

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 09/2319 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtspraak accountants (Wtra) van 25 juni
2010
in de zaak met nummer 09 / 2319 Wtra AK van

1) **X1**,
wonende te [woonplaats],
en
2) **X2**,
wonende te [woonplaats],
KLAGERS,
raadsman: mr. D. van Kampen, advocaat te Utrecht,

t e g e n

Y,
registeraccountant,
kantoorhoudende te [plaats],
BETROKKE NE,
raadsman: mr. R.J. Koekkoek.

1. Het verloop van de procedure

1.1 De Accountantskamer heeft kennisgenomen van de in deze zaak gewisselde en aan partijen bekende stukken, waaronder:

- (a) het op 1 december 2009 (via de Raad van Tucht voor RA's en AA's te Amsterdam) ingekomen, klaagschrift van 27 november 2009, met bijlagen;
- (b) de op 4 januari 2010 ingekomen brief van 31 december 2009 van de raadsman van klagers aan de Accountantskamer;
- (c) het verweerschrift van betrokkene van 2 maart 2010, dat op dezelfde datum bij de Accountantskamer is binnengekomen.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 9 april 2010, waar aanwezig waren: klagers – X1 en X2 in persoon, tot bijstand vergezeld van mr. D. van Kampen, advocaat te Utrecht, en - aan de zijde van betrokkene - Y in persoon, tot bijstand vergezeld van mr. R.J. Koekkoek.

1.3 Partijen hebben bij gelegenheid van deze zitting hun standpunten toegelicht, onderscheidenlijk doen toelichten (aan de hand van een pleitnota, die aan de Accountantskamer is 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 Klagers zijn op 16 december 1980 (klager sub 1) onderscheidenlijk 1 januari 1991 (klager sub 2) als bestuurders benoemd van de Stichting1 te [plaats] (hierna: Stichting1).

2.2 In verband met het behaald zijn van een aanzienlijke winst op de verkoop van het woningbouwcomplex van Stichting1 heeft het bestuur van Stichting 1 in het najaar van 2000 aan Ernst & Young voorgelegd of het mogelijk en juridisch verantwoord was dat het bestuur een "blijk van waardering" zou ontvangen voor de uitgevoerde werkzaamheden in de achterliggende jaren.

2.3 Mr. K van Ernst & Young Belastingadviseurs heeft daarover een door hem opgestelde notitie aan het bestuur van Stichting 1 doen toekomen, gedateerd 22 augustus 2000. In deze notitie werd (onder meer) geadviseerd de statuten van Stichting 1 te wijzigen voor het geval het verstrekken van een beloning voor het verrichten van de bestuurderstaken zou vallen onder de reikwijdte van artikel 8 van de (toenmalige) statuten, waarin was bepaald: "Geldelijk voordeel is voor de leden van het bestuur uitgesloten". Dit advies is door het bestuur van Stichting1 gevolgd en de statuten zijn dienovereenkomstig op 19 september 2000 aangepast.

2.4 De heer Z is door een relatie van klager sub 1 in november 2000 verzocht als registeraccountant de fiscale aspecten te beoordelen van het voornemen van het bestuur van Stichting1 om "blijken van waardering" in contanten te doen uitkeren aan haar bestuursleden, onder wie klager sub 1 en klager sub 2.

2.5 Na een bespreking op 20 november 2000, heeft Z op 14 december 2000 een notitie aan het bestuur van Stichting1 gestuurd omtrent voornamelijk de fiscale en fiscaal-juridische aspecten van de "blijken van waardering". In deze notitie heeft Z enkele mogelijkheden uiteengezet en, "gezien het arbitraire karakter van de verwoorde fiscale problematiek" ook geadviseerd om "in overleg te treden met de Belastinginspecteur" omtrent het verkrijgen van zekerheid met betrekking tot de fiscale aspecten .

2.6 Tijdens een vergadering op 19 december 2000 van het algemeen bestuur van Stichting1, op dat moment bestaande uit klager sub 1, klager sub 2 en één ander bestuurslid, werd besloten dat de zittende bestuursleden, zijnde klager sub 1, klager sub 2 en dat andere bestuurslid, ieder een schenking van Stichting1 van Hfl 105.000,-- belastingvrij zouden ontvangen. Op 21 december 2000 heeft een banktransactie plaatsgevonden van de bankrekening van Stichting1 naar de bankrekeningen van onderscheidenlijk klager sub 1, klager sub 2 en dat andere bestuurslid van telkens een bedrag van Hfl 105.000,--.

2.7 In het kader van een door de Belastingdienst in 2004 ingesteld boekenonderzoek werd door de controlerend ambtenaar op grond van vermoedens aangaande de besteding van subsidiegelden een interne melding gedaan aan de FIOD en het OM. Daarnaast werd de fiscale verwerking van de "blijken van waardering" betwist. Nadat op 24 november 2004 een politie-inval plaatsvond op onder meer alle privé-adressen van de bestuursleden (onder wie klagers) en het kantoor van Ernst & Young, zijn klagers geschorst als bestuurders van Stichting1 en vervolgens voor ontslag voorgedragen. Klager sub 1 is vervolgens ook ontslagen bij beschikking van 24 februari 2005 van de rechtbank te Almelo, welke uitspraak is bekrachtigd door het Gerechtshof te Arnhem op 10 oktober 2005 en de Hoge Raad op 20 april 2007. Klager sub 2 had (voordat de rechtbank uitspraak deed) reeds zelf ontslag genomen.

2.8 Voorts zijn klagers door het openbaar ministerie in een strafrechtelijke procedure betrokken, waarin hun onder meer ten laste werd gelegd dat zij zich de "blijk van waardering" wederrechtelijk hadden toegeëigend. Tevens is in een procedure als bedoeld in artikel 36e van het Wetboek van Strafrecht tegen ieder van klagers de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel gevorderd. Nadat de rechtbank te Almelo klagers in de strafzaak en de ontnemingszaak bij vonnis van 26 juni 2006 had veroordeeld, heeft ook het gerechtshof te Arnhem (bij arresten van 23 juli 2008) in de strafzaak geoordeeld dat klagers zich de "blijk van waardering" wederrechtelijk hadden toegeëigend en zijn klagers veroordeeld. In de ontnemingszaak heeft het Gerechtshof klagers ieder veroordeeld tot betaling aan de Staat van het wederrechtelijk verkregen voordeel.

2.9 De onderhavige klacht, gedateerd 27 november 2009, is (via de Amsterdamse Raad van Tucht) op 1 december 2009 bij de Accountantskamer ingekomen.

3. De klacht

3.1 De klacht houdt in dat betrokkene, die door klagers verantwoordelijk wordt gehouden voor de notitie van 22 augustus 2000 van Ernst & Young Belastingadviseurs aan het bestuur van Stichting1, heeft gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die hij naar verkeersopvattingen jegens klagers, in hun hoedanigheid van bestuurders van Stichting1, in acht had moeten nemen.

3.2 Immers, indien betrokkene met de vereiste zorgvuldigheid zou hebben gehandeld, had hij niet kunnen en mogen komen tot zijn advisering dat de “blijken van waardering” zonder problemen konden worden uitgekeerd, nu uit voornoemde arresten van het Gerechtshof te Arnhem blijkt dat klagers daarmee in strijd met de statuten van Stichting1 handelden.

4. De gronden van de beslissing

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

4.1 Betrokkene heeft een beroep gedaan op de niet-ontvankelijkheid van de klacht jegens hem, daartoe stellende - zakelijk weergegeven - dat die klacht betrekking heeft op handelen van hem dat zich meer dan zes jaren voor het moment van indiening van de klacht heeft voorgedaan, terwijl dat handelen bovendien meer dan drie jaren voor dat moment door klagers is geconstateerd.

4.2 De Accountantskamer overweegt met betrekking tot dit verweer als volgt.

4.3 Ingevolge artikel 22, eerste lid Wtra kan bij een vermoeden van handelen of nalaten als bedoeld in artikel 33, eerste lid Wet RA, een klacht worden ingediend binnen drie jaar na de constatering van het handelen of nalaten van een registeraccountant en neemt de Accountantskamer de klacht niet in behandeling indien tussen het moment van het handelen of nalaten en het moment van indiening van de klacht een periode van zes jaar is verstreken. Indien één van beide termijnen is overschreden, dient de klacht niet-ontvankelijk te worden verklaard.

4.4 De notitie van Ernst & Young Belastingadviseurs aan het bestuur van Stichting1, waarop de klacht betrekking heeft, is uitgebracht op 22 augustus 2000.

4.5 Van de zijde van klagers is aangevoerd dat de constatering van het handelen of nalaten van een accountant dat relevant is voor een tuchtrechtelijke beoordeling - in redelijkheid - pas kan worden aangenomen nadat voor klagers een redelijke grond tot klagen aanwezig is en dat dit moment voor klagers niet eerder was aangebroken dan na het arrest van de Hoge Raad op 20 april 2007 of de uitspraken van het Gerechtshof te Arnhem op 23 juli 2008.

4.6 De Accountantskamer is allereerst van opvatting dat noch de tekst van artikel 22, eerste lid Wtra, noch de wetsgeschiedenis aanleiding geeft te veronderstellen dat de in deze wettelijke bepaling opgenomen zesjaarstermijn eerst aanvangt, nadat voor klagers een redelijke grond tot klagen aanwezig was. Naar het oordeel van de Accountantskamer vangt de zesjaarstermijn direct na het verweten handelen of nalaten aan.

4.7 Wat betreft de in artikel 22, eerste lid Wtra vermelde driejaarstermijn is de Accountantskamer voorts van oordeel dat klagers de constatering van mogelijk tuchtrechtelijk verwijtbare aspecten aan de notitie van betrokkene, waarop de klacht betrekking heeft, veeleer reeds ten tijde van het boekenonderzoek door de Belastingdienst in 2004 hadden kunnen doen, maar in elk geval hadden moeten doen op 24 november 2004, de dag waarop een politie-inval plaatsvond op onder meer alle privé-adressen van de bestuursleden en klagers wisten, althans redelijkerwijs moesten weten, dat zij inmiddels blootstonden aan de dreiging van een strafrechtelijke vervolging ter zake van de finan-

ciële “blijken van waardering” die zij zich als bestuurders van Stichting1 hadden laten uitkeren.

4.8 Bij deze stand van zaken moet worden geconcludeerd dat:

- a. het aan betrokkene verweten handelen, te weten het op 22 augustus 2000 uitbrengen aan het bestuur van Stichting1 van de notitie van Ernst & Young Belastingadviseurs over het mogelijk en juridisch verantwoord zijn van het door het bestuur van Stichting1 ontvangen van een “blijk van waardering”, heeft plaatsgevonden meer dan 6 jaar voor het moment van het indienen van de klacht (op 1 december 2009) en
- b. dat klagers in ieder geval op 24 november 2004 en aldus meer dan drie jaar voor het indienen van de klacht op de hoogte waren van mogelijk tuchtrechtelijk verwijtbare aspecten aan de notitie van Ernst & Young Belastingadviseurs, waarop de klacht betrekking heeft.

Beide constatering brengen - elk voor zich reeds - mee dat klagers te laat zijn met het indienen van hun klacht.

4.9 Overigens is geenszins komen vast te staan of anderszins aannemelijk geworden dat betrokkene verantwoordelijk kan worden gehouden voor de onderhavige, door mr. K opgestelde notitie van Ernst & Young “*Belastingadviseurs*” van 22 augustus 2000. Nu door betrokkene wordt betwist dat hij verantwoordelijk is voor voormelde notitie, is de inhoud van de daartoe door de raadsman van klagers bij pleidooi aan de Accountantskamer in kopie overgelegde brief waarbij door mr. K de onderhavige notitie aan klager sub 1 - en in kopie aan klager sub 2 en betrokkene - werd toegezonden, onvoldoende om zulks op grond daarvan aan te nemen.

4.10 Op grond van al het vorenstaande moet de klacht niet-ontvankelijk worden verklaard.

5. De beslissing

De Accountantskamer verklaart de onderhavige klacht jegens betrokkene niet-ontvankelijk.

Aldus beslist door mr. M.B. Werkhoven, voorzitter, mr. E.F. Smeele en mr. M.J. van Lee, rechterlijke leden, drs. E.J.F.A. de Haas RA en D.J. ter Harmsel AA, accountantsleden, in aanwezigheid van W. Welmers, secretaris, en uitgesproken in het openbaar op 25 juni 2010.