

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 18/2332 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de zaak met nummer 18/2332 Wtra AK van 20 mei 2019 van

1. X1 BV,
gevestigd te [plaats1],
2. X2,
wonende te [plaats2],
3. X3,
wonende te [plaats3],
KLAGERS,
raadsman: mr. J.J. baron van Wassenauer,

t e g e n

drs. Y,
registeraccountant,
kantoorhoudende te [plaats4],
BETROKKE,
raadsman: mr. F.W. Horstman.

1. Het verloop van de procedure

- 1.1 De Accountantskamer heeft kennisgenomen van de aan partijen bekende stukken van het dossier in deze zaak, waaronder:
- het op 11 december 2018 ingekomen klaagschrift van 10 december 2018 met bijlagen;
 - het op 9 januari 2019 ingekomen verweerschrift van 8 januari 2019.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 4 maart 2019 waar zijn verschenen: klaagster sub 1, vertegenwoordigd door haar bestuurders, en klagers [X2] en [X3], bijgestaan door mr. J.J. baron van Wassenaer, advocaat te Amsterdam, en betrokkene, bijgestaan door mr. F.W. Horstman, advocaat te Velsen-Zuid.

1.3 Klagers en betrokkene 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 Betrokkene is sinds [datum] ingeschreven als registeraccountant in het register van (thans) de Nba.

2.2 Betrokkene is via zijn persoonlijke vennootschap [BV1] (hierna: [BV1]) enig aandeelhouder en bestuurder van [BV2] (hierna: [BV2]). De echtgenote van betrokkene houdt alle aandelen in en is bestuurder van [BV3] (hierna: [BV3]). Deze vennootschap is enig aandeelhoudster en bestuurder van [BV4].

De aandelen van [X1] BV ([X1]) worden gehouden door [BV5], waarvan klager 2 directeur-groootaandeelhouder is, [BV6], waarvan klager 3 directeur-groootaandeelhouder is, en [BV7] (hierna: [BV7]). Deze vennootschappen (m.u.v. [BV7]) zijn ook bestuurder van [X1]. [BV7] is de vennootschap van een derde. Tot december 2017 was [X1] groootaandeelhoudster van [BV8].

2.3 [X1] ontwikkelde en verkocht software waarmee medische ondernemers online hun praktijk kunnen voeren. Ook bood het administratieve diensten aan zoals het doen van de administratie, belastingaangiften, het voeren van de salarisadministratie en het opmaken van jaarrekeningen. Dit laatste gebeurde onder de naam [A] (hierna: [A]). De grootste klant van [X1] was [B]. De relatie tussen [X1] en [B] eindigde rond 2011. Als gevolg daarvan was [X1] niet meer in staat om de facturen van de vaste accountant, [accountantskantoor] (hierna: [accountantskantoor]), te voldoen. Ook de samenwerking tussen [X1] en [accountantskantoor] eindigde. Op het moment van het einde van de samenwerking was [X1] [accountantskantoor] nog € 650.000,-- schuldig. Dit kon [X1] niet betalen. Een faillissement dreigde, waarna [X1] in contact is getreden met betrokkene. Betrokkene heeft vervolgens besloten om een samenwerking met [X1] aan te gaan.

2.4 [BV2] (in de persoon van betrokkene) heeft in opdracht van [X1] de jaarrekening over 2010 samengesteld. In 2012 heeft betrokkene nog de conceptjaarrekening 2011 samengesteld. Op 22 november 2012 heeft betrokkene [X1] laten weten de accountant-cliënt relatie op te zeggen vanwege de inmiddels in gang gezette samenwerking.

2.5 In het kader van die samenwerking heeft betrokkene voor [X1] een regeling getroffen met [accountantskantoor], waarbij [accountantskantoor] genoeg nam met betaling van €125.000,-- en het restant kwijtschold.

2.6 Op 9 februari 2011 is tussen [X1] en [BV1] een intentieovereenkomst (LOI) gesloten. De bedoeling van partijen was het [A] te ontwikkelen, te exploiteren en op termijn met winst te verkopen. [X1] bracht de [A]-activiteiten onder in een nader op te richten entiteit waarvan [BV1] en [X1] elk 50% aandeelhouder werden. [X1] was verantwoordelijk voor de werkprocesbesturing, het proces kwaliteitsmanagement, klantcontacten en contracten en klantenwerving.

[BV1] was verantwoordelijk voor de kwaliteitsborging van op te stellen jaarrekeningen en belastingaangiften.

Medewerkers werkzaam voor [A]-activiteiten kwamen op de loonlijst van [A]. [X1] bracht in "al haar huidige en toekomstige werkzaamheden op het gebied van samenstelopdrachten, online boekhouden cliënten, salarisverwerking en alle te verwerven accountancy opdrachten voor fysiotherapie praktijken, medische beroepen etc".

De LOI bevat de volgende financiële afspraken: [BV7] verstrekt een lening van € 50.000,- aan [X1]. [BV1] stelt maximaal € 150.000,- ter beschikking ter verwerving van een 50%-belang in de nieuwe vennootschap die [A] gaat exploiteren. Daarover is in de LOI opgenomen:

"Deze onvoorwaardelijke commitment zal bestaan uit een storting van € 50.000,- ineens, € 50.000,- middels een onvoorwaardelijke borging aan [BV7] en € 50.000,- voor zover dit niet kan worden opgebracht uit de lopende exploitatie van het [A]".

2.7 Vooruitlopend op de oprichting van een nieuwe vennootschap ten behoeve van [A] heeft [BV2] een viertal leningen aan [X1] verstrekt, tot een totaal van € 150.000,- (lening 1 € 50.000,-, lening 2 € 15.000,- en € 10.000,-, lening 3 € 25.000,- en lening 4 € 50.000,-).

In de geldleningsovereenkomsten is bepaald dat [X1] ter meerdere zekerheid van betaling van rente en aflossing "de aandelen van zijn onderneming alsmede haar deelnemingen in onderpand aanbiedt". Een pandakte waarbij [X1] haar aandelen in [BV8] aan [BV1] verpand "tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen [BV1] blijkens haar administratie" van [X1] te vorderen heeft, is wel namens [BV1] maar niet namens [X1] ondertekend.

2.8 In 2012 heeft [BV2] verzocht om terugbetaling van deze leningen. Partijen hebben daarover geen overeenstemming kunnen bereiken.

Eind 2013 is wel overeengekomen dat de MKB-klanten van [X1] werden verkocht aan [BV2] en [BV4] voor een koopsom gelijk aan 50% van de omzet inzake de overgedragen klanten. Daartoe is een overzicht van klanten opgesteld dat door partijen voor akkoord is getekend. Terzake de overgedragen klanten zou een omzet gerealiseerd worden van € 69.176,44, zodat de koopsom € 34.588,22 (50% van deze omzet) bedroeg. De overige klanten zouden worden ingebracht in [BV8]. Deze reorganisatie is uiteindelijk niet doorgezet.

2.9 In 2014 is betrokkene met [X1] overeengekomen, na opnieuw door [X1] om een financiële bijdrage te zijn gevraagd, dat hij wel nogmaals geld beschikbaar wilde stellen, maar alleen in ruil voor aandelen in [X1]. De aandelen zouden worden overgedragen aan [BV3].

2.10 In 2014 en 2015 groeiden [X1] en [BV8] dusdanig dat het in 2016 mogelijk was om een krediet te verkrijgen van [bank] van € 325.000,-. Op 14 september 2016 heeft

betrokkene [X3] en [X2] gevraagd om overleg over “de hoogte van de openstaande leningen/schulden, verpanding, aandelenbelang en de hoogte van de terugbetaling op korte termijn”.

Op 22 december 2016 zijn partijen een regeling overeengekomen.

2.11 Op 23 oktober 2018 hebben [BV1], [BV2], [BV3] en [BV4] conservatoir derdenbeslag laten leggen onder de bank ten laste van [X1] en [X1], [BV5], [X2], [BV6] en [X3] voor de civiele rechter gedagvaard.

3. De klacht

3.1 Betrokkene heeft volgens klagers gehandeld in strijd met de voor hem geldende gedrags- en beroepsregels.

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

- a. Betrokkene heeft zich niet gehouden aan het conceptueel raamwerk door geen bedreigingen voor het zich houden aan de fundamentele beginselen te identificeren en te beoordelen, terwijl die er wel waren, zoals (financiële) eigen belangen en zelftoetsing;
- b. Betrokkene heeft met zijn handelen het accountantsberoep in diskrediet gebracht;
- c. Betrokkene is niet eerlijk geweest over de storting van risicodragend kapitaal;
- d. Betrokkene heeft vertrouwelijke gegevens, onder meer over de liquiditeit van klagers, gebruikt om hen te dwingen tot beëindiging van de samenwerking, tot ondertekening van overeenkomsten van geldlening en overdracht van de MKB-praktijk, en deze beëindiging later weer te ontkennen;
- e. Betrokkene heeft de in de LOI vastgelegde afspraken niet uitgevoerd en [A] in haar ontstaan gefrustreerd. Verder heeft hij onduidelijkheid laten bestaan over de financiële situatie zodat er nu, zes jaar later, nog steeds onenigheid is.

3.3 Wat door klagers bij de mondelinge behandeling als nieuwe standpunten naar voren is gebracht, is door de Accountantskamer niet opgevat als nieuwe klachtonderdelen (waarvan de inbreng op een dergelijk laat tijdstip overigens ook in strijd zou zijn met de beginselen van een behoorlijke procesorde) doch - voor zover het daartoe kan dienen - als een ondersteuning van de betwisting van het gestelde in de door betrokkene gegeven weerspreking van de klacht.

4. De gronden van de beslissing

Over de klacht en het daartegen gevoerde verweer overweegt de Accountantskamer het volgende.

4.1 Op grond van artikel 33 Wet op de Registeraccountants (oud, hierna: Wet RA) en sinds 1 januari 2013 op grond van artikel 42 van de Wet op het accountantsberoep (hierna: Wab) is de registeraccountant 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 RA 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 1 januari 2007 tot 4 januari 2014 worden getoetst aan de in die periode geldende Verordening gedragscode (RA'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 in beginsel aan klagers 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 accountant tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld.

4.4 Betrokkene heeft primair betoogd dat de klachten ongegrond zijn omdat klagers niet concreet hebben gemotiveerd met welke gedragingen hij de VGBA zou hebben geschonden.

Subsidiair betoogt betrokkene dat de klacht niet-ontvankelijk is wegens overschrijding van de drie- en zesjaarstermijn als bedoeld in artikel 22 van de Wtra zoals dat destijds luidde.

4.5 Anders dan betrokkene acht de Accountantskamer de klacht voldoende duidelijk gesubstantieerd. Gezien het door betrokkene gevoerde inhoudelijk verweer, heeft hij de klacht ook begrepen. Het vermelde primaire verweer wordt dan ook afgewezen.

4.6.1 Op grond van artikel 22, eerste lid, van de Wtra neemt de Accountantskamer een klacht niet in behandeling indien tussen het moment van handelen of nalaten en het moment van indiening van de klacht een periode van tien jaar is verstreken. Op grond van artikel 51 van de Wtra is die bepaling niet van toepassing op handelen of nalaten dat heeft plaatsgevonden vóór 1 januari 2019 en waartegen op grond van het tot die datum geldende artikel 22, eerste lid, van de Wtra (hierna: artikel 22 van de Wtra oud) geen klacht meer kan worden ingediend in verband met de daarin bedoelde drie- en zesjaarstermijn.

Artikel 22, eerste lid, van de Wtra oud bepaalt dat de Accountantskamer een klacht niet in behandeling neemt indien tussen het moment van het verweten handelen of nalaten en het moment van indiening van de klacht een periode van zes jaar of meer is verstreken. Ook kan geen klacht meer in behandeling worden genomen indien op het moment van indienen van de klacht drie jaren zijn verstreken nadat klager heeft geconstateerd of redelijkerwijs heeft kunnen constateren dat het handelen of nalaten in strijd is met het bij of krachtens de Wta of de Wab bepaalde of met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep.

4.6.2 Voor aanvang van de daarin bedoelde termijn van drie jaren is beslissend of sprake is geweest van een constatering van het tuchtrechtelijk laakbare karakter van het handelen of nalaten van de accountant, dan wel van zodanige feiten dat daarop redelijkerwijs een vermoeden van zulk tuchtrechtelijk laakbaar handelen of nalaten kan worden gebaseerd. Daarbij is van belang hoe de klacht is omschreven, althans door de Accountantskamer moet worden opgevat. Bepalend is dus niet op welk tijdstip een klager een handelen of nalaten van een accountant heeft geconstateerd of redelijkerwijs heeft kunnen constateren, maar op welk tijdstip bij een klager op grond van door hem geconstateerde feiten in verband met dat handelen of nalaten een vermoeden is ontstaan

of redelijkerwijs kon ontstaan dat de accountant van zijn handelen of nalaten een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Voor een vermoeden van (mogelijk) tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen of nalaten is niet vereist dat een klager volledig op de hoogte is van de exacte regelgeving voor accountants waarmee het handelen of nalaten (mogelijk) in strijd is.

4.7 Het klaagschrift in deze zaak is op 10 december 2018 verzonden en op 11 december 2018 ingekomen. Dat betekent dat in dit geval voor de driejaarstermijn bedoeld in artikel 22 Wtra, mede gezien artikel 7, eerste lid van het Procesreglement Accountantskamer 2015, de datum 10 december 2015 bepalend is. Voor de zesjaarstermijn is de datum van 10 december 2012 bepalend.

4.8 Klagers stellen zich op het standpunt dat de gedragingen van betrokkene waarover zij klagen, plaatsvonden in de periode van februari 2011 tot nu. De handelingen die betrokkene op dit moment nog verricht (onder meer het in rechte vorderen van vele miljoenen euro's) vloeien voort uit de LOI, zodat er sprake is van voortgezette handelingen waarvoor nieuwe vervalltermijnen gelden.

Voor klagers werd begin 2017, namelijk op het moment dat zij hun advocaat raadpleegden en hun de werkelijke aard van de overeenkomsten van geldlening (die zij onder druk van betrokkene hadden getekend) bleek, duidelijk dat betrokkene zich klachtwaardig gedroeg en had gedragen.

In de visie van betrokkene vloeit het geschil tussen hem en klagers voort uit de LOI en de geldleningsovereenkomsten. Omdat deze dateren uit 2011 en 2012 staat de zesjaarstermijn aan de ontvankelijkheid van de klacht in de weg. Van voortgezette handelingen, die aanleiding zouden zijn voor het aanvangen van nieuwe vervalltermijnen, is geen sprake. Verder zijn alle hem verweten gedragingen en nalaten die plaatsvonden vóór 11 december 2015 van toetsing uitgesloten omdat de driejaarstermijn eveneens is verstreken, aldus betrokkene.

4.9 De zesjaarstermijn is een absolute termijn. Zijn er zes jaren verstreken nadat het verweten handelen of nalaten door een accountant heeft plaatsgevonden, dan kan en mag de Accountantskamer een klacht daarover niet in behandeling nemen. Betrokkene heeft in 2011 en 2012 accountantswerkzaamheden voor [X1] verricht. In november 2012 zijn deze schriftelijk beëindigd. De LOI en de overeenkomsten van geldlening zijn gesloten in 2011 en (vóór december) 2012. Hieruit volgt dat de klacht voortvloeiend uit deze gedragingen niet-ontvankelijk is.

De Accountantskamer volgt klagers niet in hun betoog dat de huidige gedragingen voortvloeiende uit de overeenkomsten van 2011 en 2012, moeten worden beschouwd als nieuwe zelfstandige gedragingen waarvoor nieuwe vervalltermijnen gelden. Zou de uitleg van klagers worden gevolgd, dan zou dat tot gevolg hebben dat de zesjaarstermijn, als gevolg van gedragingen, die verband houden met nakoming van verplichtingen die voortvloeien uit overeenkomsten die reeds zes jaar (of meer) geleden zijn aangegaan, in feite illusoir wordt. Dit heeft onacceptabele gevolgen voor de rechtszekerheid van accountants.

Overigens, omdat klagers stellen dat zij de overeenkomsten tot geldlening onder druk hebben ondertekend (daargelaten of klagers aannemelijk hebben gemaakt dat daarvan inderdaad sprake was), is dit bij uitstek een omstandigheid die hen bij de ondertekening

al bekend was en had het op hun weg gelegen daar ook in verband met de hierna te melden driejaarstermijn, eerder tegen op te komen.

4.10 Ten aanzien van de verweten gedragingen van betrokkene die plaatsvonden in de periode tussen 10 december 2012 tot en met 10 december 2015 overweegt de Accountantskamer dat deze eveneens buiten het bereik van het tuchtrecht vallen, omdat deze plaatsvonden buiten de driejaarstermijn en vastgesteld moet worden dat klagers redelijkerwijs hadden kunnen vaststellen of vermoeden dat betrokkene mogelijk een tuchtrechtelijk verwijt kon worden gemaakt.

Klagers stellen in dit verband dat betrokkene kan worden verweten dat hij de samenwerking eind 2012 heeft beëindigd, terwijl betrokkene in 2016 weer het standpunt heeft ingenomen dat van een beëindiging helemaal geen sprake was en dat de samenwerking gewoon is voortgezet. Betrokkene heeft betoogd – en dat is door klagers niet bestreden – dat hij in 2014 nog geld in [X1] heeft gestoken. Als klagers al in de veronderstelling waren dat de samenwerking sinds 2012 was beëindigd, dan was het moment in 2014 dat betrokkene wederom [X1] financieel ondersteunde, het moment waarop zij hadden kunnen vaststellen dat betrokkene dat kennelijk anders zag, en niet pas in 2016. Hieruit volgt dat de klacht ook op dit punt niet-ontvankelijk is.

4.11 Voor zover de klacht ziet op gedragingen van betrokkene die plaatsvonden in de periode van 10 december 2015 tot het moment dat het klaagschrift is ingediend, is deze ontvankelijk.

In 2014 en 2015 is gewerkt aan het versterken van [X1] en [BV8]. De resultaten waren dusdanig dat partijen eind 2016 op initiatief van betrokkene tot een regeling zijn gekomen over onder meer terugbetaling van de leningen. Omdat er daarna onenigheid bleef bestaan, is in 2017 en 2018 nog geprobeerd tot overeenstemming te komen. Dat is niet gelukt, waarna betrokkene klagers heeft gedagvaard.

4.12 Volgens vaste jurisprudentie kan het door een accountant in zijn zakelijke betrekkingen - al dan niet in rechte - innemen van een civielrechtelijk standpunt, behoudens bijzondere omstandigheden, in het kader van de door hem in acht te nemen fundamentele beginselen van integriteit en professionaliteit, niet tot een gegrond tuchtrechtelijk verwijt leiden. Van dergelijke bijzondere omstandigheden is onder meer sprake indien geoordeeld zou moeten worden dat een door een accountant ingenomen standpunt bewust onjuist of misleidend, en dus te kwader trouw, blijkt te zijn of naar zijn aard gezien door een objectieve, redelijke en goed geïnformeerde derde, die over alle relevante informatie beschikt, zal worden opgevat als het accountantsberoep in diskrediet brengend.

4.13 De Accountantskamer is van oordeel dat klagers niet aannemelijk hebben gemaakt dat betrokkene bewust onjuiste of misleidende standpunten heeft ingenomen. De omstandigheid dat klagers en betrokkene het niet eens zijn over de uitleg en afwikkeling van de tussen hen gemaakte afspraken, als gevolg waarvan betrokkene zich genoodzaakt heeft gezien klagers in diverse civiele procedures te betrekken, maakt niet dat betrokkene reeds hierom met succes een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Het is aan de civiele rechter om over dat geschil een oordeel te vellen. Voor de Accountantskamer is daarin geen rol weggelegd.

De klacht is dan ook ongegrond voor zover deze ziet op handelingen en gedragingen van betrokkene in de periode vanaf 10 december 2015.

4.14 De klacht dient dan ook deels niet-ontvankelijk en deels ongegrond te worden verklaard.

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

5. Beslissing

De Accountantskamer:

verklaart de klacht niet-ontvankelijk voor zover deze ziet op gedragingen van betrokkene die plaatsvonden vóór 10 december 2015;

· verklaart de klacht voor het overige ongegrond.

Aldus beslist door mr. M.B. Werkhoven, voorzitter, mr. A.A.J. Lemain en mr. H. de Hek (rechterlijke leden) en dr. C.M. van Nieuw Amerongen RA en P. Mansvelder RA (accountantsleden), in aanwezigheid van mr. P.A.M. Spreuwenberg, secretaris, en uitgesproken in het openbaar op 20 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.