



Kwartaalupdate

Beroepsaansprakelijkheid

Q1 2021

Introductie

Auteurs: [Thomas Munnik](#), [Annerieke Meerkerk](#) en [Vincent Terlouw](#)

In het eerste kwartaal van 2021 zijn er op www.rechtspraak.nl weer verschillende uitspraken gepubliceerd waarin een (civiele) vordering tegen een beroepsbeoefenaar werd ingesteld. Het merendeel van de uitspraken betrof een tegen een advocaat of notaris ingestelde vordering. Daarnaast betrof het verschillende uitspraken over de aansprakelijkheid van accountants en belastingadviseurs.

In deze Kwartaalupdate Beroepsaansprakelijkheid voor Q1 2021 is een selectie gemaakt uit deze uitspraken. De navolgende onderwerpen komen aan bod:

- 01. Aansprakelijkheid curator in faillissement wegens verkoop verpande bedrijfsvoorraad?**
Daartegenover: aansprakelijkheid (direct en indirect) bestuurder wegens onbehoorlijke taakvervulling jegens de boedel? (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021) **2**
- 02. Buitencontractuele aansprakelijkheid accountant – vordering in verband met ondeugdelijke advisering verjaard?** (Hoge Raad 29 januari 2021) **7**
- 03. Aansprakelijkheid notaris/belastingadviseur/accountant – verjaring, klachtplicht** (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 februari 2021) **11**
- 04. Aansprakelijkheid accountant voor onverantwoorde dividenduitkering** (Rechtbank Rotterdam 3 februari 2021) **15**
- 05. Aansprakelijkheid belastingadvies- en accountantskantoor – toerekenbare tekortkoming in de nakoming van haar zorgplicht?** (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 maart 2021) **18**
- 06. Aansprakelijkheid deurwaarderskantoor voor het niet (tijdig) aanbrengen van een dagvaarding?** (Gerechtshof Amsterdam 9 maart 2021) **21**

01

Aansprakelijkheid curator in faillissement wegens verkoop verpande bedrijfsvoorraad?

Daartegenover: aansprakelijkheid (direct en indirect) bestuurder wegens onbehoorlijke taakvervulling jegens de boedel?

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021)

In deze gevoegde hoger beroepsprocedures liggen enerzijds de vragen voor of de curator pro se (persoonlijk) of (subsidiar) q.q. (in hoedanigheid van curator) aansprakelijk is jegens de direct bestuurder van zijn failliet vanwege onrechtmatig handelen en anderzijds de vraag of de direct en indirect bestuurder wegens onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk zijn jegens de faillissementsboedel.

In deze kwartaalupdate beroepsaansprakelijkheid zal de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering jegens de bestuurders slechts kort besproken worden om vervolgens uitgebreid stil te staan bij de beroepsaansprakelijkheidsvordering. De liefhebber wordt graag verwezen naar de Ploum Kwartaalupdate Bestuurdersaansprakelijkheid Q1 2021 voor een uitgebreidere bespreking van de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering.

Kort en goed deed zich hier – voor het navolgende voor.

Groothandel Import Cooperation Europe B.V. (“Import”) is op 8 november 2016 in staat van faillissement verklaard met aanstelling van een curator (“de Curator”). Op enig moment wordt de direct bestuurder en de natuurlijke-persoon indirect bestuurder van Import door de Curator aansprakelijk gesteld wegens onbehoorlijke taakvervulling ex artikel 2:248 BW. Dit (voornamelijk) vanwege het feit dat zowel de boekhoudverplichting als de deponeringsverplichting zou zijn geschonden. Bij de rechtbank wordt deze aansprakelijkheid van de bestuurders aangenomen.

De bestuurders van Import bestrijden in hoger beroep het oordeel van de rechtbank dat er sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van artikel 2:248 BW (jo 2:11 BW) door schending van de boekhoudverplichting (artikel 2:10 BW) en de

deponeringsverplichting (artikel 2:394 BW). De bestuurders weten de schending van de boekhoudverplichting van tafel te krijgen door te bewijzen dat er wel een deugdelijke administratie werd gevoerd. Helaas voor hen staat de schending van de deponeringsverplichting vast en weten zij – ter weerlegging van het bewijsvermoeden van artikel 2:248 BW - geen andere belangrijke oorzaak van het faillissement aan te tonen. De persoonlijke aansprakelijkheid blijft overeind.

Ik verwijs nogmaals naar de Ploum Kwartaalupdate Bestuurdersaansprakelijkheid Q1 2021 voor een uitgebreidere bespreking van deze bestuurdersaansprakelijkheidsvordering. Dan nu de beroepsaansprakelijkheidsvordering.

In eerste aanleg liep er een separate procedure waarin de direct bestuurder van Import de Curator zowel q.q. als pro se aansprakelijk hield wegens onrechtmatig handelen. Dit onrechtmatig handelen zou zich voorgedaan hebben bij de verkoop van verpande roerende zaken door de Curator. Kort gezegd werd de Curator verweten (i) de zaken verkocht te hebben wetende dat er een pandrecht op rustte van de direct bestuurder, (ii) de zaken voor een te laag bedrag verkocht te hebben en (iii) de rechter-commissaris te hebben misleid.

Bij de beoordeling of de Curator aansprakelijk is jegens de direct bestuurder moet worden onderscheiden tussen de aansprakelijkheid van de curator q.q. (in hoedanigheid) en pro se (persoonlijk).

Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad geldt voor aansprakelijkheid van een curator pro se het volgende uitgangspunt. Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe. Bij het gebruikmaken van die vrijheid geldt de Maclou-norm die inhoudt dat een curator, kort gezegd, behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. Voor zover de curator wel is gebonden aan regels, heeft hij de hiervoor genoemde beleidsvrijheid niet. Komt hij die regels niet na, dan zal hij in beginsel op die grond persoonlijk

aansprakelijk zijn jegens degenen met de belangen van wie hij bij de naleving van die regels rekening diende te houden.

Verder stelt het hof voorop dat het verweten handelen van de Curator moet worden beoordeeld naar de situatie zoals deze ten tijde van dat handelen was (ex tunc). Daarbij is mede van belang over welke informatie de Curator op dat moment beschikte. Tegen die achtergrond oordeelt het hof als volgt.

Op de dag van het faillissement heeft de Curator van de bestuurders een tweetal geregistreerde pandlijsten ontvangen. Volgens de direct bestuurder had de Curator alleen al op basis hiervan haar pandrecht op de bedrijfsvoorraad moeten erkennen. Het hof gaat hierin niet mee en wijst terecht erop dat voor de vestiging van een bezitloos pandrecht zoals hier aan de orde is op grond van artikel 3:237 lid 1 jo. 3:236 lid 2 jo. 3:84 BW onder meer een geldige titel voor verpanding vereist. In de pandlijsten wordt weliswaar gerefereerd aan een bestaande verpandingsovereenkomst tussen de direct bestuurder en Import van 31 december 2014 (de titel), maar het bestaan van deze overeenkomst dient ook te blijken. De verwijzing in de overgelegde pandlijsten is daarvoor niet voldoende.

In de daarop volgende week heeft de Curator meermaals gevraagd om de verpandingsovereenkomst, welke maar niet kwam. Op enig moment kon de Curator niet anders – mede vanwege de nadere opleveringsdatum van het gehuurde bedrijfspand – dan de zaken te verkopen. Ondanks andersluidend verweer van de pandhouder komt niet vast te staan dat de Curator ten tijde van de verkoop van de bedrijfsvoorraden al bekend was met de pandakte en die pandrechten inhoudelijk had kunnen beoordelen zodat niet is gebleken dat zij ten onrechte en in weerwil van rechtsgeldige pandrechten, de bedrijfsvoorraden van Import heeft verkocht.

De Curator heeft naar oordeel van het hof bovendien voldoende rekening gehouden met de (mogelijke) rechten van de pandhouder door meermaals te vragen om de onderliggende verpandingsstukken over te leggen, de verkoop van de voorraden eveneens meermaals aan te kondigen en door per e-mail aan te bieden om afspraken te maken over de verdeling van de opbrengst van de voorraden, mocht later alsnog komen vast te staan dat er een rechtsgeldig pandrecht bestaat. De pandhouder heeft

van die uitnodiging geen gebruik gemaakt. Deze handelwijze levert dan ook geen aansprakelijkheid (pro se of q.q.) op van de Curator jegens de direct bestuurder/pandhouder.

De direct bestuurder stelt verder dat de uitgevoerde taxatie van de bedrijfsvoorraden en het biedingsproces ondeugdelijk zijn geweest en dat de Curator de voorraden voor een veel te laag bedrag heeft verkocht en daardoor de boedel heeft benadeeld. In de kern komt het verwijt erop neer dat de Curator geen gebruik heeft gemaakt van de voorraadlijsten van Import die zij volgens de direct bestuurder tot haar beschikking had en waaruit zou blijken dat de bij Import aanwezige voorraden een veel hogere waarde hadden dan waarvoor ze uiteindelijk zijn verkocht. Ook dit verwijt wordt ten onrechte gemaakt.

Kort gezegd weet de Curator aan te tonen dat (i) de aangeleverde voorraadlijsten verouderd waren, (ii) zij meerderde partijen heeft uitgenodigd om een bod te doen en slecht twee partijen überhaupt een bod deden en de voorraad aan de hoogste bidder is verkocht (kennelijk is dit de waarde in de markt) en (iii) is de bedrijfsvoorraad ook nog aangeboden aan een aan de direct bestuurder gelieerde partij. Tegen die achtergrond oordeelt het hof dat van een ondeugdelijke wijze van verkoop of een ondeugdelijk biedingsproces niet is gebleken zodat ook niet gebleken is van onjuist boedelbeheer of anderszins onrechtmatig handelen door de Curator (q.q. of pro se) met betrekking tot de verkoop van de bedrijfsvoorraad.

Tenslotte de stelling dat de Curator de rechter-commissaris onjuist zou hebben voorgelicht bij het vragen van toestemming voor de voorgenomen verkoop. Dit ziet het hof niet. De brief van de Curator aan de rechter-commissaris waarin die toestemming gevraagd wordt maakt melding van de uitgenodigde opkopers, de biedingen, de (gepretendeerde) vordering en pandrechten van de direct bestuurder op de voorraden en het ontbreken van onderliggende stukken om die vordering en pandrechten te kunnen beoordelen. Volgens de direct bestuurder zou de Curator ook gehouden zijn om alle correspondentie die zij met de direct bestuurder had gevoerd mee te sturen bij dit toestemmingsverzoek. Volgens het hof niet. Het geheel of gedeeltelijk meesturen van de met de direct bestuurder hierover gevoerde correspondentie was naar oordeel van het hof niet nodig (omdat die voldoende was

weergegeven in de brief van de Curator aan de rechter-commissaris) en het achterwege laten daarvan levert in elk geval geen onrechtmatig handelen op jegens de direct bestuurder.

De vorderingen van de direct bestuurder jegens de Curator werden net als in eerste aanleg ook in hoger beroep zowel q.q. als pro se afgewezen.

02

Buitencontractuele aansprakelijkheid accountant – vordering in verband met ondeugdelijke advisering verjaard?

([Hoge Raad 29 januari 2021](#))

In een uitspraak van de Hoge Raad van 29 januari 2021 staat de buitencontractuele aansprakelijkheid van een accountant centraal. Een accountant kan jegens zijn opdrachtgever tekortschieten in de nakoming van een verstrekte opdracht, of uit dien hoofde onrechtmatig handelen. In de rechtspraak draait het echter ook om de mogelijke aansprakelijkheid van een accountant jegens derden. Hoever reikt deze? En maakt het daarbij uit welk type werkzaamheden de accountant heeft verricht?

In deze zaak – tussen zeven eisers en drieëntwintig verweerders – staat onderneming A, die een onderneming in de productie en verkoop van luxe motorsloepen drijft, centraal. Twee van de eisers in deze procedure tonen zich geïnteresseerd in overname van het jachthavencomplex waarin A gevestigd was, waarna eveneens gesprekken op gang zijn gekomen over een overname van de onderneming van A (waarbij zowel de aandelen als IP-rechten zouden worden overgedragen).

Een accountant, als maat verbonden aan een accountantskantoor, wordt door A ingeschakeld om de jaarrekeningen van A over de boekjaren 2000 en 2001 samen te stellen. Een andere accountant van hetzelfde kantoor heeft de halfjaarcijfers over de eerste helft van 2002 opgesteld, en op 19 augustus 2002 aan A toegezonden.

Het hierboven beschreven accountantskantoor biedt daarnaast fiscale adviesdiensten aan haar klanten. Deze activiteiten worden via een separate maatschap verricht. Een van haar fiscalisten adviseert de hierboven genoemde twee potentiële kopers in juni 2002 over de verwerving van het jachthavencomplex. Het jachthavencomplex wordt vervolgens overgedragen aan een vennootschap, waarvan alle aandelen (indirect) worden gehouden door de twee genoemde personen. Zij hebben bovendien de aandelen in A gekocht; de aandelen zijn vervolgens aan de genoemde vennootschap geleverd. De door hen gekochte IP-rechten worden ten slotte nog overgedragen

aan een vennootschap naar Maltees recht (B).


Enkele maanden na de bedoelde transacties, in december 2002, vindt een nieuwe transactie plaats waarbij een gedeelte van het aandelenkapitaal in A en B wordt overgedragen aan twee nieuwe kopers. Binnen twee jaar na deze transactie, in september 2008, wordt A failliet verklaard.

Na faillietverklaring richten de kopers (zowel de 'oorspronkelijke' als de 'latere' kopers) hun pijlen op de betrokken accountants. Tegen beide accountants worden tuchtklachten ingediend bij (de voorloper van) de Accountantskamer. In hoger beroep oordeelt het College van Beroep voor het Bedrijfsleven dat een deugdelijke grondslag ontbrak voor de opgemaakte (voorlopige) cijfers. Beide accountants krijgen hierop een berisping.

Zoals vaker, lijkt de tuchtprocedure een opstapje te zijn naar een civielrechtelijke procedure. De toets die de civiele rechter aanlegt, is echter wel een andere dan die van de tuchtrechter. Een voor de accountant negatief oordeel van de tuchtprocedure hoeft civielrechtelijk dus niet per definitie negatieve gevolgen te hebben. Wel moet de civiele rechter voldoende motiveren waarom in zijn uitspraak wordt afgeweken van het eerdere oordeel van de tuchtrechter (bijvoorbeeld waar het de verwijtbaarheid van de verweten gedraging betreft). In een artikel uit 2018, dat op [onze website](#) is gepubliceerd, gaan we hier dieper op in (onder verwijzing naar een [uitspraak uit 2017](#)).

In de civiele procedure in deze zaak, waarbij ook alle maten van de beide maatschappen (en de maatschappen zelf) worden gedagvaard, vorderen alle kopers (zowel de kopers in juni 2002 als de kopers in december 2002) vergoeding van door hen geleden schade. Door de rechtbank en het hof worden deze vorderingen afgewezen.

Voor deze bijdrage is vooral de positie van de accountants jegens de kopers in december 2002 relevant. Zij stellen zich bij hun aankoopbeslissing te hebben gebaseerd op de door de accountants opgestelde stukken over 2000 tot en met de eerste helft van 2002. Zij stellen dat zij daarop mochten vertrouwen, en overigens ook




op de kennelijke mededeling van de fiscalist dat onderzoek door een ander accountantskantoor niet nodig was. Volgens het hof hoefde er geen rekening mee gehouden te worden dat deze stukken ook door eventuele latere kopers (die op het moment dat de stukken werden opgesteld nog niet in beeld waren) zouden worden gebruikt. Jegens hen is volgens het hof geen zorgplicht geschonden.

In cassatie buigt de Hoge Raad zich ook hierover. Allereerst zet de Hoge Raad het algemene leerstuk van de uitvoering door een accountant van een niet-wettelijke taak uiteen. Volgens de Hoge Raad moet steeds naar de omstandigheden van het geval worden beoordeeld of de accountant jegens een derde heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Als de accountant ermee rekening moet houden dat een derde zijn gedrag door een door hem opgestelde rapportage laat leiden, kan van hem worden verlangd dat hij maatregelen treft om te voorkomen dat hieraan ten onrechte (of een onjuiste) betekenis toekomt. In het geval van het jachthavencomplex: moesten de accountants ermee rekening houden dat latere kopers zich nog op de eerder opgestelde stukken zouden beroepen? De Hoge Raad volgt hierin het hof: het oordeel van het hof dat de accountants geen zorgplicht hebben geschonden, omdat zij er geen rekening mee hoefden te houden dat derden zich nog zouden baseren op hun rapportages, is volgens de Hoge Raad juist.

De Hoge Raad vermeldt hierbij overigens dat het gaat om de uitvoering door een accountant van een niet-wettelijke taak. Dit ter onderscheid van een wettelijke taak – hierbij kan worden gedacht aan de controle van een jaarrekening. Wanneer de accountant een goedkeurende verklaring bij een jaarrekening afgeeft, moeten derden die van deze jaarrekening kennis nemen hierop kunnen vertrouwen. De accountant heeft een maatschappelijke zorgplicht jegens derden. Deze regel is ontwikkeld in het [Vie d'Or arrest](#) van de Hoge Raad uit 2006.

Bij de uitspraak van de Hoge Raad kunnen enige kanttekeningen worden geplaatst. Advocaat-generaal Hartlief had in zijn conclusie nog geoordeeld dat het voor de accountants geen denkbeeldig scenario moet zijn geweest dat toekomstige kopers zich bij de investeringsbeslissing nog op hun rapportages zouden baseren. De cijfers zijn bovendien voor hetzelfde doel gebruikt als waarvoor ze zijn opgesteld: in het kader



van een investeringsbeslissing. De zorgplicht van de accountant zou hiermee op een mogelijk willekeurige wijze worden beperkt.

Voor de accountant is het goed om te realiseren dat de zorgplicht jegens derden mede wordt gekleurd door het onderscheid tussen wettelijke en niet-wettelijke taken. Voor de laatste categorie geeft de Hoge Raad in deze uitspraak enige duidelijkheid. De accountant moet erop bedacht zijn dat opgestelde stukken mogelijk ook door derden worden gebruikt. Zijn de stukken daarvoor geschikt? Mag de derde hierop zomaar vertrouwen? Onder omstandigheden kan de accountant er goed aan doen dergelijke vraagstukken al in de stukken zelf naar voren te brengen.

03

Aansprakelijkheid notaris/belastingadviseur/ accountant – verjaring, klachtplicht

(Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 februari 2021)

De (beoogde) overdracht van percelen in 2001 en 2002 houdt de rechtspraak anno 2021 nog bezig. Onmiddellijk komt dan de vraag op of de vordering die ten aanzien van het relevante feitencomplex is ingesteld niet inmiddels is verjaard. Die vraag staat centraal in deze uitspraak van het gerechtshof 's-Hertogenbosch.

In 1985 en 1986 heeft een vennootschap een onroerende zaak in eigendom (gelegen aan 'perceel 1') verkregen. De 100%-dochter van deze vennootschap (in de uitspraak aangehaald als "het Constructiebedrijf") verkrijgt in 1989 eveneens onroerend goed in eigendom (gelegen aan 'perceel 2'). Althans, zo lijkt het. Bij de betreffende transactie blijkt door de destijds betrokken notaris een fout te zijn gemaakt in de aanduiding van het Constructiebedrijf, evenals in de tenaamstelling van het perceel in het kadaster.

Jaren later, vanaf 2001/2002, vinden de belangrijkste gebeurtenissen plaats die tot de onderhavige procedure hebben geleid. De belastingadviseur van de vennootschap adviseert in juni 2001 om het onroerend goed van het Constructiebedrijf over te dragen aan de vennootschap. De belastingadviseur geeft bij brief van 26 oktober 2001 opdracht aan een notaris (niet de in 1989 betrokken notaris) een ontwerp te maken voor de akte van overdracht. Bij brief van 31 oktober 2001 wordt hierop geantwoord dat de hierboven genoemde onroerende zaken allebei reeds eigendom van de vennootschap waren. Slechts de tenaamstelling in het kadaster zou moeten worden aangepast. Een verzoek met deze strekking wordt door de notaris bij het Kadaster ingediend, hetgeen ook aan de vennootschap wordt bevestigd. De accountant van de vennootschap, belast met het samenstellen van de jaarrekening over 2001, heeft ten slotte in de jaarrekening over 2001 verwerkt dat (onder andere) 'perceel 2' in eigendom aan de vennootschap zou toebehoren.

Een klein tussenstapje naar 2007. Op 14 februari 2007 worden hypotheekrechten verstrekt aan ABN Amro ten aanzien van 'perceel 1' en 'perceel 2': ten aanzien van 'perceel 1' door de vennootschap en ten aanzien van 'perceel 2' door het

Constructiebedrijf. Opvallend, gelet op wat hierboven is beschreven. Voor de beoordeling van de zaak zal dit een cruciaal moment blijken te zijn.

Het Constructiebedrijf wordt op 4 februari 2014 failliet verklaard. De curator stelt dat 'perceel 2' eigendom was van het Constructiebedrijf, en niet van de vennootschap. De vennootschap verliest een hierover tegen de curator aangespannen procedure (uitspraak op 13 januari 2016). In maart 2017 hebben de vennootschap en de curator vervolgens een minnelijke regeling getroffen.

Na het voorgaande richt de vennootschap haar pijlen op de hierboven beschreven partijen: de notaris, de belastingadviseur en de accountant. Alle hebben volgens de vennootschap verwijtbaar gehandeld. De notaris en de belastingadviseur, omdat zij er niet zorg voor hebben gedragen dat 'perceel 2' conform opdracht aan de vennootschap is overgedragen. De accountant, omdat in de jaarstukken ten onrechte was opgenomen dat 'perceel 2' in eigendom aan de vennootschap toebehoorde.

Over de inhoudelijke beoordeling van de verwijten, waaraan het hof in hoger beroep enkele passages wijdt, zullen we het in deze bijdrage kort houden: de notaris en de belastingadviseur zijn volgens het hof tekortgeschoten in de uitvoering van hun opdracht (een naamswijziging was onvoldoende, en dat hadden beide kunnen weten), voor de accountant geldt dit niet (hij mocht, gelet op het feit dat er 'slechts' sprake was van een samenstelopdracht en niet van een controleopdracht, vertrouwen op de juistheid van de informatie die hij van de vennootschap ontving).

Is de vordering verjaard?

Het tijdsverloop speelt in deze zaak echter wel een doorslaggevende rol. Door de drie beroepsbeoefenaren wordt een beroep op verjaring op grond van artikel 3:310 Burgerlijk Wetboek gedaan. Dit artikel bepaalt kort gezegd dat een vordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaar na de dag waarop de benadeelde met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. De beroepsbeoefenaren stellen dat dat moment in 2007 is geweest, namelijk op het moment dat de hypotheekaktes werden gepasseerd. Daaruit volgde immers dat 'perceel 2' in eigendom toebehoorde aan het Constructiebedrijf, en niet

aan de vennootschap. Vanaf dat moment is, ook volgens het hof, de verjaringstermijn van vijf jaar gaan lopen. Deze termijn heeft de vennootschap laten verstrijken, zonder tijdig een stuitingshandeling te verrichten. Daarmee is de vordering van de vennootschap ten aanzien van de notaris verjaard. Ten aanzien van de belastingadviseur en de accountant geldt dit overigens niet: door hen is volgens het hof te laat een beroep op verjaring gedaan, namelijk bij de zitting in hoger beroep. Dat had volgens het hof op een eerder moment moeten, namelijk uiterlijk bij memorie van antwoord.

Is een beroep op de klachtplicht mogelijk?

Daarnaast doen de beroepsbeoefenaren een beroep op de klachtplicht van artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek: de vennootschap zou te laat bij hen hebben geklaagd over hun vermeende tekortschieten. De vennootschap verweert zich hiertegen met de stelling dat de klachtplicht niet geldt: zij zou zich primair beroepen op onrechtmatige daad en niet op een wanprestatie jegens haar. Het hof bevestigt dat de klachtplicht niet ziet op onrechtmatig handelen, maar voegt hieraan toe dat deze wel geldt wanneer de vordering is gegrond op feiten die tevens zouden wijzen op een wanprestatie (zie: [Hoge Raad 14 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176](#)). Dat is hier het geval, aldus het hof. Ook bevestigt het hof dat de klachtplicht ziet op situaties waarin sprake is van ondeugdelijke nakoming (“een gebrek in de prestatie”), en niet op situaties waarin in het geheel geen nakoming heeft plaatsgevonden. Ook daarvan is hier sprake.

Voor wat betreft de inhoud van het beroep op de klachtplicht oordeelt het hof dat deze inderdaad is geschonden door de vennootschap. Zij had op een eerder moment dan in 2014 moeten klagen. Anders dan de vennootschap beweert, wist zij ook op een eerder moment dat sprake zou zijn van schade, namelijk op het moment dat de hypotheekaktes in 2007 zijn gepasseerd. Die schade was er volgens het hof op dat moment al: zij kreeg immers geen onroerende zaak geleverd, waarvoor zij wel reeds had betaald. Door niet op dat moment te klagen, heeft de vennootschap de positie van de beroepsbeoefenaren geschaad. Vóór faillietverklaring van het Constructiebedrijf was levering van ‘perceel 2’ aan de vennootschap immers nog mogelijk geweest, daarna niet meer. ‘Herstel’ was dus niet meer mogelijk. Ook is hun bewijspositie door het lange stilzitten geschaad.

Al met al honoreert het hof het beroep op de klachtplicht, en ten aanzien van de notaris ook het beroep van de notaris op verjaring. Het vonnis van de rechtbank wordt hiermee bekrachtigd.

Bij een lang tijdsverloop tussen een verweten gedraging en het moment van aansprakelijkstelling of het starten van een procedure, wordt al gauw gekeken naar de leerstukken van verjaring en klachtplicht. Zo ook in deze zaak.

04

Aansprakelijkheid accountant voor onverantwoorde dividenduitkering

([Rechtbank Rotterdam 3 februari 2021](#))

Accountants die niet waarschuwen voor de gevolgen van een mogelijk onverantwoorde dividenduitkering die hun opdrachtgevers verrichten aan hun aandeelhouders. Dergelijke zaken komen regelmatig voor. In een eerdere kwartaalupdate (Q1 2020) schreven we al over de mogelijke aansprakelijkheid van accountant Deloitte jegens de gezamenlijke schuldeisers van de failliete scheepswerf Welsec in Harlingen. In [de betreffende uitspraak](#) werden de vorderingen van de curator jegens Deloitte in hoger beroep afgewezen. Van een schending van een op de accountant rustende zorgplicht was volgens het hof geen sprake.

In de onderhavige uitspraak wordt de controlerend accountant niet door de curator van de failliete vennootschap aansprakelijk gesteld, maar door de bestuurder. De bestuurder is op zijn beurt door de curator aansprakelijk gesteld op de voet van artikel 2:216 Burgerlijk Wetboek.

Artikel 2:216 Burgerlijk Wetboek regelt de voorwaarden waaronder een vennootschap mag overgaan tot uitkering van bedragen (veelal gerealiseerde) winst aan haar aandeelhouder(s). Hierbij moet worden voldaan aan de zogeheten balanstest en uitkeringstest. Bij de balanstest moet worden beoordeeld of de uitkering volgens de laatste balans mogelijk is, namelijk of het eigen vermogen na uitkering nog hoger is dan het bedrag aan wettelijke en statutaire reserves. In sommige gevallen kan het voldoende zijn dat het eigen vermogen hoger is dan EUR 0. De uitkeringstest is meer omvattend: het bestuur van de vennootschap dient te beoordelen of de vennootschap na uitkering zal kunnen blijven doorgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Weet het bestuur, of moet zij redelijkerwijs voorzien, dat dat niet het geval is, dan dient zij haar goedkeuring aan een voorgenomen uitkering te onthouden. Doet zij dat in die situatie niet (en kan de vennootschap niet langer de opeisbare schulden voldoen), dan is de bestuurder jegens de vennootschap aansprakelijk voor het ontstane tekort.

In deze zaak is B bestuurder en enig aandeelhouder van Beheer. Beheer is op haar beurt enig aandeelhouder en, samen met B, bestuurder van Exploitatie. Exploitatie is op 19 december 2017 failliet verklaard, Beheer op 9 april 2019. De jaarrekeningen van Exploitatie en Beheer zijn sinds 2015 samengesteld door accountantskantoor C.


Tussen Beheer en Exploitatie geldt een rekening-courantverhouding, die sinds de overdracht van onroerend goed aan Beheer in 2011 leidt tot een vordering van Exploitatie op Beheer. Mede om deze verhouding vlot te trekken, wordt overwogen om een dividenduitkering door Exploitatie aan Beheer te laten plaatsvinden.

Bij brief van 11 mei 2016 wordt dit voornemen door bestuurder B kenbaar gemaakt aan accountantskantoor C. B meldt dat de voorgestelde dividenduitkering op basis van beschikbare informatie verantwoord is, en dat deze niet tot gevolg zal hebben dat Exploitatie niet haar opeisbare schulden kan blijven voldoen. Wel wordt vermeld dat het voorstel tot dividenduitkering (dat reeds in de jaarrekening is verwerkt) een voorwaardelijk karakter heeft, een en ander afhankelijk van de uitkomst van de balans- en uitkeringstest.

Er blijkt echter wel sprake van verschillende negatieve ontwikkelingen bij Exploitatie in dezelfde periode als de voorgenomen dividenduitkering. Zo blijkt dat omzet en winstgevendheid teruglopen, dat de roodstand bij de bank steeds vrijwel maximaal was, dat machines slecht tot matig werden onderhouden, en dat de assistent-bedrijfsleider met een transitievergoeding zou moeten afvloeien (met voorzienbare extra kosten als gevolg). Al met al geen rooskleurige financiële situatie. Niettemin vond de dividenduitkering plaats. Na faillissement spreekt de curator de bestuurder aan tot betaling van het door Exploitatie betaalde dividend. Die uitkering was volgens de curator onverantwoord. De rechtbank volgt de curator hierin.

Door de toewijzing van de vordering van de curator – de rechtbank verwijst deze hoofdprocedure naar de schadestaat – komt de rechtbank ook toe aan de verwijten van B jegens C. Volgens B had C hem moeten waarschuwen dat de dividenduitkering onverantwoord zou zijn. Door dat na te laten, zou C onrechtmatig hebben gehandeld.

De rechtbank overweegt dat geen sprake was van een contractuele relatie tussen B en



C; de contractuele relatie betrof slechts Exploitatie en Beheer (en niet B als – indirect – bestuurder). Volgens de rechtbank kan de schending van een zorgvuldigheidsnorm van de accountant echter niet slechts wanprestatie jegens de opdrachtgever, maar ook onrechtmatig handelen jegens de bestuurder (als derde) opleveren (zie ook de bespreking van de eerste uitspraak in deze update).

Volgens de rechtbank is het dividendbesluit opgemaakt in mei/juni 2016. De rechtbank merkt op dat het uitvoeren van de uitkeringstest primair de verantwoordelijkheid van het bestuur van de vennootschap (en dus niet van de accountant) is. Niettemin mag wel in algemene zin van de accountant worden verwacht dat hij ook jegens de bestuurder de zorg betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar mag worden verwacht. Ondanks het ontbreken van een expliciete opdracht tot het uitvoeren van een uitkeringstest, lag hier toch een rol voor de accountant. Niet om ongevraagd de uitkeringstest zelf uit te voeren, maar wel om de klant te wijzen op het belang van deze test. Is de accountant bekend met (dreigende) financiële problemen, dan zal deze waarschuwing indringender en concreter moeten zijn.

Omdat C volgens de rechtbank wist van de financiële problemen (en ook expliciet is gewezen op het risico van insolventie), mocht zij niet volstaan met het door B laten ondertekenen van de genoemde brief van 11 mei 2016. C had B moeten waarschuwen. Door dat na te laten, is volgens de rechtbank sprake van onrechtmatig handelen van C jegens B. Ook hier volgt verwijzing naar de schadestaat, waarbij volgens de rechtbank ook aandacht kan worden besteed aan de eigen schuld van de zijde van B.

Opnieuw een uitspraak waarin de zorgplicht van de accountant jegens derden aan de orde komt. Anders dan in de uitspraak van de Hoge Raad lijkt hier geen discussie te bestaan over de persoon ten aanzien van wie deze zorgplicht geldt, maar wel hoever deze dan reikt. Is de accountant bekend met de (potentieel) slechte financiële toestand van de vennootschap, dan kan mogelijk van hem gevergd worden om het bestuur te waarschuwen.

05

Aansprakelijkheid belastingadvies- en accountantskantoor – toerekenbare tekortkoming in de nakoming van haar zorgplicht?

(Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 maart 2021)

In deze zaak staat de vraag centraal of het belastingadvies- en accountantskantoor Baker Tilly Berk ("Baker") toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van haar verplichtingen op grond van de overeenkomst van opdracht.

In 2006 hield A alle aandelen van een Slowaakse vennootschap, Enki. Daarnaast hield A ook alle aandelen in Klein Stokkert Beheer B.V. ("Klein Stokkert"), die op haar beurt enig aandeelhouder was van verschillende Nederlandse en Duitse vennootschappen ("Holterman Groep").

In de jaren 2007 tot 2012 heeft Enki een met steeds nieuwe punten evoluerende opdracht gegeven aan Baker in verband met de bedrijfsopvolging en de herstructurering van de Holterman Groep. Zo was A voornemens om zijn aandelen in Klein Stokkert te vervreemden aan Enki in ruil voor nieuw uit te geven aandelen in Enki (aandelenfusie), waarna A enig aandeelhouder zou zijn van Enki en Enki enig aandeelhouder zou zijn van Klein Stokkert. Vanwege de bedrijfsopvolging zou A nadien 50% van zijn aandelenbelang in Enki schenken aan zijn zoon, de heer B. Holterman Groep heeft in dit kader aangegeven dat er in de Duitse tak van de onderneming sprake was van te verrekenen verliezen en dat het risico bestond dat met de voorgestelde herstructurering de te verrekenen verliezen zouden verdampen. Baker heeft toen door een Duitse belastingadviseur laten uitzoeken hoe het zat met de Duitse verliesverrekening en de schenkbelasting, waarna Baker de heer B hierover heeft geïnformeerd en de heer B heeft verzocht om de Duitse belastingadviseur van Holterman Groep, de heer F, te vragen of hij zich kon vinden in de conclusies van de door Baker ingeschakelde Duitse belastingadviseur. De heer F heeft aangegeven dat hij zich in die conclusies kon vinden. Vervolgens heeft op 24 juli 2012 de aandelenfusie en de verhangning van aandelen plaatsgevonden.

Nadien heeft de Duitse fiscus naar aanleiding van de transacties een aanzienlijke aanslag Grunderwerbsteuer (overdrachtsbelasting) opgelegd aan Enki, wegens het bezit van onroerend goed in Duitsland (met een geschatte waarde van EUR 19 miljoen) door één van de vennootschappen van de Holterman Groep.

Enki start daarom een procedure tegen Baker en stelt dat Baker toerekenbaar tekortgeschoten is, omdat Baker haar had moeten wijzen op het risico van deze belastingaanslag en vordert een schadevergoeding van Baker. De rechtbank wijst de vorderingen van Enki af.

In hoger beroep overweegt het hof allereerst dat de advisering door Baker niet op een reguliere opdracht berustte, maar incidenteel en evoluerend was. Daarbij overweegt het hof dat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend belastingadviseur mag worden verwacht dat bij een lange aanloop naar de uitvoering van een herstructurering een duidelijke schriftelijke opdrachtbevestiging zou zijn verzonden. Dit is door Baker nimmer gedaan, waardoor een ruimer verwachtingspatroon bij de opdrachtgever kan worden gewekt. Hoewel Baker in memo's, stappenplannen en gespreksverslagen regelmatig haar verantwoordelijkheid ten aanzien van fiscale aspecten in Slowakije en Oostenrijk heeft uitgesloten, heeft zij dit niet gedaan voor Duitsland.

Het hof oordeelt dat Baker onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat zij het is geweest die de aandelenfusie en verhangings heeft georganiseerd en tot en met de notaris toe heeft begeleid. Daarom dient Baker volgens het hof – zeker bij het ontbreken van een schriftelijke opdrachtbevestiging – te worden aangemerkt als de daarvoor aanspreekbare eindverantwoordelijke opdrachtnemer voor het hele traject. Dat A zelf de regie voerde over alle trajecten, maakt dit oordeel niet anders. Volgens het hof bepaalt de opdrachtgever nu eenmaal wat er moet gebeuren, maar is het aan de opdrachtnemer om te beoordelen of zij deze opdrachten verantwoord vindt, kan aanvaarden en zal (kunnen) vervullen.

Baker was zich ervan bewust dat bij de Duitse vennootschappen problemen konden rijzen ten aanzien van de schenkbelasting en verdamping van de verrekenbare verliezen. Baker heeft ten aanzien van deze Duitse fiscale aspecten ook stappen ondernomen. Daarbij is echter niet expliciet overeengekomen dat Baker de

Nederlandse en Enki de Duitse fiscale aspecten in de gaten zou houden. Kennelijk, zo oordeelt het hof, heeft Baker zich niet gerealiseerd dat er ook Duits onroerend goed was en dat dit tot nog meer fiscale gevolgen zou leiden. Dit kan Baker worden aangerekend.

Baker heeft geprobeerd om haar verantwoordelijkheid in dat kader af te schuiven op de heer F, de Duitse belastingadviseur van Holterman Groep, maar dat verweer gaat volgens het hof niet op. De heer F was immers slechts verzocht om een second opinion over de Duitse schenkbelasting en verdamping van verrekenbare verliezen en niet om een second opinion over de gehele herstructurering.

Volgens het hof had het op de weg van Baker als begeleider van deze internationale herstructurering gelegen om zelfstandig te onderzoeken bij welke vennootschappen sprake was van onroerend goed. Bovendien had Baker jaarrekeningen ontvangen van Klein Stokkert en uit de specificatie van de balans van Holterman Vastgoed, onderdeel van de Holterman Groep, volgde dat sprake was van onroerend goed in Duitsland. Volgens het hof had Baker naar aanleiding van deze specificatie onderzoek moeten (laten) doen welke fiscale gevolgen dit naar Duits recht zou kunnen hebben dan wel haar opdracht moeten beperken tot enkel de gevolgen voor de Nederlandse belastingheffing. Dit heeft Baker niet gedaan.

Het hof oordeelt dan ook dat zij het onbegrijpelijk vindt dat Baker heeft nagelaten om onderzoek te doen naar het onroerend goed, en in dat kader Enki erop te wijzen dat de aanwezigheid van Duits onroerend goed het risico van een belastingaanslag zou meebrengen en dat dit risico nader zou moeten worden onderzocht door een Duitse fiscalist. Dit had wel mogen worden verwacht van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur. Daarom oordeelt het hof dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de zorgplicht van Baker.

Uit deze zaak volgt weer het belang van een schriftelijke opdrachtovereenkomst, waarin helder wordt verwoord (en afgebakend) wat de taken zijn van de opdrachtnemer. Door een heldere omschrijving van de taken van de opdrachtnemer wordt voorkomen dat bij opdrachtgever een ruimer verwachtingspatroon wordt gewekt.

06

Aansprakelijkheid deurwaarderskantoor voor het niet (tijdig) aanbrengen van een dagvaarding?

(Gerechtshof Amsterdam 9 maart 2021)

Helaas komen beroepsfouten ten aanzien van het instellen van een rechtsmiddel of het betekenen van een dagvaarding nog regelmatig voor. Zo ook in deze zaak.

Het Kennemer Gasthuis heeft de moeder van appelland tijdens haar zwangerschap en de geboorte van appelland begeleid. Volgens appelland zijn daarbij medische fouten gemaakt en daarom stelt hij het Kennemer Gasthuis aansprakelijk. De aansprakelijkheidsverzekeraar van het Kennemer Gasthuis heeft deze aansprakelijkheid afgewezen. Partijen hebben nadien alsnog gezamenlijk een deskundige aangesteld. Deze deskundige heeft een rapport opgemaakt, waarin hij concludeert dat geen sprake is van foutief medisch handelen door het Kennemer Gasthuis. Kennelijk zag appelland dit anders en heeft hij Kennemer Gasthuis toch in rechte betrokken. Onder verwijzing naar het rapport van de deskundige, heeft de rechtbank de vorderingen van appelland op 24 mei 2017 afgewezen ("het Vonnis").

Appelland wenste in hoger beroep te gaan en daarom is het deurwaarderskantoor verzocht om tijdig een appeldagvaarding te laten betekenen. Dit is echter niet gebeurd, waarna het Vonnis onherroepelijk is geworden.

Appelland heeft vervolgens een procedure gestart tegen het deurwaarderskantoor. De zaak zou volgens appelland in hoger beroep door hem zijn gewonnen. Nu deze kans door het deurwaarderskantoor is ontnomen, is het deurwaarderskantoor volgens appelland aansprakelijk voor de door hem geleden en nog te lijden schade.

De rechtbank stelt vast dat de appeldagvaarding niet tijdig is betekend en overweegt dat voor de beantwoording van de vraag of appelland als gevolg van die fout schade heeft geleden, moet worden beoordeeld hoe op de vordering van appelland door het hof had behoren te worden beslist. Volgens de rechtbank ligt het daarbij op de weg

van appelland om gronden aan te voeren waarom het betreffende vonnis in hoger beroep zou zijn vernietigd. Nu appelland dit heeft nagelaten, heeft de rechtbank de vorderingen afgewezen. Appelland laat het daarbij niet zitten en stelt hoger beroep in.

De vraag die in hoger beroep centraal staat, is of, en zo ja in welke mate, appelland schade heeft geleden als gevolg van de niet tijdige betekening.

Voor de beantwoording van die rechtsvraag zoekt het hof aansluiting bij de norm, die geldt voor de beroepsaansprakelijkheid van een advocaat wegens het niet tijdig instellen van een rechtsmiddel ([HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, Baaijings-arrest](#)). Uit dit arrest vloeit voort dat de rechter de schade door de beroepsfout moet vaststellen door te beoordelen hoe de appelrechter, indien wel (tijdig) een rechtsmiddel was ingesteld, had behoren te beslissen, althans dat de rechter het toewijsbare bedrag aan schadevergoeding moet schatten aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt in het hoger beroep zou hebben gehad. Daarbij is het van belang dat de betreffende rechter, die over de aansprakelijkheid van de advocaat dient te oordelen, in staat wordt gesteld om deze schatting te kunnen maken. Partijen dienen daarom de rechter alle gegevens te verstrekken die, indien hoger beroep wel zou zijn ingesteld, in de appelprocedure aan de orde zouden komen.

Het hof volgt de rechtbank dat het op de weg ligt van appelland om gronden aan te voeren waarom het Vonnis in hoger beroep zou zijn vernietigd. Appelland heeft echter nagelaten om gegevens te verstrekken, die bij het hoger beroep van het Vonnis aan de orde zouden zijn gekomen. Ook heeft appelland niet gesteld tegen welke onderdelen van het Vonnis hij zou hebben gegriefd en welke grieven hij dan zou hebben aangevoerd. Het hof geeft daarbij nog aan dat ook in de grieven van appelland, waarin hij zijn bezwaren tegen het Vonnis uiteen heeft gezet, geen grieven kunnen worden gevonden die tot vernietiging van het Vonnis zouden hebben geleid. Zo voert appelland aan dat het Kennemer Gasthuis een beroepsfout heeft gemaakt wegens onzorgvuldige verslaglegging, maar stelt en onderbouwt appelland onvoldoende dat een zorgvuldigere verslaglegging zou hebben geleid tot een voor hem beter resultaat. Ook heeft appelland geen argumenten aangevoerd voor zijn standpunt dat de rechtbank niet mocht uitgaan van de conclusies van de deskundigen (appelland had ook nog eenzijdig een deskundige ingeschakeld) dat geen sprake is van foutief

medisch handelen door het Kennemer Gasthuis.

Het hof oordeelt dan ook dat het door appellant aangevoerde niet kan leiden tot de conclusie dat het Vonnis zou zijn vernietigd indien tijdig hoger beroep was ingesteld. Er is volgens het hof dan ook geen aanleiding om een schatting te maken van goede en kwade kansen, die appellant in hoger beroep zou hebben gehad. Het vonnis van de rechtbank wordt dan ook bekrachtigd.

Ook deze zaak laat zien dat het van belang is dat termijnen goed in de gaten worden gehouden. Hoewel het deurwaarderskantoor met de schrik vrijkomt, kunnen deze procedures worden voorkomen door steeds weer scherp te blijven op de termijnen. Het kan niet vaak genoeg worden benadrukt: houd termijnen scherp in de gaten!

Een vraag over beroepsaansprakelijkheid?

Neem contact op met een van onze specialisten



Vincent Terlouw

Partner / Advocaat

+31 6 5112 0296

v.terlouw@ploum.nl



Maurice Verhoeven

Partner / Advocaat

+31 6 2036 4060

m.verhoeven@ploum.nl



Thomas Munnik

Advocaat

+31 6 2248 1755

t.munnik@ploum.nl



Suzanne van Aalst

Advocaat

+31 6 1255 6802

s.vanaalst@ploum.nl



Annerieke Meerkerk

Advocaat

+31 6 1117 6305

a.meerkerk@ploum.nl



Boaz van Honk

Advocaat-stagiaire

+31 6 3008 0195

b.vanhonk@ploum.nl