

11

De geheimhoudingsplicht van de accountant (deel I): juridisch kader

Mr. A.E. van Almelo en prof. dr. mr. Pheijffer
RA

‘And surely one of the best rules in conversation is, never to say a thing which any of the company can reasonably wish we had rather left unsaid.’ (Jonathan Swift, 1713)¹

Vooraf

Dit is deel I van een tweeluik over de geheimhoudingsplicht van de accountant. Deze bijdrage gaat over het toepasselijke juridisch kader. Daarin behandelen we de belangrijkste regelgeving rond de geheimhoudingsplicht en laten we zien dat de geheimhoudingsplicht niet absoluut is. Voorts wordt kort ingegaan op het (afgeleid) verschoningsrecht en blijkt dat accountants de geheimhoudingsplicht ook wel eens gebruiken en misbruiken om het eigen handelen af te schermen.

In deel II wordt vervolgens ingegaan op de tuchtrechtelijke jurisprudentie waarin de geheimhoudingsplicht van de accountant aan de orde komt.

1. Geheimhoudingsplicht accountant nog immer actueel

Van een gebods- naar een verbodsbepaling

Enig spitwerk naar de ontwikkeling van de geheimhoudingsplicht voor accountants, toont een rijkdom aan literatuur, regelgeving en jurisprudentie. Zo wordt in een artikel uit mei 1933 in het *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfshuishoudkunde* (MAB) ingegaan op het beroepsgeheim van de accountant.² Daar-

bij wordt het toenmalige art. 2 van het Reglement van Arbeid (in werking getreden op 1 januari 1910) – een **gebodsbepaling** – aangehaald: ‘*De leden zijn verplicht bij de mededeeling van de uitkomst van hunnen arbeid alle inlichtingen te verschaffen, welke nodig zijn, om een juist denkbeeld van die uitkomst te geven.*’ Maar het kan verkeren. Uit een artikel in het MAB uit november 1948 blijkt namelijk dat art. 2 van het Reglement van Arbeid (vastgesteld op 7 december 1946) is omgevormd tot een **verbodsbepaling**. In art. 2 lid 3 staat namelijk: ‘*Het is hun (de leden) verboden betreffende hetgeen hun in de uitoefening van het accountantsberoep ter kennis is gekomen, voorzover dit een vertrouwelijk karakter draagt, andere mededelingen te doen, dan de uitvoering van de opdracht vereist.*’³

De woordkeuze in de twee aangehaalde versies van art. 2 van het Reglement van Arbeid, is anno 2021 nog steeds betekenisvol. Tegenwoordig gaat het immers ook nog regelmatig om de vraag of het de accountant is *geboden* of juist is *verboden* om te spreken. De thematiek van de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht is daarmee actueel en belangrijk genoeg voor een bijdrage zoals deze. Juist in dit periodiek, het *Tijdschrift Tuchtrect*, omdat geschillen over de uitleg van de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht nogal eens aan de tuchtrechter worden voorgelegd. In eerste aanleg betreft dat de Accountantskamer (AcK) in Zwolle en in hoger beroep het Colle-

1 J. Swift, *Hints towards an Essay on Conversation*, 1713. Overigens doelde Swift met ‘company’ op het ‘gezelschap’ waarbinnen de conversatie plaatsvond. Indien we het echter vertalen door ‘bedrijf’, is de quote goed toepasselijk op het thema van deze bijdrage.

2 J.H. Mesritz, ‘Beroepsgeheim van den accountant in speciale gevallen’, *Maandblad voor Accountan-*

cy en Bedrijfshuishoudkunde, mei 1933, p. 93-96.

3 L.J.M. Roozen, ‘De accountant-ambtenaar en de overheidsvoorschriften met betrekking tot de geheimhouding’, *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfshuishoudkunde*, november 1948, p. 300-305.

ge van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in Den Haag.

Voorbeeld doorbreking geheimhoudingsplicht: tuchtrechtelijke procedures

Overigens is het zeker niet de eerste keer dat er over de geheimhoudingsplicht van de accountant en het tuchtrecht wordt geschreven. Interessant is bijvoorbeeld de discussie in het MAB (1963) tussen de juristen Bos⁴ en Kastein,⁵ die zich afvragen of de accountant zijn beroepsgeheim tegen de tuchtrechter kan doen gelden. Primair richten zij zich op de accountant als beklagde, maar in de artikelen wordt onderkend dat de accountant ook als klager, getuige en deskundige voor de tuchtrechter kan verschijnen.

Bos verwijst naar een uitspraak uit 1959 van de tuchtrechter, waarin deze het volgende beoogt: *'In beginsel behoort een beklagde de tuchtrechter zo volledig mogelijk in te lichten als voor het uitoefenen van disciplinaire toezicht noodzakelijk is.'*⁶ Anders gezegd: het tuchtrecht stelt de (hiervoor geciteerde) verbodsbepaling in art. 2 lid 3 van het Reglement van Arbeid in het kader van tuchtzaken waarin over de accountant wordt geklaagd terzijde. De tuchtrechter gaat daarmee voorbij aan het belang van de cliënt van de accountant, die graag de vertrouwelijkheid van diens bedrijfsgegevens wil beschermen. De tuchtrechter pareert dat door de positie in te nemen dat *'aangenomen kan worden, dat cliënten weten, dat de leden van het Instituut aan de tuchtrechtspraak van het Instituut zijn onderworpen. Zij worden geacht zich bij het verstrekken van een opdracht aan een Instituutslid in te stemmen met een zo volledig mogelijke berechting.'* Daarbij wijst Bos voorts op de waarborgen die de toenmalige tuchtrechtspraak ken-

de, waaronder de beslotenheid van de procesvoering. Een belangrijk verschil met het huidige tuchtrecht, dat – behoudens uitzonderlijke gevallen – in de openbaarheid plaatsheeft.

Kastein is echter van mening dat Bos te optimistisch is over de door hem genoemde waarborgen: *'Het is begrijpelijk, dat het disciplinair toezicht behoorlijk moet kunnen functioneren. Toch zou ik een beroep op geheimhouding bepaald wel willen honoreren, wanneer de klager blijk geeft de procedure bij de Raad van Tucht jegens de accountant alleen maar te hebben aangegrepen, om uit de aldaar ter sprake komende feiten en omstandigheden en de door de accountant uit zijn dossier te verstrekken gegevens, wetenschap te kunnen putten voor de door hem (klager) tegen de cliënt van de accountant aanhangig gemaakte, of te maken civele procedure.'* Voorts: *'Van de door Mr. Bos uitgesproken verwachting, dat de klager van de hem in persoon ter kennis gekomen geheimen geen ander gebruik maakt, dan uitsluitend voor op de berechting zelve betrekking hebbende doeleinden, komt in de praktijk niets terecht.'* De woorden van Kastein uit 1963 zijn nog steeds actueel: thans krijgen curatoren als klagers bij de Accountantskamer nog weleens het verwijt dat zij dat louter doen om door de tuchtprocedure steviger te komen staan bij het indienen van een civielrechtelijke claim.

Opbouw artikel

De opbouw van deze bijdrage (deel I van een tweeluik) is als volgt. In par. 2 zal worden geïllustreerd dat de geheimhoudingsplicht van de accountant niet absoluut is. Er zijn namelijk diverse meldplichten en wettelijke bepalingen, die tot een doorbreking van de geheimhoudingsplicht verplichten, althans mogelijk maken. In par. 3 komt aan de orde dat de accountant weliswaar een geheimhoudingsplicht kent, maar geen verschoningsrecht heeft. Wel is er sprake van een *afgeleid* verschoningsrecht. Vervolgens wordt in par. 4 besproken dat de accountant weleens ten onrechte een beroep doet op de geheimhoudingsplicht. De accountant wil dan niet zozeer de belangen van diens cliënt beschermen. Veeleer gaat het om het beschermen van het eigen belang door (vermeend) accountantsfalen af te dekken door het controledossier ge-

4 H.H. Bos, 'Het beroepsgeheim van de accountant tegenover de tuchtrechter', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfshuishoudkunde*, april 1963, p. 164-168.

5 A.Th. Kastein, 'Het beroepsgeheim van de accountant tegenover de tuchtrechter', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfshuishoudkunde*, november 1963, p. 425-426.

6 Op citaat Bos: Jurisprudentie Tuchtrechtspraak NIVa, 1959-10.

sloten te houden voor claimlustige partijen, zoals aandeelhouders die bijvoorbeeld schade hebben geleden door fraude bij de controlecliënt of curatoren die opkomen voor de belangen van schuldeisers. De bijdrage wordt in par. 5 met een beknopte samenvatting afgesloten. In deel II van het tweeluik zal op de jurisprudentie worden ingegaan.

2. Geheimhoudingsplicht accountant allerminst absoluut

Geheimhoudingsplicht bij wet en verordening geregeld

De geheimhoudingsplicht van de accountant komt aan de orde in art. 26 lid 1 Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta):

‘Een externe accountant die tijdens het verrichten van een wettelijke controle de beschikking krijgt over gegevens waarvan hij het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden, is verplicht tot geheimhouding van die gegevens, behoudens voor zover hij bij of krachtens wettelijk voorschrift of bij de EU-verordening tot mededeling is verplicht.’

In art. 26 lid 5 Wta staat dat bij algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld die het mogelijk maken dat vertrouwelijke gegevens of inlichtingen, verkregen bij een wettelijke controle, toch aan derden kunnen worden verstrekt. Deze bepaling hangt samen met art. 38a van het Besluit toezicht accountantsorganisaties (Bta).⁷

De – wettelijke – geheimhoudingsplicht treft echter niet alle accountantswerkzaamheden. In de Wta gaat het slechts over de wettelijke controle-opdrachten van de accountant. Het bereik van diens werkzaamheden omvat echter ook andere controle-, samenstel- en beoordelingsopdrachten, forensische onderzoeken en nog vele andere werkzaamheden. Voor al

die werkzaamheden is eveneens een geheimhoudingsplicht van kracht, echter niet op basis van de Wta, maar ingevolge de Verordening Gedrags- en Beroepsregels Accountants (VGBA). Daarbij moet worden opgemerkt dat in de (huidige) Verordening niet wordt gesproken over ‘geheimhouding’, maar over het fundamentele beginsel ‘vertrouwelijkheid’ dat in art. 16 VGBA als volgt wordt uitgewerkt:⁸

‘De accountant die de beschikking krijgt over gegevens of inlichtingen waarvan hij het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden, is verplicht tot geheimhouding van die gegevens of inlichtingen, behoudens voor zover hij:

a. bij of krachtens een wettelijk voorschrift tot het verstrekken van de gegevens of inlichtingen verplicht is;

b. bij of krachtens een wettelijk voorschrift tot het verstrekken van de gegevens of inlichtingen bevoegd is;

c. betrokken is in een gerechtelijke procedure of klachtprocedure die jegens hem is aangespannen dan wel jegens de organisatie waarbij hij werkzaam of waaraan hij verbonden is of is geweest, en de gegevens of inlichtingen in die procedure van belang zijn;

d. van de organisatie waarvoor hij een professionele dienst uitvoert of heeft uitgevoerd, in het kader van een specifiek doel schriftelijke toestemming tot het verstrekken van de gegevens of inlichtingen heeft verkregen en dit doel wordt vastgelegd; of

e. het noodzakelijk acht om desgevraagd bij dezelfde organisatie waarvoor hij een professionele dienst uitvoert of heeft uitgevoerd een andere accountant in staat te stellen een professio-

7 Wij laten dit artikel hier verder onbesproken omdat het *de facto* om een soortgelijke bepaling gaat als het hierna te bespreken art. 16 Verordening Gedrags- en Beroepsregels Accountants. Bespreking van die bepaling geven wij voorrang omdat die op alle accountantswerkzaamheden betrekking heeft, terwijl de Wta en Bta beperkt zijn tot wettelijke controle-opdrachten.

8 Over het hanteren van het begrip ‘vertrouwelijkheid’ wordt in de toelichting bij de VGBA het volgende opgemerkt: *‘Indien een accountant de beschikking krijgt over gegevens of inlichtingen waarvan hij het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden, heeft hij een plicht tot geheimhouding tenzij sprake is van de in artikel 16 aangegeven situaties. De plicht tot geheimhouding is dus niet absoluut, want in bepaalde gevallen kan of moet vertrouwelijke informatie aan derden worden verstrekt respectievelijk openbaar worden gemaakt. Om die reden wordt in de verordening het begrip vertrouwelijkheid gehanteerd.’*

nele dienst op verantwoorde wijze te aanvaarden en uit te voeren'.

Uit art. 16 VGBA blijkt duidelijk dat de geheimhoudingsplicht van de accountant niet absoluut is. Sterker nog: er bestaan legio situaties waarin de geheimhoudingsplicht moet of kan worden doorbroken. Wij bespreken er (niet-limitatief)⁹ diverse.

Wettelijke verplichting (art. 16 sub a VGBA)

Art. 16 sub a VGBA gaat over de situaties waarin de accountant(sorganisatie) wettelijk verplicht is de plicht tot geheimhouding te verbreken. De bekendste voorbeelden daarvan zijn de meldplicht inzake fraude (ex art. 26 lid 2 Wta)¹⁰, die inzake de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft)¹¹ en de 'incidentmelding' bij de AFM.¹² Minder bekend zijn wellicht de

verplichtingen die voortvloeien uit de Comptabiliteitswet¹³ en de meldplicht uit de Wet Financieel Toezicht (Wft).¹⁴ Voorts gaat het om situaties waarin de accountant als getuige is opgeroepen in een gerechtelijke procedure (zie art. 165 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)).

Het voldoen aan vorderingen ex art. 843 a Rv (exhibitieplicht) en 7:403 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) kan ook worden geschaard onder art. 16 sub a VGBA. Deze vorderingen worden hierna echter apart besproken.

Van recente datum zijn de meldplicht inzake grensoverschrijdende constructies die gebruikt kunnen worden om belasting te ontwijken¹⁵ en de zogeheten 'terugmeldplicht' in het

9 Zo gaan we bijvoorbeeld niet in op de specifieke informatieverplichtingen van de accountant aan de fiscus.

10 Dit luidt als volgt: 'Een externe accountant die tijdens het verrichten van een wettelijke controle (...) de beschikking krijgt over gegevens of inlichtingen die het redelijk vermoeden rechtvaardigen dat sprake is van fraude van materieel belang ten aanzien van de financiële verantwoording van de controlecliënt, meldt dit aan een opsporingsambtenaar (...)'.

11 In art. 1a lid 4 sub b Wwft worden accountants(organisaties) aangemerkt als meldingsplichtige instellingen conform de Wwft.

12 De verplichting om incidenten bij de AFM te melden vloeit voort uit art. 32 lid e en 4 Bta. Daarbij gaat het om 'incidenten die ernstige gevolgen hebben voor de integere uitoefening van haar bedrijf [de accountantsorganisatie]'. Deze omschrijving is een logisch vervolg op de verplichting (ex art. 32 lid 1 Bta) voor accountantsorganisaties om een beleid te ontwikkelen dat ertoe strekt de betrokkenheid van de organisatie en haar medewerkers te voorkomen bij strafbare feiten en wets-overtredingen die het vertrouwen in de accountantsorganisatie of in de financiële markten kunnen schaden.

Naast de plicht tot het melden van incidenten, kennen de Wta en Bta nog enkele verplichte meldingen voor accountantsorganisaties die wij hier wel benoemen, maar niet verder uitwerken. Het gaat om de melding van: een materiële inbreuk

van een organisatie van openbaar belang (OOB) op wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, een bedreiging voor of twijfel over de continuïteit van een OOB, de weigering tot het afgeven van een oordeel/afgifte van een afkeurende verklaring dan wel een verklaring met voorbehoud door de accountant bij een OOB alsmede de tussentijdse beëindiging van een controle-opdracht.

13 In art. 6.3 lid 5 van de Comptabiliteitswet is vastgelegd dat de minister die het aangaat, bevoegd is inzage te vorderen in de controleprogramma's en dossiers van de accountant. Expliciet is vastgelegd: 'De accountant kan inzage in de controledossiers niet weigeren met een beroep op een bij of krachtens de wet opgelegde verplichting tot geheimhouding van vrouwelijke gegevens die in de controledossiers zijn opgenomen.'

14 Uit art. 4:27 Wft blijkt dat de accountant die de jaarrekening van een beleggingsinstelling onderzoekt en ontdekt dat de onderneming de gedragsregels niet naleeft, dit zo snel mogelijk moet melden aan de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Dat geldt ook indien de accountant het afgeven van een verklaring over de getrouwheid weigert of daarbij voorbehouden maakt. Indien er sprake is van een bankbeleggingsonderneming dient de melding bij De Nederlandsche Bank (DNB) plaats te vinden (ex art. 3:88 Wft).

15 Deze meldplicht geldt vanaf 1 januari 2021 en is gebaseerd op de Europese richtlijn 'Mandatory Disclosure Rules/DAC6' (EU-richtlijn 2018/822). Melding dient plaats te vinden aan de Belastingdienst.

kader van het UBO-register.¹⁶ Daarnaast is per 1 juli 2017 een bepaling in de Faillissementswet opgenomen die de accountant verplicht om de administratie die deze van de gefailleerde onder zich heeft aan de curator ter beschikking te stellen.¹⁷

Een meer klassieke meldplicht betreft de accountantsverklaring die tezamen met de correctieverklaring van het bestuur van de gecontroleerde entiteit moet worden gedeponneerd bij het Handelsregister, indien blijkt dat een vastgestelde jaarrekening in ernstige mate tekortschiet in het verschaffen van het vereiste inzicht (art. 2:362 lid 6 BW).

Wettelijke bevoegdheid (art. 16 sub b VGBA)

Is bij art. 16 sub a VGBA sprake van een *wettelijke verplichting*, bij art. 16 sub b VGBA gaat het om een *wettelijke bevoegdheid* om de geheimhoudingsplicht te doorbreken. Voorbeelden van die bevoegdheid worden genoemd in de toelichting op art. 16 sub a en b VGBA, zoals de openbaarmaking van vertrouwelijke gegevens: aan door de Ondernemingskamer benoemde personen in een enquête (als bedoeld in titel 8, afdeling 2 van Boek 2 BW), aan in het openbaar bestuur functionerende

onderzoekcommissies en aan de Algemene Rekenkamer.

Een ander goed voorbeeld is art. 2:117 lid 5 BW, waarin de bevoegdheid van de accountant is vastgelegd om de algemene vergadering van aandeelhouders bij te wonen als vaststelling van de jaarrekening op de agenda staat en om dan het woord te voeren en vragen van aandeelhouders beantwoorden. Die vragen moeten dan wel gaan over zijn werkzaamheden voor een wettelijke controle van en het afgeven van een verklaring bij de jaarrekening. Art. 2:117 lid 5 biedt volgens de memorie van toelichting geen grondslag voor het stellen van andere vragen aan de accountant.

De Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) heeft een praktijkhandreiking opgesteld voor het optreden van de accountant in de algemene vergadering van aandeelhouders.¹⁸ Vreemd genoeg wordt daarin niet aangehaakt bij art. 16 sub b VGBA, maar wel bij art. 16 in sub d VGBA. Sub d gaat het om het verstrekken van informatie na verkregen toestemming van de cliënt van de accountant. Maar die (schriftelijke) toestemming is voor het optreden van de accountant in de algemene vergadering van aandeelhouders strikt genomen helemaal niet nodig (waarbij het overigens geen kwaad kan als de praktijkhandreiking wel wordt gevolgd) omdat deze daar dus reeds wettelijk toe bevoegd is verklaard in art. 2:117 lid 5 BW. Desondanks stelt de NBA in de praktijkhandreiking het volgende:

‘Om te voldoen aan de vereisten van de Wta, het Bta en de ViO verdient het volgende aanbeveling:

– dat de toestemming schriftelijk wordt aangevraagd bij de opdrachtgever, bijvoorbeeld via de jaarlijkse brief met de opdrachtbevestiging (verwezen wordt naar de voorbeeldbrieven op de website van de NBA);

– dat deze toestemming schriftelijk wordt verkregen;

16 Een UBO betreft de ‘Ultimate Beneficial Owner’, oftewel de uiteindelijk belanghebbende bij een juridische entiteit. Accountants dienen bij zakelijke relaties de UBO te identificeren en deze – sinds eind september 2020 – te checken in het UBO-register. In geval van discrepantie tussen de door de accountant verkregen UBO-informatie en de informatie in het UBO-register, dient de accountant dit te melden aan de beheerder van het UBO-register.

17 Zie art. 105b lid 1 Faillissementswet, dat als volgt luidt: *‘Derden met inbegrip van accountantsorganisaties en een externe accountant, die in de uitoefening van hun beroep of bedrijf, op welke wijze dan ook, de administratie van de gefailleerde geheel of gedeeltelijk onder zich hebben, stellen die administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers desgevraagd volledig en ongeschonden aan de curator ter beschikking, zo nodig met inbegrip van de middelen om de inhoud binnen redelijke tijd leesbaar te maken.’*

18 NBA-handreiking 1118, *Het optreden van de externe accountant in de algemene vergadering bij beursgenoteerde vennootschappen*, 12 februari 2018.

– de toestemming jaarlijks aan te vragen;
 – in de (aanvraag tot) toestemming te verwijzen naar de specifieke jaarvergadering waar de accountant zal verschijnen;
 – dat de accountant zijn overwegingen om vertrouwelijke gegevens of inlichtingen te verstrekken vastlegt. De accountant betreft hierbij de belangen van betrokken partijen en derden, de betrouwbaarheid, volledigheid en onderbouwing van de betreffende gegevens of inlichtingen en de wijze waarop en aan wie de vertrouwelijke gegevens of inlichtingen worden verstrekt.

Tot slot wordt opgemerkt dat in de praktijk-handreiking¹⁹ nadrukkelijk is vastgelegd dat de accountant zich distantieert van misleidende informatie waarmee deze in verband kan worden gebracht en die informatie is gedeeld met de algemene vergadering van aandeelhouders (door bestuurders en/of commissarissen). De accountant heeft de plicht een naar diens mening materieel onjuiste voorstelling van zaken te corrigeren.

Gerechtigd procedure of klachtprocedure (art. 16 sub c VGBA)

Het komt regelmatig voor dat de accountant na uitvoering van zijn werkzaamheden juridisch wordt aangesproken. Meestal gaat het dan om een tuchtrechtelijke of civielrechtelijke aansprakelijkstelling en een enkele keer gaat het om een strafrechtelijke procedure. De strekking van de regelgeving en jurisprudentie (zie in dat verband ook de discussie in 1963 tussen Bos en Kastein, weergegeven in par. 1) is dat de accountant zich in zo'n geval moet kunnen verdedigen en dat daarmee het doorbreken van de geheimhoudingsplicht gerechtvaardigd is. Dat is dan ook vastgelegd in art. 16 sub c VGBA (overigens, voor wettelijke controle-opdrachten, ook in art. 38a lid 1 sub c Bta).

Op zich is het begrijpelijk dat een accountant die in rechte wordt aangesproken zich moet kunnen verdedigen. Het object van diens werkzaamheden betreft veelal informatie die van cliënten afkomstig is, die vertrouwelijk is

en die niet openbaar is. Anders gezegd: het belang van de accountant om zich te verdedigen botst met het belang van diens cliënt om informatie vertrouwelijk te houden. Door de openbaarheid van de juridische procedure waarin de accountant verwickeld raakt, komt de vertrouwelijkheid dus in het geding. Daarom is juist in deze situatie art. 17 VGBA van belang. Daarin is geregeld dat de accountant in zijn besluitvorming om op basis van art. 16 sub b tot en met e VGBA vertrouwelijke gegevens of inlichtingen te verstrekken, een belangenafweging moet maken. Het gaat dan om de belangen van betrokken partijen en derden, waaronder het algemeen belang. Bovendien moet de accountant in zijn dossier de overwegingen inzake het al dan niet verstrekken van informatie vastleggen. Kortom: de accountant mag ook in een procedure waarin hij zichzelf moet verdedigen niet zonder meer informatie openbaar maken.

Toestemming cliënt (art. 16 sub d VGBA)

Een extra waarborg die de accountant kan treffen in diens belangenafweging – ook als deze zich in rechte moet verdedigen – is dat deze de cliënt om (schriftelijke) toestemming vraagt om informatie openbaar te maken. De mogelijkheid om toestemming te vragen is nadrukkelijk opgenomen in art. 16 lid d VGBA. Dat wil niet zeggen dat accountants(organisaties) ook automatisch om dergelijke toestemming vragen als de geheimhouding in het geding is. Bovendien dient de accountant – zoals hiervoor al is aangegeven – ingevolge art. 17 VGBA een belangenafweging te maken. Anekdotisch is in dezen de volgende quote van Van Kempen waarin de cliënt de accountant toestemming gaf om informatie te verstrekken, maar deze dat toch weigerde:

'Een casus die ik me uit mijn studie herinner, betrof een accountant die ontlastende informatie over zijn cliënt bezat. Ondanks aandringen van die cliënt weigerde de accountant deze informatie aan de rechtbank te overhandigen. Zijn motivatie was dat als hij nu wel zou spreken maar in een volgend geval (of collega-accountants) zou zwijgen, dat zwijgen alleen al zo'n volgende cliënt zou veroordelen.'

19 Idem, par. 6.3 van de NBA-handreiking.

Wel toestemming van de klant dus, maar toch geen openbaarmaking, vanwege derdenbelang.²⁰

Informatieoverdracht aan andere accountant (art. 16 sub e VGBA)

De situatie uit art. 16 sub e VGBA komt in de praktijk vermoedelijk het vaakst voor: het gaat om het verstrekken van gegevens of inlichtingen aan een andere accountant die een professionele dienst wil aanvaarden en uitvoeren bij de cliënt van de accountant.²¹ In de toelichting op de VGBA wordt in dit kader ook verwezen naar art. 38a Bta waarin een tiental voorbeelden staat van situaties die zich in dezen kunnen voordoen; de bekendste daarvan is dat een controlerend accountant informatie verstrekt aan de opvolgend accountant. Deze situatie is voor wettelijke controle-opdrachten ook expliciet beschreven in art. 20 lid 3 Wta: *‘Een accountantsorganisatie verleent aan de accountantsorganisatie waaraan haar voormalige controlecliënt een opvolgende opdracht tot het verrichten van een wettelijke controle, niet zijnde een wettelijke controle bij een organisatie van openbaar belang, heeft verleend, desgevraagd toegang tot alle relevante informatie met betrekking tot die controlecliënt, waaronder de meest recente wettelijke controle van die controlecliënt’.*

Non-compliance with Law and Regulations (NOCLAR)²²

Binnen de regelgeving voor accountants is voorts de op 4 december 2018 ingevoerde NOCLAR van belang; dit heeft betrekking op

- 20 Kempfen, A. van, *Geheimhouding of fundamenteel beginsel*, www.accountant.nl, 6 april 2009.
- 21 Zie in dezen ook (de per 1 januari 2020 opnieuw ingevoerde) verplichting tot intercollegiaal overleg tussen opvolger en voorganger bij aanvaarding van een controle-, beoordelings- of samenstelopdracht (ex art. 15a VGBA).
- 22 Wij bespreken de NOCLAR hier apart omdat accountants dit als specifieke regelgeving ervaren. In feite hoort de NOCLAR echter thuis bij de bespreking van art. 16a VGBA hiervoor. Het betreft immers een verplichting op basis van een verordening op grond van art. 19 lid 5 Wet op het accountantsberoep (WAB), die daarmee verbindend is voor de accountant.

hetgeen de accountant moet doen indien er sprake is van het niet naleven van wet- en regelgeving. In art. 6 NOCLAR is bepaald: *‘De accountant meldt de relevante niet-naleving onmiddellijk aan een bevoegde instantie, als direct handelen door de bevoegde instantie noodzakelijk lijkt om aanzienlijke schade te voorkomen of te beperken.’* Aangaande de toepassing van deze bepaling is nog geen jurisprudentie ontstaan.

Dossierstukken kunnen ook via de rechter worden gevorderd²³

Partijen die (vermeende) schade door het handelen van een accountant op deze willen verhalen, kunnen er belang bij hebben om stukken van de accountant te verkrijgen. Daartoe kunnen zij bijvoorbeeld een vordering ex art. 843a Rv instellen. Dat wetsartikel gaat over de ‘exhibitieplicht’. Degene die de vordering doet dient een ‘rechtmatig belang’ bij het verkrijgen van de stukken te hebben, bijvoorbeeld omdat het nodig is voor de bewijsvoering. Voorts moet degene die stukken vordert een ‘rechtsbetrekking’ hebben met de aangesproken partij; dat kan bijvoorbeeld een onrechtmatige daad zijn. Ten derde moet het gaan om ‘bepaalde bescheiden’ die duidelijk gespecificeerd zijn. Zo wordt voorkomen dat de vordering een *‘fishing expedition’* wordt.

De procedure ex art. 843a Rv kwam onder meer aan de orde in een kwestie die KPMG verloor.²⁴ Het draait daarin om een nieuwe moedervernootschap die op grond van art. 843a Rv afgifte vordert door de accountant van de accountantsdossiers van de door KPMG gecontroleerde dochtervernootschap. De nieuwe moeder wilde een *second opinion* van BDO om vast te stellen of de controle door KPMG juist was uitgevoerd.

23 Zie uitgebreider: Zetteler, E.L. & M. Pheijffer, ‘Het accountantsdossier: inzage en geheimhouding’, *Tijdschrift voor Insolventierecht*, mei/juni 2016, p. 120-128. En voorts: Nass, J.C. van, ‘De accountantsorganisatie en het inzage-recht van artikel 843a Rv’, *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2019/11, p. 398-405.

24 Rechtbank Amsterdam 16 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BP3071.

De rechter gaat eerst in op rol en taak van de accountant. En wel als volgt:

'De belangen die met een goede uitoefening van de taak van de externe controlerende accountant zijn gemoeid, niet beperkt zijn tot die van de rechtspersoon om wiens jaarrekening het gaat. In het maatschappelijk verkeer mogen derden verwachten dat de informatie zoals deze door, veelal verplichte, openbaarmaking van de jaarrekening en goedkeurende verklaring naar buiten komt, naar het onafhankelijke 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 aanvaard worden. Ook derden moeten hun gedrag kunnen afstemmen op die informatie en bij het nemen of handhaven van hun (financiële) beslissing kunnen vertrouwen dat het gepresenteerde beeld niet misleidend is. Aldus dient deze taakuitoefening van de accountant mede een wezenlijk publiek belang'.

Jumbodiset, die afgifte van stukken vordert, stelt dat KPMG *in casu* in strijd met de zorgvuldigheid jegens het maatschappelijk verkeer heeft gehandeld en dat KPMG daardoor medeaansprakelijk is voor de geleden schade. De rechter overweegt vervolgens: *'Alleen door de accountantsdossiers van KPMG te laten onderzoeken kan worden vastgesteld of de schade aan KPMG is toe te rekenen.'*

In deze kwestie beriep KPMG zich in het verweer op art. 843a lid 3 Rv, waarin het volgende staat: *'Hij die uit hoofde van zijn ambt, beroep of betrekking tot geheimhouding verplicht is, is niet gehouden aan deze vordering te voldoen, indien de bescheiden uitsluitend uit dien hoofde te zijner beschikking staan of onder zijn berusting zijn.'* De rechter honoreerde het beroep op deze bepaling echter niet: *'Allereerst is KPMG niet een geheimhouder als bedoeld in artikel 843a, derde lid, Rv. Daarnaast gaat het hier om dossiers die in beginsel ten behoeve van H&H zijn aangelegd. Van belang is dus of in het onderhavige geval de geheimhoudingsbelangen van H&H met de afgif-*

te van de gevorderde bescheiden worden geschaad. Nu Jumbodiset de moedervenootschap van de rechtsopvolger van H&H is, wordt niet ingezien dat gewichtige redenen aan de zijde van H&H zich tegen de verstrekking van de gevorderde bescheiden verzetten. De boekhoudkundige gegevens van H&H rechtsopvolger dienen immers in de geconsolideerde balans en jaarrekening van Jumbodiset te zijn opgenomen. Daar tegenover heeft KPMG onvoldoende gesteld'.

In een andere kwestie heeft de accountant een beroep gedaan op art. 843a lid 4 Rv, waarin staat dat aan een vordering niet hoeft te worden voldaan indien er sprake is van gewichtige redenen. De rechter oordeelde als volgt:²⁵ *'Weliswaar voeren PwC c.s. – terecht – aan dat de controledossiers vertrouwelijke gegevens van hun cliënten bevatten en dat zij tegenover die cliënten tot geheimhouding verplicht zijn, maar het hof is van oordeel dat dit belang (...) in het onderhavige geval minder zwaar moet wegen dan het maatschappelijk belang dat in rechte de waarheid aan het licht komt'.*

Het Hof voegt hier echter wel iets aan toe teneinde de vertrouwelijkheid van cliëntgegevens zo veel mogelijk te waarborgen, namelijk: *'het hof ziet in de omstandigheid dat de controledossiers vertrouwelijke gegevens bevatten van cliënten van PwC c.s. aanleiding om, overeenkomstig het daartoe strekkende verzoek van PwC c.s., op de voet van artikel 29 Rv te bepalen dat het Colima c.s. verboden is om aan derden mededelingen te doen omtrent de inhoud van de aan haar te verstrekken controledossiers (...)'.*

Een andere grondslag dan een vordering ex art. 843a Rv betreft een vordering uit hoofde van opdrachtgeverschap. De basis daarvoor is art. 7:403 lid 1 BW, waarin staat dat de opdrachtnemer de opdrachtgever op de hoogte moet houden van zijn werkzaamheden ter uitvoering van de opdracht. Dit artikel krijgt met name betekenis indien er twijfels bestaan bij de opdrachtgever over de uitvoering van de

25 Gerechtshof Amsterdam 5 januari 2016: ECLI:NL:GHAMS:2016:30.

opdracht of indien er een conflict tussen opdrachtgever en -nemer ontstaat. Maar het kan ook een rol spelen indien na een faillissement een curator wordt aangesteld en deze zich vraagt of de accountant diens werk in de aanloop naar een faillissement wel juist heeft uitgevoerd. In de genoemde situaties is het logisch dat de accountant ter verantwoording wordt geroepen, maar ook is duidelijk dat deze daar niet altijd voor openstaat. In de praktijk blijkt dan ook dat de accountant zich niet automatisch verantwoordt en zich soms beroept op diens geheimhoudingsplicht.²⁶ In relatie tot de accountant legt de rechter deze bepaling aldus uit: in het algemeen mag van de accountant bij het afleggen van verantwoording worden verwacht dat duidelijk wordt gemaakt hoe de controle is aangepakt, welke stukken zijn opgevraagd, welke instructies zijn gegeven en welke vragen zijn gesteld. In de Weyl-zaak speelde fraude een grote rol en voegde de rechter aan het voorgaande rijtje nog het volgende toe:²⁷

‘In het bijzonder op de punten waar voorshands van fraude moet worden uitgegaan mag worden verwacht dat KPMG gedetailleerd uiteenzet op welke stukken zij haar oordeel dat er geen noodzaak was een goedkeurende verklaring te onthouden heeft gebaseerd, welke controles zij heeft verricht en wat daarvan de uitkomst was. Nadat KPMG inzicht heeft gekregen

in de onderzoeken van de FIOD en Ernst & Young (zoals in reconventie zal worden beslist) zal ook van KPMG mogen worden verwacht dat zij een standpunt inneemt over de vraag of zij als redelijk bewaam en redelijk handelend accountant de in die rapporten beschreven fraude niet had kunnen ontdekken’.

Besluit

De diverse meldplichten en andere bepalingen laten duidelijk zien dat de geheimhoudingsplicht van de accountant niet absoluut is. Er zijn vele – begrijpelijke – inbreuken mogelijk. Accountants vinden die inbreuken echter vaak te ver gaan; zij pleiten daarom regelmatig voor invoering van een verschoningsrecht en daarmee voor een betere bescherming van de vertrouwelijke informatie waarmee zij werken.²⁸

3. Geheimhoudingsplicht maar geen verschoningsrecht

Beroep accountants op verschoningsrecht telkens afgewezen

Een belangrijke reden waarom de accountant een geheimhoudingsplicht heeft is dat diens cliënt er dan vanuit mag gaan dat al hetgeen tegen de accountant wordt gezegd en aan deze wordt gegeven, vertrouwelijk blijft. Dat zou moeten maken dat er geen drempels bestaan voor de communicatie en informatievoorziening. Daarbij komt dat de belanghebbenden bij een adequate accountantscontrole – in algemene termen aangeduid als ‘het maatschappelijk verkeer’ – er op hun beurt weer op mogen vertrouwen dat de accountant alle informatie heeft verkregen die hij voor de onderbouwing van de accountantsverklaring nodig heeft.

De vertrouwensrelatie tussen de accountant en diens cliënt kent overeenkomsten met de vertrouwensrelatie die medici, geestelijken, notarissen en advocaten hebben met degenen die zij bijstaan. Deze functionarissen hebben eveneens een geheimhoudingsplicht, maar vergeleken met de accountant hebben zij iets extra’s: een verschoningsrecht. Accountants

26 Bij een faillissementscurator is het interessante punt dat die in twee hoedanigheden kan optreden: als vertegenwoordiger van de failliet en als vertegenwoordiger van de gezamenlijke schuldeisers. In de eerste hoedanigheid vertegenwoordigt de curator de opdrachtgever en is een beroep op geheimhouding niet aan de orde (dan is art. 7:403 lid 1 BW immers van toepassing). Dat is anders als de curator namens de gezamenlijke schuldeisers optreedt. In dat laatste geval kan de accountant in beginsel wel een beroep op zijn geheimhoudingsplicht doen (de gezamenlijke schuldeisers kwalificeren niet als opdrachtgevers maar als derden), maar zal echter het belang van waarheidsvinding doorgaans prevaleren boven de geheimhoudingsplicht van de accountant (zie met name de hierna genoemde uitspraak in de zaak Weyl).

27 Rechtbank Amsterdam 27 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW0075.

28 Zie bijv. het in par. 3 te bespreken arrest van de Hoge Raad van 25 oktober 1983.

hebben, daar zij ook onderdeel zijn van een vertrouwensrelatie met cliënten, meerdere malen een beroep gedaan op het verschoningsrecht. Het heeft niet gebaat: de rechter wees het telkens af.

In deze is met name een beschikking van de Hoge Raad (HR) uit 1983 van belang.²⁹ De HR stelt daarin allereerst vast dat art. 218 Wetboek van Strafvordering (Sv.) waarin het verschoningsrecht aan de orde komt, geen betrekking heeft op accountants:

‘Artikel 218 Sv heeft het oog op personen tot wier taak het behoort aan anderen hulp te verlenen doch die deze taak slechts dan naar behoren kunnen vervullen indien zij zich ook tegenover de strafrechter kunnen verschonen ten aanzien van geheimen welke hun zijn toevertrouwd door hulpzoekenden die – in strijd met algemeen belang – hun geen hulp zouden vragen indien niet de zekerheid zou bestaan [sic: dat] de evenbedoelde geheimen ook tegenover de strafrechter worden bewaard’.

De registeraccountant, wiens functies primair controlerend zijn, kan – aldus de Hoge Raad – niet worden gerekend tot die categorie hulpverleners. Vervolgens worden de belangen die samenhangen met de geheimhoudingsplicht afgewogen tegen het belang van waarheidsvinding en wordt geconcludeerd dat de accountant door diens getuigenis juist een bijdrage kan geven aan de waarheidsvinding:

‘Van erkenning van een verschoningsrecht van registeraccountant tegenover de strafrechter zou, nu deze niet behoort tot [de hiervoor] bedoelde personen, sprake kunnen zijn indien de belangen van evenbedoelde categorieën van belanghebbenden niet naar behoren zouden kunnen worden gediend indien de registeraccountant tegenover de strafrechter bedoeld recht niet zou kunnen laten gelden, en bovendien wel de met die belangen samenhangende geheimhoudingsplicht zwaarder zou moeten wegen dan het aanzienlijk belang van goede strafrechtspleging in gevallen waarin de daarvoor noodzakelijke waarheidsvinding mede afhankelijk is van de getuigenis van registeraccountants.

De verscheidenheid in belangen van [de hiervoor] genoemde categorieën in aanmerking genomen kan bezwaarlijk in zijn algemeenheid worden gezegd dat het in het belang van deze categorieën zou zijn wanneer de registeraccountant feiten en omstandigheden welke bij de uitoefening van zijn controlefunctie te zijner kennis zijn gekomen tegenover de rechter niet zou behoeven te openbaren wanneer hij als getuige wordt gehoord. Veeleer brengt die verscheidenheid mee dat hetgeen hem bekend wordt in het kader van zijn controle niet kan worden ontbeerd bij het aan de dag brengen van de waarheid, het belang dat in strafproces voorop staat.

Aan de [hiervoor bedoelde] voorwaarden voor erkenning van een verschoningsrecht als uitzondering op de algemene regel dat een getuige de volledige waarheid behoort te openbaren is derhalve niet voldaan’.

Afgeleid verschoningsrecht³⁰

Kortom, de HR is duidelijk: geen verschoningsrecht voor de accountant. Echter, er kan volgens de HR wel sprake zijn van een afgeleid verschoningsrecht.³¹ In de desbetreffende kwestie ging het om stukken die, voordat zij aan de accountant ter hand werden gesteld, object waren van het aan de advocaat toekomende verschoningsrecht en deze daarom niet zonder zijn toestemming in beslag zouden kunnen worden genomen. De HR is van mening dat ‘de aard en complexiteit van een aan een advocaat toevertrouwde aangelegenheid kunnen meebrengen dat hij voor een behoorlijke vervulling van zijn taak als advocaat inschakeling nodig heeft van een al dan niet aan zijn kantoor verbonden derde als deskundige, om zo over de vereiste speciale deskundigheid te beschikken welke hij zelf niet heeft.’ Het is voor de uitvoering van de taak van de deskundige in dergelijke gevallen noodzakelijk kennis te nemen van stukken die de advocaat

29 Hoge Raad 25 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4685.

30 Zie uitgebreider: M. Pheijffer, *De forensisch accountant: het recht meester*, Koninklijke Vermande, 2000, p. 227-229, alsmede: R.L. Herregodts., *Gemeenschappelijke normen voor vertrouwensberoepen. Tuchtrechtelijke uitspraken over de tuchtnormen voor accountants, advocaten en artsen*, Boom Juridisch, 2019, p. 315-317.

31 Hoge Raad 29 maart 1994, NJ 1994, 552.

onder zich houdt. De HR is dan ook van mening dat ‘indien en voorzover ten aanzien van die stukken een geheimhoudingsplicht van de advocaat geldt, in zoverre ook een uitbreiding van diens geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht geboden is’. Op grond hiervan komt de deskundige, *in casu* een accountant, een afgeleid verschoningsrecht toe.

Aan de accountant komt in een andere situatie ook een van de AFM afgeleid verschoningsrecht toe, voor zover een informatieverzoek gaat over informatie die is uitgewisseld in de vertrouwelijke toezichtrelatie met de AFM.³²

4. Beroep op geheimhoudingsplicht als afweermiddel

Het handelen van accountants ligt vaak onder het vergrootglas. Zeker indien er sprake (b) lijkt te zijn van accountantsfalen en de accountant daarop wordt aangesproken. Het gaat dan meestal om zaken waarin fraude bij of discontinuïteit van de cliënt van de accountant een rol speelt. Zodra de accountant in dergelijke zaken op zijn handelen (of nalaten) wordt aangesproken en/of aansprakelijk wordt gesteld, is de geheimhouding vaak de schamlap waarachter deze zich verschuilt. Een handelwijze die de aandacht trok van de Monitoring Commissie Accountancy (MCA):³³

‘n.10 Naar aanleiding van incidenten (zoals die naar aanleiding van fraude en discontinuïteit) wordt vaak veel informatie openbaar, hetgeen niet zelden tot gevolg heeft dat de accountant (ook) onder vuur komt te liggen. In bepaalde gevallen terecht, maar niet altijd. Door accountants wordt in dergelijke gevallen over het algemeen weinig openheid verstrekt: de luiken gaan dicht en er wordt een beroep op de geheimhoudingsverplichting gedaan.

n.11 Indien het echter om de handelwijze van de accountant(sorganisatie) gaat, is het door de geheimhouding te beschermen belang – namelijk de vertrouwelijkheid van het van een cliënt

afkomstige materiaal – meestal niet of slechts in beperkte mate relevant, mede omdat informatie dan toch al (gedeeltelijk) openbaar is. Naar de mening van de MCA kan en moet de accountant in voorkomende gevallen, zonder zijn geheimhouding te schenden meer inzicht geven dan nu in de praktijk het geval is.

n.12 De MCA acht het nuttig, de werking en beperkingen van de geheimhoudingsregels aan de hand van concrete casuïstiek tegen het licht te houden en te beoordelen of deze regels verduidelijkt en/of aangepast moeten worden. Het maatschappelijk verkeer en het publiek belang zijn immers gebaat bij het zo snel mogelijk verkrijgen van duidelijkheid na incidenten’.

Hierna zullen enkele voorbeelden worden behandeld waarin ter discussie heeft gestaan of de accountant(sorganisatie) al dan niet terecht een beroep op de geheimhoudingsplicht heeft gedaan.

Onderzoek Icesave-affaire Provincie Noord-Holland³⁴

In 2009 voerde een onderzoekscommissie van de provincie Noord-Holland een onderzoek uit naar de verdwenen miljoenen van de provincie bij de IJslandse bank Icesave. De commissie wilde een accountant van PwC aan de tand voelen. Hetgeen niet vreemd was nu deze onder meer had geconstateerd dat er geen actueel treasury-beleid was, dat het treasury-proces geen prioriteit had en dat er ten aanzien van de *planning and control* ruimte was voor verbetering van de sturing van de organisatie.

PwC weigerde in het openbaar een verklaring af te leggen. Dat zou volgens het kantoor in strijd zijn met de geheimhoudingsverplichting die in de Wet toezicht accountantsorganisaties en de Verordening Gedragscode (VGC, later aangepast tot VGBA) is opgenomen. PwC wilde wel anderszins meewerken, namelijk middels een verhoor achter de schermen of door schriftelijke vragen te beantwoorden. Echter, dat is een weinig principiële houding: de geheimhouding is wel of niet van toepas-

32 Gerechtshof Amsterdam 9 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:54.

33 Monitoring Commissie Accountancy (MCA), *Eindrapport: Spiegel voor de accountancysector*, 14 januari 2020, p. 176-177.

34 Zie uitgebreider de verslaglegging op www.accountant.nl (onder andere op 27 maart, 30 maart en 6 april 2009).

sing. Indien je buiten de openbaarheid wel vragen kan beantwoorden, valt – bij een onderzoek naar verdwenen publieke middelen – niet goed in te zien waarom dat niet in de openbaarheid zou kunnen. Voorts had PwC in dezen om ontheffing van de geheimhoudingsplicht aan haar opdrachtgever kunnen vragen.

Onderzoek HBO-fraude

In 2004 onderzocht de Commissie-Schutte de zogeheten ‘HBO-fraude’. In het onderzoek werd de accountants van onderwijsinstellingen verzocht om inzage in hun controle-dossiers te geven en wel nadat de onderwijsinstelling hen had ontheven van hun geheimhoudingsverplichting.

De Commissie-Schutte wilde in haar onderzoek echter ook bijstand van een tweetal accountantsorganisaties. Uiteindelijk werden Deloitte en Ernst & Young daarvoor aangewezen. Zij vervulden vervolgens hun rol in het onderzoek en gaven ook inzage in hun controledossiers.

De twee andere grote kantoren die onderwijsinstellingen als controlecliënten hadden, KPMG en PwC, weigerden echter lange tijd inzage, ook nadat de onderwijsinstellingen ontheffing hadden verleend. Dit tot ergernis van de Commissie-Schutte, die bij monde van één van haar leden tot de volgende verzuchting kwam:

‘Gevreesd moet worden dat enkele individuele accountants, zelf inmiddels bekend met hun magere prestatie bij het afgeven van de twee accountantsverklaringen voor onderwijsinstellingen, door te volharden in hun weigering om inzage te verstrekken, eerder het eigen belang voor ogen hebben gehad dan het belang van hun cliënt, laat staan het publieke belang.’

En voorts:

‘Zeker na opheffing van de eerder gememoreerde geheimhoudingsplicht vallen weinig zinnige argumenten te bedenken om dan toch de dossiers gesloten te houden. De enige conclusie kan zijn dat eigenbelang van de instellingsaccountant hier de hoofdrol speelt. Deze kantoren hebben de accountancy ten behoeve van de pu-

*blikrechtelijke taak in een kwaad daglicht gezet.’*³⁵

ING-affaire en andere incidenten

In 2018 kwam aan het licht dat ING de anti-witwasprocedures niet goed op orde had en niet voldeed aan de verplichtingen in het kader van de Wwft. Met als gevolg dat de bank een schikking met het Openbaar Ministerie overeenkwam en 775 miljoen euro moest aftikken. Dit bedrag verminderde uiteraard de winst en dus moesten de aandeelhouders de schade dragen. Zij zochten naar schuldigen en wilden onder meer vragen stellen aan EY en KPMG, (voormalig) accountants van ING, en ook de rol onderzoeken van deze kantoren tijdens de controle: was die al dan niet deugdelijk uitgevoerd?

Met een beroep op de geheimhoudingsplicht bleef de deur van de accountantsorganisaties echter op slot. Een handelwijze die gangbaar is in zowel nationale als internationale kwesties waarbij fraude of discontinuïteit speelt en er kritische vragen rijzen over de rol van de accountant. Voorbeelden zijn onder meer: Ballast Nedam, Carillion, Danske Bank, DSB, Steinhoff en Wirecard. Het is maar zeer de vraag of het altijd terecht is dat de deur van de accountant in geval van dergelijke casuïstiek in het slot blijft. Immers, verantwoording afleggen over en inzicht geven in het eigen handelen, kan – indien dat handelen ter discussie staat – voor een groot deel ook zonder vertrouwelijke gegevens te openbaren. Daar waar het wel om vertrouwelijke gegevens gaat, gelden de spelregels zoals hiervoor beschreven.

5. Samenvattend

Accountants hebben een geheimhoudingsplicht – eerst via een **gebods-** en later via een **verbodsbepaling** – die tegenwoordig is neergelegd in de Wta, het Bta en de VGBA. De geheimhoudingsplicht is bedoeld om vertrouwelijke gegevens van de cliënt te beschermen.

35 J.G. Kuijl, *De HBO-fraude, een terugblik op de Commissie Rekenschap*, afscheidsrede Universiteit Maastricht, 21 oktober 2005, opgenomen in: J.G. Kuijl e.a., *De HBO-fraude, een terugblik op de Commissie Rekenschap*, Forensische Studies SDU, 2005, p. 42.

De plicht is niet absoluut omdat zij bijvoorbeeld kan worden doorbroken door meldplichten en meldbevoegdheden. Te denken valt aan doorbreking van de geheimhoudingsplicht na verkregen toestemming van de cliënt, de verplichting om mee te werken aan een getuigenverhoor (ex art. 165 Rv), maar ook aan de plicht om de opvolgend accountant te informeren en aan de meldplichten inzake fraude en die uit de Wwft respectievelijk NOCLAR (met betrekking tot het niet naleven van wet- en regelgeving). In een tuchtprocedure moet de accountant zich kunnen verdedigen met informatie uit zijn dossier. In een gerechtelijke procedure kunnen partijen via de rechter – op basis van art. 843a Rv en/of art. 7:403 BW – vertrouwelijke stukken uit het dossier opeisen.

Als de cliënt de accountant ontheft van zijn geheimhoudingsplicht wil dat niet zeggen dat de accountant de gevraagde informatie ook daadwerkelijk aan belanghebbenden verstrekt. Het komt met name in civiele procedures nogal eens voor dat een accountant weigert de wederpartij informatie te verschaffen met een beroep op zijn geheimhoudingsplicht, zelfs als hij daarvoor toestemming heeft van de cliënt. Dat is onbevredigend als de cliënt failliet is gegaan of wanneer het vermoeden bestaat dat de cliënt van de accountant betrokken is bij fraude of witwassen. Als de rechter vindt dat de accountant verantwoording moet afleggen over zijn werk, faalt het beroep op vertrouwelijkheid. Omdat het belang van de waarheidsvinding zwaarder weegt dan vertrouwelijkheid komt de accountant geen verschoningsrecht toe. De accountant kan volgens de Hoge Raad echter wel een afgeleid verschoningsrecht hebben als het gaat om stukken die vallen onder het verschoningsrecht van een advocaat.

Mr. A.E. (Lex) van Almelo
Freelance juridisch journalist. Hij annoteert op www.accountant.nl tuchtrechtspraken over accountants.

Prof. dr. mr. M. (Marcel) Pheijffer RA
Hoogleraar Accountancy aan Nyenrode Business Universiteit en hoogleraar Forensische Accountancy aan de Universiteit Leiden.