

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 09/2126 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING van 11 juni 2010
in de zaak met nummer **09 / 2126 WTRA AK** van

1. **X**, wonende te [woonplaats],
2. **A**, wonende te [woonplaats],
3. de rechtspersoon naar Frans recht **B**, gevestigd te [plaats] (Frankrijk)
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **C Holding B.V.**, gevestigd te [plaats],

KLAGERS,

gemachtigde mr. A. Steinz, advocaat te Laren (N.H.),

t e g e n

Y,

accountant-administratieconsulent,
kantoorhoudende te [plaats],

BETROKKE NE,

gemachtigde: mr. J.F. Garvelink, advocaat te Amsterdam.

1. Het verloop van de procedure

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

- het op 2 december 2009 ingekomen klaagschrift, met bijlagen;
- het op 8 maart 2010 ingekomen verweerschrift, met bijlagen;
- de brief van 10 maart 2010 van de gemachtigde van klagers aan de Accountantskamer, met als bijlage de producties 22 tot en met 29 bij de klacht.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 15 maart 2010, waar zijn verschenen - aan de zijde van klagers - klagers sub 1 en sub 2, X en A, beiden in persoon, tot bijstand vergezeld van hun gemachtigde mr. A. Steinz, advocaat te Laren (N.H.) en - aan de zijde van betrokkene - betrokkene Y AA in persoon, tot bijstand vergezeld van haar gemachtigde mr. J.F. Garvelink, advocaat te Amsterdam, en van de mrs. D en E, respectievelijk advocaat en fiscalist van F.

Klagers en betrokkene hebben op deze zitting hun standpunten nader toegelicht onderscheidenlijk doen toelichten aan de hand van pleitnota's en geantwoord op vragen van de Accountantskamer.

2. De vaststaande feiten

2.1 Betrokkene is openbaar accountant en verbonden aan het sinds 1 januari 2005 tot de F behorende G Accountants B.V. te [plaats], alwaar de heer H (hierna: H) - een kennis van klager sub 2 - haar leidinggevende is.

2.2 Klagers sub 1 en sub 2 hebben in februari 2002 het landgoed I (in Frankrijk) gekocht en ondergebracht in een vennootschap naar Frans recht, een Société Civile Immobilière (SCI), van welke vennootschap zij ieder de helft hielden. Zij zijn op het landgoed een onderneming in de verhuur van vakantieverblijven gaan drijven.

2.3 Klager sub 1 heeft in 2004 aan H, die een deel van diens vakantie op I doorbracht, enige problemen voorgelegd inzake de aftrekbaarheid van kosten van wervingsreizen in Frankrijk en de relatief hoge sociale lasten voor een "micro-entreprise", in welke vorm de onderneming op dat moment werd gedreven. H heeft daarop als oplossing de oprichting van een vennootschap in Nederland gesuggereerd en bij terugkomst in Nederland betrokkene verzocht ter zake onderzoek te doen.

2.4 Op 25 augustus 2004 heeft betrokkene aan klager sub 1 een faxbericht gestuurd met een advies omtrent de verschillende te ondernemen stappen, te weten de oprichting van:

- een andersoortige vennootschap naar Frans recht, te weten een "Société à responsabilité limitée" (verder: een SARL) in Frankrijk waarin de SCI zou worden ingebracht,
- een SARL voor de exploitatie van de onderneming, als dochteronderneming van de eerstgenoemde SARL,
- een B.V. in Nederland, voor de verkoop van de accommodaties aan de buitenlandse touroperators en voor holding- en financieringsactiviteiten, alsmede
- een Stichting Administratiekantoor in Nederland, waarin de aandelen van de Nederlandse B.V. zouden worden gecertificeerd en waarvan het bestuur zou worden gevormd door klagers sub 1 en sub 2.

In de brief waarbij dit advies werd aangeboden heeft betrokkene onder meer gesteld: “Het is wel noodzakelijk dat vooraf contact wordt opgenomen met een Franse fiscalist”. Ook in het advies heeft betrokkene gesteld dat er dient te worden overlegd met een ter zake kundige juridisch/fiscaal adviseur.

2.5 Op verzoek van klager sub 1 heeft betrokkene vervolgens gekeken of zij een Franse adviseur voor klagers sub 1 en 2 kon vinden. Betrokkene heeft in dat verband contact opgenomen met J, een middelgroot Frans accountants- en adviesbureau met veel regionale vestigingen, bij welk bureau haar mevrouw K (hierna: K) werd aanbevolen. Betrokkene heeft bij e-mail van 20 oktober 2004 (nogmaals verzonden op 16 november 2004) een aantal vragen met betrekking tot de hiervoor onder 2.4 vermelde te nemen stappen aan K gesteld.

2.6 K, die (ook) Nederlandstalig is, beantwoordde deze vragen gedeeltelijk per e-mail van 17 november 2004, waarin ook stond: “Voor de oprichting van een SARL en de fiscale begeleiding raden wij u aan een advocaat of een fiscalist te contacteren. Wij kunnen u met iemand in contact brengen, maar helaas spreekt die persoon geen Nederlands.”

2.7 Omdat klager sub 1 te kennen gaf dat een adviseur die uitsluitend Frans sprak voor hem geen probleem was, heeft K per e-mail van 24 november 2004 aan het kantoor van betrokkene aanbevolen: L, “conseil fiscal” en “docteur en droit” te [plaats] (hierna: L). Klager sub 1 zou zelf een afspraak maken met L en achtte het niet nodig dat betrokkene aanwezig zou zijn bij die bespreking. Klager sub 1 onderhield zelf, ook telefonisch, rechtstreeks contact met L.

2.8 Klager sub 1 heeft op 3 december 2004 in Parijs een gesprek gevoerd met L en deze laatste heeft op 23 december 2004 aan klager sub 1 een adviesbrief geschreven, inhoudende onder meer, zakelijk en vertaald weergegeven:

“Naar aanleiding van onze ontmoeting van 3 december 2004 en conform afspraak vindt u hieronder de grote lijnen van het plan van herstructurering van het I.”

en

“Tijdens onze ontmoeting hebben wij de oplossingen bekeken voor een herstructurering van de onroerende zaken en de exploitatie ervan.”

L schetste vervolgens twee mogelijkheden: het omzetten van de SCI in een SARL dan wel het oprichten van een SARL met inbreng hetzij in contanten, hetzij door inbreng van het onroerend goed, en de eventuele heffing van belasting over de meerwaarde daarvan (de zogeheten “taxe sur la plus-value”) die daarmee gepaard zou gaan.

2.9 In een brief van L aan klager sub 1 van 26 januari 2005 (naar aanleiding van een telefonisch contact van klager sub 1 met L) heeft L aanvullende informatie verschaft over achtereenvolgens a) heffing van belasting over de “plus-value”, b) successierecht (L vermeldde dat dit in Frankrijk zal worden geheven, eventueel na aftrek van in Nederland reeds geheven bedragen) c) de vraag of het feit dat de vennootschap gemengde activiteiten uitoefent reden is om de status van de vennootschap te wijzigen en d) het verschil in fiscale behandeling tussen een werknemer en een “gérant majoritaire” (ofwel directeur grootaandeelhouder).

2.10 Op zijn advies van januari 2005 heeft L een uitgebreider advies omtrent de “plus-value” doen volgen in een e-mail van 25 april 2005 aan klager sub 1 getiteld “Etude

sur plus-value”, met daarbij gevoegd een uitgebreid advies over dat onderwerp onder de titel “Fiche de détermination de la plus-value en cas de cession du Domaine ou de la SCI”. Deze e-mail is betrokkene dezelfde dag ter informatie door klager sub 1 doorgezonden. L heeft - in telefonisch overleg met onder meer betrokkene - de balansgegevens in dit advies later aangepast omdat deze niet volledig waren. Op 24 mei 2005 zond L aan klager sub 1 een e-mail met daarbij zijn “Note corrigée”. Ook deze e-mail is door klager sub 1 ter informatie aan betrokkene gezonden.

2.11 In mei 2005 heeft betrokkene nog aanvullende vragen met betrekking tot de exploitatie gesteld aan J. Schriftelijk antwoord is daarvandaan niet meer gekomen, omdat klagers overstapten van J in Parijs naar de dichterbij gelegen vestiging in Lyon, waar de heer M (hierna M) als accountant van de SCI (klaagster sub 3) en klagers sub 1 en sub 2 ging optreden en de gestelde vragen verder rechtstreeks heeft afgehandeld. Klager sub 1 heeft M op zijn kantoor gesproken en de advisering omtrent de exploitatie, de sociale lasten en aanverwante kwesties is door M - al of niet in overleg met L - zonder inbreng van betrokkene afgehandeld.

2.12 Op 26 juli 2005 hebben klagers sub 1 en sub 2 C Holding B.V. (klaagster sub 4) opgericht, welke vennootschap een bemiddelingsfee ging rekenen en de buiten Frankrijk gemaakte bemiddelingskosten ging dragen.

2.13 De werkzaamheden van betrokkene in 2005 hebben zich wat betreft de fiscaliteit beperkt tot wat kleinere fiscale werkzaamheden met betrekking tot klaagster sub 4. Daarnaast is betrokkene als accountant van deze vennootschap opgetreden en in die hoedanigheid ook bij het dossier betrokken gebleven. M was de accountant voor de activiteiten in Frankrijk.

2.14 Klager sub 1 heeft eind 2005 gebeld met betrokkene omdat er aanslagen binnenkwamen voor sociale lasten in Frankrijk. Hij wilde in verband daarmee voortgang maken met het aanpassen van de structuur. Betrokkene heeft hem voor zijn vragen doorverwezen naar M, omdat zij daar geen antwoord op kon geven.

2.15 Begin 2006 moest er volgens M een “bail commercial” (huurcontract) komen tussen de SCI en klager sub 2. Deze overeenkomst is door L opgesteld en op 6 februari 2006 aan klager sub 1 gestuurd.

2.16 Hoewel de oorspronkelijke gedachte was om de activiteiten en de aandelen in de SCI onder te brengen in een Franse vennootschap, gaf L aan klager sub 1 te kennen dat de SCI ook onder C Holding B.V. kon worden geplaatst. Betrokkene heeft dit vervolgens telefonisch geverifieerd bij L, die dit bevestigde. Omdat een SCI meer dan één aandeelhouder moet hebben, adviseerde L dat ieder van klagers sub 1 en sub 2 één aandeel (van de duizend) zou behouden. Bovendien zou verliesverrekening onmogelijk zijn indien de SCI en C Holding B.V. los van elkaar zouden blijven. L had overigens ook al in zijn brief van januari 2005 geadviseerd dat de Franse fiscus zich heffingsbevoegd zou achten indien klagers sub 1 en sub 2 inwoner van Frankrijk zouden zijn.

2.17 L heeft de overdracht van de SCI aan C Holding B.V. niet alleen fiscaal begeleid, maar hij heeft ook de benodigde documentatie in concepten opgesteld. L vroeg betrokkene bij e-mail van 5 juli 2006 ter zake om commentaar. Klager sub 1 was intussen onaangenaam verrast dat volgens het advies van L € 400.000,-- aan “plus-value” ver-

schuldigd was, waar deze eerder had gezegd dat de overdracht zonder enige heffing zou kunnen plaatsvinden. Betrokkene heeft als de accountant van C Holding B.V. L erop gewezen dat de prijs voor de aandelen in de SCI niet juist was berekend. Hierover heeft overleg plaatsgevonden en op 21 oktober 2006 heeft L nieuwe concepten gemaild. De prijs van de aandelen in de SCI bedroeg 1 euro omdat de schulden de waarde van het onroerend goed overtroffen. Zo hoefde volgens L geen belasting afgerekend te worden, waar in zijn eerdere concepten daarvan nog wel sprake was. De stukken zijn in deze vorm gepasseerd.

2.18 In het boekjaar 2006 hebben de werkzaamheden van betrokkene zich beperkt tot aangiftewerk voor C Holding B.V. en het bespreken van enkele kwesties.

2.19 In mei 2007 bleek dat klagers sub 1 en sub 2 het domein - onder voorbehoud zijdens koper - hadden verkocht voor een veelvoud van de boekwaarde. L heeft op 16 juni 2007 geadviseerd omtrent de verkoop en de daarbij verschuldigde belasting, die volgens hem in alle gevallen in Frankrijk zou worden geheven. Uit het advies van L volgde dat verkoop van de aandelen in C Holding B.V. waarschijnlijk het meest gunstig was ten opzichte van een verkoop van hetzij de SCI hetzij het onroerend goed zelve. De koper wilde echter niet de aandelen kopen maar slechts het onroerend goed, dit in verband met de uitzonderlijke fiscale status van de koper, die de Britse nationaliteit had. De onderhandelingen over (het afronden van) de verkoop zijn toen tijdelijk gestaakt, maar enkele maanden later is alsnog - tegen een lagere prijs - volledige overeenstemming bereikt.

2.20 Bij het passeren van de akte vertelde de notaris dat bovenbedoeld advies van L onjuist zou zijn geweest. Volgens de notaris hoefden klagers sub 1 en sub 2 veel minder belasting te betalen omdat zij bewoners van het domein zouden zijn. De notaris was bereid de akte aldus te passeren, maar L hield voet bij stuk. De discussie leidde tot een vertrouwensbreuk tussen enerzijds klagers sub 1 en sub 2 en anderzijds L, waarop klager sub 1 zich tot betrokkene heeft gewend.

2.21 Betrokkene heeft daarop een andere Franse adviseur, "N" (hierna: N) gevraagd naar dit probleem te kijken. In de e-mail van betrokkene aan N van 9 november 2007 heeft betrokkene N ook gevraagd of de overdracht van de aandelen in de SCI nog op enigerlei wijze teniet te doen zou zijn, juist omdat zij van klager sub 1 had vernomen dat die overdracht tot gevolg zou hebben dat klagers sub 1 en sub 2 zich niet op hun bewonerschap zouden kunnen beroepen.

2.22 Uit het hieropvolgende advies van N van 16 november 2007 blijkt dat het de gemeubileerde verhuur is (en niet de aandelenoverdracht) die maakt dat de SCI van rechtswege volledig onderworpen is aan het tarief van de Franse vennootschapsbelasting. Dit blijkt ook uit het aanvullend advies van N van 23 november 2007:

“Voorgaande punt no 2 is slechts subsidiair: het belangrijkste is dat gelet op de commerciële activiteit (gemeubileerde verhuur) door de SCI, bij een verkoop van het pand door de SCI de meerwaarde op het pand in de Franse vennootschapsbelasting zal belast worden, dit ongeacht wie er aandeelhouder is.”

2.23 De werkzaamheden van betrokkene voor klagers is kort daarna geëindigd. In 2008 zijn nog wel noodzakelijke werkzaamheden van fiscale aard verricht en is voorts werk in de lopende jaarrekeningen afgemaakt.

2.24 Klagers is in 2008 gevraagd openstaande declaraties te betalen. Klagers hebben daarop de werkgever van betrokkene en de F Groep B.V. aansprakelijk gesteld en deze heeft geantwoord bij monde van haar advocaat mevrouw mr. D, die daartoe door betrokkene van inhoudelijke informatie werd voorzien.

3. De klacht

3.1 De klacht houdt in dat het betrokkene bij de advisering van klagers heeft ontbroken aan deskundigheid en zorgvuldigheid, toewijding en voldoende diepgang, alsmede aan een deugdelijke oordeelsvorming uitgaande van professionele kennis en vaardigheid.

3.2 De klacht omvat - naar de Accountantskamer begrijpt en naar ook betrokkene volgens het verweerschrift heeft begrepen - de volgende onderdelen:

a) betrokkene heeft geen schriftelijke opdrachtbevestiging verstuurd en niet schriftelijk geadviseerd en (aldus, zo begrijpt de Accountantskamer) nimmer gezorgd voor een duidelijk beeld van de uitkomsten van haar werk;

b) betrokkene heeft blij gegeven van onvoldoende kennis van het Franse (fiscale) recht en zij heeft onvoldoende gebruik gemaakt van Franse adviseurs om deze leemte te vullen;

c) betrokkene heeft ten onrechte geadviseerd tot het oprichten van C Holding B.V. met een Stichting Administratiekantoor (STAK), terwijl dit geen fiscaal voordeel bracht en

d) betrokkene heeft een op haar rustende verplichting om zich te verzekeren tegen civielrechtelijke claims geschonden en heeft niet op eerste verzoek informatie over haar beroepsaansprakelijkheidsverzekering aan klagers verstrekt.

4. De gronden van de beslissing

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

4.1 Ingevolge artikel 22, eerste lid, van de Wtra neemt de Accountantskamer een klacht niet in behandeling indien tussen het moment van het verweten handelen of nalaten en het moment van indiening van de klacht een periode van zes jaar is verstreken. Ook kan geen klacht meer worden ingediend indien op het moment van indienen van de klacht drie jaren zijn verstreken nadat het verweten handelen of nalaten is geconstateerd.

4.2 In het eerste klachtonderdeel, vermeld bij 3.2 onder a), wordt betrokkene verweten dat zij geen schriftelijke opdrachtbevestiging heeft verstuurd en niet schriftelijk heeft geadviseerd. Zoals hier voor bij 2.4 is vastgesteld, heeft betrokkene op 25 augustus 2004 aan klager sub 1 een faxbericht gestuurd met een advies omtrent de verschillende te ondernemen stappen, zulks - naar de Accountantskamer aannemelijk acht - naar aanleiding van een daartoe door klagers vóór die datum verstrekte opdracht.

4.3 Bij die stand van zaken moet worden geconcludeerd dat klagers meer dan drie jaar voor het indienen van de klacht (op 2 december 2009) ervan op de hoogte waren dat zij geen schriftelijke opdrachtbevestiging van betrokkene hadden ontvangen en dat betrokkene (ook) niet schriftelijk adviseerde. Indien en voor zover in deze zaak verder sprake is geweest van - al of niet schriftelijke - advisering door betrokkene, heeft deze ook plaatsgehad meer dan drie jaren voor het indienen van de klacht. Deze constatering brengt met zich dat klagers op dit onderdeel te laat zijn met het indienen van

hun klacht en dat het bij 3.2 onder a) vermelde klachtonderdeel daarom niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

4.4 Bij de beoordeling van de overige onderdelen van de klacht stelt de Accountantskamer voorop dat al het handelen van betrokkene waarop de klacht betrekking heeft, heeft plaatsgevonden vóór 1 januari 2007, zodat het moet worden getoetst aan de tot die datum geldende Gedrags- en beroepsregels accountants-administratieconsulenten (GBAA) en wel in het bijzonder slechts aan hoofdstuk 2 daarvan, nu het onderhavige handelen van betrokkene geschiedde in het kader van een opdracht tot fiscaal advies en geen sprake was van optreden als accountant met een assurance- of daaraan verwante opdracht waarop enige richtlijn voor de accountantscontrole (RAC) van toepassing was. Voor zover onderdeel d) van de klacht als vermeld in 3.2 betrekking heeft op een periode gelegen na 1 januari 2007 is daarop de VGC van toepassing.

4.5 Daarnaast stelt de Accountantskamer voorop dat het in een tuchtprocedure als de onderhavige 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.

4.6 De verschillende nog aan de orde zijnde onderdelen van de klacht, zoals deze hiervoor bij 3.2 onder b) tot en met d) zijn vermeld, lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

4.7 Klagers hebben, door ervoor te kiezen niet alle op de onderhavige zaak betrekking hebbende stukken (waaronder in het bijzonder alle correspondentie tussen hen en de Franse adviseurs/deskundigen) aan de Accountantskamer over te leggen, het risico aanvaard dat de lezing van betrokkene over haar rol in dezen aan aannemelijkheid zou winnen.

4.8 De Accountantskamer acht tegen voormelde achtergrond op basis van het over en weer aangevoerde ook aannemelijk geworden dat betrokkene klagers slechts heeft voorzien van contacten met de Franse adviseurs/deskundigen en hun behulpzaam is geweest bij het formuleren van de vraagstellingen aan dezen. Betrokkenes taak is in die zin beperkt gebleven; zij heeft klagers slechts op weg geholpen en dezen hebben zich vervolgens in hoge mate zelfredzaam getoond.

4.9 Weliswaar kan betrokkene enigszins worden aangerekend dat zij haar eigen positie en beperkingen in de onderhavige zaak aan klagers onvoldoende duidelijk heeft gemaakt, doch dit kan niet als zodanig ernstig worden aangemerkt dat het een gegrond tuchtrechtelijk verwijt aan haar oplevert.

4.10 Klagers hebben overigens de aan de diverse klachtonderdelen ten grondslag gelegde feiten tegenover betrokkene (gemotiveerde en in de stukken steun vindende) betwisting ervan niet aannemelijk gemaakt.

4.11 Met betrekking tot het bij 3.2 onder b) vermelde klachtonderdeel wordt nog opgemerkt dat niet aannemelijk is geworden dat betrokkene heeft geadviseerd over Frans (fiscaal) recht maar wel, dat zij steeds heeft gewezen op de noodzaak tot het inschakelen van Franse adviseurs/deskundigen en dat zij klagers daarbij behulpzaam is geweest.

4.12 Evenmin kan, gelet op wat daarover van de zijde van betrokkene is opgeworpen, met vrucht worden gesteld dat betrokkene ten onrechte heeft geadviseerd tot het oprichten van C Holding B.V. met een Stichting Administratiekantoor, zoals vermeld in het bij 3.2 onder c) weergegeven klachtonderdeel.

4.13 Ten slotte wordt met betrekking tot de in het bij 3.2 onder d) vermelde klachtonderdeel het volgende overwogen. De Accountantskamer kan onbesproken laten de vraag of het nalaten van de verplichting tot het aanhouden van een adequate beroepsaansprakelijkheidsverzekering als bedoeld in artikel 11 van de VAO (AA), naast voor de beleidsbepalers van de betrokken accountantsorganisatie ook voor de individuele accountant een nalaten in strijd met het bepaalde in artikel 51 Wet AA oplevert, nu in dit geval is gebleken dat betrokkene over een dergelijke verzekering beschikt. De in het geding gebrachte polis voldoet immers aan de daaraan onder de VAO te stellen eisen. Dat de verzekeraar te kennen heeft gegeven geen dekking te zullen verlenen inzake de aansprakelijkstelling door klagers doet daaraan niet af, reeds omdat de aan die aansprakelijkstelling ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden niet zijn komen vast te staan. Het verwijt dat betrokkene niet op eerste verzoek informatie dienaangaande heeft verstrekt, is, wat daar verder ook van zij, tot slot van onvoldoende tuchtrechtelijk gewicht.

4.14 Nu ook overigens niet is gebleken of aannemelijk geworden dat betrokkene in de onderhavige zaak als accountant heeft gehandeld in strijd met de voor haar geldende regelgeving, dient op grond van al het hiervoor overwogene als volgt te worden beslist.

5. De beslissing

De Accountantskamer:

- verklaart de klacht in het hiervoor bij 3.2 onder a) weergegeven onderdeel niet-ontvankelijk;
- verklaart de klacht in alle overige onderdelen ongegrond.

Aldus beslist door mr. W.F. Boele, voorzitter, mr. E.F. Smeele en prof. dr. mr. P.M. van der Zanden RA, rechterlijke leden, drs. E.J.F.A. de Haas RA en P. van de Streek AA, accountantsleden, in aanwezigheid van W. Welmers, secretaris, en uitgesproken in het openbaar op 11 juni 2010.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is naar partijen verzonden op: _____

Ingevolge de artikelen 43 Wtra en 32 Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie 2004 kunnen klagers dan wel kan de voorzitter van de NOvAA tegen deze uitspraak binnen 6 weken na verzending daarvan hoger beroep instellen door het indienen van een ondertekend beroepschrift, dat de gronden van het beroep dient te bevatten, bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, postbus 20021, 2500 EA te 's-Gravenhage.