

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 18/161 en 18/200 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de zaak met nummers 18/161 en 18/200 Wtra AK van 12 november 2018 van

X B.V.,
gevestigd te [plaats1],
KLAAGSTER,
gemachtigde: [A],

t e g e n

1. Y1,
accountant-administratieconsulent,
2. Y2 MSc RV,
registeraccountant,
beiden kantoorhoudende te [plaats2],
BETROKKENEN,
raadsman: mr. W. Knoester.

1. Het verloop van de procedure

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

- het op 17 januari 2018 ingekomen klaagschrift van 15 januari 2018 met bijlagen;
- de op 24 januari 2018 ingekomen brief van klaagster van 23 januari 2018;
- het op 3 april 2018 ingekomen verweerschrift van 30 maart 2018 met bijlagen;
- de op 17 mei 2018 ingekomen brief van klaagster van 16 mei 2018 met bijlagen.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 4 juni 2018 waar zijn verschenen namens klaagster haar directeur-eigenaar [A], en betrokkenen, bijgestaan door mr. W. Knoester, advocaat te Rotterdam.

1.3 Klaagster en 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 Betrokkene (1) is sinds [datum] ingeschreven als accountant-administratieconsulent in het register van (thans) de Nba. Hij is als relatiebeheerder werkzaam bij [B] accountants & belastingadviseurs B.V. ([B]) te [plaats2]. Betrokkene (2) is sinds [datum] ingeschreven als registeraccountant in het register van (thans) de Nba. Hij is partner in [B] en leidinggevende van betrokkene (1).

2.2 Klaagster is opgericht op 19 april 2017 met de bedoeling een businesscentrum te openen in [plaats3]. Oprichter, aandeelhouder en bestuurder is [A] ([A]). [A] had niet de financiële middelen om het beoogde project te kunnen realiseren en was op zoek naar partners die wilden ondersteunen en participeren.

2.3 [A] heeft betrokkene (1) benaderd met de vraag of [B] hem in contact kon brengen met potentiële investeerders. Mondeling is afgesproken dat [B] daarvoor een vergoeding ("finders fee") zal ontvangen. In april 2017 heeft betrokkene (1) [A] in contact gebracht met een drietal geïnteresseerden: [C] ([C]), [D] ([D]) en [E] ([E]). De twee laatstgenoemden waren cliënten van [B]. Betrokkene (2) is de vaste contactpersoon van [E]. [C] heeft vervolgens de helft van de aandelen in klaagster overgenomen van [A]. [E] en [D] hebben te kennen gegeven dat zij een belang in klaagster wilden nemen. Beiden hebben in mei 2017 gelden overgemaakt naar de rekening van [X]; namens [D] twee maal € 2.000,00 met als omschrijving "lening" en namens [E] eenmaal € 2.000,00 met als omschrijving "overboeking".

2.4 Op 15 juni 2017 heeft [B] klaagster een declaratie gezonden van € 6.050,-- inclusief BTW voor werkzaamheden in februari tot en met mei 2017. Op 11 juli 2017 heeft [A] aan betrokkene (1) gevraagd of er nog een tweede factuur zal volgen. Op 18 juli 2017 heeft [B] klaagster een tweede declaratie gezonden van € 6.050,--, voor werkzaamheden in juni 2017. Op 19 juli 2017 hebben [D] en [E] zich teruggetrokken uit het project.

2.5 Op 18 augustus 2017 heeft [B] klaagster een betalingsherinnering gestuurd. Omdat klaagster ook daarna de declaraties niet heeft betaald, heeft [B] een advocaat in de arm genomen. Deze heeft klaagster op 13 september 2017 verzocht alsnog te betalen. Bij het uitblijven van de betaling zal [B] het faillissement van klaagster aanvragen, zo is in die brief aangekondigd. Op 27 september 2017 heeft [A] aan (onder anderen) betrokkenen laten weten dat klaagster in zijn visie niet verplicht is de declaraties te betalen, nu [D] en [E] zich hebben teruggetrokken uit het project en zij de toegezegde

€ 75.000,-- niet hebben ingebracht. Op diezelfde dag heeft [B] de rechtbank verzocht klaagster in staat van faillissement te verklaren. Op 10 oktober 2017 heeft de advocaat van [B] [A] uitgenodigd voor een gesprek op 16 oktober 2017 met betrokkenen om te komen tot een oplossing. Het gesprek heeft niet tot een oplossing geleid.

2.6 Op 18 oktober 2017 heeft [A] de directeur van [B], [F] RA, verzocht om de faillissementsaanvraag in te trekken. Daartoe heeft hij uiteengezet dat klaagster de declaraties van [B] niet kan betalen omdat [D] en [E] hun toezeggingen aan hem niet zijn nagekomen, dat hij een financier heeft gevonden voor de kosten van een procedure tegen [D] en [E], dat [B] bij een faillissement niets uit de boedel zal ontvangen omdat het saldo van de bankrekening van klaagster negatief is en dat [B] ten onrechte facturen aan klaagster heeft gestuurd omdat was afgesproken dat er op no cure no pay basis zou worden gewerkt en [B] haar prestatie niet heeft geleverd. Op verzoek van [B] is de mondelinge behandeling van het verzoek tot faillietverklaring door de rechtbank uitgesteld om klaagster in de gelegenheid te stellen alsnog een betalingsregeling te treffen. Op 8 januari 2018 heeft ten kantore van [B] opnieuw overleg plaatsgevonden. [A] heeft het voorstel van [B] om genoeg te nemen met een betaling van € 5.000,00, afgewezen. Hij heeft geen tegenvoorstel gedaan. Op 10 januari 2018 heeft de rechtbank Amsterdam het verzoek tot faillietverklaring van klaagster afgewezen op de grond dat niet summierlijk is gebleken dat klaagster in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen.

3. De klacht

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

3.2 Aan de klacht ligt, zoals blijkt uit het klaagschrift en de daarop door klaagster gegeven toelichting, het verwijt ten grondslag dat betrokkenen het faillissement van klaagster hebben aangevraagd terwijl klaagster nog niet in een situatie verkeerde dat zij was opgehouden te betalen, er geen steunvorderingen waren, en [B] geen redelijk belang had bij een faillissement. De enigen die er belang bij hadden waren [D] en [E], aldus klaagster in de brief van 23 januari 2018, vermeld in 1.1 van deze uitspraak.

3.3 Wat door/namens klaagster 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) maar - voor zover het daartoe kan dienen - als een ondersteuning van de betwisting van het gestelde in de door/namens 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 42 van de Wet op het accountantsberoep (hierna: Wab) is de accountant ten aanzien van de uitoefening van zijn beroep onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met het bij of krachtens de 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, nu dit plaatshad ná 4 januari 2014, worden getoetst 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 klaagster 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 Allereerst overweegt de Accountantskamer als volgt. Het faillissement van klaagster is aangevraagd door [B] en niet door betrokkenen. Dat roept de vraag op of betrokkenen tuchtrechtelijk verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het aanvragen van het faillissement van klaagster. Vast staat dat betrokkene (2) partner is in [B]. Betrokkene (1) maakt geen deel uit van het bestuur van [B]. Ter zitting hebben betrokkenen verklaard dat het dagelijks bestuur van [B] bevoegd is [B] te vertegenwoordigen en zij die bevoegdheid niet hebben. In de pleitnota van de advocaat van betrokkenen is melding gemaakt van veelvuldig intern overleg over de aanvraag tot faillietverklaring, het uitstellen en het doorzetten daarvan. Betrokkene (1) heeft ter zitting verklaard dat hij en betrokkene (2) hebben deel genomen aan dit overleg. Andere deelnemers waren de compliance officer, de leden van het dagelijks bestuur en de advocaat van [B]. De Accountantskamer is van oordeel dat onder deze omstandigheden ervan uitgegaan mag worden dat betrokkenen zich achter het (doorzetten van) de aanvraag hebben geschaard, en daaruit volgt dat zij tuchtrechtelijk aanspreekbaar zijn op de aanvraag.

4.5 Het is vaste rechtspraak van de Accountantskamer (zie o.m. ECLI:NL:TACAKN:2016:14, ECLI:NL:TACAKN:2014:116 en ECLI:NL:TACAKN:2018:36) dat het een accountant in het algemeen vrij staat civielrechtelijke rechtsmaatregelen te nemen tegen een cliënt die zijn declaraties niet betaalt. De accountant dient daarbij wel een zorgvuldige belangenafweging te maken tussen zijn eigen belang, te weten betaling van zijn declaraties, en de (voor hem kenbare) belangen van die cliënt, die als gevolg van de rechtsmaatregelen kunnen worden geschaad. Daarbij moet worden aangetekend dat het aanvragen van een faillissement, en het vervolgens in rechte persisteren bij die aanvraag een zeer vergaande rechtsmaatregel is, die niet lichtvaardig door de accountant mag worden ingezet.

4.6 De Accountantskamer is van oordeel dat niet aannemelijk is geworden dat betrokkenen die belangenafweging hebben gemaakt en overweegt daartoe als volgt. Het gaat hier om een tweetal declaraties, gedateerd 15 juni 2017 en 18 juli 2017, van in totaal ruim € 12.000,--. Bij het uitblijven van de betaling daarvan heeft [B] allereerst een aanmaning gezonden en vervolgens een advocaat in de arm genomen die het verzoek om te betalen medio september 2017 heeft herhaald. Vervolgens is eind september 2017, binnen vier maanden na verzending van de eerste declaratie, het faillissement aangevraagd. Die aanvraag is daarna gehandhaafd en op verzoeken van klaagster om de aanvraag in te trekken, is niet ingegaan. Andere middelen om klaagster tot betaling te bewegen zijn niet ingezet. In de visie van betrokkenen zou een civiele procedure teveel tijd en geld gaan vergen, zeker in verhouding tot het te incasseren bedrag. De Accountantskamer is van oordeel dat er wel aanleiding was te bezien in hoeverre er alternatieve scenario's denkbaar waren. Niet alleen omdat het ging om een relatief gering bedrag van € 12.000,--, maar ook omdat klaagster betwistte dat zij gehouden

was tot betaling van de betreffende declaraties op gronden die niet op voorhand evident onjuist waren. Klaagster stelde zich (al tijdens het gesprek met betrokkenen op 10 oktober 2017) gemotiveerd op het standpunt dat [B] niet had geleverd wat was afgesproken, het aanbrenge van personen die ook daadwerkelijk hebben geïnvesteerd in de op te zetten onderneming. Ter zitting is gebleken dat betrokkenen de afspraak die met [A] was gemaakt over de “findersfee” niet schriftelijk in het dossier hebben vastgelegd. Dat was wel aangewezen, gelet op het belang ervan voor de juistheid van de declaraties. Als gevolg daarvan kan niet met voldoende zekerheid worden volgehouden dat sprake was van een vaststaande vordering. Deze omstandigheid is voor de rechtbank Amsterdam ook aanleiding geweest om het verzoek tot faillietverklaring van klaagster af te wijzen. Daar komt bij dat betrokkenen onvoldoende inzicht hadden in de financiële situatie van klaagster, zodat zij niet wisten of een faillissement wel zou leiden tot betaling van de schuldeisers. Klaagster heeft verder aannemelijk gemaakt dat andere schuldeisers een faillissement niet ondersteunden, omdat zij daardoor zouden worden benadeeld.

4.7 Gezien wat hiervoor is overwogen is het aanvragen van het faillissement van klaagster te lichtvaardig gebeurd, wat leidt tot het oordeel dat betrokkenen door zich achter die aanvraag te scharen hebben gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel van professionaliteit.

4.8 De klacht dient dan ook gegrond te worden verklaard.

4.9 Nu de klacht gegrond moet worden verklaard, kan de Accountantskamer een tuchtrechtelijke maatregel opleggen. Bij de beslissing daarover houdt zij rekening met de aard en de ernst van het verzuim van betrokkenen en de omstandigheden waaronder dit zich heeft voorgedaan. De Accountantskamer acht in deze klachtzaken de maatregel van waarschuwing passend en geboden. Betrokkenen hebben onvoldoende oog gehad voor de gerechtvaardigde belangen van klaagster. Anderzijds is meegewogen dat aan betrokkenen niet eerder een tuchtrechtelijke maatregel is opgelegd.

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

5. Beslissing

De Accountantskamer:

- verklaart de klacht gegrond;
- legt ter zake aan betrokkenen op de maatregel van **waarschuwing**;
- verstaat dat de AFM en de voorzitter van de Nba na het onherroepelijk worden van deze uitspraak én de uitvaardiging van een last tot tenuitvoerlegging door de voorzitter van de Accountantskamer, zorgen voor opname van deze tuchtrechtelijke maatregelen in de registers, voor zover betrokkenen daarin zijn of waren ingeschreven;
- verstaat dat, op grond van het bepaalde in artikel 23, derde lid Wtra, betrokkenen het door klaagster betaalde griffierecht ten bedrage van € 70,- (zeventig euro) aan klaagster vergoeden.

Aldus beslist door mr. M.J. van Lee, voorzitter, mr. H. de Hek en mr. G. van Rijssen (rechterlijke leden) en mr. drs. J.B. Backhuijs RA en J. Maan AA (accountantsleden), in aanwezigheid van mr. P.A.M. Spreuwenberg, secretaris, en uitgesproken in het openbaar op 12 november 2018.

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.