

# De *lawyer's letter*: spelregels voor accountants en advocaten

prof. dr. mr. M. Pheijffer RA en mr. E.L. Zetteler<sup>1</sup>

## 1. Introductie regelgeving *lawyer's letter*

Binnen de accountancy speelt de *lawyer's letter* ofwel de advocatenbrief een belangrijke rol. Het wordt door accountants echter te vaak (en vaktechnisch ten onrechte) gezien als een 'cover your ass'-document. Indien een dergelijke brief, met daarin het oordeel van een advocaat, in het accountantsdossier is opgeborgen acht menig accountant toereikende controle-informatie aanwezig. Ten onrechte, want de accountant heeft ook een eigen verantwoordelijkheid en zal derhalve ook zelf een oordeel moeten vellen over de kwesties waarop de advocatenbrief betrekking heeft.

Daar komt bij dat advocaten bij het afgeven van een *lawyer's letter* aan regels zijn gebonden. Regels die op onderdelen strijdig zijn met de behoeften en verwachtingen van de accountant. Het gaat om de 'Richtlijnen en model inzake het afgeven van verklaringen door advocaten en notarissen ten behoeve van accountants'.<sup>2</sup>

Er bestaat dus spanning tussen de accountancy-regels (volgens NV COS 501 moet de controlerend accountant een advocaat op zijn minst vragen om 'de redelijkheid van de inschattingen van het management' ten aanzien van rechtszaken en claims te bevestigen, zie paragraaf 2) en de *advocatenregels* (deze verbieden de advocaat een waardering van de proceskansen of procesrisico's aan de accountant te verstrekken, zie paragraaf 3). In paragraaf 4 wordt ingegaan op het advocatentucht recht en de advocatenbrief. In paragraaf 5 wordt ingegaan op hetzelfde thema, maar dan in het accountantstucht recht. Daarna wordt in paragraaf 6 stilgestaan bij een uitspraak van de civiele rechter waarin de accountant die steunt op een advocatenbrief onrechtmatig

handelen wordt verweten. Het artikel wordt afgesloten met een korte conclusie.

## 2. De *lawyer's letter* in de accountantsregelgeving

Een *lawyer's letter* vormt voor de controlerend accountant controlebewijs in geval van rechtszaken of claims waarmee diens cliënt te maken heeft. Binnen de controlestandaarden is dit onderwerp geregeld in NV COS 501. Een kernbepaling daarin vormt paragraaf 10:

*'Indien de accountant een inschatting maakt van een risico van materieel belang dat betrekking heeft op vastgestelde rechtszaken en claims of wanneer uitgevoerde controlewerkzaamheden een indicatie geven van het feit dat andere van materieel belang zijnde rechtszaken en claims kunnen bestaan, dient de accountant, in aanvulling op de werkzaamheden die overeenkomstig andere Standaarden zijn vereist, te trachten direct met de externe juridisch adviseur van de entiteit te communiceren. De accountant dient dit te doen door middel van een schriftelijk verzoek om inlichtingen, door het management opgesteld en door de accountant verzonden, waarbij de externe juridisch adviseur wordt verzocht om rechtstreeks met de accountant te communiceren.'*

De toelichtende paragrafen in NV COS 501 kleuren deze bepaling verder in. Bijvoorbeeld paragraaf A21 waarin wordt gesteld dat de directe communicatie van de controlerend accountant met de extern juridisch adviseur (advocaat) een 'hulpmiddel' is bij het verkrijgen van voldoende en geschikte controle-informatie over rechtszaken en claims. Het woord 'hulpmiddel' drukt al uit dat de advocatenbrief nimmer het enige controlebewijs kan zijn waarop het accountantsoordeel in dezen is gebaseerd.

In paragraaf A22 wordt aangegeven dat de accountant de advocaat van de gecontroleerde entiteit kan vragen hem 'te informeren over alle rechtszaken en claims waarvan de adviseur kennis heeft, samen met een inschatting van de afloop van de rechtszaken en claims, en een schatting van de financiële implicaties,

1. Marcel Pheijffer is hoogleraar (Forensische) Accountancy aan Nyenrode Business Universiteit en Universiteit Leiden. Noor Zetteler is advocaat en partner bij Wijn & Stael Advocaten. Eerstgenoemde auteur heeft de thematiek van dit artikel eerder aan de orde gesteld in een aantal weblogs op [www.accountant.nl](http://www.accountant.nl) en deze samen met de tweede auteur bewerkt tot onderhavig artikel.

2. Zie: <http://regelgeving.advocatenorde.nl/content/richtlijnen-en-model-inzake-het-afgeven-van-verklaringen-door-advocaten-en-notarissen-ten->

met inbegrip van de daarop betrekking hebbende kosten'.

Paragraaf A23 handelt over de situatie waarin de advocaat een dergelijk antwoord niet schriftelijk zal willen geven. In een dergelijke situatie moet de accountant het management vragen om een 'inschatting van de uitkomst van elk van de vastgestelde rechtszaken en claims, alsmede zijn inschatting van de financiële implicaties'. Voorts verzoekt de accountant de advocaat dan een bevestiging van 'de redelijkheid van de inschattingen van het management'.

Van deze toelichtende paragrafen – waarin het woord 'inschattingen' resonanceert – druipt de subjectiviteit af. Inschattingen vormen per definitie een uitdaging (en daarmee 'glad ijs') voor een accountant. Maar daar draait een professioneel-kritische accountant zijn hand uiteraard niet voor om. Het is echter niet professioneel-kritisch indien de accountant de advocatenbrief ziet als méér dan een hulpmiddel. Bijvoorbeeld door de brief te beschouwen als voldoende en geschikt controlebewijs op het punt van rechtszaken en claims. Kortom, als een 'cover your ass letter'. Een situatie die wij in de praktijk weleens tegenkomen.

Daarover twee aanvullende opmerkingen. Ten eerste: waar de accountant onafhankelijk en onpartijdig dient te zijn, dient de advocaat per definitie een partijbelang. Dat zorgt voor een verhoogd risico op een bias aan de kant van laatstgenoemde ten faveure van diens cliënt, waardoor derden in de kou kunnen komen te staan. Ten tweede zijn er advocaten die altijd winstkansen zien in procedures en daarom tot optimistische inschattingen komen. Reeds om deze twee redenen is het niet meer dan logisch dat een professioneel-kritische accountant de advocatenbrief als niet meer dan een hulpmiddel kan en mag zien.

### 3. De lawyer's letter in de advocatenregelgeving

Maar er is nog iets. Accountants kennen niet altijd het spiegelbeeld van hun spelregels, namelijk: advocaten hebben op het gebied van de advocatenbrief ook duidelijke regels. De essentie daarvan is als volgt: hetgeen accountants wensen en hebben vastgelegd in NV COS 501 – het door de advocaat gegeven dan wel beoordelen van 'inschattingen' van de proceskansen – is voor advocaten simpelweg verboden. In dit verband wordt verwezen naar de 'Richtlijnen en model inzake het afgeven van verklaringen door advocaten en notarissen ten behoeve van accountants'. Deze zijn in 1978 vastgesteld en gelden nog steeds.

In de richtlijnen is het volgende uitgangspunt opgenomen:

*'Nederlandse ondernemingen en Nederlandse dochters van buitenlandse ondernemingen zijn gediend met een antwoord van de advocaat of de notaris op de hem gestelde vraag, dat duidelijk en specifiek is. Dit verlangen kan echter*

*niet zover gaan, dat de advocaat of notaris in de verklaring aan de accountant zijn taxatie geeft van de processuele mogelijkheden en risico's. In elke procedure schuilen immers onzekerheden. De schijn moet worden vermeden, dat die onzekerheden verantwoord zijn te taxeren. Indien processuele kansen bovendien via de jaarrekening naar buiten bekend zouden worden, zou dit kunnen leiden tot een ongewenste doorkruising van de mogelijkheid om tot een aanvaardbare minnelijke regeling te komen. Dit geldt nog sterker wanneer gevraagd wordt om de risico's te taxeren, die in het Engels worden aangeduid als 'contingent liabilities', sluimerende of onzekere aansprakelijkheden waaromtrent geenszins vaststaat, dat zij zich ooit in geldelijke verplichtingen van de cliënt zullen omzetten. Een dergelijke taxatie zou tot een eigen interpretatie nopen van een naar Nederlandse begrippen onvoldoende bepaalde term; ter vermijding van misverstand moet daarvan worden afgezien. Een waardering van proceskansen of procesrisico's wordt derhalve afgewezen.'*

Kortom: aan hetgeen in de controlestandaarden van accountants is vastgelegd, kan én mag een advocaat niet voldoen. Dat wil overigens niet zeggen dat advocaten zich daar altijd aan houden.

### 4. De advocaat en het tuchtrecht

Soms staat ter discussie of advocaten zich aan hun regels houden. Zie in dezen bijvoorbeeld de uitspraak van het Hof van Discipline van 3 juni 2013.<sup>3</sup> In die kwestie schreef de advocaat in een advocatenbrief aan NV X (let op: dus niet aan de accountant van NV X) het volgende:

*'Wij zijn in 2008 en 2009 betrokken geweest bij het beantwoorden namens de Vennootschap van vragen die zijn gesteld door enkele voormalige cliënten van de Vennootschap over de afwikkeling van betalingen die hebben plaatsgevonden via de notariële derdenrekening in dossiers die binnen de vennootschap bekend staan als het X-dossier en het Y-dossier. In deze dossiers zijn in 2008 en 2009 door de Vennootschap ook aansprakelijkstellingen ontvangen. Er zijn in deze zaak tot op heden geen juridische procedures tegen de Vennootschap aanhangig, maar deze zijn wel aangezegd. Het financieel belang van deze zaak bedraagt op grond van een grove schatting circa € 500.000.'*

Deze advocatenbrief is met medeweten van de aangeklaagde advocaat door X NV doorgezonden aan haar accountant. Omstreeks de datum waarop de advocatenbrief is afgegeven, heeft telefonisch over-

3. ECLI:NL:TAHVD:2013:103. De uitspraak van de Raad van Discipline in eerste aanleg van 18 juni 2012 heeft als vindplaats: ECLI:NL:TADRAMS:2012:YA2873.

leg plaatsgevonden tussen een medewerker van de advocaat en de accountant van X NV.

X NV heeft uiteindelijk in de jaarrekening over 2009 voor de claim in de twee dossiers een voorziening getroffen van € 500.000. Dientengevolge zijn de gezamenlijke winstuitkeringen van de aandeelhouders/notarissen van X NV met dat bedrag verminderd. Klager 1 was tot 1 september 2009 aan het kantoor van X NV verbonden als aandeelhouder/notaris.

In april 2010 heeft de accountant van X NV een goedkeurende verklaring bij de jaarrekening afgegeven. Daarin was de voorziening opgenomen, hetgeen heeft geleid tot een vermindering van het winstaandeel van de klagers. Zij zijn daarom van mening dat de betrokken advocaat hun belang heeft geschaad.

Uiteindelijk volgt het Hof van Discipline klagers ten dele. De brief van de advocaat aan X NV is niet rechtstreeks via X NV bij de accountant terechtgekomen; de advocaat heeft in dezen dan ook de richtlijn niet overtreden. Maar wel is in het telefonisch overleg tussen een medewerker van de advocaat en de accountant, door die medewerker een inschatting gegeven van de proceskansen. De accountant heeft een verslag van het gesprek gemaakt en dat in zijn dossier vastgelegd. De juistheid van die vastlegging is door de advocaat niet weersproken en gezien de inhoud van het telefoongesprek wordt de advocaat alsnog verweten de richtlijn te hebben overtreden. De accountant heeft onder meer het volgende vastgelegd:

*'[De medewerker van verweerder] schat in dat, indien de zaak wordt doorgezet, [X NV] al of niet via een procedure verplicht zal worden tot betaling. Dit op grond van onzorgvuldig handelen;*

*'[De medewerker van verweerder] schat in dat niet het gehele geclaimde bedrag tot schade van [X NV] zal leiden. Op grond van de nu bekende feiten schat hij het risico op ca EUR 500K in.'*

Op basis van dit citaat stelt het Hof dat de advocaat de richtlijn inzake het afgeven van een verklaring ten behoeve van accountants heeft overtreden. Dit leidt echter niet tot het opleggen van een maatregel, aldus het Hof, omdat in casu art. 46 Advocatenwet niet is overtreden. Dit artikel gaat kort gezegd over hoe een advocaat hoort te handelen (zoals het naleven van de zorgplicht en betamelijk handelen). Het Hof motiveert dit als volgt:

*'Verweerder heeft weliswaar de letter van de richtlijn geschonden, maar niet het belang dat de geschonden norm beoogt te beschermen, te weten de vertrouwelijkheid van het door hem met X NV gevoerde overleg. In de lawyer's letter wordt immers niet onderbouwd op welke gegevens verweerder zijn schatting baseert.'*

Voorts gaat het in deze zaak om de klacht en vraag of de advocaat onzorgvuldig heeft gehandeld nu de accountant het oordeel van de advocaat mo-

gelijk als *doorslaggevend* voor zijn eigen oordeel ten aanzien van de jaarrekening en de af te geven verklaring heeft beschouwd. Het Hof komt niet tot het oordeel van onzorgvuldig handelen en merkt daarbij op *'dat het in de eerste plaats op de weg van de accountant lag om te beoordelen of die schatting aanvaardbaar was, en dat – mede in het licht daarvan – de advocatentuchtrechter zich dient te beperken tot marginale toetsing.'*

Het Hof volgt hier wat ons betreft in het kader van de vaststelling van de verplichtingen van de accountant de juiste weg. Immers, NV COS 501 stelt dat de accountant de advocatenbrief slechts als een hulpmiddel mag zien. Hij kan een advocaat weliswaar vragen naar diens inschatting over de proceskansen van de gecontroleerde entiteit, maar nu een advocaat daar niet op mag antwoorden zal de accountant normaliter anderszins tot voldoende en geschikte controle-informatie moeten komen. Indien de advocaat wel een inschatting geeft, is dat voor de accountant een hulpmiddel om te komen tot voldoende en geschikte controle-informatie.

## 5. De accountant en het tuchtrecht

De accountant kwam in de in paragraaf 4 besproken kwestie ook voor de tuchtrechter.<sup>4</sup> Klager stelde onder meer dat de accountant ten aanzien van de voorziening onvoldoende werkzaamheden had verricht en de jaarrekening daarom ten onrechte had voorzien van een goedkeurende verklaring. Die klacht was echter ongegrond. De accountant had het goed gedaan, aldus het CBB:

*'Hij is niet louter afgegaan op de verkregen informatie van het bestuur van E, maar heeft aanvullende controlewerkzaamheden verricht ter verificatie van die informatie, waaronder het inwinnen van juridisch advies.'*

Ten aanzien van de schatting inzake de hoogte van de voorziening oordeelt de tuchtrechter in beroep: *'De schatting heeft als uitgangspunt een concreet bedrag (€ 850.000) en de uitkomsten van de controlewerkzaamheden van betrokkene en de "lawyers letter" met de toelichting van de advocaat, ondersteunden de informatie van het bestuur van E inzake de hoogte van de op basis van dat bedrag op te nemen voorziening. Dat het hierbij gaat om een schatting die mede is gebaseerd op een inschatting van de kans dat claims terzake van de doorgestorte derdengelden in rechte afdwingbaar zijn, betekent niet dat niet is voldaan aan het vereiste in RJ 252, alinea 201, onder c dat een betrouwbare schatting kan worden gemaakt van de omvang van de verplichting.'*

4. De uitspraak van de Accountantskamer in eerste aanleg dateert van 10 januari 2011 (ECLI:NL:TACAKN:2011:YH0128). De uitspraak van het CBB in hoger beroep dateert van 14 maart 2013 (ECLI:NL:CBB:2013:CA0255).

Een andere kwestie heeft geleid tot een annotatie (van 25 september 2012) van wijlen professor Hans Blokdijs. Hij stelt in die annotatie dat het 'voor het eerst is dat de tuchtrechter zich gebogen heeft over een lawyer's letter'. Het betreft een uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) van 6 juli 2012.<sup>5</sup> Waar draait het om? KIVO – een commanditaire vennootschap – zou voor ruim DM 11 miljoen aan wissels aan een Duitse afnemer hebben verstrekt. Na enige tijd wordt KIVO aangesproken door een aantal banken die wissels hebben verzilverd. KIVO stelt dat de wissels zijn vervalst. De advocaat – mr. A.J.R. Croiset van Uchelen – van KIVO schat echter in dat de kans dat de rechter de bankclaims toewijst 50 procent bedraagt. In de jaarrekening 2000 neemt KIVO geen voorziening op, maar meldt de kwestie wel onder de 'Niet uit de balans blijvende verplichtingen', namelijk:

*'KIVO is in 1994 aangesproken door een aantal buitenlandse bankiers, die allen één of meerdere wissels hebben verzilverd, die in de periode vanaf 1 juli 1993 door KIVO zouden zijn getrokken. De echtheid van deze wissels wordt door de directie van KIVO ten stelligste ontkend. Omdat de verwachting bestaat dat ook de rechter van oordeel zal zijn dat deze wissels gefalsificeerd zijn, is voor het totaal van deze wissels (een bedrag van circa DM 11.421.000, te vermeerderen met rente en kosten) in de jaarrekening 2000 géén voorziening getroffen.'*

De accountant verstrekt op 21 augustus 2001 een goedkeurende verklaring met daarbij een onverplicht toelichtende paragraaf, namelijk:

*'Zonder afbreuk te doen aan ons oordeel, vestigen wij de aandacht op de op bladzijde 32 [lees: bladzijde 30] opgenomen niet uit de balans blijvende verplichtingen, waaruit blijkt dat een aantal bankiers in 1994 bij de vennootschap vorderingen heeft ingediend ter zake van door hen verzilverde wissels. De echtheid van deze wissels wordt door de directie ten stelligste ontkend. De aangeboden wissels bedragen totaal DM 11.421.000, te vermeerderen met rente en kosten. Hiervoor is in de balans per 31 december 2000 geen voorziening opgenomen.'*

De accountant refereert derhalve niet aan de advocatenbrief. De commanditaire vennoten van KIVO die de brief tien jaar nadat deze is uitgebracht door eigen onderzoek in handen krijgen, dienen vervolgens een klacht tegen de accountant in. Het verwijst is onder meer dat de accountant:

- bij de bespreking van de jaarrekeningen van 1994 tot en met 2000 de hem bekende 'lawyer's letter' van 29 mei 1995 aan hen heeft onthouden;
- de brief niet in zijn toelichtende paragraaf in de verklaring heeft genoemd; en

- er ten onrechte mee heeft ingestemd dat in de jaarrekening is vermeld dat voor de wissels geen voorziening is getroffen.

Wat staat er nu eigenlijk in de advocatenbrief? Welnu – aldus weergegeven door het CBB<sup>6</sup> – het volgende:

*'Blijkens deze brief heeft deze advocaat onderzocht in hoeverre KIVO, ondanks de verklaring van de beherend vennoot dat hij de betreffende wissels niet heeft ondertekend en dat de handtekeningen hierop zijn vervalst, het risico loopt dat de Duitse banken niettemin in rechte betaling van de wissels kunnen afdwingen. De brief vermeldt dat een aantal handschriftkundige onderzoeken die, zowel op verzoek van de betrokken banken als op verzoek van KIVO, hebben plaatsgevonden, uitwijzen dat de handtekeningen niet of nauwelijks van echt zijn te onderscheiden. Slechts in één geval is de deskundige tot het oordeel gekomen dat de handtekeningen waarschijnlijk vervalst zijn. De advocaat wijst er in meergenoemde lawyers letter op dat, gezien de belangrijke rol die de handschriftkundige expertises in de voor de rechtbank Haarlem aanhangig procedures waarschijnlijk zullen spelen en het feit dat deze (tot dan toe) merendeels in het nadeel van KIVO zijn uitgevallen, de Duitse banken in die procedures de beste kansen lijken te hebben. Daartegenover staat, aldus de advocaat, dat KIVO een aantal aanvullende argumenten heeft waarmee zij haar stelling dat de handtekeningen vervalst zijn zou kunnen onderbouwen. Op grond van een en ander schat hij de kans dat KIVO er in slaagt de vorderingen van de Duitse banken afgewezen te krijgen op 50%.'*

Wij keren nu terug naar de verwijten aan het adres van de accountant in de drie zojuist genoemde bullet points. In de uitspraak stelt het CBB met betrekking tot de eerste – het door de accountant achterhouden van de advocatenbrief – 'dat niet aanmerkelijk is geworden dat F [de accountant – toevoeging MP en ELZ] de lawyers letter van 29 mei 1995 welbewust heeft verzwegen'. De accountant wordt wel berispt ten aanzien van het tweede en derde bullet point, namelijk:

*'Niet in geschil is dat de accountant van meet af aan van het bestaan van deze lawyers letter op de hoogte was. Daardoor is hij, door (genoemde inschatting in) deze brief niet en de stellige ontkenning van de directie van KIVO ter zake van de echtheid van de wissels wél te vermelden, niet volledig geweest in zijn vorenvermelde toelichting op 'niet uit de balans blijvende verplichtingen', voor zover het betreft de kansrijkheid van het in rechte slagen van voornoemde*

5. ECLI:NL:CBB:2012:BX3208.

6. Rechtsoverweging 3.3.3 van de uitspraak van het CBB d.d. 6 juli 2012.

*claims van de Duitse banken en de reden waarom te dien aanzien geen voorziening op de (eind)balans van KIVO is opgenomen. De stellige ontkenning van de directie van KIVO (de beherend vennoot) van de echtheid van de betreffende wissels acht het College reeds in voormelde inschatting van mr. Croiset van Uchelen betrokken, nu laatstgenoemde in zijn brief van die ontkenning melding heeft gemaakt. Gesteld noch gebleken is dat de accountant ten tijde van belang – 21 augustus 2001 – op de hoogte was van het bestaan van andere gegevens die mogelijk een ander licht op die inschatting zouden hebben geworpen. Hij had de inschatting van mr. Croiset van Uchelen dan ook in vorenvermelde toelichting op 'niet uit de balans blijken- de verplichtingen' moeten vermelden en heeft er – op basis van de motivering dat de echtheid daarvan door de directie van KIVO ten stelligste wordt ontkend en de door deze directie daarbij uitgesproken verwachting dat ook de rechter van oordeel zal zijn dat de wissels gefalsificeerd zijn – ten onrechte mee ingestemd dat in de jaarrekening is vermeld dat voor de wissels geen voorziening is getroffen. (...)*

*Op grond van het voorgaande en gelet op de grootte van de potentiële claims van de Duitse banken is het College van oordeel, in het midden gelaten of de accountant een andersoortige accountantsverklaring had moeten afgeven dan zijn goedkeurende accountantsverklaring van 21 augustus 2001, dat deze accountantsverklaring een deugdelijke grondslag ontbeert. Met de aan de ongegrondverklaring van het eerste klachtonderdeel ten grondslag gelegde overweging dat de toelichting in de accountantsverklaring van 21 augustus 2001 bij de jaarrekening 2000 van KIVO adequaat is en aan duidelijkheid niets te wensen overlaat, heeft de raad van tucht aan de lawyers letter kennelijk niet de juiste waarde toegekend.'*

Wij zijn het met het CBb eens dat de Raad van Tucht te gemakkelijk voorbij is gegaan aan de waarde (het belang) van de advocatenbrief. De tik op de vingers van het CBb in de richting van de Raad van Tucht in de slotalinea van het geciteerde is dan ook begrijpelijk. Nu de toelichting in de jaarrekening onvolledig en onjuist was én er sprake was van een post van materieel belang had de accountant bij diens cliënt moeten aandringen op het uitbreiden van de toelichting ten aanzien van de niet uit de balans blijken- de verplichtingen met een adequate weergave van de advocatenbrief. Indien de cliënt deze aansporing niet opvolgt, resteert de accountant niets anders dan het afgeven van een niet-goedkeurende verklaring. Immers: de accountant kan en mag in een toelichtende paragraaf in zijn verklaring, niet een gebrek in de jaarrekening repareren. Het CBb legt aan de accountant een berisping op en noemt de handelwijze van de accountant 'ernstig' omdat:

*'De accountant in zijn accountantsverklaringen (...) een onvolledig beeld heeft geschetst, hetgeen te meer klemt gelet op de aanzienlijke hoogte van de claims van de Duitse banken en de mogelijke gevolgen van toewijzing daarvan ten tijde van die verklaringen voor KIVO.'*<sup>7</sup>

## 6. Civielrechtelijke beoordeling handelen accountant

Van belang is een uitspraak de dato 19 juli 2017 van de Rechtbank Noord-Nederland.<sup>8</sup> Kort gezegd gaat het in deze kwestie om schildersbedrijf Welsec dat met de Staat in de clinch lag over een claim inzake bodemvervuiling. Welsec heeft daarvoor, met instemming van de accountant, in haar jaarrekening geen voorziening gevormd. Ook niet nadat er in eerste aanleg een veroordelend vonnis is uitgesproken dat uitvoerbaar bij voorraad was.

Voorts is in deze casus van belang dat, doordat een voorziening ontbrak, het eigen vermogen zodanig was dat dividenduitkeringen konden plaatsvinden. Toen Welsec gedwongen werd de schade te vergoeden, ging het bedrijf failliet omdat de pot leeg was. Ook voor de curator, die derhalve verhaal ging halen bij bestuurders/aandeelhouders, commissarissen én de accountant.

Voor de context is het van belang dat de rechtbank uiteindelijk heeft vastgesteld dat bestuurders zich

- 
7. Zoals hierna ook zal blijken uit de in paragraaf 6 te behandelen uitspraak, leidt een tuchtrechtelijke veroordeling van de accountant niet altijd tot civielrechtelijke aansprakelijkheid van de accountant. Nadat het CBb had geoordeeld dat de accountant in zijn verklaring een onvolledig beeld heeft geschetst, hebben de klagers in een procedure bij de Rechtbank Oost-Brabant vergoeding van de door hen geleden schade van afgerond EUR 2,5 miljoen gevorderd met als grondslag van hun vordering dat de accountant heeft gehandeld in strijd met zijn zorgplicht jegens klagers door ten onrechte een goedkeurende verklaring af te geven bij de jaarrekeningen van KIVO. De rechtbank wijst de vordering af met de volgende motivering: *'Volgens het CBb ontberen de accountantsverklaringen bij de jaarrekeningen een deugdelijke grondslag omdat de inschatting van de proceskansen op 50% daarin niet kenbaar is betrokken, terwijl het toch om omvangrijke claims gaat. Het CBb heeft zich er niet over uitgesproken of KIVO een voorziening had moeten opnemen voor de Duitse claims in de jaarrekeningen, en heeft uitdrukkelijk in het midden gelaten of [accountant BDO 1] een andersoortige verklaring had moeten afgeven dan zijn goedkeurende accountantsverklaring. Naar het oordeel van de rechtbank gaat [eiseres 1 c.s.] uit van een onjuiste lezing van deze uitspraak en biedt deze uitspraak geen steun voor de stelling van [eiseres 1 c.s.] dat [accountant BDO 1] de jaarrekeningen niet had mogen goedkeuren wegens het ontbreken van een voorziening.'* (Rechtbank Oost-Brabant, 26 augustus 2015 (ECLI:NL:RBOBR:2015:5141). Klagers vangen in hoger beroep eveneens bot. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelt op 18 april 2017 dat de vordering van klagers is verjaard (Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:1779).
8. Rechtbank Noord-Nederland d.d. 19 juli 2017 (ECLI:NL:RBNNE:2017:2788).

schuldig hebben gemaakt aan onbehoorlijk bestuur door geen voorziening te treffen en door dividend uit te blijven keren. Als dat anders zou zijn gegaan dan:

*'zou Welsec voldoende financiële reserves hebben gehad om de vordering van de Staat na toewijzing in hoger beroep te kunnen voldoen en zou het voortbestaan van Welsec niet afhankelijk zijn geweest van de vraag of de Staat (tijdig) zou willen schikken. Het onbehoorlijk bestuur en het gebrek aan toezicht, nemen daarom in het samenstel van oorzaken van het faillissement een belangrijke plaats in.'*

De accountant (Deloitte) werd in casu dus civielrechtelijk aangesproken en deze verweerde zich tevergeefs met een verwijzing naar de advocatenbrief:

*'De rechtbank volgt Deloitte niet in haar verweer dat zij gerechtvaardigd is afgegaan op het oordeel van de advocaat van Welsec, die - naar zij onweersproken heeft aangevoerd - in de jaarlijkse advocatenbrief ten behoeve van de controle van de jaarrekening van HHI over 2005 aan haar heeft bericht dat over de proceskansen van Welsec en Welgelegen in de procedure die de Staat tegen hen had aangespannen weinig te zeggen viel, behalve dat de kans zeker aanwezig was dat de vordering aanmerkelijk teruggebracht zou kunnen worden.'*

De rechtbank hanteert in dezen bij haar beoordeling van de zaak het standaard toetsingskader: wat kan van Deloitte worden gevergd als 'redelijk handelende en redelijk bewaame externe controlerende registeraccountant in het kader van een zorgvuldige uitoefening van haar taak met het oog op de belangen van de schuldeisers bij de continuïteit van Welsec'.

In haar beoordeling gaat de rechtbank onder verwijzing naar het arrest *Vie d'Or*<sup>9</sup> allereerst in op het publiek belang dat de accountant dient:

*'De belangen die met een goede uitoefening van de taak van de externe controlerende accountant zijn gemoeid, zijn niet beperkt tot die van de rechtspersoon om wiens jaarrekening het gaat. In het maatschappelijk verkeer mogen derden verwachten dat de informatie zoals deze door, veelal wettelijk verplichte, openbaarmaking van de jaarrekening en een goedkeurende verklaring naar buiten komt, naar het onafhankelijk en objectief inzicht van de accountant een getrouw beeld geeft van het vermogen, het resultaat en de solvabiliteit en liquiditeit van de onderneming en dat de jaarrekening voldoet aan de vereisten die wet en (Europese) regelgeving stellen en in overeenstemming is met de*

*normen en standaarden die te dier zake in deze beroepsgroep algemeen worden aanvaard. Ook derden moeten hun gedrag kunnen afstemmen op die informatie en bij het nemen of handhaven van hun (financiële) beslissingen kunnen vertrouwen dat het gepresenteerde beeld niet misleidend is. Aldus dient deze taakuitoefening van de accountant mede een wezenlijk publiek belang.'*

Voorts geeft de rechtbank aan dat de accountant naast diens controlerende taak ook een informerende taak heeft: de accountant dient 'het bestuur en de raad van commissarissen te informeren over de bevindingen van hun controle (artikel 2:393 lid 3 en 4 BW)'. Langs deze lijnen werkt de rechtbank toe naar het oordeel over het handelen van Deloitte, namelijk:

*'Vast staat voorts dat Deloitte ten tijde van het uitvoeren van haar controlerende werkzaamheden bekend was met de claim van de Staat en met de (uitkomst van de) daarover tussen de Staat en Welsec gevoerde procedures. Gelet hierop had Deloitte als controlerend accountant het bestuur van Welsec in de betreffende jaren moeten adviseren om deze voorziening in de balans op te nemen in plaats van te volstaan met een vermelding van de claim in de toelichting op de balans. Voorts had Deloitte vanwege het ontbreken van een voorziening op de balans ter zake van de claim van de Staat haar goedkeuring aan de jaarrekeningen over de jaren 2005 t/m 2009 dienen te onthouden, omdat deze jaarrekeningen geen getrouw beeld gaven van de vermogenspositie van Welsec.'*

Maar waarom mocht de accountant de advocatenbrief nu niet als toereikende controle-informatie beschouwen? Welnu: omdat de accountant een eigen verantwoordelijkheid heeft (en de advocatenbrief conform NV COS 501 slechts een hulpmiddel betreft). In de woorden van de rechtbank:

*'Deloitte diende als controlerend accountant te beoordelen of er terecht door het bestuur van Welsec geen voorziening in de balans werd opgenomen ter zake van de claim van de Staat en had een eigen verantwoordelijkheid voor de vaststelling en beoordeling van de feiten die een rol spelen bij deze beoordeling. Dit brengt mee dat zij bij deze beoordeling niet louter mocht varen op het oordeel van de advocaat van Welsec over de proceskansen, maar zelfstandig een afweging van alle feiten en omstandigheden diende te maken.'*

Voorts kan Deloitte zich niet achter het bestuursstandpunt verschuilen. Ook hier benadrukt de rechtbank de eigen verantwoordelijkheid van de accountant:

*'Het verweer van Deloitte dat het bestuur van Welsec zich op het standpunt stelde dat Welsec de door de Staat geleden schade niet had veroor-*

9. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080 (*Vie d'Or*).

*zaakt en dat van enige verplichting jegens de Staat dan ook geen sprake was, kan haar evenmin baten. Gelet op voormelde eigen verantwoordelijkheid van Deloitte om te beoordelen of er door het bestuur van Welsec een voorziening in de balans diende te worden opgenomen, kan zij zich ter zake niet verschuilen achter het standpunt van het bestuur van Welsec in dezen.'*

Tot slot werd het verweer van Deloitte dat voorzienbaarheid van de schade voor haar ontbrak, afgewezen:

*'Tot slot wordt ook het verweer van Deloitte verworpen dat voor haar niet voorzienbaar was dat het niet opnemen van een voorziening in de balans ter zake van de claim van de Staat een groot risico op schade voor de schuldeisers van Welsec met zich bracht. Deloitte wist bij het goedkeuren van de jaarrekening over 2005 dat de vordering van de Staat in eerste aanleg was toegewezen en wist bij het goedkeuren van de jaarrekeningen van na 2005 bovendien dat in een tussenarrest in hoger beroep voorshands was bevestigd dat de Staat inderdaad een vordering had. Ook wist zij dat het eigen vermogen van Welsec tot het wettelijk minimum was teruggebracht en dat Welsec mede daardoor over onvoldoende vermogen beschikte om de vordering van de Staat te kunnen voldoen, mocht deze ook in hoger beroep worden toegewezen. Voorts had zij er rekening mee moeten houden dat ieder jaar het behaalde bedrijfsresultaat aan Welsec zou worden onttrokken, nu het sinds 2003 bestendige praktijk van HHI was om het jaarlijks behaalde bedrijfsresultaat van Welsec als dividend aan haarzelf te laten uitkeren. Deze omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, maken dat het voor Deloitte voorzienbaar was dat het niet opnemen van een voorziening in de balans ter zake van de claim van de Staat een groot risico op schade voor de schuldeisers van Welsec met zich bracht.'*

Het oordeel van de rechtbank is – zeker bezien vanuit het publiek belang – tot zover goed te volgen. De feiten leiden de rechtbank tot het oordeel dat het handelen van Deloitte onrechtmatig is geweest:

*'Het vorenstaande voert tot de slotsom dat Deloitte onrechtmatig heeft gehandeld jegens de schuldeisers van Welsec door onvoldoende uitvoering te geven aan haar controlerende en informerende taak en aldus een risico in het leven te roepen dat daardoor schade voor de schuldeisers zou ontstaan.'*

*So far, so good.* Dan neemt het oordeel een onbegrijpelijke wending. De vordering tegen Deloitte wordt afgewezen door de rechtbank, omdat het causaal verband tussen het onrechtmatig handelen van Deloitte en de schade ontbreekt. Om dat uit te leggen, is het eerst noodzakelijk te bezien wat de curator

ten aanzien van het causaal verband heeft gesteld, namelijk:

*'De curator heeft ten aanzien van het causale verband gesteld dat, indien Deloitte haar goedkeuring aan de jaarrekeningen vanaf 2005 zou hebben geweigerd en als voorwaarde gesteld zou hebben dat de claim van de Staat als schuld of voorziening verwerkt zou worden in de jaarrekening, het bestuur van Welsec redelijkerwijs geen andere keuze had gehad dan dienovereenkomstig te handelen. Dan had er geen dividend uitgekeerd kunnen worden, zolang de cumulatieve winst vanaf 2005 het bedrag van de vordering niet zou overschrijden, en zou Welsec de vordering van de Staat hebben kunnen voldoen en niet failliet zijn gegaan.'*

Hierna volgt het afwijzende oordeel van de rechtbank:

*'De rechtbank volgt de curator niet in zijn stelling dat het bestuur van Welsec, als Deloitte voormelde voorwaarde aan goedkeuring van de jaarrekeningen had verbonden, redelijkerwijs geen andere keuze zou hebben gehad dan overeenkomstig deze voorwaarde te handelen. Het bestuur was niet verplicht Deloitte als accountant aan te houden als het bestuur het niet eens was met het oordeel van Deloitte en was al evenmin gehouden het oordeel van Deloitte te volgen als het de mening was toegedaan dat dat oordeel niet juist was. Het bestuur heeft immers een eigen verantwoordelijkheid voor de juistheid van de jaarrekening. De rechtbank wijst er in dit verband op dat het bestuur van Welsec in de veroordeling in eerste aanleg, ondanks het feit dat het vonnis uitvoerbaar bij voorraad was verklaard, geen aanleiding heeft gezien om een voorziening te treffen voor de claim van de Staat, omdat het van mening was dat het oordeel onjuist was en Welsec in ieder geval niet meer zou hoeven te betalen dan het bedrag waarvoor FSW met de Staat had geschikt. Ook thans, na de onherroepelijk geworden veroordeling door het gerechtshof, blijft HHI c.s. - zo is ook weer ter gelegenheid van de pleidooien gebleken - volhouden dat de Staat geen, althans een minimale vordering op Welsec en Welgelegen heeft. Gelet hierop acht de rechtbank bepaald niet uitgesloten dat het bestuur van Welsec zich niet veel gelegen zou hebben laten liggen aan de weigering van Deloitte om goedkeuring te verlenen aan de jaarrekeningen. Naar het oordeel van de rechtbank kan daarom niet met voldoende mate van waarschijnlijkheid worden vastgesteld dat het bestuur van Welsec, zou Deloitte voormelde voorwaarde aan goedkeuring aan de jaarrekening hebben gesteld, de claim van de Staat als voorziening had opgenomen in de balans van 2005 en van de daaropvolgende jaren.'*

De rechtbank overweegt dus – kort gezegd – dat niet met een voldoende mate van waarschijnlijkheid<sup>10</sup> kan worden vastgesteld dat het bestuur in de hypothetische situatie dat Deloitte geen fouten had gemaakt, het advies van de accountant had opgevolgd en anders gehandeld zou hebben bij weigering van een goedkeurende verklaring. Dat is naar onze mening te kort door de bocht. De belangrijkste reden: zonder de fout had de accountant het bestuur moeten adviseren de voorziening op te nemen. Het bestuur was er dan mee bekend geweest dat de jaarrekeningen – zoals zij die wilden opstellen – gebrekkig zouden zijn, waarvoor de accountant dan ook had moeten waarschuwen (hetgeen overigens niet terug te lezen is in de uitspraak). Dat de accountant geen goedkeurende verklaring zou hebben verstrekt, had dat gebrek andermaal benadrukt. In onze ogen is het dan wél zeer waarschijnlijk dat het bestuur niet willens en wetens misleidende jaarrekeningen zou blijven publiceren, aangezien de bestuurders daarvoor dan rechtstreeks aansprakelijk zouden zijn op grond van de wet (art. 2:249 BW). Dat vloeit overigens ook al voort uit het eigen oordeel van de rechtbank ten aanzien van de bestuurders. Zonder het advies van de accountant kon het bestuur volgens de rechtbank immers al niet 'in redelijkheid' tot het besluit komen om geen voorziening op te nemen en dividenden te blijven uitkeren (de feitelijke situatie), laat staan nadat zij daarover geadviseerd en gewaarschuwd waren door de accountant (in de hypothetische situatie).<sup>11</sup> Om die reden had de rechtbank moeten aannemen dat het bestuur, wanneer de accountant zorgvuldig zou hebben gehandeld, wél tot opname van de voorziening was overgegaan én – dat vloeit daar dan al uit voort door de vermindering van het eigen vermogen – de dividenduitkeringen niet zou hebben gedaan, althans niet in deze mate.

## 7. *Lawyer's letter* niet zaligmakend voor de accountant

Op grond van de accountancyregels dient een accountant de redelijkheid van inschattingen van het management ten aanzien van rechtszaken en claims te toetsen door op zijn minst een bevestiging – meestal in de vorm van een *lawyer's letter* – op dit punt van een advocaat te vragen. Deze *lawyer's letter* speelt in het kader van die bevestiging dus een be-

langrijke rol. De *lawyer's letter* dient echter als aanvulling op de werkzaamheden die overeenkomstig de controlestandaarden zijn vereist en kwalificeert als zelfstandig document niet als toereikende controle-informatie. De accountant heeft dus ook een eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de beoordeling van de mogelijke gevolgen van rechtszaken en zal derhalve zelf een oordeel moeten vellen over de kwesties waarop de advocatenbrief betrekking heeft. Bovendien zijn advocaten bij het afgeven van een *lawyer's letter* aan regels gebonden, die met zich brengen dat het een advocaat verboden is een waardering van de proceskansen of procesrisico's aan de accountant te verstrekken. Het is vaste rechtspraak dat de schending van een accountant van de accountancyregels niet per definitie leidt tot een verplichting tot schadevergoeding, omdat dan eerst nog de hordes van causaliteit en schade genomen moeten worden. In de in dit artikel besproken Welsec-kwestie ontbrak – aldus de rechtbank – die causaliteit bijvoorbeeld en werd de accountant niet schadeplichtig geacht.

10. Bij deze causaliteitstoets is leidend wat er (subjectief bezien) in de hypothetische situatie *daadwerkelijk* zou zijn gebeurd zonder de fout van de accountant, dus niet wat de geobjectiveerde '*redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgeenoot*' zou hebben gedaan. Zie HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, rechtsoverweging 3.5.3. Zie ook recent Hof Den Bosch 6 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:472, rechtsoverweging 3.14, over een gebrekkige inbrengverklaring van een accountant.

11. Aanknopingspunten voor deze stelling kunnen ook worden gevonden in HR 9 juli 2010, NJ 2012, 194 (*Reinders Didam*).