

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 10/1069 Wtra AK

,

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) van 6 december 2010 in de zaak met nummer 10 / 1069 Wtra AK van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

X,

gevestigd te (plaats),

K L A A G S T E R,

raadsman: mr. A.C. van Campen,

t e g e n

Y,

accountant-administratieconsulent,

wonende te [plaats],

B E T R O K K E N E,

raadsman: mr. G.H. Hermanides.

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 30 juni 2010 bij de Accountantskamer binnengekomen klaagschrift van 28 juni 2010, met bijlagen;
- het op 24 augustus 2010 bij de Accountantskamer binnengekomen verweerschrift van 23 augustus 2010, met bijlagen;
- de op 20 september 2010 binnengekomen brief van 17 september 2010, met als bijlagen een negental aanvullende producties, van de raadsman van klaagster aan de Accountantskamer;
- de op 24 september 2010 binnengekomen brief van 23 september 2010, met als bijlage een aanvullende productie, van de raadsman van betrokkene aan de Accountantskamer.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 27 september 2010, waar aanwezig waren - aan de zijde van klaagster - haar bestuurder A AA, tot bijstand vergezeld van zijn raadsman/gemachtigde mr. A.C. van Campen, advocaat te Uden, en - aan de zijde van betrokkene - Y AA in persoon, tot bijstand vergezeld van zijn raadsman/gemachtigde mr. G.H. Hermanides, advocaat te Eindhoven.

1.3 Partijen hebben op deze zitting hun standpunten toegelicht en doen toelichten (beide aan de hand van aan de Accountantskamer overgelegde pleitnotities) 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 De heer A AA (hierna: A) is eind 2008 op zoek gegaan naar een koper voor de via Accountantskantoor1 gedreven accountantsorganisatie, welk kantoor hij in 1982 was begonnen en waarvan hij door middel van zijn persoonlijke beheersvennootschap X (hierna: klaagster) eigenaar en bestuurder was.

2.2 In het vierde kwartaal van 2008 is A via een bemiddelaar, de heer B., in contact gekomen met Y AA (hierna: betrokkene) en C, die op dat moment in (plaats) een eigen accountantskantoor exploiteerden onder de naam D Accountants & Adviseurs. Onderhandelingen hebben uiteindelijk geleid tot een overeenkomst tot overdracht van aandelen van 18 december 2008 (hierna: de aandelenovereenkomst).

2.3 Strekking van de aandelenovereenkomst is dat Beheer1 B.V. (hierna: Beheer1), met als aandeelhouders en bestuurders de persoonlijke vennootschappen van betrokkene en C (respectievelijk Beheer2 B.V. en B.V.2) de aandelen in Accountantskantoor1 kopen van klaagster. De aandelen zijn vervolgens ook daadwerkelijk aan Beheer1 overgedragen en wel bij notariële levering op 2 februari 2009.

2.4 In de aandelenovereenkomst is bepaald dat betaling van de koopsom voor de aandelen zal plaatsvinden in drie gedeelten, waarbij het eerste gedeelte zou worden betaald bij de notariële overdracht van de aandelen, het tweede gedeelte op 15 februari 2010 en het derde gedeelte op 15 februari 2011. Bij gelegenheid van genoemde nota-

riële levering is het eerste gedeelte van de koopsom door Beheer1 aan klaagster voldaan. De hoogte van de tweede termijn is gerelateerd aan de omzet die Accountantskantoor1 zou behalen.

2.5 Tussen klaagster en Beheer1 is op 2 februari 2009 tevens een overeenkomst van geldlening gesloten (hierna te noemen: de geldleningovereenkomst) waarin samengevat is bepaald dat Beheer1 uit hoofde van geldlening een bedrag verschuldigd is aan klaagster van € 100.000,00, welk bedrag uiterlijk binnen één jaar moet worden terugbetaald. Betrokkene en C hebben zich hoofdelijk borg gesteld voor die betaling.

2.6 Op 2 februari 2009 is tussen klaagster en Accountantskantoor1 een managementovereenkomst gesloten, uit hoofde waarvan A kort gezegd nog drie jaar voor het accountantskantoor zou werken om de overdracht naar de nieuwe eigenaars geleidelijk te laten verlopen.

2.7 Daarnaast is op 2 februari 2009 nog een huurovereenkomst gesloten tussen klaagster en B.V.1, uit hoofde waarvan laatstgenoemde het kantoorpand van klaagster is gaan huren.

2.8 Op enig moment is duidelijk geworden dat de samenwerking tussen A enerzijds en C en betrokkene anderzijds minder soepel verliep dan was voorzien. Om die reden is begin 2010 eerdergenoemde heer B als interim-manager aangesteld.

2.9 Klaagster heeft vanaf medio februari 2010 aanspraak gemaakt op terugbetaling van een geldbedrag uit hoofde van de geldleningovereenkomst en een geldbedrag als betaling van het tweede gedeelte uit hoofde van de aandelenovereenkomst. In de discussie over de hoogte van deze bedragen heeft klaagster het faillissement van Beheer1 aangevraagd. Deze faillissementsaanvraag is na een inhoudelijke behandeling bij de rechtbank te 's-Hertogenbosch op 27 april 2010 afgewezen.

2.10 Nadat besprekingen tussen de raadslieden van partijen niet tot een oplossing hadden geleid, heeft Accountantskantoor1 bij brief van 4 mei 2010 de managementovereenkomst met A met onmiddellijke ingang opgezegd, althans ontbonden. In reactie daarop heeft klaagster beslagen laten leggen onder Accountantskantoor1, Beheer1, alsmede betrokkene en C in privé. Vervolgens is door Accountantskantoor1 ten laste van klaagster en A conservatoir beslag gelegd op banktegoeden en onroerende zaken ter zake een vordering uit hoofde van wanprestatie.

2.11 Op 12 mei 2010 heeft A onder meer jegens betrokkene aangifte gedaan van - geparafraseerd - het in zijn kantoorruimte heimelijk plaatsen van afluisterapparatuur en het heimelijk opnemen van gesprekken.

2.12 Bij brief van 18 mei 2010 hebben betrokkene en C namens Accountantskantoor1 aan relaties van dat kantoor medegedeeld dat A zijn concrete werkzaamheden voor het kantoor had beëindigd en zich niet meer bezig zou houden met de inhoudelijke werkzaamheden en dagelijkse leiding van het accountantskantoor.

2.13 In een door klaagster begonnen kort-gedingprocedure is van Accountantskantoor1, Beheer1, D Audit1, alsmede van betrokkene en C in privé - onder meer - gevorderd:

- voortzetting van de managementovereenkomst dan wel een schadevergoeding in verband met de voortijdige beëindiging ervan,
- betaling van een aantal aan haar verschuldigde bedragen en
- afgifte van alle geluidsdragers en kopieën daarvan in welke vorm dan ook van de gesprekken, die waren opgenomen in het kantoor van A en een verbod van elk gebruik van de opnames op straffe van een dwangsom.

Bij vonnis van 24 juni 2010 heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank te 's-Hertogenbosch de als laatste hiervoor vermelde vordering van klaagster goeddeels toegewezen en vrijwel al het meer of anders gevorderde afgewezen.

2.14 Inmiddels zijn partijen verwickeld in een tweetal bodemprocedures bij de Rechtbank te 's-Hertogenbosch en op 28 juni 2010 is de onderhavige klacht naar de Accountantskamer gezonden.

3. De klacht

3.1 De klacht behelst een drietal onderdelen, te weten dat betrokkene:

- op bedrieglijke wijze onder een betalingsverplichting tracht uit te komen door een onjuiste berekening van de omzet te maken en ten onrechte allerlei beschuldigingen te uiten;
- onrechtmatig en strafrechtelijk laakbaar heeft afgeluisterd en
- onbevoegd een accountantsverklaring heeft afgegeven.

3.2 Betrokkene heeft volgens klaagster door zijn handelwijze in grove mate de regelgeving overtreden, waaronder die in artikelen (de Accountantskamer begrijpt: hoofdstukken) A-100, A-110 en A-150 van de Verordening gedragscode (AA's) (hierna: VGC), waarin de fundamentele beginselen worden omschreven en toegelicht.

4. De gronden van de beslissing

4.1 Bij de beoordeling van de klacht stelt de Accountantskamer vast dat het handelen van betrokkene waarop de klacht betrekking heeft, heeft plaatsgevonden ná 1 januari 2007 zodat het moet worden getoetst aan de sindsdien vigerende VGC en in het bijzonder daarvan de delen A (de gedragscode voor iedere accountant-administratieconsulent) en B (de gedragscode voor de openbaar accountant, intern accountant en overheidsaccountant).

4.2 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 accountant tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld.

4.3 Voorts is de Accountantskamer van oordeel dat, behoudens bijzondere omstandigheden, het door een accountant in zijn zakelijke betrekkingen al dan niet in rechte innemen van een civielrechtelijk standpunt in het kader van de door hem in acht te nemen fundamentele beginselen van integriteit en professioneel gedrag (artikel A-100.4 sub a. juncto A-110.1, c.q. A-150.1 VGC) niet tot een gegrond tuchtrechtelijk verwijt kan leiden.[1] Van dergelijke bijzondere omstandigheden is onder meer sprake indien geoordeeld zou moeten worden dat een door een accountant ingenomen standpunt bewust en te kwader trouw onjuist of misleidend blijkt te zijn of naar zijn aard gezien door een

redelijke en goed geïnformeerde derde, die over alle relevante informatie beschikt, zal worden opgevat als schadelijk voor de goede naam van het accountantsberoep.

4.4 Aan het eerste klachtonderdeel - hiervoor weergegeven onder 3.2 - ligt een civielrechtelijk geschil ten grondslag. Gelet op het bovenstaande overweegt de Accountantskamer dienaangaande het volgende.

4.4.1 Door betrokkene is met betrekking tot het eerste klachtonderdeel in het bijzonder aangevoerd dat in de brief van 11 maart 2010 van JRP aan klaagster betreffende 'Betaling 2e tranche' op bedrieglijke wijze wordt getracht onder de betalingsverplichting uit te komen.

4.4.2 Van de zijde van betrokkene is tegen het eerste klachtonderdeel het volgende als verweer ingebracht:

Betrokkene is van mening dat dit klachtonderdeel een zuiver civielrechtelijk geschil betreft, waarvan de beoordeling niet bij de Accountantskamer thuishoort. Met betrekking tot deze onderwerpen is reeds een tweetal bodemprocedures aanhangig bij de rechtbank 's-Hertogenbosch. Ook verwijst betrokkene hier naar het door klaagster overgelegde vonnis in kort geding d.d. 24 juni 2010 in welk vonnis de Voorzieningenrechter onder andere oordeelt dat het geen geldvordering betreft die voldoende aannemelijk is om in kort geding te kunnen worden toegewezen, dan wel dat de vordering niet voldoet aan de voorwaarde van toewijzing van een geldvordering in kort geding. Cliënt is van mening dat door hem, althans door de door hem beheerde vennootschappen, de vorderingen van klaagster op goede gronden worden betwist. Betrokkene is van mening dat door hem, althans door de door hem beheerde vennootschappen, de vorderingen van klaagster op goede gronden worden betwist. De claims van klaagster zijn thans onderwerp van een geschil in de bodemprocedure. Nu er sprake is van een overduidelijk civielrechtelijk geschil, is cliënt dan ook van mening dat klaagster niet kan worden ontvangen in dit klachtonderdeel.

Voor zover klaagster met haar eerste klachtonderdeel beoogde te stellen dat cliënt handelt in strijd met de boekhoud- en verslagleggingregels, kan daarover het volgende worden opgemerkt. Partijen twisten slechts over de vraag welk deel van de omzet dient te worden meegenomen in de door partijen zelf benoemde formule voor berekening van de tweede tranche van de koopsom. Niet in debat is de vraag of bepaalde omzet al dan niet conform de daartoe geldende boekhoud- en verslagleggingregels als omzet moeten worden aangemerkt. Ditzelfde geldt voor de waardering van de post onderhandenwerk. Ten aanzien van dat onderdeel doet cliënt namens Beheer1 een beroep op de door klaagster afgegeven balansgaranties. In de thans aanhangige bodemprocedure is dan ook gevorderd dat klaagster rekening en verantwoording aflegt ten aanzien van die posten. Het betreft hier dus niet de toepassing van boekhoud- en verslagleggingregels doch uitleg van de tussen partijen gesloten overeenkomst, de door hen zelf beschreven formules en de door klaagster afgegeven balansgaranties.

4.4.3 De Accountantskamer overweegt met betrekking tot het eerste klachtonderdeel en het daartegen gevoerde verweer allereerst dat niet valt in te zien dat, zoals door betrokkene gesteld, klaagster niet kan worden ontvangen in dit klachtonderdeel omdat de beoordeling ervan niet bij de Accountantskamer thuishoort nu het een zuiver civielrechtelijk geschil betreft. Immers, in elk geval dient door de Accountantskamer te worden onderzocht of er sprake is (geweest) van bijzondere omstandigheden als hiervoor onder 4.3 omschreven. Het beroep op de niet-ontvankelijkheid van klaagster in het eerste klachtonderdeel wordt dan ook verworpen.

4.4.4 Voorts overweegt de Accountantskamer aangaande dit klachtonderdeel dat, wat er ook zij van het hiervoor weergegeven verweer daartegen en daargelaten hetgeen de voorzieningenrechter in het kort-gedingvonnis van 24 juni 2010 met betrekking tot de onderwerpelijke geldvordering heeft geoordeeld, niet is gebleken of aannemelijk geworden dat door of namens betrokkene, in het bijzonder ook niet in de brief van 11 maart 2010 van Beheer¹ aan klaagster, in deze kwestie bewust en te kwader trouw een onjuist standpunt is ingenomen of anderszins misleidend is gehandeld, waarmee schade zou zijn toegebracht aan de goede naam van het accountantsberoep. Het eerste klachtonderdeel moet dan ook ongegrond worden verklaard.

4.5 Met betrekking tot het tweede klachtonderdeel, inhoudende het verwijt dat betrokkene onrechtmatig en strafrechtelijk laakbaar (A, naar de Accountantskamer begrijpt) heeft afgeluisterd, wordt het volgende overwogen.

4.5.1 Op grond van de stukken van het geding en het verhandelde ter zitting is aannemelijk geworden dat in een periode voorafgaand aan 4 mei 2010 zich achter een plafondtegel in de werkkamer van A bij Accountantskantoor¹ heimelijk aangebrachte aflluisterapparatuur heeft bevonden. Betrokkene heeft ter zitting verklaard dat hij wist dat er aflluisterapparatuur was aangebracht in de kamer waar A regelmatig werkte.

4.5.2 Over de onrechtmatigheid in het algemeen en over de strafbaarheid van het heimelijk aangebracht zijn van aflluisterapparatuur in de werkkamer van A laat de Accountantskamer zich niet uit, maar zij is wel van oordeel dat betrokkene in dezen een ernstig tuchtrechtelijk verwijt treft. Het op deze wijze laten bespioneren van een medewerker van zijn kantoor is immers zodanig onoprecht en het accountantsberoep in diskrediet brengend, dat het moet worden aangemerkt als een schending van de fundamentele beginselen van integriteit en professioneel gedrag als bedoeld in artikel A-100.4 onder a. en e. van de VGC, nader uitgewerkt in de hoofdstukken A-110 en A-150 van die Verordening. Het tweede klachtonderdeel moet daarom in zoverre gegrond worden verklaard.

4.6 Met betrekking tot het derde klachtonderdeel, waarin betrokkene wordt verweten dat hij een accountantsverklaring heeft afgegeven terwijl hij daartoe niet bevoegd was, overweegt de Accountantskamer het volgende.

4.6.1 Klaagster heeft met betrekking tot het derde klachtonderdeel aangevoerd dat betrokkene op 9 november 2009 een accountantsverklaring heeft afgegeven op briefpapier van D Audit¹, terwijl hij op dat moment voor die accountantsorganisatie niet als extern accountant stond ingeschreven bij de AFM.

4.6.2 Betrokkene heeft tegenover het derde klachtonderdeel - onder meer en zakelijk weergegeven - het volgende aangevoerd:
Achteraf beredeneerd kan worden gesteld dat betrokkene de betreffende accountantsverklaring op 9 november 2009 niet had mogen ondertekenen. Betrokkene was zich hiervan op dat moment echter niet bewust. Hij verkeerde in de veronderstelling al de daartoe noodzakelijke handelingen te hebben verricht om als medebeleidsbepaler van D Audit¹ (vergunningnummer 13000131) te zijn ingeschreven. Hij had daartoe immers in maart 2009 al telefonisch contact gezocht met AFM en hen aansluitend schriftelijk per e-mail volledig geïnformeerd. Ook het volgens de website benodigde 'Formulier W'

was tijdig (in maart 2009) ingediend. Mede door onzorgvuldigheid bij de AFM (die pas vijf maanden later reageerde) is de wijziging niet tijdig doorgevoerd. Betrokkene benadrukt dat zijn betrouwbaarheid bij de AFM reeds was getoetst en dat die betrouwbaarheid bij de AFM ook nimmer onderwerp van discussie is geweest. Het e-mailbericht van de AFM van 24 september 2009 was overigens aan klaagster, althans de heer A, zelf gericht. Klaagster had hier dus ook op tijdige inschrijving kunnen toezien, althans betrokkene ten tijde van het ondertekenen van de accountantsverklaring op 9 november 2009 attenderen op het feit dat de inschrijving nog niet volledig gereed was. Voor de volledigheid wordt nog opgemerkt dat betrokkene van dit incident een melding heeft gedaan bij de AFM.

4.6.3 De Accountantskamer is aangaande het derde klachtonderdeel van oordeel dat betrokkene de betreffende accountantsverklaring op 9 november 2009 inderdaad niet had mogen ondertekenen en dat het feit dat hij dit wel heeft gedaan, betekent dat hij zich niet aan de voor hem relevante wet- en regelgeving heeft gehouden. Aldus is sprake van een schending van het fundamentele beginsel van professioneel gedrag als bedoeld in artikel A-100.4 onder e. van de VGC, nader uitgewerkt in hoofdstuk A-150 van die Verordening. Het derde klachtonderdeel moet in zoverre gegrond worden verklaard.

4.7 Op grond van artikel 2 Wtra kan de Accountantskamer een tuchtrechtelijke maatregel opleggen. Bij het bepalen van de zwaarte van de op te leggen maatregel wordt in aanmerking genomen de aard en ernst van de hiervoor omschreven schendingen van genoemde fundamentele beginselen, alsmede het gegeven dat betrokkene niet eerder tuchtrechtelijk is veroordeeld. Wat betreft het gegrond geachte derde klachtonderdeel zou, gelet op de omstandigheden waaronder dit feit is begaan, kunnen worden volstaan met een gegrondverklaring en het verder achterwege laten van een maatregel. De ernst van het gegrond geachte tweede klachtonderdeel daarentegen vormt in beginsel aanleiding tot het opleggen van een zware maatregel en wel in de vorm van een (al dan niet tijdelijke) doorhaling. Echter, gelet op de consequenties die oplegging van een dergelijke maatregel voor betrokkene zouden hebben, alsook op de wijze waarop klaagster - in de persoon van A - heeft gemeend te moeten ingrijpen in het geschil met betrokkene en diens compagnon (door bijvoorbeeld onverhoeds het faillissement van Beheer1 aan te vragen) acht de Accountantskamer - alles in aanmerking nemende - oplegging van de maatregel berisping passend en geboden.

4.8 Aan het schriftelijkheidsvereiste van de berisping wordt voldaan door de opneming ervan in het dictum van deze uitspraak. Zodra deze uitspraak onherroepelijk geworden is en de voorzitter van de Accountantskamer een last tot tenuitvoerlegging heeft uitgevaardigd dienen de AFM, de voorzitter van het NIVRA dan wel de voorzitter van de NOvAA ingevolge artikel 9, tweede lid juncto 47 Wtra, ervoor zorg te dragen dat de opgelegde maatregel in het register wordt opgenomen, voor zover betrokkene daarin is of was ingeschreven.

4.9 Op grond van al het hiervoor overwogene dient als volgt te worden beslist.

5. Beslissing

De Accountantskamer:

- verklaart de klacht in het eerste onderdeel ongegrond;
- verklaart de klacht in het tweede en het derde onderdeel gegrond in voege als hiervoor omschreven;
- legt ter zake aan betrokkene de maatregel van **berisping** op;
- verstaat dat de AFM, de voorzitter van de NIVRA dan wel de voorzitter van de NOvAA na het onherroepelijk worden van deze uitspraak en de uitvaardiging van een last tot tenuitvoerlegging van de voorzitter van de Accountantskamer zorgen voor opname van deze tuchtrechtelijke maatregel in het register als bedoeld in artikel 1, onder j. Wtra, voor zover betrokkene daarin is of was ingeschreven.

Aldus beslist door mr. W.F. Boele, voorzitter, mr. E.A. Maan en prof. dr. mr. P.M. van der Zanden RA, rechterlijke leden, drs. E.J.F.A. de Haas RA en A.M.H. Homminga AA, accountantsleden, in aanwezigheid van W. Welmers, secretaris, en uitgesproken in het openbaar op 6 december 2010.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is aan partijen verzonden op:

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

[1] Zie onder meer de eerdere uitspraken van de Accountantskamer van 2 juli 2010 (Wtra 10-563), 13 juli 2010 (Wtra 10-192) en 13 juli 2010 (Wtra 09-2073).