

Exhibitieplicht voor accountants

'Leg uw dossier maar open !'

Mr. A.C. van Campen en mr. B.J.M.P. Cremers¹

1. Inleiding

In civiele procedures speelt het bewijs doorgaans een cruciale rol. De wet kent verschillende mogelijkheden om bewijs te vergaren.² Van deze mogelijkheden mag de exhibitieplicht ex art. 843a Rv zich de afgelopen jaren verheugen in een toenemende populariteit. Het artikel biedt de mogelijkheid om afgifte te vorderen van bepaalde bescheiden. Deze verplichting om bescheiden te verstrekken kan zich ook uitstrekken tot het dossier van de accountant. De laatste jaren is die vraag herhaaldelijk aan de rechter voorgelegd in kort geding. Deze uitspraken zijn niet alleen belangwekkend voor curatoren en accountants(kantoren), maar ook voor ondernemingen zelf. Alvorens een drietal van deze uitspraken inhoudelijk te behandelen, zal het wettelijk kader van de exhibitieplicht worden uiteengezet. Tot slot zal nog kort worden ingegaan op mogelijke toekomstige ontwikkelingen, waaronder de inwerkingtreding van het Wetsvoorstel informatiegaring in civiele zaken.

2. Exhibitieplicht ex art. 843a Rv

De exhibitieplicht kent sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1838 al een plekje in de wet. Pas sinds de invoering van het nieuwe Wetboek van burgerlijke rechtsvordering per 1 januari 2002 heeft de exhibitieplicht middels artikel 843a Rv een prominente en zelfstandige plaats gekregen. Als gezegd worden er in toenemende mate op grond van artikel 843a Rv vorderingen ingesteld³. Tot 2010 werd er niet of nauwelijks over 843a Rv gepubliceerd. In 2010 zijn twee proefschriften verschenen, van mr. J.R. Sijmonsma en mr. J. Ekelmans⁴. Beide proefschriften zijn erg lezenswaardig en geven een goed overzicht van de vereisten die artikel 843a Rv stelt en de jurisprudentie die er in de loop der jaren is ontwikkeld. Zowel Ekelmans als Sijmonsma bepleiten een verruiming van de mogelijkheden tot exhibitie. Soms lijkt het daar in de praktijk ook steeds meer op uit te draaien, doch in zijn algemeenheid kan worden gesteld dat rechters nog vrij terughoudend zijn bij toewijzing van vorderingen ex artikel 843a Rv. De hierna in paragrafen 3a en 3c te bespreken uitspraken illustreren de verruiming die de praktijk laat zien. In dit onderdeel zullen wij de verschillende vereisten bespreken waaraan moet zijn voldaan voor toewijzing van een vordering op grond van artikel 843a Rv. Artikel 843a Rv luidt:

“artikel 843a

1. Hij die daarbij rechtmatig belang heeft, kan op zijn kosten inzage, afschriften of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn

¹ Mr. A.C. van Campen en mr. B.J.M.P. Cremers zijn advocaten bij Van Iersel Luchtman Advocaten.

² Bijv. de eigen bevoegdheid van de rechter om een partij om informatie te verzoeken (art. 22 Rv), de openlegging van boeken, bescheiden en geschriften (art. 162 Rv), het voorlopig getuigenverhoor (art. 186 Rv), alsmede de vordering tot openlegging van de administratie (art. 3:15j BW). Zie voorts: *'Mogelijkheden van bewijsvergaring, recente ontwikkelingen'*, G.J.R. Kalsbeek en P.N. Malanczuk, Onderneming en Financiering 2011 (19)2, p. 42 e.v.

³ Ter illustratie: bij in toetsing van “843a Rv” op www.rechtspraak.nl worden in juni 2012 594 uitspraken getoond. Bij de voorbereiding van een artikel in mei 2011 waren dit er nog 429.

⁴ J. Ekelmans, *De exhibitieplicht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010; J.R. Sijmonsma, *Het inzagerecht* (diss. Maastricht), Deventer, Kluwer 2010.

rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft. Onder bescheiden worden mede verstaan: op een gegevensdrager aangebrachte gegevens.

2. De rechter bepaalt zo nodig de wijze waarop inzage, afschrift of uittreksel zal worden verschaft.

3. 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.

4. Degene die de bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft, is niet gehouden aan deze vordering te voldoen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, alsmede indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd”.

Op grond van lid 1 dient de partij die een beroep doet op artikel 843a Rv derhalve (1) een rechtmatig belang te hebben, (2) het moet gaan om bepaalde bescheiden, en (3) er moet sprake zijn van een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn.

Ad (1) Rechtmatig belang

Het rechtmatig belang van een partij bij een vordering tot inzage, afschrift of uittreksel wordt gevormd door het bewijsbelang van betreffende partij. De vraag die de rechter zich steeds moet stellen indien een vordering ex artikel 843a Rv voorligt is of de partij die om afgifte vraagt een onredelijk nadeel lijdt doordat bepaalde bescheiden niet ter zijner beschikking komen⁵. Het moet daarbij gaan om een rechtens relevant belang⁶, doch ook dan dient de rechter de hiervoor geschetste belangenafweging te maken. De enkele interesse in een bepaald stuk is in ieder geval onvoldoende⁷.

In wat oudere jurisprudentie lijken rechters bij de beoordeling van de aanwezigheid van rechtmatig belang zich nogal eens af te vragen of de vordering die door de verzoeker ten opzichte van de verweerder wordt gesteld, en voor de onderbouwing waarvan afgifte van een bepaald stuk noodzakelijk is, voldoende aannemelijk lijkt. In meer recente rechtspraak lijkt de toets minder streng, in die zin dat nogal eens overwegingen worden tegen gekomen als:

“Voor een rechtmatig belang en een rechtsbetrekking in de zin van artikel 843a Rv is niet vereist dat de rechtsbetrekking tussen partijen reeds (in rechte) is komen vast te staan.”

en

“Op voorhand kan niet worden uitgesloten dat, indien de door de aanvrager gestelde omstandigheden komen vast te staan, sprake is van een onrechtmatige daad van ..”

Ad (2) Bepaalde bescheiden

Artikel 843a Rv geeft geen algemeen inzage recht, hetgeen betekent dat een partij alleen om inzage kan vragen van bepaalde, met name genoemde stukken, indien uiteraard die partij bij de inzage van die bepaalde stukken een rechtmatig belang heeft. Er mag geen sprake zijn van een 'fishing expedition'. De bescheiden waarvan afgifte wordt gevorderd moeten zo

⁵ Vgl. MvT, Parl. Gesch. Herz Rv, p. 553.

⁶ HR 29 februari 2000, NJ 2001, 259.

⁷ HR 6 oktober 2006, NJ 2006, 547.

concreet en specifiek mogelijk worden omschreven. Daarbij zal tevens, waar mogelijk, een voldoende bepaalde tijdsaanduiding gegeven moeten worden. In zijn algemeenheid zal niet voldoende bepaald zijn de vordering tot afgifte van een compleet strafdossier, volledige cliëntendossiers, volledige correspondentie of volledige bedrijfsadministratie. In de hierna in paragraaf 3a en 3c te bespreken uitspraken zal blijken dat afgifte van een compleet accountantsdossier door de rechter wel als voldoende bepaald is beschouwd.

Ook met betrekking tot dit vereiste laat de rechtspraak een ontwikkeling zien. In algemene zin kan met betrekking tot die ontwikkeling worden gesteld dat aanvankelijk een beperkte interpretatie werd voorgestaan, waarbij de aanvrager en de houder van het stuk allebei rechtstreeks als partij betrokken zouden moeten zijn. Als die interpretatie wordt aangehangen is de praktische betekenis van artikel 843a Rv beperkt. De trend is er wel dat rechters bereid zijn om een ruimere uitleg te volgen, in die zin dat voor afgifte ook in aanmerking komen bescheiden die relevant kunnen zijn voor de beslechting van het geschil.

Ad (3) Rechtsbetrekking

Het bestaan van een rechtsbetrekking wordt doorgaans vrij snel aangenomen. Het spreekt voor zich dat niet een ieder recht heeft op inzage, maar dat het recht op inzage toekomt aan degene die partij is bij een rechtsbetrekking. Blijkens de parlementaire geschiedenis valt onder rechtsbetrekking ook de rechtsbetrekking die ontstaat uit onrechtmatige daad⁸. Het moet dus gaan om bescheiden betreffende een rechtsbetrekking waarin de aanvrager partij is. Onder omstandigheden kan ook een derde recht hebben op afgifte van (een afschrift van) bepaalde stukken, zoals bijvoorbeeld een verzekeringspolis⁹.

Uitzonderingen lid 4

Ingevolge lid 4 van artikel 843a Rv zal geen exhibitie plaatsvinden indien (1) gewichtige redenen aanwezig zijn, alsmede (2) indien een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder exhibitie is gewaarborgd. Lid 3 van artikel 843a Rv bepaalt verder dat – kort gezegd – een professionele geheimhouder niet tot exhibitie is verplicht.

Gelet op het onderwerp van dit artikel is het aardig om kort een tweetal voorbeelden te bespreken van zaken waarin de rechter oordeelde dat exhibitie onnodig was voor een behoorlijke rechtsbedeling, omdat in beide zaken accountantskantoren zijn betrokken.

Het eerste voorbeeld is de zaak *VCVO/Deloitte*¹⁰. Het ging in die zaak, kort samengevat, om het volgende. VCVO is een vereniging voor voortgezet onderwijs. Deloitte controleerde de door het bestuur van VCVO opgestelde jaarrekening over het boekjaar 1998, waartoe op 20 mei 1999 een goedkeurende accountantsverklaring werd afgegeven. In februari 2000 is VCVO ermee bekend geworden dat een bij haar in dienst zijnde administrateur, zonder dat hij daartoe bevoegd was, in de periode van 1 januari 1998 tot en met 9 februari 2000 bedragen aan de bankrekening van VCVO heeft onttrokken. VCVO verwijt Deloitte vervolgens dat deze is tekort geschoten in de haar opgedragen controle van de jaarrekening. Op grond van 843a Rv vordert VCVO – overigens pas in hoger beroep – afgifte van het door Deloitte bijgehouden werkdossier van de controle van de jaarrekening 1998 van VCVO. Deloitte beroept zich onder meer op de uitzondering van lid 4, concreet dat gelet op het vergevorderde stadium van de procedure de afgifte van het werkdossier niet nodig is voor een behoorlijke rechtsbedeling. Het hof volgt Deloitte en het oordeel dat VCVO onvoldoende heeft onderbouwd waarom zij in hoger beroep belang heeft bij afgifte van het volledige

⁸ Mvt, Parl. Gesch. Herz Rv, p. 554.

⁹ Vgl. Gerechtshof 's-Gravenhage, 20 mei 2003, S&S 2004, 59 en Voorzieningenrechter rechtbank Breda 6 april 2011, LJN: BQ0360 (*Staat/Chemiepack*).

¹⁰ Gerechtshof 's-Gravenhage 16 juni 2009, zaaknummer 105.006.488.

werkdossier van Deloitte. VCVO heeft op het moment van het vorderen van afgifte reeds een uitvoerige memorie van grieven genomen, waarmee zij van haar kant de omvang van de rechtsstrijd in hoger beroep heeft bepaald. Kennelijk heeft VCVO geen aanleiding gezien om voorafgaand aan het nemen van de memorie van grieven afschrift van het werkdoossier te vorderen. Naar het oordeel van het hof verdient het daarom om proceseconomische redenen de voorkeur dat Deloitte eerst een memorie van antwoord neemt in de hoofdzaak en dat het hof pas tegelijkertijd met het wijzen van arrest in de hoofdzaak nader zal beoordelen of VCVO daadwerkelijk belang heeft bij het ontvangen van een afschrift van (een gedeelte van) het werkdoossier respectievelijk of dat voor een behoorlijke rechtsbedeling nodig is. De beslissing in het incident ex artikel 843a Rv wordt aangehouden.

Een andere zaak waarin een accountantskantoor met succes een beroep deed op de uitzondering van lid 4 is de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 4 mei 2011¹¹. Het betreft een zaak van een op de Britse Maagdeneilanden gevestigd investeringsfonds Thybo tegen Ernst & Young Accountants (hierna: 'EY'), welke laatste als controlerend accountant van Thybo heeft gefungeerd. Thybo verwijt EY dat zij tekort is geschoten in haar taak als controlerend accountant door in onvoldoende mate en met onvoldoende kritisch-professionele afstand controlerende werkzaamheden uit te voeren. Zo zou zij hebben nagelaten om Thybo tijdig te waarschuwen voor de risico's die Thybo liep door de bij haar ingebrachte gelden van investeerders geheel te beleggen in het fonds van fraudeur Bernard Madoff. Had EY dat wel gedaan dan zou Thybo tijdig maatregelen hebben kunnen nemen. Thybo dagvaart EY in een bodemprocedure en stelt tevens een incidentele vordering ex artikel 843a Rv in, inhoudende dat EY wordt veroordeeld tot het verstrekken van kopieën van alle documenten van haar werkdoossier met betrekking tot Thybo, bestaande uit de overeenkomst tussen partijen, de correspondentie, een controleplan, een beschrijving van de aard en omvang van de uitgevoerde werkzaamheden, de voornaamste bevinden, de uit die bevindingen getrokken conclusies en de urenregistratie, een en ander beperkt tot de periode van 1 mei 2008 tot 1 september 2008. In de dagvaarding voor de bodemprocedure geeft Thybo een vrij concrete opsomming van de eisen die aan het werk van EY in het licht van de door haar genoemde omstandigheden mochten worden gesteld. Op basis daarvan bespreekt Thybo de punten waarop EY niet overeenkomstig genoemde eisen zou hebben gehandeld. Voorts bespreekt Thybo een aantal zogenoemde '*red flags*', waarop EY zou zijn gestuit als zij grondiger onderzoek zou hebben gedaan, zoals van haar mocht worden verwacht.

De incidentele vordering tot inzage of afgifte stuit ook in dit geval af op de uitzondering van lid 4 van artikel 843a Rv. De rechtbank overweegt daartoe dat Thybo aan haar incidentele vordering ten grondslag heeft gelegd dat zij alleen na kennisneming van het werkdoossier van EY precies kan vaststellen wat EY feitelijk heeft gedaan (en dus ook wat zij niet heeft gedaan) ter uitvoering van haar opdracht als accountant. Of Thybo wat dat betreft redelijkerwijs meer gegevens nodig heeft en waarover zij, blijkens haar dagvaarding, reeds beschikt kan op dit moment in de procedure niet worden vastgesteld. De rechtbank stelt wel vast dat Thybo in haar inleidende dagvaarding een tamelijk concrete opsomming heeft gegeven van de feiten en omstandigheden op grond waarvan zij concludeert dat EY wanprestatie heeft gepleegd. Daarvoor had zij kennisneming van de betreffende gegevens dus niet nodig. Pas als de rechtbank een oordeel heeft gegeven over de vraag of door Thybo aan de stelplicht is voldaan, komt de vraag aan de orde of nadere bewijsvoering nodig is en toegestaan moet worden, en, zo ja, of voor het te leveren bewijs kennisneming van de desbetreffende gegevens nodig is. Met andere woorden: het partijdebat moet zich eerst verder ontwikkelen. De rechtbank houdt in het incident ex artikel 843a Rv vervolgens iedere beslissing aan om proceseconomische redenen (in plaats van deze vordering af te wijzen). Daarmee wordt voorkomen dat Thybo zich gedwongen zou voelen een vergelijkbaar incident te openen als het partijdebat zich verder heeft ontwikkeld en Thybo meent dat, gegeven dat

11

LJN: BQ5672

nadere partijdebat, de afwijzingsgrond niet langer aan de orde is.

Thybo had zich ter onderbouwing van haar vordering overigens ook beroepen op artikel 7:403 lid 2 BW, ingevolge welke een opdrachtnemer aan de opdrachtgever verantwoording aflegt over de wijze waarop hij zich van de opdracht heeft gekweten. De rechtbank overweegt dienaangaande dat deze verantwoordingsplicht geen recht op inzage geeft. Op welke wijze een opdrachtnemer verantwoording dient af te leggen is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en niet op voorhand kan worden gezegd dat een accountant als EY alleen verantwoording kan afleggen door inzage te geven in haar werkdossier.

Beide voorgaande uitspraken laten zien dat het voor toewijzing van een vordering op grond van artikel 843a Rv van groot belang is om het juiste moment van het instellen van de vordering te bepalen. In de zaak *VCVO/Deloitte* kwam de vordering op een te laat moment in de procedure – na memoriewisseling in hoger beroep –, terwijl in de zaak *Thybo/EY* de vordering als het ware “te vroeg” werd ingesteld, namelijk bij incident tegelijk met de uitgebreide dagvaarding in de bodemprocedure. Ook de mate waarin degene die afgifte vordert zijn/haar stellingen al heeft (kunnen) onderbouwen speelt een belangrijke rol bij de beoordeling van een vordering ex artikel 843a Rv.

3. Recente jurisprudentie in kort geding

De afgelopen jaren is in kort geding diverse malen verzocht om inzage in het accountantsdossier op grond van de exhibitieplicht ex art. 843a Rv. Hieronder wordt nader ingegaan op een drietal van deze uitspraken.

a) Jumbodiset / KPMG

De eerste uitspraak betreft het kort geding vonnis d.d. 16 december 2010 van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam in de kwestie *Jumbodiset/ KPMG*.¹² De aanleiding voor deze procedure werd gevormd door de overname van de Jumbo spellenfabrikanten en enkele buitenlandse vennootschappen. Deze ondernemingen werden verworven door overname in oktober 2007 van alle aandelen in de uiteindelijke moedervenootschap (hierna: de holding) voor een bedrag van € 6.500.000,=. Na overname van de aandelen zijn deze op grond van contractsovername overgedragen aan Jumbodiset B.V. (hierna: Jumbodiset), een groepsvenootschap van de koper. Voorafgaand aan de overname had KPMG Accountants N.V. (hierna: KPMG) onder meer de geconsolideerde jaarrekeningen over de boekjaren 2005 en 2006 gecontroleerd en vervolgens op 21 juni 2007 een goedkeurende accountantsverklaring voor deze jaarrekeningen verleend.

Enige tijd na de overname heeft Jumbodiset zich op het standpunt gesteld dat de jaarrekeningen een onjuist beeld gaven van de werkelijkheid. Daarbij heeft de holding aan BDO Investigations B.V. (hierna: BDO) verzocht om een second opinion aangaande de door KPMG uitgevoerde accountantscontrole uit te voeren. In verband daarmee heeft BDO verzocht om de desbetreffende accountantsdossiers van KPMG te mogen inzien. Dit verzoek heeft KPMG afgewezen.

Jumbodiset heeft zich vervolgens gewend tot de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam en – kort gezegd – van KPMG gevorderd om een afschrift van het complete accountantsdossier met betrekking tot de jaren 2005 en 2006 aan BDO te verstrekken, op straffe van verbeurte van een dwangsom. Ter onderbouwing van haar vordering heeft Jumbodiset aangevoerd dat onder meer is gebleken dat het eigen vermogen van de holding te hoog is voorgesteld en dat de weergegeven gecumuleerde verliezen in een Duitse dochtervenootschap van de holding dermate onjuist zijn weergegeven, dat deze door de

¹²

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam, 16 december 2010, JOR 2011/105.

Duitse belastingdienst niet erkend worden. In totaal meent Jumbodiset dat zij een schade van circa € 2.102.000,= heeft geleden. Daarbij heeft Jumbodiset gesteld dat zij niet over zou zijn gegaan tot koop van de aandelen in de holding wanneer zij op de hoogte zou zijn geweest van de werkelijke financiële situatie, althans dat zij de aandelen op andere voorwaarden zou hebben verkregen. In aanvulling hierop heeft Jumbodiset gesteld dat het vermoeden bestaat dat KPMG haar controlerende taak onvoldoende heeft uitgevoerd en in strijd heeft gehandeld met onder meer de Richtlijnen Accountantscontrole 2006 en de Nadere voorschriften Controle en Overige Standaarden 260.

Het gevolg is – aldus Jumbodiset – dat KPMG aansprakelijk is jegens Jumbodiset voor de geleden schade. Op die grond wenst Jumbodiset de accountantsdossiers te laten onderzoeken teneinde vast te stellen of de schade aan KPMG is toe te rekenen. Tegen deze achtergrond heeft Jumbodiset in kort geding een beroep gedaan op de exhibitieplicht ex art. 843a Rv.

KPMG heeft uitgebreid verweer gevoerd tegen de vordering van Jumbodiset. Daarbij heeft zij primair gesteld dat Jumbodiset te lang heeft gewacht met klagen over de gebrekkige prestatie zoals bedoeld in art. 6:89 BW. Dit verweer wordt gepasseerd nu niet onaannemelijk is, volgens de Voorzieningenrechter, dat de schadeposten zich op verschillende momenten hebben geopenbaard, zoals door Jumbodiset gesteld. Bovendien mist art. 6:89 BW in casu toepassing omdat Jumbodiset slechts door contractovername de aandelen heeft verkregen en daardoor geen partij is bij de oorspronkelijke koopovereenkomst.

Daarnaast is door KPMG aangevoerd dat Jumbodiset geen rechtmatig belang heeft bij haar vordering, dat de gevorderde bescheiden onvoldoende zijn gespecificeerd en dat Jumbodiset geen rechtsverhouding heeft met KPMG uit hoofde van de overeenkomst van opdracht en – tot slot – dat op haar als geheimhouder geen exhibitieplicht rust.

Ook met deze verweren maakt de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam korte metten.

Daarbij verwijst de Voorzieningenrechter in de eerste plaats naar het *Vie d'Or*-arrest¹³, waarin de Hoge Raad onder meer heeft overwogen dat 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. Daarbij heeft de Hoge Raad de zorgplicht van de controlerend accountant bevestigd en benadrukt hij dat de taakuitoefening van de accountant aldus mede een publiek belang dient. Tegen deze achtergrond en de door Jumbodiset gestelde afwijkingen van de jaarrekeningen, oordeelt de Voorzieningenrechter dat voldoende aannemelijk is dat KPMG aan Jumbodiset relevante bescheiden onthoudt om haar vordering te onderbouwen. Daardoor acht de Voorzieningenrechter een rechtmatig belang aanwezig.

Ook het door KPMG gevoerde verweer dat de gevorderde afgifte van het complete accountantsdossier te algemeen en onbepaald is om als 'bepaalde bescheiden' te kwalificeren, strandt. Daarbij is niet alleen relevant dat Jumbodiset heeft gesteld dat zich meerdere afwijkingen in de jaarrekeningen voordoen, maar ook dat KPMG de enige is die beschikt over de dossiers. Daarmee is het voor Jumbodiset onmogelijk om de bescheiden meer concreet aan te duiden, aldus de Voorzieningenrechter.

Dat Jumbodiset geen rechtsbetrekking met KPMG onderhield vormt evenmin een belemmering, aangezien de vordering jegens KPMG gebaseerd is op onrechtmatige daad. Daarmee bestaat een rechtsbetrekking tot de bescheiden als bedoeld in art. 843a Rv, zo overweegt de Voorzieningenrechter.

¹³ Hoge Raad, 13 oktober 2006, JOR 2006/296, m.nt. Beckman (*Deloitte & Touche / Vie d'Or*).

Tot slot verwerpt de Voorzieningenrechter de stelling van KPMG dat zij dient te worden gelijkgesteld met een geheimhouder zoals in het derde lid van art. 843a Rv bedoeld, dan wel dat haar beroepsgeheim (lid 4) afgifte zou belemmeren. KPMG is geen geheimhouder en volgens de Voorzieningenrechter valt niet in te zien dat de geheimhoudingsbelangen van de holding met de afgifte zouden worden geschaad.

KPMG is vervolgens veroordeeld om de complete accountantsdossiers over de boekjaren 2005 en 2006 te verstrekken aan BDO.

b) VEB / Deloitte

De tweede uitspraak betreft een kort geding vonnis d.d. 4 juli 2011 van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam in de procedure tussen de vereniging Vereniging van Effectenbezitters (hierna: VEB) en Deloitte Accountants B.V. (hierna: Deloitte).¹⁴ Deze zaak betrof InnoConcepts N.V. (hierna: InnoConcepts), een beursgenoteerde houdstermaatschappij van een groep vennootschappen die zich bezig hield met het ontwikkelen en exploiteren van mallen en matrixen voor industriële toepassingen. InnoConcepts is op 23 december 2010 failliet verklaard. Deloitte heeft als externe accountant van InnoConcepts de geconsolideerde jaarrekeningen over de boekjaren 2005 tot en met 2009 gecontroleerd en voorzien van een goedkeurende verklaring.

De VEB had voor het faillissement van InnoConcepts in diverse aandeelhoudersvergaderingen vragen gesteld over de inrichting van de jaarrekening en de getrouwheid van de jaarrekening. In zijn eerste faillissementsverslag heeft de curator van InnoConcepts melding gemaakt van vermoedens van belangenverstrengeling en verdachte transacties, waaraan een aantal ex-bestuurders van InnoConcepts zich schuldig zouden hebben gemaakt. De curator kondigde daarbij aan nader onderzoek te zullen verrichten.

Naar aanleiding hiervan heeft de VEB Deloitte gesommeerd een kopie te verstrekken van het volledige accountantsdossier ten aanzien van de InnoConcepts jaarrekeningen van 2007 tot en met 2009. VEB meende daarbij dat zij als aandeelhouder van InnoConcepts en als vereniging in de zin van art. 3:305a BW een rechtmatig belang heeft om meer duidelijkheid te krijgen over het functioneren van Deloitte. Deloitte heeft aan deze sommatie geen gehoor gegeven, waarna de VEB vervolgens de afgifte van het accountantsdossier in kort geding gevorderd heeft van Deloitte op grond van art. 843a Rv.

Deloitte heeft als verweer onder meer aangevoerd dat de aanwezigheid van een spoedeisend belang van VEB bij haar vordering ontbrak.

De Voorzieningenrechter heeft dit (primaire) verweer gehonoreerd. Cruciaal daarbij was dat de curator in zijn faillissementsverslag reeds had aangekondigd dat hij nader onderzoek naar de vermoedens zou verrichten. De Voorzieningenrechter meende dat de uitkomsten van dat onderzoek ook voor de VEB van belang zullen zijn, zelfs wanneer dat onderzoek een andere invalshoek zal kennen. Het antwoord op de vraag of sprake is geweest van onrechtmatig c.q. onoirbaar handelen van voormalig bestuurders van InnoConcepts is namelijk direct van belang voor het antwoord op de vraag of Deloitte in deze iets te verwijten valt, aldus de Voorzieningenrechter. Daarbij was tevens relevant dat InnoConcepts in staat van faillissement verkeerde, zodat sprake was van een 'gefixeerde' situatie.

Tegen die achtergrond heeft de Voorzieningenrechter geoordeeld dat voorshands niet valt in te zien waarom de VEB het onderzoek van de curator niet zou kunnen afwachten. Daarbij heeft de Voorzieningenrechter expliciet opgemerkt dat de VEB altijd nog een nieuwe

¹⁴

Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 4 juli 2011, LJN: BR0224.

vordering uit hoofde van art. 843a Rv kan instellen, al dan niet in het kader van een eventuele bodemprocedure. De vordering van VEB wordt op die grond afgewezen.

c) Daniëls c.s. / KPMG

Ook in de derde uitspraak was sprake van een faillissementsituatie. Ditmaal was het faillissement van het vleesverwerkingsconcern Weyl te Enschede aan de orde.¹⁵ Dit concern is in 2010 gefailleerd, met aanstelling van mrs. Daniëls en Stekelenburg tot curatoren. Vervolgens heeft de Rechtbank Almelo met betrekking tot de twee bestuurders geoordeeld dat zij zich in de jaren 2001 tot en met 2009 schuldig hebben gemaakt aan boekhoudfraude. Volgens de curatoren bedraagt het fraudebedrag 70% van het balanstotaal. KPMG Accountants N.V. (hierna: KPMG) heeft vanaf 2000 een goedkeurende verklaring bij de geconsolideerde jaarrekening afgegeven.

De curatoren hebben vervolgens bij de Voorzieningenrechter te Amsterdam in kort geding van KPMG afgifte gevorderd van het accountantsdossier, inclusief de interne stukken, teneinde na te kunnen gaan in hoeverre KPMG verwijtbaar tekort is geschoten in haar toezichthoudende taak. Aan deze vordering hebben curatoren enerzijds art. 7:403 BW ten grondslag gelegd en anderzijds de exhibitieplicht art. 843a Rv. Art. 7:403 BW betreft de verplichting van KPMG als opdrachtnemer om rekening en verantwoording af te leggen over de door haar verrichte werkzaamheden.

KPMG heeft verweer gevoerd tegen de vordering van de curatoren. Zo heeft zij onder meer gesteld dat de curatoren al voldoende informatie verstrekt hadden gekregen en dat zij op grond van de met haar gesloten overeenkomst van opdracht niet kan worden verplicht tot het afgeven van de gevraagde (interne) stukken.

Daarnaast heeft KPMG een reconventionele vordering ingesteld, waarbij zij van de curatoren afgifte heeft gevorderd van kopieën van de door de FIOD en Ernst & Young opgestelde onderzoeksrapporten (naar de fraude). KPMG heeft daaraan ten grondslag gelegd dat zij als gevolg van de fraude een vordering heeft jegens de boedel wegens onder meer reputatieschade en onbetaald gebleven facturen. Op die grond heeft zij belang bij inzage in de voornoemde rapporten, aldus KPMG.

De Voorzieningenrechter overweegt in conventie dat art. 7:403 BW de verplichting met zich brengt om verantwoording af te leggen in die zin dat KPMG inzicht zal moeten geven in de wijze waarop zij de accountantscontrole heeft verricht. Hieruit vloeit niet rechtstreeks voort dat zij daarmee gehouden is om het volledige accountantsdossier aan de curatoren af te geven. De vordering van de curatoren faalt daardoor voor zover deze is gestoeld op art. 7:403 BW.

De curatoren zijn meer succesvol ter zake hun beroep op art. 843a Rv. De Voorzieningenrechter meent dat een vordering van de curatoren jegens KPMG noch uit hoofde van een toerekenbare tekortkoming, noch uit hoofde van onrechtmatige daad bij voorbaat uitgesloten is. Daarbij overweegt de Voorzieningenrechter dat onzeker is of een beroep van KPMG op een in de algemene voorwaarden opgenomen vervaltermijn succesvol zal zijn, nu zeer wel denkbaar is dat dit beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zal worden geacht. Op basis hiervan komt de Voorzieningenrechter tot de conclusie dat in beginsel voldaan is aan het in art. 843a Rv gestelde vereiste van een rechtmatig belang.

Voor wat betreft de vraag of de curatoren ook een rechtmatig belang hebben bij afgifte van de interne stukken van het accountantsdossier, wordt overwogen dat het tot de taak van de

¹⁵ Voorzieningenrechter Amsterdam, 27 maart 2012, JOR 2012/168.

curatoren behoort om te onderzoeken of de accountant al dan niet is tekortgeschoten en zo ja of de accountant voor de geleden schade aansprakelijk is te stellen. Dat betekent dat ook de interne stukken aan de curatoren ter beschikking gesteld moeten worden, aldus de Voorzieningenrechter. Dat kan slechts anders zijn wanneer het interne stukken betreft die geen inzicht geven in de wijze waarop de accountant zijn werkzaamheden heeft verricht.

De door KPMG tegen afgifte aangevoerde argumenten mochten niet baten. Zo zal afgifte van de stukken een eventueel eigendomsrecht van KPMG op de stukken niet aantasten. Ook van een schending van de geheimhoudingsplicht is volgens de Voorzieningenrechter geen sprake, nu deze ten opzichte van de curatoren niet geldt. Evenmin ziet de Voorzieningenrechter enig concreet risico dat door afgifte van de stukken aan de curatoren KPMG schade lijdt doordat vertrouwelijke informatie over haar werkwijze openbaar zou worden. Daarvan is niet gebleken en bovendien heeft het accountantsdossier onder andere als doel achteraf verantwoording af te kunnen leggen van de door de accountant verrichte werkzaamheden.

Aldus wijst de Voorzieningenrechter de conventionele vordering tot afgifte van het accountantsdossier, inclusief de interne stukken, in kort geding toe.

In reconventie wordt de vordering van KPMG tot afgifte van de rapporten van FIOD en Ernst & Young ook toegewezen. Het privacy belang van de bestuurders van de failliete vennootschappen achtte de Voorzieningenrechter daarbij onvoldoende zwaarwegend, nu dat dient te worden afgewogen tegen het belang van KPMG om feiten vast te stellen in verband met de aansprakelijkheid van de failliete vennootschappen jegens KPMG.

4. Bevindingen

De bovengenoemde uitspraken passen in de tendens van het afgelopen decennium waarin in toenemende mate een beroep wordt gedaan op de exhibitieplicht van art. 843a Rv teneinde inzage in dossiers of afgifte van stukken te bewerkstelligen. Duidelijk is dat ook accountantsdossiers onder de reikwijdte van dit artikel vallen. Het toepassingsbereik van het artikel blijkt in de praktijk groot te zijn. Zowel binnen als buiten faillissement wordt het artikel gebruikt en de toepasselijkheid loopt uiteen van overnamegeschillen tot fraudekwesities.

Hoewel de afwezigheid van spoedeisend belang in een faillissement een belemmering kan opleveren (zoals bij *VEB/Deloitte*), blijkt dat voor acties vanuit de curator zelf geen belemmering op te leveren. Dat is relevant, aangezien de Voorzieningenrechter in het vonnis inzake *Daniëls/KPMG* met zoveel woorden heeft overwogen dat de curator is belast met specifieke taken die onder meer inhouden dat hij dient te onderzoeken of de accountant al dan niet is tekort geschoten in het uit te voeren toezicht.

De drie besproken uitspraken geven aan dat de rechtspraak over de exhibitieplicht ook ten aanzien van de accountantsdossiers casuïstisch van aard blijft. De uitkomst blijft afhankelijk van de specifiek voorliggende feiten en omstandigheden. Opvallend is wel dat de Voorzieningenrechter de eis van 'bepaalde bescheiden' ten aanzien van de gevorderde accountantsdossiers heeft geaccepteerd, zonder dat daarbij volgens de rechter sprake is van een *fishing expedition*. In de zaak *Daniëls/KPMG* is daarbij zelfs afgifte van de interne stukken toelaatbaar geacht.

Naast de exhibitieplicht ex art. 843a Rv biedt ook art. 7:403 BW een grond om informatie te verkrijgen van accountants, Weliswaar werd afgifte van het integrale dossier op deze grond afgewezen in de zaak *Daniëls/KPMG*, maar desalniettemin heeft de Voorzieningenrechter in zijn vonnis de kracht van dit artikel bevestigd. Wel moet bedacht worden dat dit artikel louter als grondslag kan worden aangewend door de contractuele wederpartij. Krachtens deze bepaling dient de accountant namelijk ten opzichte van de opdrachtgever inzicht te

verschaffen in de wijze waarop hij de accountantscontrole heeft verricht, hoe hij de controle heeft aangepakt, welke stukken hij heeft opgevraagd, welke instructies hij heeft gegeven en welke vragen hij heeft gesteld. Zowel ondernemingen als accountants dienen zich daarom goed bewust te zijn van de reikwijdte en (on)mogelijkheden van zowel art. 7:403 BW als art. 843a Rv.

Voor accountants(kantoren) kunnen informatieverzoeken tot lastige situaties leiden, onder meer vanwege de op hen rustende geheimhoudingsplicht en andere beroepsregels. Een uitspraak van de rechter kan dan voor hen in zekere zin ook enig comfort bieden. Wanneer zij immers op basis van een rechterlijke uitspraak overgaan tot afgifte van stukken, zal hen dat niet snel verweten kunnen worden door de cliënt en / of derden(belanghebbenden). Anderszijds zullen veel accountants(kantoren) ook huiverig zijn voor de media aandacht die het gevolg kan zijn van een dergelijke procedure waarin zij betrokken kunnen worden.

De verruiming van de bewijsvergaringsmogelijkheden zal wellicht nog verder gaan, wanneer het Wetsvoorstel informatiegaring in civiele zaken in werking is getreden.¹⁶ In gevolge het wetsvoorstel zal de regeling van de exhibitieplicht daarbij verhuizen van art. 843a en b Rv naar art. 162a, b en c Rv. Het wetsvoorstel beoogt een verruiming ten opzichte van de huidige regeling. Bedoeld is om een systeem van *document discovery* te introduceren in Nederland, waarbij voorafgaand aan of gedurende een procedure in een separaat verzoekschrift inzage of afgifte gevorderd kan worden.¹⁷ Ook verdwijnt het vereiste van een 'rechtmatig belang bij inzage'. In plaats daarvan kan een 'rechtsbetrekking' jegens degene die de bescheiden tot zijn beschikking heeft, de afgifte rechtvaardigen.¹⁸

5. Slotsom

De recente kort geding uitspraken bevestigen de ruimere mogelijkheden die bestaan om op grond van art. 843a Rv informatie te vergaren uit dossiers van (controleerende) accountants. De verplichting voor accountants om bescheiden af te staan kan zelfs zover gaan dat ook interne stukken dienen te worden verstrekt. De rechtspraak op dit vlak is casuïstisch van aard. Of in een voorkomend geval de verplichting bestaat om bescheiden te verstrekken blijft dan ook sterk afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval. Wanneer het Wetsvoorstel informatiegaring in civiele zaken in werking zal treden, is de verwachting dat zich een verdere verruiming zal voordoen van de mogelijkheden om informatie te vergaren. Accountants(kantoren) dienen zich er daarom goed van bewust te zijn dat hun controle(dossiers) op enig moment in de toekomst ook in handen kunnen komen van (derden) partijen die deze informatie wensen aan te wenden ter onderbouwing van een vordering jegens hen. Het simpelweg weigeren om die informatie te verstrekken, zal daarbij doorgaans niet (zonder meer) volstaan.

¹⁶ <http://www.internetconsultatie.nl/informatieverschaffing>. Het wetsvoorstel is op 7 november 2011 ingediend bij de Tweede Kamer voor de schriftelijke behandeling.

¹⁷ Zie: T.S. Jansen, 'Van Exhibitie naar discovery', Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk, nummer 3, mei 2011, p. 110 e.v.

¹⁸ Zie voor een uitvoerige bespreking van het wetsontwerp ook: J. Ekelmans, Het inzagerecht verbeterd?, NTBR 2012/10.