

# Contractueel uitsluiten van een tuchtklacht bij de Accountantskamer?

*Noot bij Accountantskamer*

*28 augustus 2015, 14/2794 Wtra AK,*

*ECLI:NL:TACKKN:2015:101*

*mr. drs. J.F Garvelink<sup>1</sup>*

Heel in het kort gaat de zaak om het volgende. Een voormalig beroepsofficier en zijn voormalig werkgever Defensie zijn verwickeld in een langstlepend conflict. Uiteindelijk besluiten ze gezamenlijk de betrokken accountant als deskundige in te schakelen. Zijn opdracht is te adviseren over een passende schadevergoeding van Defensie aan de officier. De accountant verricht zijn werkzaamheden op basis van een door hem opgesteld 'Reglement'. Beide partijen – allebei bijgestaan door advocaten – stemmen daarmee in. Onderdeel van dit Reglement is dat de accountant niet civiel- of tuchtrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. In mei 2014 brengt de accountant zijn rapport uit. Hij adviseert Defensie de officier loopbaanbegeleiding, schadevergoeding en vergoeding van kosten aan te bieden.

De officier dient daarop een tuchtklacht in met veertien onderdelen. De klacht wordt bijna helemaal ongegrond verklaard. Wel vindt de Accountantskamer dat de accountant zijn tuchtrechtelijke aansprakelijkheid niet had mogen uitsluiten. Een dergelijke afspraak zou niet kunnen afdoen aan het bepaalde in art. 22 Wtra, waar staat dat eenieder een tuchtklacht kan indienen. Door partijen met de uitsluiting in te laten stemmen heeft hij bij hen de onjuiste indruk kunnen wekken dat zij niet mochten klagen over zijn rapport.<sup>2</sup>

Ik kan mij in deze uitspraak niet vinden. Ik kan het oordeel juridisch niet goed duiden. Het oordeel is bovendien nogal onpraktisch.

## **1. Is het recht een tuchtklacht in te dienen 'onvervreemdbaar'?**

Art. 22 Wtra geeft eenieder het recht een tuchtklacht in te dienen. Wat partijen hier overeen zijn gekomen komt erop neer dat aan de accountant een oordeel werd gevraagd en dat partijen daarbij afstand deden van het hen in 22 Wtra gegeven recht een tuchtklacht in te dienen.<sup>3</sup>

De Accountantskamer zegt dat dat niet kan. Dat klinkt bij eerste lezing mooi principieel. De tuchtrechter kan zo niet worden afgehouden van het geven van een oordeel. Een oordeel bovendien dat er toch al niet is om de klager te bedienen, maar dat tot doel heeft (zeer kort gezegd) de kwaliteit van het accountantsberoep te borgen.<sup>4</sup> Aldus beschouwd is er dus iets voor deze beslissing te zeggen (ware het niet dat hij ook allerlei minder wenselijke consequenties heeft: zie het navolgende hoofdstuk). Toch veroorloof ik mij kritiek.

De Accountantskamer licht haar oordeel niet toe. Zo begrijp ik uit de uitspraak niet of de Accountantskamer vindt dat er aan de overeenkomst zelf een gebrek kleeft (nietigheid bijvoorbeeld). Het kan ook zijn dat de Accountantskamer vindt dat een dergelijke overeenkomst in beginsel wel kan worden gesloten, maar dat de Accountantskamer daar dan zelf niet aan gebonden is. De tekst van de uitspraak lijkt op het eerste te wijzen; dat ligt ook het meest voor de hand. Duidelijk is het evenwel niet echt.

Even los van de vraag of dat niet een motiveringsgebrek is, is de vraag interessant hoe de afspraak die partijen hebben gemaakt moet worden geïnterpreteerd. Evenzo interessant is de vraag waarom een dergelijke

1. Mr. J.F. (Jan) Garvelink is advocaat bij Blaisse in Amsterdam en vaste medewerker van dit tijdschrift. Dit artikel is afgesloten op 10 oktober 2015.

2. Daarnaast wordt de accountant verweten in strijd met zijn eigen Reglement te hebben gehandeld door met derden te overleggen zonder voorafgaande toestemming. Daar gaat deze noot niet over, al kom ik er zo wel kort op terug.

3. Je zou het ook kunnen omschrijven als een overeenkomst tot het niet uitoefenen van dat recht.

4. Vergelijk art. 42 lis 1 Wet op het accountantsberoep.

lijke afspraak niet gemaakt zou kunnen worden of waarom die door de Accountantskamer genegeerd zou moeten worden. Alles bij elkaar is dat nogal complex. De uitspraak is in ieder geval een gemiste kans om dit debat principieel te voeren. Ik zal proberen wat ingrediënten voor dat debat aan te dragen.

In beginsel gaat het hier om een civielrechtelijke overeenkomst. Dat kan ook niet anders; tuchtrechtelijke overeenkomsten bestaan eigenlijk niet.<sup>5</sup> Het gaat hier bovendien over de vraag of een partij kan beschikken over een recht, hier het recht een klacht in te dienen, zodat je toch al snel in het civielrecht terecht komt.<sup>6</sup>

Van gegeven rechten kun je in beginsel afstand doen. De wetgever heeft hier niet bepaald dat van het klachtrecht van 22 Wtra geen afstand kan worden gedaan. Ik weet niet of dat een expliciete beslissing was, ik vind er weinig over in de wetshistorie, maar aangezien in de wet niet staat dat van het klachtrecht niet kan worden afgezien, zou dat in beginsel dus wel moeten kunnen.

Dat zou anders liggen als het klachtrecht in de categorie onvervreembare rechten zou liggen. Een mens kan van bepaalde basale rechten nooit afstand doen. Hij kan bijvoorbeeld niet vrijwillig in slavernij gaan, en hij kan ook niet afstand doen van zijn recht niet gefolterd te worden.<sup>7</sup>

Ook van de toegang tot de rechter (een grondrecht, 6 EVRM) kun je niet in generieke zin afstand doen. Wat bijvoorbeeld wel kan is in specifieke gevallen afstand doen van de toegang tot de civiele rechter: partijen kunnen bij overeenkomst die toegang in concrete gevallen uitsluiten of beperken.<sup>8</sup> Vergelijk bijvoorbeeld ook art. 17 van de grondwet, dat bepaalt dat niemand *tegen zijn wil* van de rechter kan worden afgehouden (maar met zijn instemming dus wel). Van het grondrecht van toegang tot de civiele rechter kan dus in voorkomende gevallen afstand worden gedaan.<sup>9</sup> Hoeveel ontzag ik ook voor het tuchtrecht heb, mij lijkt het niet in de categorie grondrechten, waar bovendien geen afstand van kan worden gedaan, te vallen.<sup>10</sup> Toegang

tot de burgerlijke rechter is wezenlijk voor de bescherming van individuele vrijheden. Het recht een tuchtklacht in te dienen is dat niet:<sup>11</sup> een daartoe strekkende overeenkomst kan dus worden gesloten.<sup>12</sup> Het accountantstuchtrecht is bovendien nu eenmaal klachtrecht; als de klager dat recht heeft prijsgegeven is het uit.

Als de overeenkomst is gesloten, zou je denken dat de tuchtrechter die niet zomaar kan negeren. De tuchtrechter staat niet buiten de rechtsorde. Anders krijg je straks nog dat de verweerder in kort geding intrekking van de tuchtklacht zou moeten gaan afdwingen (of dat proberen); als de ene rechter over de toegang tot de andere moet gaan oordelen wordt het wel erg veel gedoe.<sup>13</sup>

Voor de duidelijkheid: het gaat er niet om of de klager helemaal geen klacht in kan dienen; dat kan altijd. De klager houdt denk ik wel toegang tot de tuchtrechter, maar de vraag is of de rechter een inhoudelijk oordeel moet geven. Hij zal zich daarbij mogelijkerwijs de vraag moeten stellen of de overeenkomst in de specifieke omstandigheden van het geval houdt.<sup>14</sup> Hij komt daarmee in het civielrecht, maar veel van waar de tuchtrechter over oordeelt ligt in de sfeer van het civielrecht,<sup>15</sup> dat is dus als zodanig geen bezwaar.<sup>16</sup> De tuchtrechter kan soms, zo oordeelt ook met enige regelmaat de Accountantskamer, niet buiten andere rechtsgebieden blijven. In casu wordt dat wel treffend geïllustreerd door het andere gegrond bevonden klachtonderdeel: de Accountantskamer verwijt daar de accountant daar juist schending van het door hem opgestelde en door partijen ondertekende Reglement.<sup>17</sup>

5. Je kunt überhaupt de vraag stellen wat tuchtrecht nu precies is, en hoe bijvoorbeeld een procesafpraak binnen de tuchtrechtelijke procedure te duiden zou zijn (als daar al procesafspraken gemaakt zouden kunnen worden). De Wtra geeft daar geen antwoord op; men pleegt dat praktisch te benaderen.

6. Meer in het algemeen is het civielrecht de vergaarbak waar alles in valt wat elders niet past.

7. Dergelijke overeenkomsten zijn immers nietig.

8. Proefschrift noot.

9. De contractsvrijheid vindt daar zijn grens. Zie Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/303 en verder.

10. Ik vind geen grond die daar op zou duiden. Het gaat hier overigens ook nog over een opdracht die niet tot de wettelijke taak van accountants behoort. In de oorspronkelijke versie van de Wtra kende de wetgever daar zo weinig gewicht aan toe dat over dit soort werkzaamheden niet eens een klacht bij de tuchtrechter kon worden ingediend. Zie ook de MvT, *Kamerstukken* 2005/06, 30 397, p. 3 en verder. Later is dat gewijzigd.

11. Het tuchtrecht vloeit bijvoorbeeld ook niet voort uit het EVRM, al zal het beginsel van fair trial bijvoorbeeld wel opgeld doen; zie daarover mijn noot van Dieleman en mijzelf bij CbB 6 maart 2014, *TvJ* 2014/65.

12. Contractsvrijheid wordt (anders dan het recht een tuchtklacht in te dienen) ook wel als (ongeschreven) grondrecht gezien. Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/58.

13. Mij is bekend dat een civiele rechter wel eens het starten van verdere tuchtrechtelijke procedures heeft verboden, met oplegging van een dwangsom. Dat was wel een extreem geval. Ik geloof niet dat de uitspraak is gepubliceerd.

14. Een overeenkomst heeft onder omstandigheden geen werking. Hij kan nietig of vernietigbaar zijn. Daartoe moeten dan de concrete omstandigheden van het geval worden bestudeerd; van een generieke nietigheid of vernietigbaarheid is geen sprake. Ik weet niet of de hier gesloten overeenkomst een inhoudelijke toets had doorstaan. Ik kan dat op grond van de uitspraak ook niet beoordelen: ik laat dat dus in het midden.

15. Vrijwel alle gedragingen die de Accountantskamer toets zijn vooral ook civielrechtelijke (maar soms ook strafrechtelijke) gedragingen, die door de tuchtrechter met een specifieke bril worden bekeken.

16. In de Accountantskamer zitten ook meer dan genoeg civielrechtelijk deskundige rechterlijke leden.

17. De accountant in kwestie zal zich wellicht afvragen waarom hij het reglement niet mag schenden en de klager wel. Ik ga daar hier niet op in omdat ik dat uiteindelijk een argument vindt dat zich zou beperken tot deze casus, maar niet zo relevant is voor het bredere debat.

Ik kan nog een paar aanvullende argumenten noemen.

Uitsluiting van aansprakelijkheid kan ook bijdragen aan de vrije en onafhankelijke oordeelsvorming van de bindend adviseur.<sup>18</sup> Mede daarom is de maatstaf voor aansprakelijkheid van rechters, en in het verlengde daarvan arbiters en bindend adviseurs, streng.<sup>19</sup> Dat geldt ook in het tuchtrecht: er wordt terughoudend getoetst. Er moet sprake zijn van flagrante schendingen van het recht of fundamentele rechtsbeginselen. Op inhoudelijke oordelen waarmee men het niet eens is kan met dergelijke scheidsmannen niet aanspreken; anders zouden zij gevoelig worden voor druk en dus beïnvloedbaar zijn. Aldus beschouwd is zijn er ook principiële gronden te bedenken die zouden spreken voor het contractueel uitsluiten of beperken van de mogelijkheid tuchtklachten in te dienen.

Ik werp ook nog een blik op art. 30Wtra,<sup>20</sup> dat ziet op situaties waar de klager de klacht intrekt.<sup>21</sup> De behandeling wordt dan gestaakt, tenzij het algemeen belang tot voortzetting noopt.<sup>22</sup> De klager kan een klacht dus intrekken: als dat kan, waarom kan hij er dan niet vanaf zien hem überhaupt in te dienen? Dat is niet logisch. In zoverre ligt de beslissing dus ook niet in lijn met de rest van de Wtra. Je zou wellicht de vraag kunnen stellen of de Accountantskamer, parallel aan art. 30 Wtra, de behandeling niet had kunnen aanvangen (in plaats van voortzetten) als het algemeen belang dat dicteerde.<sup>23</sup> Daar zou denk ik wel een wetswijziging voor nodig zijn.<sup>24</sup> Overigens zou intrekking van de klacht hier denk ik het einde van de procedure hebben betekend, omdat het algemeen belang in deze casus vrij evident niet aanwezig is (hetgeen de gang

van zaken voor de betrokken accountant wellicht extra zuur maakt).

Laat me hier tenslotte ter verduidelijking aan toevoegen dat het niet gaat om het uitsluiten van de toepasselijkheid van de gedragsregels (toen VGC, nu VGBA) maar om het doen van afstand van het recht een klacht in te dienen. Toepasselijkheid van de gedragsregels kan niet worden uitgesloten zolang wordt gehandeld als accountant. Ook als bijvoorbeeld afgesproken zou zijn dat de betrokkene niet in zijn hoedanigheid van accountant maar als bindend adviseur of arbiter zou optreden zou dat waarschijnlijk toepasselijkheid van de gedragsregels niet hebben voorkomen.<sup>25</sup> Ik beoog verder ook zeker niet te betogen dat de gang naar de tuchtrechter in algemene zin steeds weg gecontracteerd kunnen worden. De accountant die in zijn algemene voorwaarden opneemt dat hij nooit tuchtrechtelijk kan worden aangesproken moet zich bijvoorbeeld geen illusies maken. Een specifieke afspraak in een casus die zich daarvoor leent zou onder omstandigheden wel moeten kunnen. Hoe verder de werkzaamheden van de kerntaak van de accountant liggen hoe meer kans zou ik zeggen. Ik zie een wezenlijk verschil tussen bijvoorbeeld een wettelijke controle en, zoals hier, adviseren in een lopend civiel geschil.

## 2. Maatregel?

Wat je verder ook van deze zaak vindt lijkt het me in de gegeven omstandigheden volkomen begrijpelijk dat de betrokken accountant probeerde een tuchtklacht uit te sluiten. Dat de Accountantskamer dat niet goed zou vinden kan hij moeilijk voorzien. Het issue is complex. Ik heb als advocaat vergelijkbare bepalingen geadviseerd en daarbij niet het gevoel gehad dat ik adviseerde tuchtrechtelijk laakbaar te handelen. Met deze uitspraak is daar meer duidelijkheid over, maar ik geloof niet dat de betrokken accountant op grond van louter deze 'transgressie' een maatregel verdiende. Ik laat in het midden of het andere gegrond bevonden klachtonderdeel dat zelfstandig rechtvaardigde.

## 3. Een niet zo praktisch oordeel met mogelijk averechts effect

Ik maak een paar opmerkingen over de mogelijke effecten van deze uitspraak op de praktijk.

Partijen moeten in beginsel afspraken kunnen maken. De rechter zou die afspraken in beginsel moe-

18. De bindend adviseur die steeds juridische procedures vreest zou daardoor in zijn oordeelsvorming beïnvloed kunnen worden (door te neigen naar de partij die hij het meest vreest bijvoorbeeld). Vergelijk HR 4 december 2009, NJ 2011/131 m.nt. Vranken. Zie ook P.E. Ernste, 'Bindend advies', Kluwer 2012, p. 270 en verder.

19. Ik lees niet in de uitspraak terug dat de Accountantskamer met dit soort overwegingen rekening heeft gehouden.

20. De eerste volzin van 30 Wtra luidt: 'In geval van intrekking van de klacht wordt de behandeling daarvan gestaakt, tenzij de accountantskamer beslist dat de behandeling van de klacht om redenen aan het algemeen belang ontleend, moet worden voortgezet.'

21. Dit is niet een wetsartikel waar ik een voorstander van ben. Zie J.F. Garvelink, 'Accountantstuchtrecht, een overzicht van de stand van zaken onder de nieuwe wet en enkele beschouwingen', *TvJ* 2009, p. 147.

22. Zie hierover recent A.C. van Campen, 'Voortzetten tuchtprocedure na intrekken klacht, een tuchtrechtelijke contradictio in terminis', *TvJ* 2014, p. 78 en verder. Ik sluit mij daarbij aan.

23. Even daargelaten of dat geen wat verstrekkende rechtsvorming zou zijn en de wetgever daar dan geen rol zou hebben.

24. Dat zou overigens geen goed idee zijn omdat het onderscheid tussen klager en rechter dan weg zou vallen.

25. Zie hierboven. Ik zal niet over de tuchtrechtelijke aansprakelijkheid van de accountant die optreedt in die hoedanigheid uitweiden. De heersende leer is dat de gedragsregels dan wel van toepassing zijn maar dat de tuchtrechter dan uiterst terughoudend is in zijn toetsing, ook om te voorkomen dat de tuchtzaak uitmond in een verkapt appel van het bindend advies/het arbitraal vonnis.

ten respecteren (uiteraard zolang ze niet gebrek-  
tig zijn). Dat heeft maatschappelijk nut, want dan  
weten partijen waar ze aan toe zijn. Dat is voor ac-  
countants niet anders dan voor andere deelnemers  
aan het rechtsverkeer

De accountant in dit geval is gestapt in de beslechting van een geschil. Dat gebeurt vaker: accountants treden op als adviseur, deskundige, bindend adviseur, arbiter etc. Gegeven hun specifieke deskundigheid is het nuttig als accountants die rol willen vervullen. Het is nu al zo dat veel accountants dergelijke opdrachten niet accepteren. Bij veel, zeker de grotere, kantoren passeren dit soort opdrachten de poorten van risk management al niet meer. De financiële en afbreukrisico's zijn groot en zelfs een gewonnen procedure bij de tuchtrechter is onprettig en betekent meestal dat er op de opdracht (soms stevig) verlies wordt geleden. In de praktijk komt het bovendien veelvuldig voor dat accountants die een opdracht vervullen in een geschil situatie met de dreiging (of indiending) van een tuchtklacht onder druk worden gezet door één of meer van de partijen. Dat is een onwenselijke situatie.

De accountant die deze opdracht aanvaardde heeft een en ander duidelijk onderkend. Wie de casus leest begrijpt ook heel goed dat de betrokken accountant er vermoedelijk zo ongeveer vanuit ging dat hij wel eens voor de tuchtrechter zou kunnen komen. Hij heeft getracht zich daartegen te beschermen, waarschijnlijk (ook) om zijn werk goed te kunnen doen, maar wordt daarvoor gestraft. Dat zal niet licht zijn gevallen. Het signaal dat deze uitspraak aan het accountantsberoep geeft is intussen vrees ik niet dat het uitsluiten van tuchtklachten in dit soort gevallen achterwege moet worden gelaten; de uitspraak zal eerder zo worden gelezen dat het beter is in situaties waar een geschil speelt de opdracht niet te aanvaarden. Maatschappelijk gezien zou dat een verlies zijn.

Ik bespreek nog kort de vraag of het uitsluiten van een tuchtklacht *na* de verweten gedraging zou kunnen. Ik denk aan de veel voorkomende situatie dat er een verwijt op tafel ligt en er een schikking wordt getroffen waarbij ook het indienen van een tuchtklacht wordt uitgesloten.<sup>26</sup>

De kans dat een degelijke schikking civielrechtelijk stand houdt is over het algemeen zeer groot (en groter dan bij een regeling vooraf). De wetgever heeft de mogelijkheid vaststellingsovereenkomsten aan te tasten bewust klein gehouden en ook rechters zijn er – terecht – zeer terughoudend in.

De tuchtrechter van de Nederlandse Orde van belastingadviseurs heeft wel eens – ook zonder enige motivering overigens – geoordeeld dat een dergelijke schikking geen invloed had op de mogelijkheid een tuchtklacht in te dienen.<sup>27</sup> Dat voorbeeld verdient toch echt geen navolging. Partijen moeten hun ge-

schillen kunnen oplossen. Dat is maatschappelijk zo belangrijk dat advocaten op grond van hun gedragsregels gehouden zijn een schikking te beproeven.<sup>28</sup> Het voorkomen van (de kosten en stress van) een tuchtprocedure kan zeer wel een reden zijn een schikking te treffen. Als tevoren vast staat dat dat niet kan valt er vaak weinig te schikken: daar heeft echt niemand wat aan. Ik durf ook de stelling wel aan dat dat – om het criterium van 30 Wtra te echoen – het algemeen belang eerder zou schaden dan dienen.

Ik merk tenslotte nog op dat het in dit concrete geval denkbaar is dat de klager hier tamelijk moedwillig contractbreuk pleegt. Daardoor wordt hij dan schadelijk. Het zou interessant zijn of de burgerlijke rechter hier aanleiding zou zien af te wijken van de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat kosten gemaakt in een tuchtrechtelijke procedure niet vergoedbaar zijn.<sup>29</sup>

#### 4. Conclusie

Deze uitspraak doet te weinig recht aan een complexe vraag. Wat een principiële oordeel lijkt is dat eigenlijk niet. Voor de praktijk is te vrezen dat de uitspraak meer kwaad dan goed doet. In ieder geval creëert hij onzekerheid. Ik spreek de hoop uit dat de vraag nog eens aan de rechter wordt voorgelegd en dan de aandacht krijgt die hij verdient.

26. Laat mij kleur bekennen: ik neem dat standaard op in vaststellingsovereenkomsten (bij mijn weten doen alle advocaten die in de sector werkzaam zijn dat).

27. Uitspraak 2013/307 (te vinden op [www.nob.net](http://www.nob.net)).

28. Gedragsregels 1992, art. 3.

29. Zie onder andere HR 10 januari 2003, NJ 2003, 537 (Portielje/Y).