

# Wat is de betekenis van het ‘ten minste’-karakter bij een inbrengverklaring?

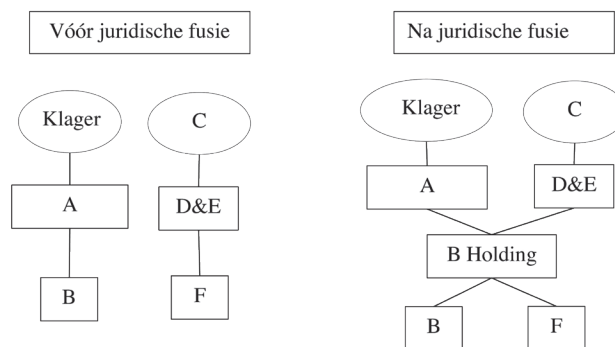
*Noot bij Accountantskamer 18 oktober 2013  
(12/1611 Wtra, ECLI:NL:TACAKN:2013:53)*

*A. Dieleman RA en mr. drs. J.F. Garvelink\**

Twee partijen gaan een juridische fusie aan. Ze richten daartoe een holding op, waarbij de storting op de aandelen van die holding geschiedt door de inbreng van (de aandelen in) de beide te fuseren ondernemingen. Een accountant verstrekt in het kader van die juridische fusie een inbrengverklaring bij de oprichting van de holding. De inbrengverklaring is gebaseerd op de door de oprichters van de BV opgestelde beschrijving van de inbreng in natura. De accountant verklaart dat met de inbreng ten minste aan de stortingsverplichting (de nominale waarde van de uit te geven aandelen van de BV) ad € 1.601.000 wordt voldaan. Na de juridische fusie ontstaan problemen bij een van de ingebrachte ondernemingen. Dat leidt tot onderzoek bij de accountant, naar aanleiding waarvan een procedure bij de Accountantskamer aanhangig wordt gemaakt. Omdat de accountant een gedeelte van de ingebrachte activa en passiva niet, dan wel onvoldoende, zou hebben onderzocht wordt de accountant de maatregel van waarschuwing opgelegd. Deze noot laat zien dat op die uitspraak en de onderbouwing ervan het nodige valt af te dingen. Uit de uitspraak blijkt namelijk ook dat de waarde van de in te brengen vermogensbestanddelen, zelfs wanneer geen rekening wordt gehouden met de niet onderzochte activa en passiva, al ten minste gelijk was aan de stortingsplicht.

## Casus<sup>1</sup>

Een van de klagers in de onderhavige procedure is enig aandeelhouder en bestuurder van een financiële holding (hierna: A). Deze holding heeft twee dochtermaatschappijen (hierna gezamenlijk: B). Klagers voeren besprekingen met C die enig aandeelhouder en bestuurder is van D&E. D&E is de moederverenootschap van F. B en F gaan daarop fuseren. Deze fusie wordt vormgegeven door een nieuw op te richten (tussenholding) B Holding, waarin A en D&E samen gaan participeren. Dat leidt tot het volgende structuurschema:



De inbreng van (de aandelen van) F in B Holding kwalificeert als inbreng in natura. Art. 2:204a lid 1 BW eist dat de inbrengers een beschrijving maken van hetgeen wordt ingebracht onder vermelding van de daaraan toegekende waarde en de toegepaste waarderingsgrondslagen.<sup>2</sup> Over de inbrengbeschrijving van (de aandelen van) F in B Holding wordt door de accountant een inbrengverklaring afgegeven op basis van (het destijds geldende) art. 2:204a lid 2 BW.<sup>3</sup> In die inbrengverklaring verklaart de accountant 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. De inbrengverklaring die de accountant afgeeft bevat de volgende oordeelparagraaf:

\* De auteurs zijn respectievelijk accountant (directeur vaktechniek) bij Mazars in Rotterdam en advocaat in Amsterdam.

1. Deze noot is in november 2013 geschreven. De auteurs wijzen erop dat sedertdien nog een uitspraak over dit onderwerp geweest is (ECLI:TACAKN:2014:8, 13/1846 WtraAK, te raadplegen via [www.tuchtrecht.overheid.nl](http://www.tuchtrecht.overheid.nl)). De auteurs signaleren die uitspraak slechts, ook omdat het kantoor van één van de auteurs in die zaak betrokken is.
2. Deze waarderingsgrondslagen moeten voldoen aan normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd.
3. De verplichte inbrengverklaring is inmiddels, na het van kracht worden van de flex-BV-bepalingen per 1 oktober 2012, vervallen.

'Wij zijn van oordeel dat de waarde van de voorgenomen inbreng naar toestand per 1 oktober 2008, bij toepassing van in Nederland in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar beschouwde waarderingmethoden, welke in de beschrijving zijn vermeld, ten minste gelijk is aan het bedrag van de stortingsplicht ad € 1.601.000 waaraan met de voorgenomen inbreng moet worden voldaan.'

Vervolgens blijkt sprake te zijn van liquiditeitsproblemen bij F, naar aanleiding waarvan C kennelijk voor aanvullende financiering zorgt. De liquiditeitsproblemen zijn daarna niet over, hetgeen voor klagers reden is om de boeken van F te onderzoeken. Er ontstaat een juridisch conflict tussen klagers en C. Naar aanleiding hiervan vindt onderzoek plaats door een door klagers ingeschakelde deskundige. Klagers stellen dat deze derde tot de conclusie is gekomen dat op basis van de accountantsverklaring van de accountant ten onrechte een waarde ad € 169.551 aan de aandelen F is toegerekend. Deze aandelen F, die onderdeel uitmaken van de eerder genoemde in te brengen activa en passiva, hadden volgens klagers slechts een waarde van € 11.437. Het verschil van € 158.114 wordt – zoals kennelijk blijkt uit een rapport van de deskundige – deels verklaard door een provisieboeking van € 65.000 waar klagers vraagtekens bij zetten. De klacht – voor zover relevant in het kader van deze noot – luidt als volgt:<sup>4</sup>

'Betrokkene heeft geen, althans onvoldoende, onderzoek gedaan naar de juistheid c.q. deugdelijke grondslag van de informatie c.q. interne cijfers van F en de daarin doorgevoerde correcties en toch op grond van dit ondeugdelijke onderzoek op 13 november 2008 een accountantsverklaring ex artikel 2:204a lid 2 BW afgegeven'.

### Beoordeling Accountantskamer

De Accountantskamer constateert dat sprake is van een assurance-opdracht, waarmee de accountant zekerheid verschaft.<sup>5</sup> De aard en omvang van de werkzaamheden zijn sterk afhankelijk van specifieke omstandigheden, zo vervolgt de Accountantskamer (r.o. 4.6.3). De Accountantskamer refereert daarbij aan Praktijkhandreiking 1101 ('De betrokkenheid van de accountant bij inbrengtransacties') die destijds door het NIVRA was uitgebracht en zegt daarover het volgende:

'In de op 15 mei 2008 uitgebrachte Praktijkhandreiking 1101 van het NIVRA (thans NBA) 'De betrokkenheid van de accountant bij inbrengtransacties' worden aanwijzingen gegeven omtrent de betrokkenheid van de accountant bij de inbrengtransacties zoals in de handreiking beschreven en de in dat kader uit te voeren werkzaamheden en te vervaardigen rapportages. De accountant onderzoekt ter zake van de informatie zoals opgenomen in de inbrengbeschrijving de volgende aspecten: - Nagaan of de waarderingmethoden die volgens de beschrijving zijn toegepast in Nederland in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbare methoden worden beschouwd; - Nagaan dat deze aanvaardbare methoden op de juiste wijze zijn toegepast; - Vaststellen dat de waarde van hetgeen zal worden ingebracht (de voorgenomen inbreng) ten

minste gelijk is aan het bedrag van de stortingsplicht waaraan met de inbreng moet worden voldaan.'

De Accountantskamer verwijst (nog steeds in r.o. 4.6.3) in datzelfde kader naar Leidraad 7 van de NOvAA ('storting op aandelen anders dan in geld') en zegt daarover onder meer het volgende:

'De aard en omvang van de accountantswerkzaamheden bij inbreng in natura zijn sterk afhankelijk van de specifieke omstandigheden. Uitgangspunt bij het onderzoek door de accountant zijn de in de beschrijving omschreven bestanddelen van de inbreng en de daaraan toegekende waarde(n). Voor de vaststelling dat met de inbreng wordt voldaan aan ten minste het bedrag van de stortingsplicht, zal de accountant bij de inbreng van een onderneming zijn werkzaamheden met name dienen te richten op het toetsen van het bestaan en de waardering van de activa en in sommige gevallen ook de volledigheid van de passiva.'

De Accountantskamer geeft dan aan dat de aanwijzingen in deze handreikingen als zijnde 'best practice rules' voortvloeien uit het voor iedere accountant geldende fundamentele beginsel van deskundigheid en zorgvuldigheid uit de Verordening gedragscode ('VGC').

Na het schetsen van de norm lijkt de Accountantskamer de Praktijkhandreiking/Leidraad (de 'best practice rules') vrij rechtlijnig en rechtstreeks toe te passen op de casus (r.o. 4.6.4). Het bovengenoemde verschil van € 158.114 bestaat als gezegd onder meer uit een post provisie van € 65.000, die in de visie van de Accountantskamer van materieel belang is en tevens incidenteel van aard. Daarom had de accountant, aldus de Accountantskamer, onderzoek moeten doen naar deze post. De accountant wordt verweten dat hij dat niet heeft gedaan: hem wordt een waarschuwing opgelegd.

Vervolgens blijkt uit het slot van de overwegingen (r.o. 4.6.4) dat ook als het bedrag van € 158.114 helemaal wordt geëlimineerd nog steeds aan de stortingsplicht zou zijn voldaan:

'Door ter zake geen nader onderzoek te verrichten heeft betrokkene gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel deskundigheid en zorgvuldigheid. Dit onderdeel van de klacht is daarom gegrond. Wel dient een en ander in zoverre gerelativeerd te worden, dat ook al zou het genoemde verschil ad € 158.114 door betrokkene bij zijn inbrengverklaring in ogen-schouw zijn genomen, dan nog zou dit geen afbreuk hebben gedaan aan de verklaring over het aanwezig zijn van de toentertijd geldende minimale stortingsverplichting op de aandelen van € 1.601.000.'

Deze laatste afweging brengt met zich dat wij een afwijkende opvatting omtrent de beoordeling van dit klachtonderdeel hebben.

4. Uitspraak in nummer 3.1 onder I. Er waren nog twee klachtonderdelen maar die behoeven hier geen bespreking.
5. NV COS 3000. Zie over de reikwijdte van die standaard onder meer onze eerdere bijdrage 'Assurance of niet? Toepassing van NV COS 3000 op een boeterapport ten behoeve van de NMa', *TvJ* 2013, nr. 2/3, p. 51 e.v.

### Analyse: aard van de verklaring bij een inbrengbeschrijving en materieel belang

De Accountantskamer kent in deze uitspraak als gezegd gewicht toe aan de aangehaalde Praktijkhandreiking van het NIVRA 1101 en Leidraad 7 van de NOvAA.

Wij merken allereerst kort op dat een Praktijkhandreiking van het NIVRA destijds geen nadere uitleg aan de regelgeving gaf voor AA's. De Accountantskamer besteedt daar verder geen aandacht aan hoewel de accountant in de onderhavige tuchtzaak een AA is en derhalve de handreikingen van het NIVRA voor hem niet (rechtstreeks) van toepassing waren.<sup>6</sup>

Bedacht moet verder worden dat een Praktijkhandreiking of Leidraad is niet meer dan dat; een door de beroepsorganisatie opgesteld handvat.<sup>7</sup> Het gaat niet om bindende regelgeving en het handelen van de accountant kan er dus ook niet rechtstreeks aan worden getoetst. Dat verklaart ook de tussenstap die de Accountantskamer hier maakt door deze handvaten tot 'best practice rules' te bestempelen en ze vervolgens te gebruiken om de norm uit de VGC in te vullen. Het gevolg daarvan is wel dat hier effectief toch aan de Praktijkhandreiking en Leidraad wordt getoetst; dat lijkt ons wat kort door de bocht. Het zou nadere toelichting verdienen waarom en hoe in een specifiek geval de norm uit de VGC moet worden ingevuld, waarbij uiteraard handreikingen en leidraden vanuit de beroepsorganisaties een rol kunnen spelen.

Wellicht dat het daar ook enigszins begint te wringen bij het lezen van deze uitspraak. De Accountantskamer past de beide handreikingen vrij letterlijk toe en oordeelt dat op grond daarvan de hier relevante post (met name de provisie van € 65.000) beter onderzocht had moeten worden. De vraag is evenwel of dat juist is.

De aard van de door de accountant te verrichten werkzaamheden moet worden afgestemd op het soort mededeling en de mate van assurance die daarbij wordt gegeven. Een accountant past de aard en omvang van zijn werkzaamheden aan de verstrekte opdracht aan. Dat volgt (mede) uit de (wel verbindende) NV COS 3000.<sup>8</sup> Dat betekent dat wij eerst kijken naar wat het karakter van de inbrengverklaring is. De verklaring bij een inbrengbeschrijving is een andere dan die bij een jaarrekening. Die laatste ziet op het getrouwe beeld van een jaarrekening; de daarin verantwoorde posten mogen niet (naar boven of beneden) materiële afwijkingen vertonen. De verklaring bij een inbrengbeschrijving is daarentegen een 'ten minste'-verklaring.

Vergelijk ook NOvAA Leidraad 7:

'Als de accountant van oordeel is dat de waarde van de inbreng ten minste overeenkomt met het bedrag van de stortingsplicht, legt hij de inbrengverklaring af.'<sup>9</sup>

Wij wijzen voorts op alinea 71 van Praktijkhandreiking 1101:

'Zoals reeds eerder is besproken wordt van de accountant verlangd een 'ten minste'-oordeel over de waarde van de inbreng uit te spreken. Dit betekent dat niet alle onderzoeksdoelstellingen, zoals opgenomen in de Standaard 500 'Controle-informatie' in het kader van de onderhavige opdrachten relevant zijn.'

Een gesimplificeerd voorbeeld maakt dat duidelijk. Aan de actiefzijde (de passiefzijde laten wij even buiten beschouwing) van een balans staan twee posten; een auto van € 25.000 en goodwill ter waarde van € 10 miljoen. De accountant die een verklaring omtrent het getrouwe beeld van deze balans moet geven zal zich terdege verdiepen in de goodwill-post. De auto is voor hem of haar geen post van materiële omvang. Wordt deze balans als inbrengbeschrijving gebruikt voor een storting op aandelen waarbij de nominale waarde van de aandelen € 20.000 is, dan kan de accountant volstaan met het controleren van de waarde van de auto. De meerwaarde van de auto en de goodwill worden als agio gestort en daar ziet de verklaring van de accountant niet op. Interessant is dus nader te analyseren hoe de Accountantskamer het materieel belang invult. Materieel belang moet hier worden uitgelegd als: de maximale afwijking die de accountant nog mag accepteren zonder dat hij de inbrengverklaring zou moeten aanpassen of niet zou mogen afgeven. Dat materieel belang wordt dan primair bepaald door het verschil tussen de waarde van de inbreng en de stortingsplicht. Dat geeft de ruimte voor de accountant aan. Vervolgens dient de accountant uit oogpunt van zorgvuldigheid een extra veiligheidsmarge in te bouwen, omdat hij geen integrale controle van de in te brengen vermogensbestanddelen zal uitvoeren en hij tevens rekening moet houden met het mogelijk niet ontdekken van (andere) fouten. Op dat punt geeft de uitspraak (helaas) geen nadere duidelijkheid. Door – zonder nadere toelichting – de geboekte provisie<sup>10</sup> als materiële post aan te merken en te oordelen dat de accountant deze had behoren te onderzoeken, terwijl uit de uitspraak blijkt dat zelfs indien de waarde van die post nihil was de accountant nog steeds zijn 'ten minste'-verklaring af had moeten geven, legt de Accountantskamer (voor zover wij uit de uitspraak af kunnen leiden) de verkeerde norm aan. Het maximale verschil van € 158.114 was immers kennelijk niet materieel; ook als dat bedrag volledig geëlimineerd was zou de accountant zijn verklaring af hebben moeten geven. Dat brengt met zich dat hij die post in het kader van deze opdracht niet nader hoefde te onderzoeken.<sup>11</sup>

6. Impliciet gaat de Accountantskamer er vanuit dat de 'best practice rules' gelijk zijn voor AA's en RA's, hetgeen juist lijkt, maar enige voorzichtigheid is wel geboden nu AA's in de regel niet zoveel acht zullen slaan op regelgeving voor RA's. De fusie van de beide beroepsorganisaties tot de NBA zal overigens betekenen dat dat onderscheid gaat vervagen.
7. Anders dan de NV COS waar, net als aan de VGC, wel rechtstreeks aan kan worden getoetst. De NV COS bevat evenwel net als de VGC voor inbrengverklaringen geen specifieke regels, alleen algemene kaders.
8. Vergelijk bijvoorbeeld NV COS 3000.<sup>12</sup> en verder.
9. NOvAA Leidraad 7 'Storting op aandelen anders dan in geld (inbreng in natura)', p. 14.
10. Er is kennelijk ook sprake geweest van wat andere posten zoals salariskosten; daar geldt hetzelfde voor. Wij beperken ons hier tot de kennelijk grootste post; de provisie.
11. Voor de goede orde: dat zou anders kunnen liggen als er daarnaast ook andere posten niet onderzocht zijn en het totaal van de niet-onderzochte posten, rekening houdend met een veiligheidsmarge, groter zou zijn dan het verschil tussen de beschreven waarde en de stortingsplicht. Daarvan blijkt uit de uitspraak in ieder geval niet.

Met andere woorden: ook na correctie van het genoemde bedrag was blijikbaar de waarde van de in te brengen vermogensbestanddelen nog hoger dan de stortingsplicht. En dat is hetgeen de accountant verklaart; niets meer en niets minder. De Accountantskamer lijkt dat hier wat uit het zicht te zijn verloren.

Wij signaleren daarnaast twee nadere aspecten die ons zijn opgevallen.

De uitspraak bevat - wellicht omdat partijen daarover niet zijn begonnen - geen overweging over het feit dat de waarde van de in te brengen activa op basis van de interne cijfers een negatieve waarde liet zien. Hierbij moet bedacht worden dat kennelijk nog geen correctie voor goodwill was opgenomen. Het roept de interessante vraag op of mogelijk sprake was van verliesgevende activiteiten (zeker gelet ook op het verliesgevende vervolg na de fusie). Dan rijst automatisch ook de vraag of dit voor de accountant bij het plannen van zijn controlewerkzaamheden niet reden had moeten zijn om aanvullende werkzaamheden te verrichten en het materieel belang neerwaarts bij te stellen. Helaas zwijgt de uitspraak op dit punt, hoewel dit wel relevante informatie is voor het beoordelen van de casus en de uitspraak.

Wat ons ook opvalt, maar verder niet in de casus terugkomt, is dat in de inbrengverklaring agio niet expliciet wordt in- of uitgesloten. Een dergelijke uitsluiting werd - ook in die tijd - door NIVRA en NOvAA altijd geadviseerd om op die manier volstrekte duidelijkheid te verschaffen over het feit dat het agio bij een BV - zo was ook destijds de heersende leer - buiten de stortingsplicht viel. Ook de voorbeeldteksten uit die tijd bevatten de toevoeging 'waarbij in het kader van deze voorgenomen inbreng het agio niet in het bedrag van de stortingsplicht is begrepen'. Uit de uitspraak blijkt overigens niet of dit aspect verder relevant is voor de beoordeling van deze casus.

### Conclusies

Bij het afgeven van een inbrengverklaring gelden uiteraard de fundamentele beginselen van deskundigheid en zorgvuldigheid. De aard en omvang van de werkzaamheden worden vervolgens - bij een inbrengverklaring - in belangrijke mate beïnvloed door het verschil tussen de waarde van de in te brengen vermogensbestanddelen en de stortingsplicht. Als de accountant op basis daarvan zijn werkzaamheden beperkt, is dat in overeenstemming met de genoemde fundamentele beginselen. Afhankelijk van het verschil tussen de waarde van de inbreng en de stortingsplicht hoeft het dan geen enkel bezwaar te zijn bepaalde posten helemaal niet aan controle te onderwerpen. Dat geldt uiteraard alleen in de situatie dat de waarde van de resterende in te brengen vermogensbestanddelen per saldo hoger is dan de stortingsplicht en de accountant daarover ook voldoende controlezekerheid kan verkrijgen.

Als daarvan in de onderhavige casus sprake is, wij leiden dat af uit de uitspraak (helemaal helder is het niet), is de accountant hier ten onrechte een maatregel opgelegd. Los daarvan geldt dat de Accountantskamer hier - ongeacht de uitkomst van de zaak - in onze visie niet de juiste norm aanlegt.