

Inbrengverklaring met dure gevolgen

Aansprakelijk voor welke schade?

Wanneer de waarde van de 'inbreng in natura' in een vennootschap achteraf lager blijkt dan de inbrengbeschrijving vermeldt, is de accountant die de inbrengverklaring heeft afgegeven aansprakelijk voor het verschil. Maar de schade kan zelfs nog hoger uitvallen.

WILLIAM ROTHUIZEN

Vele accountants in het midden- en kleinbedrijf hebben te maken met inbreng in natura. Tegelijkertijd is de inbrengproblematiek 'wellicht het meest complexe en onzekere terrein waarop zij hun functie moeten uitoefenen', schreven Inge Timmerman en Paul van der Zanden, advocaten bij Stibbe in 'de Accountant' van mei 2003. Een arrest van de Rechtbank Breda lijkt dat te illustreren. Het roept in ieder geval veel vragen op.

Failliet

Dit arrest betrof de faillissementszaak NetMarketing BV. Begin 2001 besloot R.C.E. Verschuieren BV haar activa en passiva in te brengen in de nieuw op te richten dochtermaatschappij NetMarketing. Verschuieren gaf de huisaccountant opdracht een beschrijving van de inbreng op te stellen. Daarin werd opgenomen dat Verschuieren f 4.228.493 aan goodwill inbracht. De accountant gaf er zijn verklaring bij af.

Het in mei 2001 opgerichte NetMarketing ging al in juni 2002 failliet. De curator stelde de accountant aansprakelijk wegens het zonder onderzoek afgeven van een onjuiste inbreng-

verklaring. Daarmee zou hij in strijd hebben gehandeld met de plicht tot zorgvuldigheid.

Onrechtmatige daad

De Rechtbank Breda ging daar op 30 juni 2004 in mee en oordeelde dat het afleggen van een onjuiste verklaring een onrechtmatige daad oplevert jegens zowel NetMarketing als haar gezamenlijke crediteuren. Deze daad kon de accountant volledig worden toegerekend, nu hij erkende dat hij geen zelfstandig onderzoek had verricht maar volledig was afgegaan op een, door een derde, uitgevoerde fiscale waardering. De rechtbank stelde de omvang van de schade gelijk aan het verschil tussen de waarde waarvoor de inbrengverklaring werd afgegeven en de daadwerkelijke waarde. De beschrijving vermeldde onder meer een vordering van f 304.983 die bij nader inzien waardeloos bleek. Voor dit bedrag oordeelde de rechtbank de accountant in ieder geval aansprakelijk. Over de waarde van de goodwill bestonden nog twijfels. De rechtbank wil de uitslag van een deskundigenonderzoek afwachten voordat ze het exacte bedrag van de schade zal bepalen.

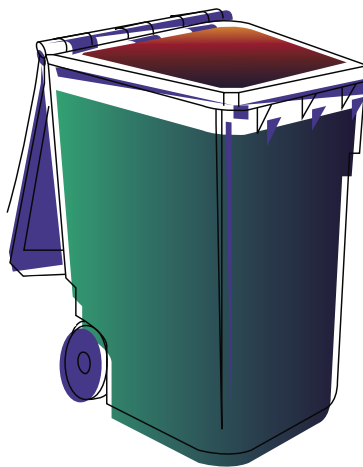
Accountant of oprichter

In zijn commentaar op dit arrest merkt mr. A.C. van Campen (in Juridisch-up-to-Date nr. 4) onder meer op: "De rechtbank gaat in de bepaling van de schade zelfs zover dat zij ervan uitgaat dat de schade het tekort in de boedel van NetMarketing kan overschrijden, waardoor oprichter uiteindelijk nog profijt kan hebben van de afgegeven onjuiste verklaring." Van Campen noemt het opvallend dat de rechtbank geen aanleiding ziet voor een vermindering van de schadevergoedingsplicht wegens eigen schuld (artikel 6:101 lid 1 BW): "De verantwoordelijkheid voor het opmaken van een beschrijving rust immers, gezien artikel 2:204a lid 1 BW primair bij de oprichter, zodat het niet onredelijk zou zijn om reeds vanwege die omstandigheid een deel van de schadevergoedingsplicht van de accountant te laten vervallen."

En hij voegt eraan toe: "Met name in relatie tot de ruime opvatting die door de rechtbank gehanteerd wordt bij de vaststelling van de geleden schade, kan men zich afvragen of het uiteindelijke resultaat van de procedure nog wel billijk zal zijn."

INBRENGVERKLARING





Goodwill

Eerder trok het arrest in de faillissementszaak Internationaal Boom- en Heestercentrum BV (IBH) veel aandacht. IBH kon bij de oprichting beschikken over venture kapitaal, maar heeft daarvan geen gebruikgemaakt. De accountant tekende een inbrengverklaring met daarop slechts een pand voor f 800.000. De in september 1988 opgerichte vennootschap ging na een jaar failliet. De curator constateerde op grond van taxatierapporten dat de waarde van het onroerend goed te hoog was opgenomen.

De accountant voerde aan dat dit waardetekort ruimschoots werd gecompenseerd door de aanwezige goodwill, zoals bleek uit de participatiebereidheid van derden. De rechter oordeelde dat de goodwill dit tekort niet kon compenseren, omdat geen goodwill in de inbrengverklaring was opgenomen. De rechter veroordeelde de accountant tot schade voor een waardeverschil van f 490.380 zoals de curator had geëist. In 2002 bevestigde de Hoge Raad het arrest.

Kapitaalbescherming

Timmerman en Van der Zanden noemden het

‘Het vervelende is dat dit soort kwesties alleen maar aan bod komt als crediteuren niet betaald kunnen worden.’

‘Het faillissement wordt feitelijk aan de accountant toegeschreven.’

in ‘de Accountant van mei 2003 opmerkelijk dat uit het arrest van de Hoge Raad blijkt dat de accountant zich bij zijn oordeelsvorming

moet richten op de inbrengbeschrijving.

Immers, in de inbrengprocedure is de inbreng-overeenkomst bepalend en niet zozeer de inbrengbeschrijving. “Als activa niet op de inbrengbeschrijving maar wel in de inbreng-overeenkomst zijn aangeduid, dan dient de inbrenger deze wel in te brengen.”

Voorts meenden zij dat de focus die de Hoge Raad op de inbrengbeschrijving legt, slecht lijkt te rijmen met de bescherming van derden, voor wie de kapitaalsbeschermingsregelingen juist in het leven zijn geroepen.

Beschrijving versus overeenkomst

Dat er in de Richtlijnen voor de Accountantscontrole van uit wordt gegaan dat de accountant zich moet richten op de inbrengbeschrijving lijkt volgens Timmerman en Van der Zanden in eerste instantie in overeenstemming met het arrest van de Hoge Raad, maar is moeilijk te rijmen met de ratio van het kapitaalbeschermingsrecht. Zij pleiten er dan ook voor dat de accountant bij het afgeven van zijn verklaring ook de overeenstem-

‘Risico aansprakelijkheid toegenomen’

Ger van den Berg, voorzitter van de Platformcommissie MKB van het NIVRA, wijst erop dat de benodigde kennis bij mkb-cliënten vaak ontbreekt, reden waarom zij hun accountant vragen de inbrengbeschrijving op te stellen. “Vanwege de zelftoetsing ligt hier voor de accountant een groot risico”, waarschuwt Van den Berg. “De accountant zal moeten waarborgen dat de cliënt zijn verantwoordelijkheid neemt voor de opgestelde inbrengbeschrijving en dat de cliënt de inbreng ook begrijpt. Een goede dossiervorming over wat wordt ingebracht en de waardering daarvan zijn belangrijk. De accountant moet zich niet in slaap laten sussen door slechts over het saldo van de inbreng een ‘tenminsteverklaring’ af te leggen. Recente arresten tonen aan hoe riskant dit is.”

Van den Berg kan zich niet aan de indruk onttrekken dat veel mkb-accountants zich onvoldoende realiseren dat zij niet alleen met tuchtrecht te maken hebben: “Men beseft nog wel dat na een tuchtrechtspraak een civiele procedure kan worden opgestart om de schade op de accountant te verhalen, maar minder bekend is dat

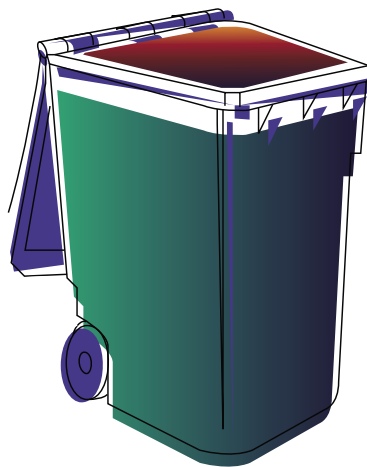
op het functioneren van de accountant ook het strafrecht meer en meer wordt toegepast. Door aanscherping van de regelgeving is de verantwoordelijkheid van de accountant en daarmee ook het risico van zijn aansprakelijkheid toegenomen.”

“In de zaak NetMarketing zien we nu dat het bedrag waarvoor de accountant wordt aangesproken hoger is dan het tekort in het faillissement”, vervolgt Van den Berg. “Dat kan met zich meebrengen dat een cliënt er een belang in ziet de accountant onjuist te informeren over de in te brengen waarden. De inbrengverklaring is zodoende nog risicovoller geworden. Het is overigens wel vreemd dat een civiele rechter een vergoeding toekent die hoger is dan de schade.

Zo krijgt de civiele uitspraak voor de accountant een vorm van straf of boete, maar is daar niet de strafrechter voor?”

Over de inbrengproblematiek is voldoende informatie te krijgen en er zijn VERA-cursussen op dit gebied. Van den Berg voegt er een algemene waarschuwing aan toe: “Wees alert, onderken de risico’s, zeker waar het een inbreng betreft en handel daar naar.”

‘De accountant zal moeten waarborgen dat de cliënt zijn verantwoordelijkheid neemt voor de opgestelde inbrengbeschrijving en dat die cliënt de inbreng ook begrijpt.’



ming tussen inbrengbeschrijving en inbreng-overeenkomst in aanmerking neemt. Naar hun mening kan het arrest van de Hoge Raad in de IBH-zaak ook op die wijze worden geïnterpreteerd.

Quasi-schade

Bij NetMarketing en IBH betrof het een faillissement. De accountant werd aangesproken door de curator. "Het is dus duidelijk dat de accountant niet in verband wordt gebracht met het faillissement", zegt Jan Achten van BDO. "De focus ligt geheel op het waardetekort in de inbrengbeschrijving. We hebben hier te maken met aansprakelijkheid voor schade, zonder dat er sprake hoeft te zijn van het veroorzaken van schade. Wat is de relatie tussen wat ik een vormfout noem bij de inbrengverklaring voor IBH en het faillissement, laat staan de schade? En bij NetMarketing kunnen we spreken van quasi-schade zonder band met echte schade. De relatie tussen een onjuiste inbrengverklaring en de bij de vennootschap ontstane schade is naar mijn mening fictief, er is geen enkel reëel causaal verband."

'Erg grote stappen'

Tom van Wijngaarden, advocaat bij Stibbe en vertrouwd met de inbrengproblematiek: "Ik denk dat het belangrijkste punt in de zaken NetMarketing en IBH is dat de rechter het causale verband tussen het onzorgvuldig handelen van de accountant en de vermeende schade als een soort van gegeven beschouwt. Daar kunnen vraagtekens bij worden gezet. De rechters redeneren dat de accountant heeft in te staan voor de wettelijke stortingsplicht, ongeacht of een crediteur schade lijdt of niet. Daarmee zeggen ze eigenlijk twee dingen: één, de oprichter hoeven wij daar niet eerst over aan te spreken, we gaan meteen naar de accountant. En twee, de accountant moet een waardeverschil voor honderd procent bijstorten. Dat zijn wel erg grote stappen."

Causaliteit

Wanneer een vennootschap failliet gaat zijn er natuurlijk verschillende oorzaken die daaraan hebben bijgedragen, niet louter het feit dat de vennootschap een wat geringer eigen vermo-

'De rechters redeneren dat de accountant heeft in te staan voor de wettelijke stortingsplicht, ongeacht of een crediteur schade lijdt of niet.'

'In de optiek van de rechter staat de accountant in voor de stortingsverplichting. Maar is dat wel zo?'

'Wat kunnen we nog verder verwachten?'

gen had dan was voorgespiegeld.

"Aan die overige oorzaken gaat de rechter kennelijk voorbij; het faillissement wordt feitelijk aan de accountant toegeschreven", stelt Van Wijngaarden. "Maar hier dient zich wel degelijk de vraag naar de causaliteit aan: is de schade voor de crediteuren uitsluitend te wijten - zoals de rechtbank hier doet - aan het feit dat de accountant niet voldoende heeft geverifieerd of er voldoende is gestort? Wat je naar mijn mening altijd in ogenschouw moet nemen is: wat was er gebeurd als de accountant een juiste inbrengverklaring had gegeven? Als er dan niet zou zijn gestort, moet je bij de crediteuren nagaan of zij onder die omstandigheid wel zouden hebben gecontracteerd. Maar dan moeten ze wel kunnen zeggen dat ze bij de Kamer van Koophandel zijn geweest om na te gaan hoe de vennootschap er financieel voorstond."

Geen haan

In veel gevallen hebben ze dat niet gedaan,

stelt Van Wijngaarden. "Hier komt dat causale verband rechtstreeks om de hoek kijken. In de zaak Netmarketing kon de te betalen vergoeding inderdaad de schade overtreffen.

Het betreft natuurlijk wel datgene waarover de accountant aanvankelijk moest oordelen dat dit bedrag aan de vennootschap ter beschikking was gesteld. Dat doet echter niets af aan de mijns inziens juiste constatering dat als de resultaten zodanig zijn dat crediteuren uiteindelijk kunnen worden betaald, er helemaal geen schade is. Het vervelende is dat dit soort kwesties alleen maar aan bod komt als crediteuren niet betaald kunnen worden. Zolang ze betaald worden kraait geen haan naar de vraag of er voldoende is gestort."

Bijstorten

Waar het allemaal om draait is volgens Van Wijngaarden de vraag of het oorzakelijk verband juist wordt toegepast. "De rest, zoals een vergoeding die de omvang van de schade overtreft, is gewoon een gevolg daarvan en kan daarom naar mijn mening niet als een vorm van boete of straf worden gezien. In de optiek van de rechter staat de accountant in voor de stortingsverplichting. Maar is dat wel zo? Als de verklaring van de accountant onjuist is, dan rust op de oprichter de verplichting om bij te storten. De accountant komt pas aan bod als blijkt dat de oprichter om welke reden dan ook niet in staat is bij te storten. Is hij daartoe niet in staat, dan is dat het risico van de accountant, want die had vooraf moeten verifiëren of er voldoende was gestort. Maar om net te doen alsof de oprichter/inbrenger hier los van staat is geloof ik geen juiste maatstaf."

Zonder faillissement

"Wat kunnen we verder nog verwachten?", vraagt Jan Achten zich af. "Als de accountant niet het faillissement maar een onjuiste verklaring wordt aangerekend kan men zich afvragen of er ook zonder faillissement aansprakelijkheid kan ontstaan. Als de directie na de oprichting 'ontdekt' dat de waarde van de inbreng lager is dan de beschrijving aangeeft, zou een aansprakelijkheidsactie in die richting van de accountant niet ondenkbaar zijn en misschien succes kunnen hebben." ■