

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 18/674, 18/675, 18/676 en 18/677 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de zaken met nummers 18/674, 18/675, 18/676 en 18/677 Wtra AK van 17 mei 2019 van

X,
wonende te [plaats1],
K L A G E R,

t e g e n

1. Y1,
2. DRS. Y2,
3. Y3,
4. Y4,
allen accountant-administratieconsulent,
kantoorhoudende te [plaats2],
B E T R O K K E N E N,
gemachtigde: [A].

1. Het verloop van de procedure

1.1 De Accountantskamer heeft kennisgenomen van de aan partijen bekende stukken van de dossiers in deze zaken, waaronder:

- de op 11 april 2018 ingekomen klaagschriften van 28 maart 2018 met bijlagen;
- het op 25 juni 2018 ingekomen verweerschrift van 18 juni 2018;
- het e-mailbericht van betrokkenen van 29 juni 2018 met bijlage;
- het voorafgaande aan de behandeling ter zitting van 14 januari 2019 door klager ingediende wrakingsverzoek;
- de brief van de voorzitter van de Accountantskamer van 16 januari 2019;

- het e-mailbericht van klager van 16 januari 2019, waarbij het wrakingsverzoek is ingetrokken.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 18 februari 2019 waar zijn verschenen: betrokkenen, bijgestaan door [A].

1.3 Betrokkenen hebben op genoemde zitting hun standpunten toegelicht (aan de hand van pleitaantekeningen, die aan de Accountantskamer zijn overgelegd) en geantwoord op vragen van de Accountantskamer.

2. De vaststaande feiten

Op grond van de inhoud van de gedingstukken en aan de hand van het verhandelde ter zitting stelt de Accountantskamer het volgende vast.

2.1 Betrokkenen zijn allen als accountant-administratieconsulent ingeschreven in het ledenregister van (thans) de Nba, betrokkene 1 sinds [datum], betrokkene 2 sinds [datum], betrokkene 3 sinds [datum] en betrokkene 4 sinds [datum].

2.2 Betrokkenen houden samen, elk via hun persoonlijke holding, alle aandelen in de [BV1], die weer alle aandelen houdt in [BV2] (hierna: [BV2]). Voorheen waren ook [B] en [C] (hierna: [C]) indirect aandeelhouders van [BV1]. Zij zijn geen accountant (geweest).

2.3 [C] en [BV3] (de persoonlijke houdstervenootschap van [C]) zijn op 14 mei 2012 een managementovereenkomst aangaan met [BV1]. Deze overeenkomst bevat bepalingen met betrekking tot non-concurrentie. Zo is bepaald in artikel 7.3:

“Het is Partij 2 en/of Partij 3 verboden gedurende de looptijd van deze overeenkomst op enige wijze betrokken te zijn bij een onderneming die geheel of gedeeltelijk hetzelfde doel heeft als de Venootschap (betrokkenheid kan blijken uit, maar is uitdrukkelijk niet beperkt tot, aandeelhouderschap, bestuurderschap, als geldschieder).

Artikel 7.4 bepaalt:

“Het is Partij 2 en/of Partij 3 bij het verbreken van de managementovereenkomst verboden om contacten te (doen) leggen en/of te (doen) onderhouden, zowel indirect als direct, zowel voor zichzelf als voor derden, met klanten, medewerkers of andere relaties van de venootschap of van aan de venootschap gelieerde ondernemingen. Onder klanten en relaties dient ten deze te worden verstaan die bedrijven, ondernemingen en/of instellingen in wier opdracht, al dan niet direct, de venootschap of een aan de venootschap gelieerde onderneming gedurende de looptijd van de overeenkomst werkzaamheden heeft verricht, alsmede die klanten en relaties aan wie de venootschap gedurende de laatste 6 maanden van de looptijd van de overeenkomst een offerte heeft uitgebracht of waarvan de venootschap of partij 2 een aanvraag tot het uitbrengen van een offerte heeft ontvangen.

Artikel 7.6 bepaalt onder meer:

“Indien deze overeenkomst eindigt, blijven de geboden als genoemd in artikel 7.4 gedurende een periode van twee jaar van toepassing op Partij 2 en/of Partij 3 en de natuurlijk persoon die uiteindelijk als bestuurder optreedt.”.

Hierbij is [C] Partij 3 en [BV3] Partij 2.

2.4 Op 13 juni 2017 heeft klager tegen betrokkenen een klacht ingediend bij de Accountantskamer. Deze klacht is op 11 augustus 2017 niet-ontvankelijk verklaard, omdat het verschuldigde griffierecht niet is voldaan.

3. De klacht

3.1 Betrokkenen hebben volgens klager gehandeld in strijd met de voor hen geldende gedrags- en beroepsregels.

3.2 Aan de klacht liggen, zoals blijkt uit het klaagschrift en de daarop door en namens klager gegeven toelichting, de volgende verwijten ten grondslag:

a. het opnemen van een non-concurrentiebeding en relatiebeding in de managementovereenkomst is in strijd met de fundamentele beginselen van integriteit en onafhankelijkheid;

b. op de website van [BV2] doen betrokkenen het voorkomen dat zij een accountantscontrole als bedoeld in artikel 2:393 van het Burgerlijk Wetboek (BW) mogen uitvoeren en dat is misleidend, omdat ze daartoe niet bevoegd zijn.

4. De gronden van de beslissing

4.1 Op grond van artikel 51 Wet op de Accountants-Administratieconsulenten (oud, hierna: Wet AA), en sinds 1 januari 2013 op grond van artikel 42 van de Wet op het accountantsberoep (hierna: Wab) is de accountant-administratieconsulent bij het beroepsmatig handelen onderscheidenlijk ten aanzien van zijn beroepsuitoefening onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met het bij of krachtens de Wet AA respectievelijk Wab bepaalde en ter zake van enig ander handelen of nalaten in strijd met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep.

4.2 Het handelen en/of nalaten waarop de klacht betrekking heeft, moet, voor zover dit plaats had in de periode van 17 januari 2007 tot 4 januari 2014, worden getoetst aan de in die periode geldende Verordening gedragscode (AA's) en daarvan in dit geval het (voor alle accountants geldende) deel A, en voor zover dit plaats had ná 4 januari 2014, aan de sindsdien geldende Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGBA).

4.3 Daarbij stelt de Accountantskamer voorop dat het in een tuchtprocedure als de onderhavige in beginsel aan klager is om feiten en omstandigheden te stellen en - in geval van (gemotiveerde) betwisting - aannemelijk te maken, die tot het oordeel kunnen leiden dat de betrokken accountants tuchtrechtelijk verwijtbaar hebben gehandeld.

4.4 Betrokkenen hebben in de eerste plaats aangevoerd dat de klacht in onderdeel a. niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Zij motiveren dit standpunt primair met het betoog dat het klaagschrift identiek is aan het klaagschrift dat klager op 13 juni 2017 tegen betrokkenen heeft ingediend en waarop al door de Accountantskamer is beslist. De handelwijze van klager levert misbruik van procesrecht op en is in strijd met de eisen van een goede tuchtproceduresorde en het beginsel van ne bis in idem.

4.5 De Accountantskamer volgt betrokkenen niet in dit betoog. Het klaagschrift van 13 juni 2017 is weliswaar inhoudelijk voor zover het ziet op klachtonderdeel a. gelijk

aan het nu voorliggende klaagschrift, maar omdat de Accountantskamer de klacht in het klaagschrift van 13 juni 2017 op 11 augustus 2017 niet-ontvankelijk heeft verklaard vanwege het niet voldoen van het verschuldigde griffierecht, en daarom aan een inhoudelijk oordeel over de klacht niet is toegekomen, is er geen sprake van een klacht, waarop de Accountantskamer al eerder heeft beslist, zodat de goede procesorde en het beginsel van 'ne bis in idem' niet in de weg staan aan het in behandeling nemen van dit klachtonderdeel.

4.6 Subsidiair moet de klacht volgens betrokkenen niet-ontvankelijk worden verklaard, omdat het klager, naar hij stelt in het klaagschrift, niet te doen is om oplegging van een maatregel. Dat is in strijd met de Wtra, waarin is bepaald dat een tuchtrechtelijke maatregel moet worden gevraagd, aldus betrokkenen. Meer subsidiair stellen betrokkenen dat de klacht in onderdeel a. niet-ontvankelijk is, omdat klager van de Accountantskamer verlangt dat zij door dit klachtonderdeel gegrond te verklaren een einde maakt aan een algemene misstand (het overeenkomen van non-concurrentie- en relatiebedingen) en daartoe is de Accountantskamer niet bevoegd. Ook dit betoog treft geen doel. Het tuchtrecht voor accountants heeft primair tot doel een goede beroepsuitoefening (waaronder is begrepen het zich houden aan wet- en regelgeving) te bevorderen. Het opleggen van een maatregel in de gevallen waarin dat niet gebeurt, is derhalve niet het doel, maar alleen een middel om dat doel te bereiken. De Accountantskamer is dan ook van oordeel dat het voor de ontvankelijkheid van een klacht niet noodzakelijk is dat er is gevraagd om een maatregel op te leggen. Dat het gegrond verklaren van een klacht (ook) de belangen van anderen dan [C] en betrokkenen kan raken, is geen grond om een klacht niet in behandeling te nemen.

4.7 Op de zitting hebben betrokkenen nog aangevoerd dat [C] al op 14 mei 2012, toen hij de managementovereenkomst aanging, afwist van de daarin opgenomen non-concurrentie- en relatiebedingen. Door de klacht door een ander, te weten klager, te laten indienen, probeert [C] de in artikel 22 van de Wtra, zoals dat tot 1 januari 2019 luidde, opgenomen driejaarstermijn te omzeilen. Wat [C] wist moet aan klager worden toegerekend, omdat klager als gemachtigde van [C] is opgetreden in civielrechtelijke procedures, waarin die bedingen een belangrijke rol spelen, zo hebben betrokkenen ook nog gesteld. Desgevraagd hebben betrokkenen verklaard dat klager vanaf maart 2017 optreedt als gemachtigde van [C] in die civielrechtelijke procedures. Vanaf dat tijdstip kan de wetenschap van [C] dan ook aan klager worden toegerekend. Uitgaande van dat tijdstip is de termijn van drie jaar niet overschreden. De Accountantskamer ziet niet in dat het kennis dragen door [C] van de betreffende bedingen al eerder dan vanaf dat tijdstip aan klager kan worden toegerekend, omdat er geen aanwijzingen zijn dat de klacht is ingediend door klager en niet door [C] met de bedoeling aan niet-ontvankelijk verklaring te ontkomen. Ook dit verweer gaat daarom niet op.

4.8 Klachtonderdeel a. (inhoudend dat het opnemen van de bedingen die zijn geciteerd in 2.3 van deze uitspraak in een managementovereenkomst strijdig is met de fundamentele beginselen van integriteit en onafhankelijkheid) heeft klager onderbouwd door te stellen dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever heeft beoogd dat een accountant volstrekt onafhankelijk moet kunnen opereren. In de visie van klager geldt dat ook voor de accountant die in dienst is van een kantoororganisatie. Het overeenkomen van een concurrentie- en relatiebeding leidt er immers toe dat een accountant niet vrij is om de kantoororganisatie te verlaten en daardoor zal hij zich afhankelijk voelen in zijn beroepsuitoefening. Betrokkenen weten dat zij andere accountants in een derge-

lijke positie plaatsen en handelen daarmee in strijd met het fundamentele beginsel van integriteit, aldus klager.

4.9 Betrokkenen hebben aangevoerd dat onafhankelijkheid alleen een vereiste is bij het uitvoeren van assurance-opdrachten. Mocht klager het fundamentele beginsel van objectiviteit hebben bedoeld, dan geldt dat alleen het overeenkomen van de betreffende bedingen geen strijd met dit beginsel oplevert. Bovendien gaat het hier om handelen in de zakelijke sfeer en dat kan niet getoetst worden aan dit beginsel en ook niet aan het fundamentele beginsel van integriteit, maar alleen aan het fundamentele beginsel van professionaliteit. Van strijd met het fundamentele beginsel van integriteit is bovendien geen sprake, omdat betrokkenen eerlijk en oprecht zijn opgetreden. Bedingen zoals die welke zijn overeengekomen tussen (kort gezegd) betrokkenen en [C], strekken tot bescherming van het klantenbestand van het kantoor en dienen daarmee mede de continuïteit van de onderneming. Het accountantsberoep wordt niet in diskrediet gebracht door het afsluiten van dit soort bedingen, omdat dit volstrekt gebruikelijk is in de dienstverlenende sector, aldus betrokkenen.

4.10 De Accountantskamer stelt allereerst vast dat [C] geen accountant is. Daarvan uitgaande kan het overeenkomen van de betreffende bedingen met [C] geen invloed hebben op de uitoefening door [C] van het beroep van accountant. In zoverre ontbeert het klachtonderdeel feitelijke grondslag.

4.11 Op de zitting hebben betrokkenen verklaard dat zij allen een managementovereenkomst zijn aangegaan, die dezelfde bedingen bevat als die waarop klager het oog heeft. De Accountantskamer leidt hieruit af dat zij ook thans nog gebonden zijn aan dergelijke bedingen en vindt daarin aanleiding inhoudelijk op het klachtonderdeel in te gaan.

4.12 Betrokkenen hebben er terecht op gewezen dat de eis van onafhankelijkheid alleen geldt voor de uitvoering van assurance-opdrachten. De Accountantskamer voegt daaraan toe dat deze eis dan alleen ziet op (kort gezegd) de verhouding tot het object van de assurance. Voor toetsing aan deze eis is gezien het vorenstaande geen plaats.

4.13 Ingaande 1 januari 2013 is voor de reikwijdte van het tuchtrecht bepalend wat verstaan moet worden onder beroepsuitoefening in de zin van artikel 42 van de Wab. Dat begrip heeft volgens vaste jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven een ruime strekking en omvat alle handelen en nalaten in enig feitelijk uitgeoefend beroep. Anders dan betrokkenen menen, kan het handelen waarop klachtonderdeel a. betrekking heeft, getoetst worden aan alle fundamentele beginselen die zijn opgenomen in de VGBA. Het (als accountant) aangaan van een managementovereenkomst met daarin een non-concurrentie- en een relatiebeding is immers aan te merken als een professionele dienst zoals bedoeld in artikel 1 van de VGBA. Onder de gelding van de VGC was alleen (kort gezegd) privé-handelen en dus niet het handelen dat hier aan de orde is, uitgezonderd van het tuchtrecht.

4.14 De Accountantskamer vermag niet in te zien dat het overeenkomen van de bedingen die in 2.3 van deze uitspraak zijn geciteerd, leidt tot het zich niet houden aan een of meer fundamentele beginselen vervat in de VGBA en de VGC. Het (als accountant) vanuit de entiteit waarmee de managementovereenkomst is gesloten, opleggen van de betreffende bedingen aan de accountant, met wie de managementovereenkomst

wordt gesloten, is, naar de Accountantskamer ambtshalve bekend is, niet ongebruikelijk. Daarom kan dit opleggen alleen onder zeer bijzondere omstandigheden worden gekwalificeerd als niet eerlijk en niet oprecht optreden van betrokkenen (en als strijdig met het fundamentele beginsel van integriteit). Die omstandigheden zijn gesteld noch gebleken. Het is om dezelfde reden ook geen handelen waardoor het accountantsberoep in diskrediet wordt gebracht. Bij deze oordelen weegt mee dat de omstandigheid dat een accountant tijdens de looptijd van de managementovereenkomst die hij is aangegaan, en ook nog twee jaar na het eindigen daarvan, zich moet onthouden van (kort gezegd) het verrichten van concurrerende werkzaamheden en van het leggen en onderhouden van contacten, niet per definitie maakt dat sprake is van on gepaste beïnvloeding van zijn professionele oordeelsvorming. Gezien het vorenstaande is dit klachtonderdeel ongegrond.

4.15 In klachtonderdeel b. stelt klager dat de website van [BV1] een misleidende mededeling bevat, omdat daarin ten onrechte de indruk wordt gewekt dat vanuit [BV1] controles zoals bedoeld in artikel 2:393 van het BW uitgevoerd kunnen worden.

4.16 Betrokkenen hebben aangevoerd dat op de betreffende bladzijde staat dat [BV1] ingeschakeld kan worden voor alle mogelijke controlewerkzaamheden en niet dat zij (zelf) goedkeurende controleverklaringen verstrekken. Zij hebben sinds 6 februari 2012 geen controleverklaringen meer verstrekt, omdat [BV1] toen heeft besloten de vergunning daarvoor in te leveren. Sinds die tijd werkt [BV1] samen met een andere accountantsorganisatie die wel controleverklaringen mag verstrekken. Klanten die daarop prijs stellen worden doorverwezen, aldus betrokkenen. Om misverstanden te voorkomen hebben zij de websitebeheerder eind 2017 opdracht gegeven de betreffende bladzijde van de website te verwijderen. Zij hebben ter onderbouwing van die stelling een e-mailbericht van 23 januari 2018 van deze beheerder overgelegd, waarin deze mededeelt dat het betreffende tabje is verwijderd.

4.17 Klager heeft een afdruk van de betreffende bladzijde op de website van [BV1] overgelegd, daterend uit 2017. De Accountantskamer is van oordeel dat uit de mededeling dat [BV1] ingeschakeld kan worden voor alle mogelijke controlewerkzaamheden, zoals voor “de reguliere accountantscontrole op de jaarrekening”, niet kan worden afgeleid dat [BV1] zelf geen controles, zoals bedoeld in artikel 2:393 van het BW, uitvoert. Door de vermelding op diezelfde bladzijde van de criteria voor de wettelijke controleplicht wordt de indruk versterkt dat accountants verbonden aan [BV1] dergelijke controles uitvoeren. De betreffende mededeling is dan ook onjuist. Op grond van het fundamentele beginsel van integriteit moet een accountant die betrokken is bij zodanige informatie een maatregel nemen, die gericht is op het wegnemen van de onjuistheid. Betrokkenen hebben, hoewel zij al vanaf 6 februari 2012 niet meer bevoegd zijn controleverklaringen te verstrekken, dat kennelijk pas eind 2017 gedaan. Dit klachtonderdeel is dan ook gegrond.

4.18 Nu de klacht gegrond is, kan de Accountantskamer een tuchtrechtelijke maatregel opleggen. Bij de beslissing daarover houdt zij rekening met de aard en de ernst van het verzuim van de betrokkenen en de omstandigheden waaronder dit zich heeft voorgedaan. De Accountantskamer acht in deze klachtzaak een maatregel niet aangewezen, gelet op de geringe tuchtrechtelijke relevantie van het feit. Daar komt bij dat betrokkenen aannemelijk hebben gemaakt dat zij al enige tijd geleden de bewuste pagina eigener beweging hebben laten verwijderen.

4.19 Op grond van het hiervoor overwogene wordt als volgt beslist.

5. Beslissing

De Accountantskamer:

- verklaart klachtonderdeel a. ongegrond;
- verklaart klachtonderdeel b. gegrond;
- legt ter zake aan betrokkenen geen maatregel op;
- verstaat dat, op grond van het bepaalde in artikel 23, derde lid, Wtra, betrokkenen het door klager betaalde griffierecht ten bedrage van € 70,-- (zeventig euro) aan klager vergoeden.

Aldus beslist door mr. M.J. van Lee, voorzitter, mr. E.W. Akkerman (rechterlijk lid) en H. Geerlofs AA (accountantslid), in aanwezigheid van mr. P.A.M. Spreuwenberg, secretaris, en uitgesproken in het openbaar op 17 mei 2019.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is aan partijen verzonden op: _____

Ingevolge artikel 43 Wtra kan tegen deze uitspraak binnen 6 weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld door middel van het indienen van een beroepschrift bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (adres: Postbus 20021, 2500 EA Den Haag). Het beroepschrift dient de gronden van het beroep te bevatten en te zijn ondertekend.