

## Accountantsverklaring bij inbreng in natura

### Heeft de accountant zelf nog iets in te brengen?

#### Inleiding

Reeds bij het totstandkomen van de aanpassingswet Tweede EEG-Richtlijn merkte de wetgever op dat de inbrengcontrole door de accountant een complexe taak is, die veel specialistische kennis vereist. Tegen die achtergrond is het, mede gezien het grote aantal 'inbrengen in natura', opmerkelijk dat er geen grote aantallen procedures hebben plaatsgevonden tegen inbrengers en accountants. Behalve het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 12 december 1996 (JOR 1997, 34 m.nt. J.J. van Hees) is het onderhavige arrest van de Hoge Raad van 6 december 2002 (JOR 2003, 3 m.nt. C.J. Groffen), voorzover wij weten, de enige gepubliceerde uitspraak op dit gebied. In het onderhavige arrest laat de Hoge Raad zijn licht schijnen over de aansprakelijkheid van de accountant voor de door hem in het kader van artikel 2:204a lid 2 BW afgegeven verklaring. Daarbij passeren een aantal voor zowel accountants als juristen interessante onderwerpen de revue. Onder andere benadrukt de Hoge Raad in dit arrest de gebondenheid van de accountant aan de inbrengbeschrijving. Ondanks het feit dat dit arrest goed aansluit bij de standaardformulering van de accountantsverklaring die deel uitmaakt van de Ontwerp Richtlijn 860 (zie Richtlijnen voor de Accountants Controle, maart 2002, p. 58) – of andersom zo men wil – vinden wij de regel die de Hoge Raad in dit arrest geeft over de gebondenheid van de accountant aan de inbrengbeschrijving, ongelukkig. Hierna zullen wij betogen waarom. Eerst zetten wij echter kort het arrest uiteen.

#### Casus

De casus is kort samengevat de volgende. In het kader van een inbreng in natura brengt een stichting een boomkwekerij in in een BV. De accountant geeft een verklaring af als bedoeld in artikel 2:204a lid 2 BW. De BV is geen lang leven beschoren en ongeveer een jaar na de oprichting gaat zij failliet. De curator in het faillissement van de BV spreekt vervolgens de accountant aan omdat deze een onjuiste verklaring zou hebben afgegeven, met name omdat het onroerend goed van de boomkwekerij veel te hoog zou zijn gewaardeerd (namelijk voor een verkrijgingsprijs van f 800.000 in plaats van f 309.620), waardoor een te gunstig beeld van de inbreng en de waarde van de onderneming zou zijn geschetst.

De accountant brengt hiertegen in dat een accountant slechts een marginaal oordeel geeft en niet hoeft te beoordelen of elk afzonderlijk actief in de beschrijving juist is gewaardeerd. Daar hier een actieve onderneming met een positieve toekomstverwachting werd ingebracht, had de accountant, naar zijn oordeel, destijds goodwill in aanmerking mogen nemen bij de waardering van de inbreng. Zijn verklaring dat ten minste aan de stortingsplicht was voldaan, was zo beschouwd niet onjuist geweest.

Rechtbank en hof wijzen dit betoog van de accountant van de hand, omdat goodwill door de accountant destijds buiten beschouwing is gelaten bij de waardering van de inbreng. De factor goodwill maakte geen deel uit van de inbrengbeschrijving en kan dus niet bijdragen tot het bedrag van de minimale stortingsplicht. Rechtbank en hof oordelen dat de accountant aansprakelijk is voor het door de curator gevorderde bedrag. De accountant gaat tegen deze zienswijze in cassatie.

Bij de beoordeling van de juistheid van de accountantsverklaring gaat het er volgens de accountant om hoe een zorgvuldig en bekwaam accountant de onderneming in redelijkheid had mogen waarderen. Beslissend is of ten tijde van de inbreng van de onderneming de werkelijke waarde daarvan (samen met de storting in contanten) ten minste het in de verklaring van de accountant genoemde bedrag van de stortingsplicht van de betrokken oprichter beliep. Door te oordelen dat de goodwill niet in de beschrijving was opgenomen en daarom niet door de accountant bij zijn waardebeoordeling mocht worden betrokken, heeft het hof volgens de accountant deze uitleg miskend.

De Hoge Raad merkt naar aanleiding van vorenstaande in zijn arrest om te beginnen op dat:

'de strekking van de bepalingen omtrent de inbreng in natura en de accountantsverklaring is (...) het bieden van een waarborg dat de waarde van de inbreng in natura niet wordt "opgeblazen", dat wil zeggen een waarborg voor de juistheid van de door de oprichters aan die inbreng toegekende waarde, dit met het oog op de bescherming van zowel aandeelhouders als derden'.

De Hoge Raad vervolgt:

'Weliswaar is de accountant vrij een andere waarderingmethode – mits in het maatschappelijk verkeer aanvaardbaar – te kiezen dan de oprichters in de beschrijving, maar het zou in strijd zijn met de hier

bedoelde strekking van de wet te aanvaarden dat de accountant zich in die zin zou mogen losmaken van de beschrijving, dat hij (stilzwijgend) rekening zou mogen houden met andere dan de door de oprichters in de beschrijving genoemde goederen.'

Nadat hij dit heeft opgemerkt, stelt de Hoge Raad vervolgens vast dat het hof, aangezien in de beschrijving werd verwezen naar een balans met activa en passiva, tot uitgangspunt heeft genomen dat in de beschrijving geen goodwill werd genoemd en dat daarin slechts werd bedoeld op de vermelde activa van de onderneming en niet op de gehele onderneming. Zou de accountant goodwill hebben meegenomen, dan zou hij zich hebben losgemaakt van de beschrijving. Dit is niet in overeenstemming met de hiervoor genoemde regel. De Hoge Raad oordeelt dan ook dat het middel faalt.

Ook de andere cassatiemiddelen – waarin respectievelijk (1) het oordeel van het hof wordt bestreden dat de aanwezigheid van goodwill onaannemelijk geacht moest worden, (2) wordt geklaagd over een gepasseerd bewijsaanbod, en (3) wordt betoogd dat het hof een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de causaliteit tussen de schade van de vennootschap en het handelen van de accountant huldigt – worden van de hand gewezen.

### Commentaar

In het hiervoor beschreven arrest gaat het om de interpretatie van artikel 2:204a lid 2 BW. Voorzover hier van belang luidt dit artikellid:

'over de beschrijving van hetgeen wordt ingebracht moet een registeraccountant, of een accountant-administratieconsulent een verklaring afleggen (...) De verklaring houdt in dat de waarde van hetgeen wordt ingebracht bij toepassing van in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar beschouwde waarderingsmethoden, ten minste belooft het in de verklaring genoemde bedrag van de stortingsplicht in geld uitgedrukt, waaraan met de inbreng moet worden voldaan (...).'

Allereerst merken wij op dat de Hoge Raad, waar hij spreekt over de strekking van de accountantsverklaring en de bepalingen omtrent inbreng in natura, aangeeft dat deze 'een waarborg voor de juistheid van de door de oprichters aan die inbreng toegekende waarde' willen bieden. Wij gaan ervan uit dat de Hoge Raad daarmee niet heeft bedoeld te zeggen dat de accountant zou moeten verklaren dat de door de oprichters aan de inbreng toegekende waarde zonder meer juist is, maar slechts dat de inbreng ten

minste evenveel waard is als de stortingsverplichting uitgedrukt in geld. Zou dit anders zijn, dan gaat de Hoge Raad hier een stap verder dan de tekst van artikel 2:204a BW of artikel 10 van de Tweede EEG-Richtlijn (77/91/EEG). Deze bepalingen gaan er immers van uit dat de accountant slechts dient te onderzoeken of de waarde van de inbreng *ten minste* overeenkomt met de waarde van de stortingsplicht. De werkelijke waarde van de inbreng kan dus veel hoger zijn dan de stortingsverplichting.

De Hoge Raad lijkt artikel 2:204a BW – in navolging van de A-G – vervolgens zo te interpreteren dat een accountant bij het afgeven van zijn verklaring uitsluitend dient te letten op hetgeen in de inbrengbeschrijving is opgenomen. De A-G stelt:

'Zoals uit de tekst van 204a blijkt dient de accountant (...) een verklaring af te leggen over de beschrijving van hetgeen wordt ingebracht. Dit impliceert dat slechts de inbreng zoals die uit de beschrijving blijkt, door de accountant in zijn beoordeling mag worden betrokken. Gelet op de waarborgfunctie van de inbrengverklaring ligt dat ook voor de hand: met die waarborgfunctie zou moeilijk zijn te verenigen dat de accountant zijn verklaring baseert op een eigen perceptie van de inbreng, afwijkend van die van de oprichters.'

De Hoge Raad neemt deze gedachte over en stelt dat het in strijd met de gedachte van de wet zou zijn wanneer de accountant buiten de beschrijving om een verklaring zou afgeven.

Behalve de inbrengbeschrijving en de accountantsverklaring kent het proces van inbreng in natura bij oprichting nog een aantal andere relevante documenten: de inbrengovereenkomst, de oprichtingsakte (waarin de inbrengovereenkomst wordt geïncorporeerd en waaraan de accountantsverklaring wordt gehecht) en de eventuele leveringsakten.

Wat de A-G en de Hoge Raad hier niet lijken te erkennen, is dat – zoals wellicht in de onderhavige casus het geval was – er een verschil kan bestaan tussen de inbreng zoals vermeld in de inbrengovereenkomst en de inbreng zoals die door de oprichters is beschreven.

Ook in de wetsgeschiedenis komt dit punt overigens niet aan de orde.

Wij vragen ons af hoe de accountant dient te handelen indien zou blijken dat de inbreng zoals beschreven in de inbrengbeschrijving niet strookt met de inbreng zoals die

blijkt uit de inbrengovereenkomst. Zou de Hoge Raad in dat geval ook van oordeel zijn dat een accountant bij het afgeven van zijn verklaring gebonden is aan de inbrengbeschrijving?

Wij menen dat een (zorgvuldig handelend) accountant in een dergelijk geval juist niet gebonden is aan de beschrijving, maar zich daar, als hem dat goeddunkt, van los zou mogen of zelfs moeten maken. We hebben daar een vier-tal argumenten voor.

Om te beginnen geldt dat in geval van een discrepantie tussen inbrengbeschrijving en inbrengovereenkomst een verklaring die uitsluitend is gebaseerd op de beschrijving, minder over de werkelijke inbreng zegt dan een verklaring waarbij ook de inbrengovereenkomst in aanmerking is genomen. De titel voor de inbreng is immers de inbrengovereenkomst, en niet de inbrengbeschrijving. Partijen hebben zich dus verplicht om te leveren hetgeen in de inbrengovereenkomst staat omschreven.

Bovendien lijkt het, zeker ingeval de goederen zoals weergegeven in de inbrengbeschrijving een hogere waarde vertegenwoordigen dan de inbreng die blijkt uit de inbrengovereenkomst, niet goed te rijmen met de kapitaalbeschermingsratio van de accountantsverklaring om de verklaring louter op de beschrijving te baseren. Dit geldt temeer daar derden (wier belangen de regeling beoogt te beschermen) in het geval van een BV over het algemeen met de beschrijving niet bekend zijn, terwijl zij wel bekend zijn met de aan de akte gehechte inbrengovereenkomst en de accountantsverklaring. Op deze laatste twee documenten zullen derden en aandeelhouders in het algemeen dan ook vertrouwen.

Voorts laat de tekst van het tweede lid van artikel 2:204a BW ruimte voor de interpretatie dat de accountantsverklaring niet enkel op de beschrijving dient te worden gebaseerd. Weliswaar suggereert de eerste volzin van artikel 2:204a lid 2 BW dat de verklaring betrekking heeft op de inbreng zoals beschreven in de inbrengbeschrijving, maar de hiervoor geciteerde derde volzin, die over de inhoud van de verklaring gaat, verwijst naar 'hetgeen wordt ingebracht' en niet naar de beschrijving daarvan door de oprichters. Wanneer men bijvoorbeeld de teksten van accountantsverklaringen zoals opgenomen in het Compendium voor de Jaarrekening bekijkt (hoofdstuk 1.2.2, aant. 57), blijkt dat er ook in de praktijk accountants zijn die zich bij het afgeven van hun verklaring mede richten op de inbrengovereenkomst, hoewel dit gezien hetgeen wij hiervoor opmerkten over Ontwerp-Richtlijn 860 waarschijnlijk een minderheid zal zijn.

Tot slot ligt de gedachte dat de eigen perceptie van de accountant over de waarde van de feitelijke inbreng een rol speelt, ook ten grondslag aan artikel 10 van de Tweede EEG-Richtlijn. Dit artikel legt beschrijving en beoordeling van de inbreng in zijn geheel bij deskundigen neer. De richtlijn gaat ervan uit dat de deskundige zelf een rapport maakt, welk rapport zowel de omschrijving als de waarderingsmethode als een verklaring dat ten minste aan de stortingsplicht is voldaan, bevat.

Wij erkennen overigens dat deze zelfstandige beoordeling van de inbreng minder goed past in de Nederlandse accountantscontrolesystematiek. Over het algemeen geeft de accountant een oordeel over door anderen opgestelde financiële stukken. Daar staat echter tegenover dat, hoewel het opmaken van de beschrijving strikt genomen onder verantwoordelijkheid van de oprichters valt, in de Nederlandse praktijk de accountant in de beschrijvingsfase vaak al betrokken is. Feitelijk zal de accountant dus ook bij het opstellen van de beschrijving en daarmee bij de interpretatie van de inbrengovereenkomst betrokken zijn.

Anders dan de A-G zijn wij dus van mening dat de eigen perceptie van de accountant van de inbreng nu juist wél een rol zou moeten spelen bij het afgeven van de accountantsverklaring in het kader van de inbreng in natura. De accountant is degene die bij uitstek deskundig is om zich zelfstandig een beeld te vormen van de inbreng en de daaraan toe te kennen (minimum)waarde.

Wij vragen ons in het licht van het voorafgaande af of in de regel van de Hoge Raad dat de accountant niet (*stijlzwijgend*) rekening zou mogen houden met andere dan de door de oprichters in de beschrijving genoemde goederen, gelezen mag worden dat de accountant wel *expliciet* rekening zou mogen houden met niet door de oprichters beschreven goederen. Hiertoe zou een accountant aanleiding kunnen zien als hij ervan op de hoogte is dat inbrengbeschrijving en inbrengovereenkomst niet corresponderen. Als dit zo is, zou de accountant in de accountantsverklaring kunnen opnemen dat hij kennis heeft genomen van de inbrengbeschrijving, maar dat de inbrengovereenkomst hem aanleiding geeft om van de beschrijving af te wijken. Een andere mogelijkheid, die wellicht meer voor de hand liggend is wanneer de accountant al betrokken is bij het opstellen van de inbrengbeschrijving, is dat hij in dat kader de oprichters beweegt om de beschrijving aan te passen en anders weigert de verklaring af te geven.

---

## Conclusie

De Hoge Raad is van oordeel dat een accountant bij het afleggen van een accountantsverklaring als bedoeld in artikel 2:204a BW gebonden is aan hetgeen in de inbrengbeschrijving is opgenomen. Wij hebben op grond van een viertal argumenten betoogd dat de accountant bij het opstellen van zijn verklaring ook andere factoren – zoals de inbrengovereenkomst – bij zijn oordeelsvorming over de waarde van de inbreng mag betrekken. Komt de accountant na bestudering van andere documenten vervolgens tot de conclusie dat ook goederen of goodwill die niet in de beschrijving zijn genoemd bij de waardebepaling een rol spelen, dan mag hij deze meenemen bij het afgeven van zijn verklaring, mits hij daarvan maar expliciet melding maakt.

*Mr. I. Timmerman*  
*Mr. P. van der Zanden*  
*Stibbe*