.

²² Dat is in lijn met wat er de laatste jaren aan ontwikkelingen heeft plaatsgevonden; gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het spreken van de controlerende accountant op de vergadering van aandeelhouders en de verplichte roulatie van accountantskantoren, zie respectievelijk voetnoot 19 en 15.

toepassing is, zou het nog zo kunnen zijn dat alleen al wegens reputatieschade een accountantskantoor failliet kan gaan en een beperking dan geen effect heeft, zoals bijvoorbeeld in het geval van Arthur Andersen. Tot slot zou een beperking van aansprakelijkheid één van de prikkels voor accountants wegnemen en achten diverse groepen van belanghebbenden het veelal niet bezwaarlijk wanneer een van de *Big four* zou ophouden te bestaan; zij zijn van mening dat marktwerking er vervolgens voor zal zorgen dat een nieuw evenwicht zal ontstaan (accountants treden dan bijvoorbeeld toe tot een ander (middelgroot) kantoor).