

17 mei 2019

Eerste Kamer

18/01581

TT/AS

**In naam van de Koning**

# Hoge Raad der Nederlanden

## Arrest

in de zaak van:

ERNST & YOUNG,  
gevestigd te Oranjestad, Aruba,

VERZOEKSTER tot cassatie,

advocaat: mr. R.J. van Galen,

t e g e n

Jan Hendrik CROES,  
wonende in Aruba,

VERWEERDER in cassatie,

advocaat: mr. R.A.A. Duk.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Ernst & Young en Croes.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. het vonnis in de zaak A.R. 451 van 2015 van het gerecht in eerste aanleg van Aruba van 30 maart 2016;
- b. de vonnissen in de zaak AR 451/15 - ghis 80474 - H 316/16 van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba van 23 mei 2017, 19 september 2017 en 16 januari 2018.

Het vonnis van het hof van 16 januari 2018 is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het vonnis van het hof van 16 januari 2018 heeft Ernst & Young beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Croes heeft verzocht het beroep te verwerpen.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Ernst & Young mede door mr. J.M.B. Cramwinckel.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van Ernst & Young heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

### 3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Met ingang van 1 april 2009 is Croes als Algemeen Directeur in dienst getreden van de Stichting 'Fundacion Lotto pa Deporte' (hierna: FLPD). In de daaraan voorafgaande jaren was hij achtereenvolgens vicevoorzitter en voorzitter van het bestuur van FLPD.

(ii) Op 4 januari 2010 heeft het bestuur van FLPD Croes met directe ingang op non-actief gesteld, omdat er aanwijzingen waren van onregelmatigheden in de financiële administratie van FLPD.

(iii) Het bestuur van FLPD heeft aan Ernst & Young opdracht gegeven om naar de onregelmatigheden onderzoek te doen. De opdrachtbevestiging van 20 januari 2010 vermeldt onder meer:

#### "2. Doel van het onderzoek

Het onderzoek heeft tot doel:

Het in kaart brengen van de feiten met betrekking tot de vermeende onregelmatigheden alsmede mogelijke aanwijzingen voor (andere) onregelmatigheden in relatie tot mogelijke misbruik van de (financiële) middelen van [FLPD], teneinde het bestuur van [FLPD] inzicht te geven in de mogelijke betrokkenheid van de

voormalige directieleden (en mogelijk overige medewerkers) en in de gelegenheid te stellen om correctieve maatregelen te nemen, waaronder juridische vervolgacties - zo mogelijk - begrepen kunnen zijn. (...)

### 3. Te verrichten werkzaamheden

Wij verwachten de volgende werkzaamheden te zullen verrichten:

- (...)
- Interview(s) met geïndiceerde betrokkenen.
- (...)
- Wederhoren van de conceptbevindingen aan de hand van (delen van) het concept rapport.
- Verwerken van de wederhoorreactie(s) in een aangepast conceptrapport.
- Finale afstemming van het aangepaste conceptrapport.
- Samenstellen van het definitieve rapport.
- (...)

Onze werkzaamheden zullen worden uitgevoerd in overeenstemming met de Gedragsrichtlijn inzake Persoonsgerichte Accountantsonderzoeken van het Koninklijk NIVRA (hierna: Gedragsrichtlijn). (...)

Indien onze werkzaamheden leiden tot een (impliciet) oordeel over de gedragingen, werkzaamheden of de uitkomsten van die werkzaamheden van een andere deskundige, van personen of organisaties, zullen wij de relevante feitelijkeheden in ons conceptrapport in het kader van wederhoor voorleggen aan betrokkene(n) alvorens dat aan u te verstrekken of daarover aan u mededelingen te doen."

(iv) Op 10 en 11 juni 2010 heeft Ernst & Young aan Croes delen van het conceptrapport ter inzage verstrekt, volgens Croes in totaal 70 pagina's. Croes heeft toen geweigerd mondeling commentaar te geven. Bij fax van 21 juni 2010 heeft hij schriftelijk commentaar gegeven.

(v) Ernst & Young heeft een definitief rapport opgesteld waarin een reactie is opgenomen op het commentaar van Croes.

Het complete definitieve rapport is op 9 juli 2010 aan Croes toegestuurd of verstrekt. Dat rapport telt 86 pagina's en heeft honderd bijlagen. De eerste bijlage is het schriftelijk commentaar van Croes van 21 juni 2010.

(vi) FLPD heeft het gerecht in eerste aanleg van Aruba verzocht de arbeidsovereenkomst met Croes te ontbinden. Bij beschikking van 14 september 2010 heeft het gerecht dit verzoek toegewezen zonder toekenning van een ontbindingsvergoeding aan Croes. Het gerecht is daarbij uitgegaan van de juistheid van de door Ernst & Young geconstateerde onregelmatigheden bij de vergoeding van reis- en representatiekosten. Het gerecht achtte die bevindingen van Ernst & Young onvoldoende weersproken door Croes. Het gerecht heeft een verzoek van Croes om herroeping van deze beschikking afgewezen.

3.2 In dit geding vordert Croes een verklaring voor recht dat Ernst & Young zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige daad jegens hem. Daartoe heeft Croes, kort gezegd, aangevoerd dat het door Ernst & Young uitgevoerde onderzoek ernstige gebreken vertoont, dat niet is voldaan aan de eisen van hoor en wederhoor en dat Croes als gevolg van het rapport van Ernst & Young zijn baan is kwijtgeraakt en er niet in is geslaagd elders een functie te verwerven.

Het gerecht heeft de vordering van Croes afgewezen.

3.3 Het hof heeft het vonnis van het gerecht vernietigd en voor recht verklaard dat Ernst & Young zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige daad jegens Croes. Voor zover in cassatie van belang heeft het hof daartoe het volgende overwogen.

De maatstaf of een accountant als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid heeft betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht, dient niet alleen te worden aangelegd bij de beoordeling van de vraag of de accountant bij de uitoefening van zijn beroep toerekenbaar is tekortgeschoten jegens zijn opdrachtgever, maar is ook mede bepalend bij de beoordeling van de vraag of een accountant bij de uitoefening van zijn beroep onrechtmatig heeft gehandeld jegens een derde. De functie van de accountant in het rechtsverkeer verplicht hem onder bijzondere omstandigheden ook tot een zekere zorg voor de belangen van derden. Indien een accountant in strijd heeft gehandeld met de voor accountants geldende beroepsnormen en -regels, kan daaraan niet zonder meer de gevolgtrekking worden verbonden dat de accountant jegens eenieder die daardoor schade lijdt, civielrechtelijk aansprakelijk is wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm. Niettemin zijn de voor accountants geldende beroepsnormen en -regels in de praktijk vaak (en ook in deze zaak) van groot belang voor de beantwoording

van de vraag of de accountant de zorgvuldigheid heeft betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. (rov. 2.5)

In de opdrachtbevestiging is vermeld dat de werkzaamheden van Ernst & Young zullen worden uitgevoerd in overeenstemming met de Gedragsrichtlijn inzake Persoonsgerichte Accountantsonderzoeken van het Koninklijke NIVRA (hierna: de Gedragsrichtlijn). Deze Gedragsrichtlijn is afkomstig uit Nederland en dateert uit 2004. In Nederland heeft van 2007 tot 2013 de Verordening gedragscode gegolden (Stcrt. 2006, 252, zoals gewijzigd) en geldt sindsdien de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (Stcrt. 2014, 163). Aruba kent geen eigen geschreven, hiermee corresponderende gedragsnormen voor accountants. Het concordantiebeginsel brengt mee dat de in Nederland ontwikkelde normen van overeenkomstige toepassing zijn op gedragingen van accountants in Aruba, met dien verstande dat de kleinschaligheid en andere bijzonderheden van de Arubaanse samenleving bijzondere feitelijkheden kunnen meebrengen die van belang kunnen zijn bij de invulling van die normen. (rov. 2.6)

Volgens de Gedragsrichtlijn is daarmee mede beoogd op adequate wijze rekening te houden met de positie van degenen die onderwerp van het persoonsgericht accountantsonderzoek

zijn. In dit geval was (onder meer) Croes onderwerp van het persoonsgericht accountantsonderzoek. Daarom mocht Croes van Ernst & Young verwachten dat zij de regels van de Gedragsrichtlijn in acht zou nemen, voor zover deze regels (mede) strekken tot bescherming tegen schade zoals Croes stelt te hebben geleden. (rov. 2.7)

De Gedragsrichtlijn houdt onder meer in dat de rapportage niet eenzijdig mag zijn (art. 3.1). De rapportage moet dus een evenwichtig beeld geven. De uitgebreide regeling in de Gedragsrichtlijn over de voorgeschreven inrichting van het wederhoor moet worden bezien in het licht van het hiervoor omschreven doel dat de eindrapportage een evenwichtig beeld zal geven. Het bieden van adequaat wederhoor is immers een bij uitstek geschikt middel om dat doel na te streven. Uit art. 13.2 van de Gedragsrichtlijn blijkt dat bij de keuze tussen terinzageverstrekking of toezending van de conceptrapportage, slechts voor terinzageverstrekking gekozen kan worden indien het belang bij geheimhouding in een redelijke verhouding staat tot het belang dat de betrokkene heeft bij toezending. Dat laatste belang bestaat naar zijn aard in het algemeen erin dat de betrokkene voldoende gelegenheid wordt geboden de conceptrapportage te bestuderen, desgewenst ter inzage te geven aan door hem in te schakelen deskundigen en aldus een reactie erop voor

te bereiden en vast te stellen. Dat belang is zwaarwegender naarmate de omvang van de rapportage groter is en naarmate de strekking van de rapportage belastender is voor de betrokkene. Daarom dienen in geval van een omvangrijke conceptrapportage en/of een belastende strekking ervan zwaardere eisen gesteld te worden aan het belang van geheimhouding om dat laatste belang te kunnen laten prevaleren. Dit alles komt tot uitdrukking in de in art. 13.2 van de Gedragsrichtlijn geformuleerde norm. (rov. 2.8)

Ernst & Young heeft in haar betoog geen aandacht besteed aan het belang van Croes bij toezending van het conceptrapport in het licht van de omvang van het conceptrapport en de strekking daarvan. Het betrof hier een omvangrijk deel van een conceptrapport over uiteenlopende aspecten van het jarenlang functioneren van Croes als (vice)voorzitter van het bestuur en als Algemeen Directeur, met een voor Croes belastende strekking, die, naar voorzienbaar was, de baan van Croes op het spel zette en die voorzien was van een groot aantal bijlagen. Indien Croes de relevante delen van het conceptrapport niet zou mogen meenemen om nader te bestuderen en met een advocaat of accountant of andere deskundige te bespreken, zou hem dat, naar voorzienbaar was, in niet geringe mate beperken in zijn mogelijkheden om een adequate reactie te geven.

Gelet op dit alles acht het hof de keuze van Ernst & Young om te weigeren de delen van het conceptrapport toe te zenden of mee te geven aan Croes, niet gerechtvaardigd in het licht van het voorschrift van art. 3.1 van de Gedragsrichtlijn. (rov. 2.14)

Ook indien Croes in de gelegenheid is gesteld om terug te komen om het conceptrapport en de bijlagen opnieuw in te zien, doet dat aan voornoemd oordeel niet af. Weliswaar biedt dat een en ander aan Croes een ruimere gelegenheid om commentaar op het conceptrapport voor te bereiden, maar het blijft zo dat Croes het conceptrapport niet toegezonden kreeg en niet mocht meenemen en dat de keuze van Ernst & Young niet gerechtvaardigd is in het licht van het voorschrift van art. 3.1 van de Gedragsrichtlijn. De bewijsaanbiedingen die Ernst & Young in dit verband heeft gedaan, worden daarom bij gebrek aan belang gepasseerd. (rov. 2.15)

Al met al is sprake van een combinatie van een onvolkomen wijze van het toepassen van wederhoor, enige onjuistheden in het eindrapport en enige onduidelijkheden in het eindrapport. Deze combinatie van factoren leidt ertoe dat uit het eindrapport een negatiever totaalbeeld van Croes kan ontstaan dan gerechtvaardigd wordt door de feiten. Ernst & Young heeft onvoldoende zorg betracht om die ongewenste situatie te vermijden. Daarom komt het hof

tot de slotsom dat Ernst & Young zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige daad jegens Croes doordat zij een rapport heeft uitgebracht dat niet voldoet aan hetgeen Croes van haar als redelijk handelend en redelijk bekwaam accountantsbureau mocht verwachten in het kader van een zorgvuldige uitoefening van de taak om een persoonsgericht rapport uit te brengen aan het bestuur van FLPD. (rov. 2.69)

Thans staat niet ter beoordeling of voornoemde onrechtmatige daad schade voor Croes heeft veroorzaakt. Voor toewijzing van de vordering is voldoende dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Dat is het geval, want voorgaande oordelen van het hof werpen een ander licht op de overwegingen van de ontbindingsbeschikking van 14 september 2010 die dragend zijn voor de beslissing om de arbeidsovereenkomst te ontbinden zonder toekenning van een ontbindingsvergoeding. (rov. 2.70)

3.4.1 Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 2.5 dat de maatstaf of een accountant als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid heeft betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht, niet alleen dient te worden aangelegd bij de beoordeling van de vraag of de accountant bij de uitoefening van zijn beroep toerekenbaar is tekortgeschoten jegens zijn opdrachtgever, maar ook

bepalend is bij de beoordeling van de vraag of een accountant bij de uitoefening van zijn beroep onrechtmatig heeft gehandeld jegens een derde. Het onderdeel betoogt onder meer dat het hof is uitgegaan van een onjuiste maatstaf.

3.4.2 Onderdeel 2 richt een reeks van klachten tegen de uitleg en toepassing door het hof van de Gedragsrichtlijn en het daaruit voortvloeiende oordeel in de rov. 2.14 en 2.15 dat de keuze van Ernst & Young om te weigeren de delen van het conceptrapport toe te zenden of mee te geven aan Croes, niet gerechtvaardigd was in het licht van art. 3.1 van de Gedragsrichtlijn. Het onderdeel betoogt onder meer dat het oordeel van het hof dat het concordantiebeginsel meebrengt dat de Gedragsrichtlijn van overeenkomstige toepassing is op accountants in Aruba, onjuist dan wel onbegrijpelijk is.

3.4.3 Deze klachten zullen hierna gezamenlijk worden behandeld.

3.4.4 Het onderzoek van Ernst & Young had betrekking op mogelijke onregelmatigheden waarbij Croes direct betrokken was (zie hiervoor in 3.1 onder (ii) en (iii)). Het moet voor Ernst & Young duidelijk zijn geweest dat haar onderzoek

nadelige gevolgen voor Croes zou kunnen hebben. Dit brengt mee dat Ernst & Young bij het uitvoeren van haar werkzaamheden jegens Croes de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid in acht diende te nemen.

Bij de invulling van die zorgvuldigheidsnorm komt het aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval. Daarbij moet mede acht worden geslagen op de functie van de accountant in het maatschappelijk verkeer. In Nederland is aan de beroepsorganisatie van accountants de wettelijke verplichting opgelegd om gedrags- en beroepsregels vast te stellen ten behoeve van een goede uitoefening van de werkzaamheden van accountants (zie art. 19 lid 2, onder a, Wet op het accountantsberoep, en voorheen art. 19 lid 2 Wet op de Registeraccountants en art. 24 lid 2 van de Wet op de Accountants-Administratieconsulenten). Die gedrags- en beroepsregels geven niet alleen invulling aan de verantwoordelijkheden van de accountant jegens zijn opdrachtgever, maar ook aan de verantwoordelijkheid van de accountant om te handelen in het algemeen belang (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.7-3.10). De door een accountant in het maatschappelijk verkeer jegens een derde in acht te nemen zorgvuldigheid wordt dan ook mede bepaald door hetgeen de zojuist bedoelde gedrags- en beroepsregels meebrengen.

Het hof heeft bij beantwoording van de vraag of Ernst & Young onrechtmatig jegens Croes heeft gehandeld, derhalve terecht van belang geacht wat die gedrags- en beroepsregels (destijds vastgelegd in de Gedragsrichtlijn) inhielden met betrekking tot de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor bij persoonsgerichte onderzoeken. Daarbij is niet van belang dat de Gedragsrichtlijn en de wettelijke regeling waarop die richtlijn is gebaseerd, formeel niet in Aruba gelden; het gaat immers om algemeen aanvaarde zorgvuldigheidsnormen voor het handelen van accountants jegens derden (in dit geval in verband met een persoonsgericht onderzoek), die invulling geven aan hetgeen - ook in Aruba - volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 2 BWA).

3.4.5 Blijkens hetgeen hiervoor in 3.4.4 is overwogen, klaagt onderdeel 1 op zichzelf terecht over de algemene regel die het hof in rov. 2.5 heeft vooropgesteld, inhoudende dat voor de beoordeling van de vraag of een accountant onrechtmatig heeft gehandeld jegens een derde, de maatstaf moet worden aangelegd die geldt in de contractuele verhouding van de accountant tot haar opdrachtgever. Dit kan echter niet tot cassatie leiden, aangezien het hof zijn beoordeling in wezen heeft verricht met inachtneming van het hiervoor in 3.4.4 omschreven

beoordelingskader. Het oordeel van het hof dat Ernst & Young bij de uitvoering van het persoonsgerichte onderzoek onrechtmatig jegens Croes heeft gehandeld door onder meer een onvolkomen wijze van toepassen van wederhoor zoals voorgeschreven in art. 3.1 en 13.2 van de Gedragsrichtlijn, geeft daarom geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

3.4.6 De hiervoor in 3.4.1 en 3.4.2 weergegeven klachten van de onderdelen 1 en 2 stuiten op het bovenstaande af.

3.5 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Ernst & Young in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Croes begroot op € 400,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident C.A. Streefkerk als voorzitter en de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, C.E. du Perron en M.J. Kroeze, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer M.V. Polak op 17 mei 2019.



Uitgegeven voor grosse  
De Griffier van de Hoge Raad der Nederlanden

17 MEI 2019

