

## 196

**Geen schending zorgplicht accountantsorganisaties**

College van Beroep voor het bedrijfsleven  
18 juni 2019, nrs. 18/184 en 18/992,  
ECLI:NL:CBB:2019:235  
(mr. Aerts, mr. Eggeraat, mr. Smorenborg)  
Noot mr. J.C. van Nass

**Accountantsorganisatie is niet tekortgeschoten in op haar rustende zorgplicht. Tekortkomingen in controlewerkzaamheden van externe accountants leiden niet zonder meer tot overtreding van art. 14 Wta.**

[Wta art. 14]

*Uit het systeem en de totstandkomingsgeschiedenis van de Wta heeft de rechtbank terecht afgeleid dat het uitgangspunt van deze wet is dat de accountantsorganisatie en de bij haar werkzame of aan haar verbonden externe accountants ieder vanuit hun eigen rol verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit van wettelijke controles. De verantwoordelijkheid van de accountantsorganisatie ligt op het gebied van de kwaliteit van de bedrijfsvoering. Met het oog daarop zijn aan de accountantsorganisatie eisen gesteld die zien op het systeem van kwaliteitsbeheersing en de integriteit van de accountantsorganisatie en de deskundigheid en betrouwbaarheid van dagelijkse (mede-)beleidsbepalers. De externe accountants zijn verantwoordelijk voor de kwaliteit van de professionele beroepsuitoefening. Aan hen zijn eisen gesteld die betrekking hebben op de vakbekwaamheid, onafhankelijkheid, objectiviteit en integriteit en de transparantie van de accountantsverklaring. De externe accountants zijn aan tuchtrecht onderworpen, terwijl voor de accountantsorganisatie een bestuursrechtelijk handavingsregime geldt. Art. 14 Wta is tot de accountantsorganisatie gericht. Het legt de accountantsorganisatie de plicht op ervoor te zorgen dat de externe accountants die bij haar werkzaam zijn of aan haar zijn verbonden adequaat functioneren. De borging van de kwaliteit van de verantwoordelijke externe accountant, en daarmee van de accountantsverkla-*

*ring, stoelt volgens de wetgever in belangrijke mate op de kwaliteit van de binnen de accountantsorganisatie getroffen waarborgen ten aanzien van het stelsel van kwaliteitsbeheersing. Het toezicht van AFM zal zich met name richten op de kwaliteitsbeheersingssystemen van de accountantsorganisaties. In het kader daarvan zal AFM zich een oordeel moeten kunnen vormen over de wijze waarop binnen het stelsel van kwaliteitsbeheersing uitwerking en borging is gegeven aan de vakbekwaamheid, onafhankelijkheid, objectiviteit en integriteit van de externe accountant.*

*De tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants kunnen, hoe ernstig ook, niet zonder meer tot de conclusie leiden dat de accountantsorganisatie nalatig is ten aanzien van de op haar rustende zorgplicht. Indien sprake is van tekortkomingen bij de uitvoering van de wettelijke controle zal, om een overtreding van de zorgplicht te kunnen vaststellen, tevens duidelijk moeten zijn dat de oorzaak van de geconstateerde tekortkomingen op eigen handelen of nalaten van de accountantsorganisatie is terug te voeren. De aard, ernst en hoeveelheid van de tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants zeggen op zichzelf beschouwd onvoldoende over een eigenstandige gedraging van de accountantsorganisatie om een overtreding van de zorgplicht van art. 14 Wta te kunnen vaststellen. Om inzicht te verkrijgen in de wijze waarop de accountantsorganisatie invulling geeft aan haar wettelijke verplichtingen, in het bijzonder de op grond van art. 14 Wta op haar rustende zorgplicht, valt er in de meeste gevallen niet aan te ontkomen (enig) onderzoek naar (de opzet en werking van) het stelsel van kwaliteitsbeheersing en/of het kwaliteitsbeleid te doen. Van het niet naleven van de zorgplicht kan overigens ook sprake zijn zonder dat tekortkomingen in de uitvoering van wettelijke controles zijn geconstateerd.*

*Van de situatie waarbij tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants geen andere conclusie toelaten dan dat de accountantsorganisatie tekort is geschoten in de naleving van haar zorgplicht, is in dit geval geen sprake. Met de stelling dat EY fundamentele controlefouten niet heeft ontdekt, hersteld en voorkomen heeft AFM niet aangetoond waarom deze tekortkomingen zich niet anders laten verklaren dan door een bepaald handelen of nalaten van EY dat als een tekortschietende naleving van de zorgplicht moet worden aangemerkt. Ook met haar*

*stelling dat de geconstateerde tekortkomingen in de uitvoering van wettelijke controles door de externe accountants aantonen dat de door EY gecreëerde randvoorwaarden in de praktijk niet blijken te functioneren, blijft AFM te zeer in algemeenheden steken.*

*AFM heeft derhalve onvoldoende aangetoond dat EY art. 14 Wta heeft overtreden.*

*Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) te Amsterdam*

gemachtigden: mr. R.W. Veldhuis, mr. M.L. Bating, mr. G.M.C. Neuteboom-Klink, tegen

*Ernst & Young Accountants LLP (EY) te Londen (Verenigd Koninkrijk)*

gemachtigden: mr. T. Barkhuysen, mr. C.M. Saris en mr. J. Garvelink.

#### *Procesverloop in hoger beroep*

AFM heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (rechtbank) van 20 december 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:9977). Dit hoger beroep is bij het College geregistreerd met nummer 18/184.

EY heeft incidenteel hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak. Dit incidenteel hoger beroep is bij het College geregistreerd met nummer 18/992.

EY en AFM hebben een reactie op elkaars hogerberoepschriften ingediend. Vervolgens hebben AFM en EY op elkaars reactie op de hogerberoepschriften gereageerd.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 21 maart 2019.

AFM heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden. Van de zijde van AFM zijn tevens verschenen drs. J.C. Scheper RA en D. de Jong, persvoorlichter.

EY heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden. Van de zijde van EY zijn tevens verschenen R. Lelieveld, voorzitter van de raad van bestuur, N. Pul, lid van de raad van bestuur, en A. de Ros, bestuurslid.

De hoger beroepen van AFM en EY zijn gelijktijdig behandeld met het hoger beroep van AFM (zaaknummer 18/183) en het incidentele hoger beroep van PricewaterhouseCoopers Accountants N.V., te Amsterdam (zaaknummer 18/991) tegen de uitspraak van de rechtbank van 20 december 2017, kenmerk ROT 16/7332 (ECLI:NL:RBROT:2017:9978), waarbij de recht-

bank op dezelfde gronden een gelijkkluidende beslissing heeft genomen.

#### *Grondslag van het geschil*

1.1. Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.

1.2. In het kader van het (doorlopend) toezicht op accountantsorganisaties die wettelijke controles verrichten op basis van de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta) is AFM op 8 april 2013 een onderzoek gestart om vast te stellen of EY en de bij haar werkzame of aan haar verbonden externe accountants voldoen aan wat van hen op grond van de Wta wordt verwacht. Daartoe heeft AFM tien dossiers van wettelijke controles over het boekjaar 2012 onderzocht. Ten aanzien van drie van deze controles is AFM van mening dat de externe accountants van EY niet tot het afgeven van een goedkeurende verklaring hadden mogen overgaan, omdat zij niet beschikten over voldoende en geschikte controle-informatie ten aanzien van één of meer materiële posten op de betreffende jaarrekeningen. Gezien de aard, ernst en hoeveelheid van deze tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van verschillende externe accountants van EY (volgens AFM gaat het om ernstige gebreken in de controle van in totaal zeven materiële posten op drie jaarrekeningen) is AFM van mening dat EY in de periode van 10 april 2012 tot en met 5 juli 2013 artikel 14 van de Wta heeft overtreden. Volgens AFM heeft EY niet voldaan aan de op haar rustende inspanningsverplichting ervoor zorg te dragen dat haar externe accountants voldoen aan het bij of krachtens afdeling 3.2 van de Wta bepaalde, in het bijzonder de gedrags- en beroepsregels die zijn neergelegd in de Verordening gedragscode en de Nadere voorschriften controle- en overige Standaarden (NV COS).

Bij besluit van 16 maart 2016 (het primaire besluit) heeft AFM aan EY een bestuurlijke boete van € 2.230.000,- opgelegd wegens overtreding van artikel 14 van de Wta.

1.3. Bij besluit van 29 september 2016 (het bestreden besluit), waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht, heeft AFM het daartegen door EY gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

*Uitspraak van de rechtbank*

2.1. De rechtbank heeft het beroep van EY gegrond verklaard, het bestreden besluit vernietigd en het primaire besluit herroepen. Naar het oordeel van de rechtbank heeft AFM de gestelde overtreding van artikel 14 van de Wta niet buiten redelijke twijfel aangetoond.

2.2. De rechtbank heeft voorop gesteld dat het punitieve karakter van een boete met zich brengt dat aan de bewijsvoering van de overtreding en aan de motivering van het boetebesluit strenge eisen moeten worden gesteld. Ten aanzien van de bewijsvoering in het onderhavige geval heeft de rechtbank vastgesteld dat AFM in het bestreden besluit uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven dat de omstandigheden waarvan zij in het primaire besluit naast de gestelde tekortkomingen in de controlewerkzaamheden melding maakt, waaronder haar bevindingen ten aanzien van het stelsel van kwaliteitsbeheersing van EY, niet het bewijs vormen van de schending van de zorgplicht. Gelet hierop heeft de rechtbank deze omstandigheden buiten beschouwing gelaten bij haar beoordeling of AFM buiten redelijke twijfel heeft aangetoond dat EY artikel 14 van de Wta heeft overtreden.

2.3. Naar het oordeel van de rechtbank blijkt uit de Memorie van Toelichting (MvT) bij de Wta (Kamerstukken II, 2003-2004, 29 658, nr. 3, tweede herdruk), de Nota van Toelichting (NvT) bij het Besluit toezicht accountantsorganisaties (Bta) (Staatsblad 2006, 380) en de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer bij de Wta (Kamerstukken I, 2005-2006, 29 658, nr. C, blz. 37) dat de wet- en besluitgever ter borging van de kwaliteit van wettelijke controles en daarmee de kwaliteit van accountantsverklaringen een systeem voor ogen heeft gestaan waarin de accountantsorganisatie en haar externe accountants ieder een eigen verantwoordelijkheid hebben. De verantwoordelijkheid van de externe accountants komt tot uitdrukking in hun verplichting de wettelijke controles overeenkomstig de in de Wta en het Bta gestelde eisen uit te voeren. Op de accountantsorganisatie rust de verantwoordelijkheid de naleving van deze verplichting te faciliteren en te stimuleren, alsook in te grijpen als het daarbij fout gaat of dreigt te gaan. Deze verantwoordelijkheid van de accountantsorganisatie is als algemene norm opgenomen in artikel 14 van de Wta en is vertaald in het verplichte stelsel van kwaliteitsbeheersing en het ten aanzien daarvan door de ac-

countantsorganisatie te voeren beleid (het kwaliteitsbeleid). Het kwaliteitsbeleid is volgens de rechtbank ruimer dan het stelsel van kwaliteitsbeheersing en omvat al hetgeen een bepalende invloed heeft op het kwaliteitsgericht denken en handelen binnen de accountantsorganisatie.

2.4. Het feit dat de door de wetgever aan de accountantsorganisatie en de externe accountants toebedeelde verantwoordelijkheden voor de kwaliteit van wettelijke controles afzonderlijke, van elkaar te onderscheiden wettelijke verplichtingen meebrengen voor enerzijds de accountantsorganisatie en anderzijds haar externe accountants betekent volgens de rechtbank dat bij een onderzoek naar de vraag of een accountantsorganisatie aan haar zorgplicht voldoet in beginsel niet kan worden volstaan met een beoordeling of haar externe accountants bij de wettelijke controles hebben voldaan aan het bij of krachtens afdeling 3.2 van de Wta bepaalde. Ter beantwoording van de vraag of de accountantsorganisatie de op haar rustende wettelijke verplichtingen naleeft, zal in beginsel onderzoek moeten worden gedaan naar het kwaliteitsbeleid en naar het stelsel van kwaliteitsbeheersing van de accountantsorganisatie. Alleen met een dergelijk onderzoek wordt, aldus de rechtbank, rechtstreeks inzicht verkregen in de wijze waarop de accountantsorganisatie invulling geeft aan haar wettelijke verplichtingen, in het bijzonder de op grond van artikel 14 van de Wta op haar rustende zorgplicht.

2.5. Uit onderzoek als hierboven bedoeld kan volgens de rechtbank ook zonder dat sprake is van tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants of van een overtreding van artikel 18, eerste lid, van de Wta dan wel een bepaling uit hoofdstuk 5 van het Bta naar voren komen dat de accountantsorganisatie niet aan haar zorgplicht voldoet. Onderzoek naar de controlewerkzaamheden van de externe accountants is niet vereist om te kunnen beoordelen of de accountantsorganisatie haar zorgplicht naleeft. Tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants kunnen duiden op een gebrekkige naleving van de zorgplicht door de accountantsorganisatie. Dergelijke tekortkomingen zijn, gelet op het vorenstaande, als zodanig in beginsel echter niet voldoende voor de conclusie dat de accountantsorganisatie nalatig is ten aanzien van haar zorgplicht. Een overtreding van artikel 18, eerste lid, van de Wta of een bepaling uit hoofdstuk 5 van het Bta door de accountantsorga-

nisatie rechtvaardigt die conclusie naar het oordeel van de rechtbank in de regel wel, maar ook een dergelijke overtreding is geen vereiste om te kunnen concluderen dat de accountantsorganisatie niet aan haar zorgplicht voldoet. Naleving van artikel 18, eerste lid, van de Wta en de bepalingen uit hoofdstuk 5 van het Bta door de accountantsorganisatie laat onverlet dat het kwaliteitsbeleid van de accountantsorganisatie dusdanige gebreken kan vertonen dat moet worden geconcludeerd dat zij tekortschiet in de naleving van haar wettelijke zorgplicht.

Onverminderd het voorgaande valt naar het oordeel van de rechtbank niet op voorhand uit te sluiten dat in bijzondere gevallen reeds op grond van tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants de conclusie gerechtvaardigd is dat de accountantsorganisatie niet aan haar zorgplicht voldoet. Nu sprake is van afzonderlijke, van elkaar te onderscheiden wettelijke verplichtingen voor enerzijds de accountantsorganisatie en anderzijds haar externe accountants, waarbij bovendien de professionele oordeelsvorming van de externe accountant een rol speelt, dienen de tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants in dat geval geen andere conclusie toe te laten dan dat de accountantsorganisatie tekortschiet in de naleving van haar zorgplicht.

2.6. De rechtbank heeft geconstateerd dat AFM, wat dit laatste betreft, heeft volstaan met het standpunt dat, gelet op de aard, ernst en hoeveelheid van de tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van verschillende externe accountants bij vier van de tien door de AFM onderzochte controles, niet anders kan worden geconcludeerd dan dat EY zich onvoldoende inspanningen heeft getroost om ervoor te zorgen dat haar externe accountants bij het verrichten van wettelijke controles voldoen aan het bij of krachtens afdeling 3.2 van de Wta bepaalde. Uitgaande van de strenge eisen die moeten worden gesteld aan de bewijsvoering van de overtreding en de motivering van de boeteoplegging, is dit naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende voor het oordeel dat AFM buiten redelijke twijfel heeft aangetoond dat sprake is van overtreding van artikel 14 van de Wta door EY. AFM motiveert immers niet waarom de aard, ernst en hoeveelheid van de tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants geen andere conclusie toelaten dan dat PwC haar

zorgplicht niet is nagekomen. Volgens de rechtbank wordt overigens uit het primaire besluit en het bestreden besluit ook niet duidelijk in welk opzicht EY volgens AFM concreet is tekortgeschoten bij de naleving van haar zorgplicht.

2.7. De door AFM genoemde jurisprudentie met betrekking tot andere wettelijke zorgplichten heeft de rechtbank niet tot een ander oordeel geleid. Anders dan bij de vreemdelingrechtelijke zorgplicht die aan de orde is in de arresten van de Hoge Raad van 11 juli 2010 (ECLI:NL:HR:2010:AA6456) en 7 februari 2017 (ECLI:NL:HR:2017:40), biedt de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 14 van de Wta geen grond om aan te nemen dat de wetgever ervan is uitgegaan dat, bijzondere omstandigheden daargelaten, nalatigheid van een accountantsorganisatie ten aanzien van haar zorgplicht aanwezig mag worden verondersteld wanneer haar externe accountants bij wettelijke controles niet hebben voldaan aan het bij of krachtens afdeling 3.2 van de Wta bepaalde. Ten aanzien van de opmerking op blz. 49 van de MvT dat AFM via het bepaalde in artikel 14 van de Wta haar handhavingsinstrumentarium kan aanwenden jegens de accountantsorganisatie als een externe accountant niet voldoet aan de voorschriften van afdeling 3.2, heeft de rechtbank overwogen dat de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van wettelijke controles expliciet is belegd bij de externe accountants; van tekortkomingen daarin kan de accountantsorganisatie geen persoonlijk en direct verwijt worden gemaakt. Gelet hierop leest de rechtbank de door AFM aangehaalde opmerking aldus dat de constatering dat een externe accountant niet voldoet aan de voorschriften van afdeling 3.2 als beginpunt van een eventueel handhavingstraject kan gelden. Voor het daadwerkelijk aanwenden van handhavingsinstrumenten jegens de accountantsorganisatie is echter vereist dat uit daaropvolgend onderzoek blijkt dat haar een verwijt kan worden gemaakt, namelijk van het niet naleven van de zorgplicht. In dat geval kan de accountantsorganisatie vervolgens met gebruikmaking van een handhavingsinstrument worden aangesproken op het feit dat een externe accountant van haar niet voldoet aan de voorschriften van afdeling 3.2. Dit sluit ook aan bij voormelde arresten van de Hoge Raad, waarin de veronderstelling van schending van de zorgplicht voortvloeit uit een persoonlijk en direct verwijt aan het adres van de vervoerders, dat eruit bestond dat zij hadden nagelaten de reis-

papieren van de vreemdelingen zorgvuldig te controleren. In het bijzonder hadden de vervoerders niet gecontroleerd of de vreemdelingen beschikten over een geldig visum. Er was in die zaken dus sprake van een concreet en aanwijsbaar nalaten van de overtreder.

Dit komt volgens de rechtbank ook terug in het door AFM genoemde arrest van 9 december 1975 van de Hoge Raad (NJ 1976/234), waarin het concrete verwijt aan de overtreder eruit bestond dat hij onvoldoende veiligheidscontroles had verricht. De Hoge Raad nam hierbij in aanmerking dat de overtreder ondanks waarschuwingen van een werknemer gedurende langere tijd geen maatregelen had getroffen om een probleem te verhelpen aan een potentieel gevaarlijke machine, waarmee vervolgens een ongeluk gebeurde.

In het arrest van 21 mei 2013 van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2013:CA0399) was geen onderwerp van geschil of aan de desbetreffende zorgplicht was voldaan.

2.8. Ook het door AFM ingeroepen standpunt van de minister van Financiën in het kader van de evaluatie van de Wta (Kamerstukken II, 2014-2015, 33 977, nr. 4, blz. 20-21 en 38-39) dat een wettelijke controle van onvoldoende kwaliteit toereikend is voor het opleggen van een bestuurlijke boete wegens overtreding van de zorgplicht door de accountantsorganisatie, kan AFM volgens de rechtbank niet baten, aangezien dit standpunt geen deel uitmaakt van de wetgeschiedenis van artikel 14 van de Wta en gelet op het voorgaande bovendien niet door de rechtbank wordt onderschreven.

#### *Beoordeling van het geschil in hoger beroep*

3. De eerste van de twee hogerberoepsgronden die AFM tegen de aangevallen uitspraak heeft ingediend, houdt, samengevat, in dat de rechtbank ten onrechte tot uitgangspunt heeft genomen dat schending van artikel 14 van de Wta (in beginsel) niet kan worden gebaseerd op de geconstateerde ernstige tekortkomingen in de wettelijke controles. Volgens AFM miskent de rechtbank hiermee dat de wetgever met artikel 14 van de Wta de accountantsorganisatie bewust een eigen verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van wettelijke controles heeft gegeven. Daarnaast miskent de rechtbank volgens AFM dat artikel 14 van de Wta een zelfstandige en ook zelfstandig te handhaven norm is, en dat de vraag of artikel 14 van de Wta is geschonden losstaat van de vraag of artikel 18

van de Wta en de bepalingen in hoofdstuk 5 van het Bta (omtrekt, kort gezegd, het beleid ten aanzien van het stelsel van kwaliteitsbeheersing) al dan niet zijn nageleefd. AFM stelt dat zij EY, anders dan de rechtbank heeft overwogen, wel degelijk een concreet verwijt maakt ten aanzien van de naleving van artikel 14 van de Wta, namelijk dat EY niet heeft voorkomen dat de aan haar verbonden externe accountants in drie wettelijke controles controleverklaringen hebben afgegeven terwijl zij daarvoor niet over voldoende en geschikte controle-informatie beschikten en zij deze controleverklaringen dus niet in het maatschappelijk verkeer hadden mogen brengen. AFM is van mening dat uit jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat in een dergelijk geval (waarbij hetgeen de gestelde norm tracht te voorkomen zich heeft verwezenlijkt) sprake is van een zorgplichtschending, tenzij EY aannemelijk zou hebben gemaakt dat sprake is van bijzondere omstandigheden. Daarvan is echter niets gebleken. Naar de mening van AFM heeft de rechtbank dan ook een principieel onjuist oordeel geveld over de aard, strekking en toepassing van artikel 14 van de Wta. Uit de argumenten die AFM naar voren heeft gebracht volgt dat een schending van artikel 14 van de Wta wel degelijk kan worden gebaseerd op het feit dat EY de ernstige tekortkomingen in de wettelijke controles niet zelf tijdig heeft ontdekt en hersteld, waardoor zij niet heeft voorkomen dat haar externe accountants namens haar controleverklaringen in het maatschappelijk verkeer hebben gebracht, terwijl deze externe accountants daarvoor geen voldoende en geen geschikte controle-informatie hebben verkregen.

4. De tweede hogerberoepsgrond van AFM betreft de overweging van de rechtbank dat niet op voorhand valt uit te sluiten dat in bijzondere gevallen reeds op grond van tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants de conclusie gerechtvaardigd is dat de accountantsorganisatie niet aan haar zorgplicht voldoet. Volgens de rechtbank dienen de tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants in dat geval geen andere conclusie toe te laten dan dat de accountantsorganisatie tekortschiet in de naleving van haar zorgplicht. AFM stelt dat zelfs als inderdaad zou gelden dat de accountantsorganisatie enkel in een bijzonder geval op grond van tekortkomingen in wettelijke controles kan worden beboet voor overtreding van artikel 14 van de Wta er in dit

geval heeft te gelden dat de rechtbank de boete ten onrechte heeft vernietigd. In dit geval is immers wel degelijk sprake van dermate ernstige tekortkomingen die geen andere conclusie toelaten dan dat EY in haar zorgplicht is tekortgeschoten, zodat zich een bijzonder geval voordoet als door de rechtbank is bedoeld.

5. EY heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

6. Het incidenteel hoger beroep van EY is ten eerste gericht tegen de overweging van de rechtbank dat niet op voorhand valt uit te sluiten dat in bijzondere gevallen reeds op grond van tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants de conclusie gerechtvaardigd is dat de accountantsorganisatie niet aan haar zorgplicht voldoet en dat de tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants in dat geval geen andere conclusie dienen toe te laten dan dat de accountantsorganisatie tekortschiet in de naleving van haar zorgplicht. Volgens EY strookt deze uitleg niet met de tekst en toelichting van artikel 14 van de Wta en van het Bta. Voorts heeft de rechtbank met deze overweging een nieuw, voor EY onvoorzienbaar criterium geïntroduceerd, wat mede vanwege het punitieve karakter van de boete in strijd is met het *lex certa*-beginsel en het rechtzekerheidsbeginsel. Ten tweede is het incidenteel hoger beroep van EY gericht tegen de afwijzing door de rechtbank van het verzoek van EY om vergoeding van de kosten van het inroepen van prof. dr. P.G.M. van der Heijden, hoogleraar statistiek, als deskundige, althans voor zover daarin het oordeel besloten zou liggen dat een niet-statistische steekproef (of in de woorden van AFM: een risico gestuurde selectie van dossiers) en de extrapolatie daarvan niet ongeschikt zijn om een boete wegens schending van de zorgplicht op te leggen. Ter zitting van het College heeft EY te kennen gegeven dat deze tweede hogerberoepsgrond als voorwaardelijk is te beschouwen in die zin dat deze grond alleen hoeft te worden beoordeeld als het hoger beroep van AFM gegrond is.

7. Het College is van oordeel dat de rechtbank uit het systeem en de totstandkomingsgeschiedenis van de Wta terecht heeft afgeleid dat het uitgangspunt van deze wet is dat de accountantsorganisatie en de bij haar werkzame of aan haar verbonden externe accountants ieder vanuit hun eigen rol verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit van wettelijke controles. De verantwoordelijkheid van de accountantsorganisatie ligt op het gebied van de

kwaliteit van de bedrijfsvoering. Met het oog daarop zijn in afdeling 3.1 van de Wta aan de accountantsorganisatie eisen gesteld die zien op het systeem van kwaliteitsbeheersing en de integriteit van de accountantsorganisatie en de deskundigheid en betrouwbaarheid van dagelijkse (mede-) beleidsbepalers (zie onder meer pagina 13 van de MvT). De externe accountants zijn verantwoordelijk voor de kwaliteit van de professionele beroepsuitoefening. Aan hen zijn in afdeling 3.2 van de Wta eisen gesteld die betrekking hebben op de vakbekwaamheid, onafhankelijkheid, objectiviteit en integriteit en de transparantie van de accountantsverklaring. De externe accountants zijn aan tuchtrecht onderworpen, terwijl voor de accountantsorganisatie een bestuursrechtelijk handhavingregime geldt.

8. Artikel 14 van de Wta is tot de accountantsorganisatie gericht. Het legt de accountantsorganisatie de plicht op ervoor te zorgen dat de externe accountants die bij haar werkzaam zijn of aan haar zijn verbonden adequaat functioneren. Uit de MvT (pagina 16) blijkt dat deze zorgplicht inhoudt dat de accountantsorganisatie voor het functioneren van haar externe accountants de randvoorwaarden dient te creëren en maatregelen dient te treffen, indien dit functioneren niet langer strookt met de gestelde eisen. De borging van de kwaliteit van de verantwoordelijke externe accountant, en daarmee van de accountantsverklaring, stoelt volgens de wetgever in belangrijke mate op de kwaliteit van de binnen de accountantsorganisatie getroffen waarborgen ten aanzien van het stelsel van kwaliteitsbeheersing. Het toezicht van AFM zal zich, aldus de MvT, op grond van het wetsvoorstel met name richten op de kwaliteitsbeheersingssystemen van de accountantsorganisaties. In het kader daarvan zal AFM zich een oordeel moeten kunnen vormen over de wijze waarop binnen het stelsel van kwaliteitsbeheersing uitwerking en borging is gegeven aan de vakbekwaamheid, onafhankelijkheid, objectiviteit en integriteit van de externe accountant.

9. Het (thans ingenomen) standpunt van AFM dat het bewijs van overtreding van artikel 14 van de Wta niet mede op bevindingen ten aanzien van het stelsel van kwaliteitsbeheersing van de accountantsorganisatie hoeft te worden gebaseerd en dat, zoals in dit geval, al uit de aard, ernst en hoeveelheid van de geconstateerde tekortkomingen in wettelijke controles kan worden geconcludeerd dat sprake is van een tekortkoming in de

naleving van de zorgplicht, volgt het College niet. Naar het oordeel van het College kunnen tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants, hoe ernstig ook, niet zonder meer tot de conclusie leiden dat de accountantsorganisatie nalatig is ten aanzien van de op haar rustende zorgplicht. Indien sprake is van tekortkomingen bij de uitvoering van de wettelijke controle zal, om een overtreding van de zorgplicht te kunnen vaststellen, tevens duidelijk moeten zijn dat de oorzaak van de geconstateerde tekortkomingen op eigen handelen of nalaten van de accountantsorganisatie is terug te voeren. De aard, ernst en hoeveelheid van de tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants zeggen op zichzelf beschouwd onvoldoende over een eigenstandige gedraging van de accountantsorganisatie om een overtreding van de zorgplicht van artikel 14 van de Wta te kunnen vaststellen. Het College is met de rechtbank van oordeel dat om inzicht te verkrijgen in de wijze waarop de accountantsorganisatie invulling geeft aan haar wettelijke verplichtingen, in het bijzonder de op grond van artikel 14 van de Wta op haar rustende zorgplicht, er in de meeste gevallen niet aan valt te ontkomen (enig) onderzoek naar (de opzet en werking van) het stelsel van kwaliteitsbeheersing en/of het kwaliteitsbeleid te doen. Van het niet naleven van de zorgplicht kan overigens ook sprake zijn zonder dat tekortkomingen in de uitvoering van wettelijke controles zijn geconstateerd.

De stelling van AFM dat de (Europese) wetgever bedoeld heeft dat tevens de accountantsorganisatie wordt gesanctioneerd indien haar externe accountants wettelijke controles niet in overeenstemming met de vereisten uitvoeren, doet er niet aan af dat eerst zal moeten worden vastgesteld dat de accountantsorganisatie de wet – in dit geval artikel 14 van de Wta – heeft overtreden. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wta zou overigens kunnen worden opgemaakt dat het handhavingsinstrumentarium dat AFM ten dienste staat eerst en vooral tot doel heeft de accountantsorganisatie die naar aanleiding van geconstateerde tekortkomingen niet onverwijld gepaste maatregelen neemt ertoe te bewegen dat alsnog te doen (MvT, pagina 16).

10. Voor de opvatting van AFM dat indien een externe accountant een ongefundeerde controleverklaring in het maatschappelijk verkeer brengt, verondersteld mag worden dat de accountantsor-

ganisatie waarbij hij werkzaam is of waaraan hij is verbonden de zorgplicht niet heeft nageleefd, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, biedt de wetsgeschiedenis van de Wta geen steun. Het feit dat de Hoge Raad een weerlegbaar bewijsvermoeden heeft aanvaard bij de zorgplicht van vervoerders om de nodige maatregelen te nemen en het redelijkerwijs te vorderen toezicht te houden teneinde te voorkomen dat vreemdelingen binnen het grondgebied van Nederland worden gebracht, terwijl zij niet aan de vereisten als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de Vreemdelingenwet voldoen, geeft geen aanleiding om in het kader van de handhaving van de zorgplicht van artikel 14 van de Wta hetzelfde te doen. De in die zaken aan de orde zijnde bepaling gaat niet uit van (een wettelijk systeem van) eigen verantwoordelijkheden van de vervoerder en zijn personeel. De zorgplicht van de vervoerder is bovendien niet gericht op de kwaliteit van de beroepsbeoefening in brede zin van zijn werknemers, maar op een specifieke, relatief eenvoudig vast te stellen feitelijke gedraging.

Gelet op het vorenstaande faalt de eerste hogerberoepsgrond van AFM.

11. In de overweging van de rechtbank, onder 3.11 van de aangevallen uitspraak, dat niet op voorhand valt uit te sluiten dat in bijzondere gevallen reeds op grond van tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants de conclusie gerechtvaardigd is dat de accountantsorganisatie niet aan haar zorgplicht voldoet, ligt, anders dan EY in haar incidenteel appel stelt te vrezen, niet besloten dat de accountantsorganisatie in een dergelijk uitzonderlijk geval geen eigen verwijt moet worden gemaakt. Ook in die gevallen moet aan de tekortkomingen in de controlewerkzaamheden een concrete oorzaak ten grondslag liggen die op eigen handelen of nalaten van de accountantsorganisatie is terug te voeren. Dat dit zonder enig onderzoek naar dat handelen of nalaten zou kunnen worden vastgesteld, lijkt moeilijk voorstelbaar.

Van de door de rechtbank bedoelde bijzondere situatie, waarbij tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants geen andere conclusie toelaten dan dat de accountantsorganisatie tekort is geschoten in de naleving van haar zorgplicht, is in dit geval geen sprake. Met de stelling dat EY fundamentele controlefouten niet heeft ontdekt, hersteld en voorkomen heeft AFM niet aangetoond waarom deze tekortkomingen

zich niet anders laten verklaren dan door een bepaald handelen of nalaten van EY dat als een tekortschietende naleving van de zorgplicht moet worden aangemerkt.

Ook met haar stelling dat de geconstateerde tekortkomingen in de uitvoering van wettelijke controles door de externe accountants aantonen dat de door EY gecreëerde randvoorwaarden in de praktijk niet blijken te functioneren, blijft AFM te zeer in algemeenheden steken. Naar het oordeel van het College heeft de rechtbank terecht geconcludeerd dat AFM onvoldoende heeft aangevoerd dat EY artikel 14 van de Wta heeft overtreden.

12. Gelet op het vorenstaande falen ook de tweede hogerberoepsgrond van AFM en de eerste grond van het incidenteel hoger beroep van EY. De tweede grond van het incidenteel hoger beroep van EY behoeft gelet hierop niet te worden beoordeeld.

13. De slotsom is dat het hoger beroep van AFM en het incidenteel hoger beroep van EY niet slagen en dat de aangevallen uitspraak moet worden bevestigd.

14. Op grond van artikel 8:109, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht wordt van AFM een griffierecht van € 508,- geheven.

#### *Beslissing*

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### **NOOT**

1. Deze uitspraak gaat over het toezicht van de AFM op accountantsorganisaties en, meer in het bijzonder, over de handhaving door de AFM van de op deze organisaties rustende zorgplicht van art. 14 Wet toezicht accountantsorganisaties ("Wta"). Deze zorgplicht houdt, kort gezegd, in dat accountantsorganisaties ervoor moeten zorgen dat hun externe accountants zich bij het uitvoeren van wettelijke controles aan de beroepsregels houden. De uitkomst van deze procedure is dat de AFM een schending van art. 14 Wta door de accountantsorganisatie niet zonder meer mag afleiden uit tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van haar accountants. Voor een schending moet ook duidelijk zijn dat de organisatie zelf een verwijt te maken valt ten aanzien van die tekortkomingen, wat onderzoek naar haar stelsel van kwaliteitsbeheersing en/of haar kwali-

teitsbeleid vergt. Het CBb deed op dezelfde datum een identieke uitspraak in de parallelle procedure tussen de AFM en PWC met kenmerk ECLI:NL:CBB:2019:234. De AFM zal op grond van deze twee uitspraken haar manier van toezicht houden moeten herzien, tenzij de door haar gezochte wetswijziging doorgang vindt.

2. Het huidige toezicht op de accountantssector stamt uit 2006. Op 1 oktober van dat jaar traden de Wet toezicht accountantsorganisaties en het aanverwante Besluit toezicht accountantsorganisaties in werking, waarmee het toezicht op accountants en accountantsorganisaties fundamenteel werd hervormd. Dat gebeurde in een streven om het maatschappelijk vertrouwen in de accountant en diens verklaringen te herstellen, nadat een reeks boekhoudschandalen dat vertrouwen ernstig had ondergraven, aldus de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 658, nr. 3, tweede herdruk, p. 1). Het nieuwe toezicht kenmerkt zich in de eerste plaats door de introductie van een externe publieke toezichthouder in de vorm van de AFM en in de tweede plaats doordat het zich primair richt op de accountantsorganisatie in plaats van de accountant zelf. Dit past in een internationale lijn: in de Verenigde Staten werd de sector in 2002 met de Sarbanes-Oxley Act onder extern toezicht van de Public Company Accounting Oversight Board geplaatst en ook in Europees verband werd in 2006 extern toezicht geïntroduceerd met de Auditrichtlijn (Richtlijn 2006/43/EG). Daarna volgde nog veel aanvullende kwaliteitsbevorderende wet- en regelgeving, die door de sector lijdzaam is geabsorbeerd.

3. De Wta reguleert niet alle accountantswerkzaamheden, maar ziet toe op accountantsorganisaties (art. 1 lid 1 sub a Wta) en externe accountants (art. 1 lid 1 sub f Wta) die wettelijke controles (art. 1 lid 1 sub p Wta) verrichten. Onder de Wta hebben de accountantsorganisatie en haar externe accountants ieder een eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de kwaliteit van de verrichte wettelijke controles. Afdeling 3.1 Wta bevat voorschriften voor de accountantsorganisatie op het gebied van de bedrijfsvoering en afdeling 3.2 Wta bevat voorschriften voor de externe accountant ten aanzien van diens beroepsuitoefening. Relevant is hier vooral art. 14 Wta, op grond waarvan de organisatie er zorg voor draagt dat de externe accountants die bij haar werkzaam zijn of aan haar zijn verbonden,



voldoen aan het bij of krachtens afdeling 3.2 Wta bepaalde. Simpel gezegd: de organisatie moet ervoor zorgen dat de accountant zich aan de beroepsregels houdt. Dit wordt geacht een inspanningsverbintenis te zijn, die inhoudt dat de organisatie randvoorwaarden creëert voor het goed functioneren van haar externe accountants. In de praktijk wordt de zorgplicht met name ingevuld via het verplichte stelsel van kwaliteitsbeheersing (art. 18 Wta) en het kwaliteitsbeleid (art. 8 Bta) van de accountantsorganisatie. Het stelsel omvat "alle werkwijzen, procedures, maatregelen en waarborgen binnen de accountantsorganisatie die ertoe dienen te leiden dat de accountant die uiteindelijk de accountantsverklaring afgeeft, dit kan doen op vakbekwame, onafhankelijke, integere en herkenbare wijze" (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 658, nr. 3, tweede herdruk, p. 20). Het kwaliteitsbeleid "geeft de visie weer van de accountantsorganisatie op de wijze waarop zij het kwaliteitsgericht denken en handelen van de accountantsorganisatie wenst te handhaven en zo nodig te bevorderen. Het kwaliteitsbeleid omvat al hetgeen een bepalende invloed heeft op het kwaliteitsgericht denken en handelen en is daarmee ruimer dan het stelsel" (*Stb.* 2006/380, p. 32). Dit zijn gewichtige voorschriften en accountantsorganisaties besteden hier in de praktijk veel aandacht aan.

4. De hier vooralsnog beslechte discussie ging over de manier waarop de AFM de naleving van de zorgplicht door accountantsorganisaties toetst. In plaats van de zorgplicht rechtstreeks te betrekken op het stelsel van kwaliteitsbeheersing en het kwaliteitsbeleid van de organisatie, heeft de AFM de schending van die plicht uitsluitend gebaseerd op tekortkomingen in individuele controledossiers. De gedachte daarachter is dat de werking van het stelsel van kwaliteitsbeheersing en het kwaliteitsbeleid van een organisatie kunnen worden afgeleid uit de werkzaamheden van haar accountants. In de woorden van de AFM: "Hoewel de uitkomsten niet noodzakelijkerwijs representatief zijn voor de kwaliteit van alle uitgevoerde wettelijke controles, geven de uitkomsten wel een duidelijke indicatie of de kwaliteit van de wettelijke controles voldoende wordt gewaarborgd door de accountantsorganisaties" (AFM, 'Structurele tekortkomingen bij grootste accountantsorganisaties, fundamentele hervormingen en cultuurverandering noodzakelijk', 25 september 2014).

5. Het is op zich niet gek dat de AFM in haar onderzoek naar naleving van de zorgplicht haar bevindingen ten aanzien van individuele controledossiers meeweegt. Zo schrijft art. 48a lid 3 Wta voor dat de AFM haar beoordeling, of de accountantsorganisatie de Wta naleeft, ten minste dient te baseren op toetsing van een selectie van controledossiers. Ook is het standpunt van de AFM, dat de kwaliteit van het stelsel van kwaliteitsbeheersing en het kwaliteitsbeleid is af te meten aan de hoeveelheid fouten die de accountants maken bij hun wettelijke controles, in principe verdedigbaar. Het is door de sector met name als kwalijk ervaren dat de AFM zich uitsluitend baseert op controledossiers en dat zij daarbij bovendien uitgaat van een bescheiden en niet-representatieve selectie van dossiers. Daarmee verwordt de inspanningsverbintenis van art. 14 Wta tot een resultaatverbintenis, op grond waarvan accountantsorganisaties dienen in te staan voor de controlekwaliteit van hun externe accountants. Zo heeft de AFM voor haar onderzoeksrapport uit 2014 per Big Four-kantoor slechts tien controledossiers onderzocht, op een potentiële onderzoekspopulatie van enkele duizenden verrichte wettelijke controles. De AFM heeft daar vervolgens conclusies aan verbonden ten aanzien van de gebrekkige controlekwaliteit van deze kantoren, die conclusies met ronkend taalgebruik openbaar gemaakt en in haar boetesbesluiten van 16 maart 2016 met bestuurlijke boetes bestraft. De bevindingen van de AFM hebben geleid tot veel maatschappelijke commotie en nieuwe wetgeving (de Wet aanvullende maatregelen accountantsorganisaties), maar niet tot het oorspronkelijk met het toezicht beoogde herstel van vertrouwen in de sector (vgl. Eijkelboom, *Vertrouwen voorop* (IVOR nr. 114) 2019, p. 148).

6. Nadat de Rechtbank Rotterdam EY en PWC eerder in het gelijk stelde, doet het CBB dit als hoogste instantie nu ook. Het CBB oordeelt, vrij weergegeven, dat tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van externe accountants niet zonder meer tot de conclusie kunnen leiden dat de accountantsorganisatie nalatig is ten aanzien van haar zorgplicht. Om een overtreding van die zorgplicht te kunnen vaststellen zal tevens duidelijk moeten zijn dat tekortkomingen in wettelijke controles veroorzaakt zijn door een eigen handelen of nalaten van de accountantsorganisatie. Om inzicht te verkrijgen in de wijze waarop de

accountantsorganisatie invulling geeft aan haar zorgplicht, valt er in de meeste gevallen niet aan te ontkomen enig onderzoek naar (de opzet en werking van) het stelsel van kwaliteitsbeheersing en/of het kwaliteitsbeleid te doen (r.o. 9).

7. Met dat oordeel is de manier waarop de AFM naleving van de zorgplicht nu handhaaft, niet langer houdbaar. De AFM heeft in reactie op de uitspraak al aangekondigd aan te sturen op een wetswijziging. Zij schat in dat het in de praktijk moeilijk zal zijn een direct en bewijsbaar causaal verband te leggen tussen tekortkomingen in individuele controles en de daarvoor verantwoordelijke fouten in het kwaliteitsbeleid (AFM, 'Uitspraak CBB: accountantsorganisaties niet juridisch aanspreekbaar op kwaliteit wettelijke controles', 18 juni 2019). Die inschatting lijkt mij terecht. Daarmee ervaart de AFM overigens de keerzijde van precies dat probleem waar accountantsorganisaties al jaren mee worstelen, namelijk het ongreepbare verband tussen enerzijds hun stelsel van kwaliteitsbeheersing en kwaliteitsbeleid en anderzijds de controlewerkzaamheden van hun individuele accountants.

8. Deze uitspraak betrof alleen de zorgplicht van de accountantsorganisatie. De onderzoeksmethodiek van de AFM is echter ook van belang voor de onderliggende vraag naar de kwaliteit van de Nederlandse accountantssector. Deze vraag staat nog open en kan niet goed worden beantwoord op basis van tien onderzochte dossiers per Big Four-kantoor. Om daar werkelijk een goed beeld van te krijgen, zou m.i. een representatieve steekproef van controledossiers nodig zijn. In dat verband schrijft het op 1 januari 2017 met de Implementatiewet wijzigingsrichtlijn en verordening wettelijke controles jaarrekening ingevoerde art. 48a lid 4 Wta voor dat de kwaliteitsbeoordeling door de AFM passend en evenredig dient te zijn ten opzichte van de schaal en complexiteit van de activiteit van de accountantsorganisatie. Dat voorschrift lijkt ruimte te bieden voor een discussie over de representativiteit van het dossieronderzoek van de AFM. Hoe dan ook zal de AFM in de toekomst meer onderzoek moeten gaan doen. Naar de huidige stand van zaken zal dat zich veel meer moeten gaan richten op het stelsel van kwaliteitsbeheersing en het kwaliteitsbeleid. Mocht de gezochte wetswijziging zich verwezenlijken en het de AFM worden toegestaan zich toch alleen te baseren op controledossiers, dan zou zij de legitimiteit van haar conclusies kunnen

vergroten door zich op een aanzienlijk grotere en statistisch verantwoorde onderzoekspopulatie te baseren.

9. Ik verwacht overigens niet dat de accountantskantoren zich per se verheugen op meer onderzoek. Wel lijkt het prudent dat EY en PWC de discussie met de AFM hebben doorgezet. De inzet van die discussie is namelijk groot. Nadat de AFM, NBA en de Monitoring Commissie Accountancy eerder al rapporten deden verschijnen over de kwaliteit en toekomst van de Nederlandse accountancy, doet nu ook de Commissie Toekomst Accountantssector in opdracht van de Minister van Financiën onderzoek naar de beroepsgroep. De commissie heeft de taak gekregen om uiterlijk eind 2019 te adviseren over de vraag hoe de kwaliteit van wettelijke controles duurzaam verbeterd kan worden, welke beleids- of wetswijzigingen daarvoor wenselijk zijn en of de wijzigingen juridisch haalbaar zijn (art. 3 lid 1 Instellingsregeling Commissie toekomst accountancysector). Het is voor dit onderzoek van belang dat aannames over de huidige kwaliteit van de Nederlandse accountancy (en de in het verlengde daarvan gedane aanbevelingen voor een duurzame verbetering van die kwaliteit) ten minste op een deugdelijke grondslag berusten. In dat kader wijzen Hijink en In 't Veld er in hun schriftelijke inbreng ten behoeve van het onderzoek door de Commissie terecht op dat veel wet- en regelgeving nog zo kort geleden is doorgevoerd dat deze nog onvoldoende effect heeft kunnen sorteren ([www.internetconsultatie.nl/commissietoekomstaccountancysector/reacties](http://www.internetconsultatie.nl/commissietoekomstaccountancysector/reacties)). Het is dan ook maar de vraag of nog meer wetgeving de oplossing is, of dat er verstandiger aan wordt gedaan om eerst de werkelijke omvang van het kwaliteitssprobleem deugdelijk vast te stellen.

10. Deze uitspraak is ook door Hijink besproken in *Ondernemingsrecht* 2019/92 en door Kelder geannoteerd in *Tijdschrift Tucht recht* 2019/33. Ik wijs ook op het hierboven aangehaalde en zeer leesbare recente proefschrift van Eijkelenboom over kwaliteitsbevorderende maatregelen voor accountantsorganisaties, waarin zij onder meer ingaat op het toezicht van de AFM.

J.C. van Nass,  
advocaat bij Ysquare

## Financiering, zekerheden en insolventie

197

### Verpandingsverbod in overeenkomst van onderaanneming heeft geen goederenrechtelijke werking

Gerechtshof Amsterdam  
11 september 2018, zaaknr. 200.200.319/01,  
ECLI:NL:GHAMS:2018:3439  
(mr. De Jongh, mr. Biemans, mr. Schoonbrood-Wessels)  
Noot prof. mr. B.A. Schuijling

**Verpanding vorderingen op naam. Verpandingsverbod in overeenkomsten van onderaanneming ter bescherming van opdrachtgevers tegen aansprakelijkheid op grond van de Wet Ketenaansprakelijkheid. Uitleg naar objectieve maatstaven met inachtneming van Haviltex-maatstaf. Verbod tot verpanding heeft geen goederenrechtelijke werking. Verwijzing naar HR 17 januari 2003, «JOR» 2003/52, m.nt. Rongen (Oryx/Van Eesteren); HR 20 februari 2004, «JOR» 2004/157, m.nt. SCJJK (DSM/Fox) en HR 21 maart 2014, «JOR» 2014/151, m.nt. Schuijling (Coface/Intergamma).**

[BW art. 3:83 lid 2]

*De vraag of deze contractuele verboden tot overdracht en verpanding uitsluitend verbintenisrechtelijke werking tussen de partijen bij de overeenkomst hebben dan wel ook goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW, in die zin dat een overdracht of verpanding in strijd daarmee ongeldig is, moet worden beantwoord aan de hand van uitleg van die verboden. Omdat bedingen als de onderhavige naar hun aard mede zijn bestemd om de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen niet kennen, en ertoe strekken hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen, dienen zij te worden uitgelegd naar objectieve maatstaven, met inachtneming van de Haviltex-maatstaf.*

*Voorts moet als uitgangspunt bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW is beoogd (aldus HR 21 maart 2014, «JOR» 2014/151, m.nt. Schuijling (Coface/Intergamma), onder verwijzing naar HR 20 februari 2004, «JOR» 2004/157, m.nt. SCJJK (DSM/Fox) voor de uitleg naar objectieve maatstaven). Als uitgangspunt heeft derhalve te gelden dat de onderhavige bedingen uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben. De door de Hoge Raad genoemde uitzondering doet zich hier niet voor. In geen van de bedingen worden bewoordingen gebruikt die wijzen op de uitsluiting van de mogelijkheid tot overdracht en verpanding met goederenrechtelijke werking. Een verwijzing naar art. 3:83 lid 2 BW ontbreekt. De gehanteerde formuleringen zijn echter niet zonder meer beslissend, maar moeten worden uitgelegd met inachtneming van hetgeen overigens in de bewuste overeenkomsten is bepaald, de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de verschillende op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden en hetgeen overigens voor derden kenbaar is omtrent de bedoeling van partijen bij de overeenkomst. Relevant is slechts hetgeen kenbaar is voor alle derden. Bij de uitleg mag dus geen acht worden geslagen op hetgeen de bank als specifieke derde wist dan wel behoorde te weten omtrent de bouwsector, de (werking van de) Wet Ketenaansprakelijkheid, de zogenoemde G-rekeningen, de belangen van bouwbedrijven om zich te beschermen tegen de risico's waaraan deze wet hen blootstelt en de gangbare uitleg van de onderhavige verboden tot overdracht en verpanding. Dat zou zich niet verhouden met een uitleg naar objectieve maatstaven. Bedingen als deze strekken er immers toe de rechtspositie van derden op uniforme wijze te regelen. Bij een uitleg naar objectieve maatstaven kan evenmin acht worden geslagen op hetgeen de bank haar eigen cliënten in de bouwsector adviseert, op de verboden tot overdracht en verpanding die de bank zelf hanteert of op de maatschappelijke positie van de bank.*

*Uit de overeenkomsten tussen failliet en haar opdrachtgevers volgt dat die opdrachtgevers zich op verschillende wijzen hebben willen beschermen*