

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 10/697 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

**BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtspraak accountants (Wtra)
van 13 december 2010 in de zaak met nummer 10 / 697 Wtra AK van**

X,
wonende te [plaats],
KLAGER,

t e g e n

Y,
registeraccountant,
kantoorhoudende te [plaats],
BETROKKE NE.

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 3 mei 2010 via de Klachtencommissie NIVRA-NOvAA bij de Accountantskamer binnengekomen klaagschrift van 22 maart 2010, met bijlagen, met een aanvulling op dat klaagschrift van 21 april 2010, eveneens met bijlagen;
- het op 28 juli 2010 bij de Accountantskamer binnengekomen verweerschrift van 27 juli 2010, met bijlagen.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 29 oktober 2010, waar klager en betrokkene beiden in persoon aanwezig waren.

1.3 Partijen hebben op deze zitting hun standpunten toegelicht 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 als openbaar accountant met zijn kantoor Accountantskantoor X B.V. gevestigd te plaats.

2.2 Klager is met zijn vennootschappen BV1, BV2 en BV3 meer dan 25 jaar cliënt van betrokkenes kantoor (en de rechtsvoorgangers daarvan) geweest.

2.3 De activiteiten van BV1 en BV2 bestonden na de verkoop in 1996 van de bedrijfsmatige activiteiten en het pand discotheek 4 uit het beheren van het eigen vermogen. BV3 heeft na haar oprichting nimmer activiteiten ontplooid. Bijgevolg waren de jaarlijkse werkzaamheden van betrokkene om de jaarrekeningen, publicatiestukken en aangiften vennootschaps-belasting te verzorgen, gering.

2.4 Betrokkenes werkzaamheden voor (de vennootschappen van) klager bestonden later uit begeleiding van klagers plannen om nieuwe bedrijfsmatige activiteiten te ontplooiën. Dienaangaande werden afspraken over de door betrokkene aan klager in rekening te brengen tarieven gemaakt. Over de hoogte van de declaraties van betrokkene aan klager is nimmer discussie geweest.

2.5 Het plan was een bedrijf, genaamd "5" te vestigen in [plaats] op het adres [straat + huisnummer]. Dit plan diende wel te slagen en te leiden tot rendabele bedrijfsmatige activiteiten, want anders zou klager stoppen met het ontwikkelen van verdere toekomstplannen voor nieuwe bedrijfsmatige activiteiten en zou het pand [straat + huisnummer] te [plaats] worden verkocht. In het laatste geval zouden uit de opbrengst van het pand betrokkenes openstaande declaraties worden betaald. Deze afspraken werden vastgelegd in een brief van 14 maart 2008 van betrokkene aan klager, die door klager voor akkoord is ondertekend.

2.6 De bedrijfsactiviteiten zijn nimmer van de grond gekomen. Na enige malen uitstel te hebben verkregen om makelaars de gelegenheid te geven om het pand te verkopen, is het pand uiteindelijk ten behoeve van de Rabobank executoriaal verkocht en op 10 augustus 2009 getransporteerd.

2.7 Op 9 september 2009 hebben klager en betrokkene de situatie, waarin klager door de gedwongen verkoop van het pand was komen te verkeren, besproken. Tijdens dit gesprek heeft betrokkene zijn medewerking toegezegd aan klager bij diens procederen tegen de Rabobank en werd besproken dat klager een schuldbekentenis zou ondertekenen voor het bedrag van de openstaande vorderingen van betrokkene op de vennootschappen van klager. Een en ander werd door betrokkene bevestigd door middel van zijn brief van 14 september 2009 aan klager.

2.8 Op voorstel van betrokkene, gedaan per e-mail van 26 november 2009, heeft op 10 december 2009 een bijeenkomst van betrokkene en klager en diens juridisch adviseur, mr. A. , plaatsgehad. Daarbij is gesproken over het indienen van een claim van klager tegen de Rabobank en een van de zijde van klager in te dienen voorstel inzake de afhandeling van de onbetaalde declaraties van betrokkene aan de vennootschappen van klager. Het ondertekenen van eerdergenoemde schuldbekentenis was klager door diens juridisch adviseur ontraden.

2.9 Omdat betrokkene ondanks zijn verzoeken daartoe (per e-mails van 29 december 2009, 14 januari 2010 en 2 februari 2010) geen reactie op het gesprek van 10 december 2009 van klager of diens juridisch adviseur ontving, heeft hij per e-mail van 17 februari 2010 de relatie met klager en diens vennootschappen BV1, BV2 en BV3 opgezegd en een juridische procedure aangekondigd. Bij verzoekschrift van 19 februari 2010 heeft betrokkene het faillissement van de vennootschappen van klager doen aanvragen bij de rechtbank Utrecht.

2.10 Bij het verzoek tot faillietverklaring van de vennootschappen van klager heeft betrokkene als steunvordering overgelegd een kopie van een brief van 28 januari 2010 van de Belastingdienst aan betrokkene, waaruit vorderingen van de Belastingdienst op de vennootschappen van klager moesten blijken.

2.11 Per brief van 22 maart 2010 heeft klager een klacht tegen betrokkene ingediend bij de Klachtencommissie NIVRA-NOvAA. Na de zitting van de rechtbank Utrecht in de faillissementsprocedure heeft betrokkene die klacht aangevuld bij brief van 21 april 2010 aan genoemde Klachtencommissie, die - in overleg met klager - de klacht en de aanvulling daarop bij brief van 29 april 2010 naar de Accountantskamer heeft doorgezonden.

3. De klacht

De klacht - waartoe deze ter zitting door klager uitdrukkelijk is beperkt - houdt in dat betrokkene in strijd met de voor hem geldende gedrags- en beroepsregels:

- I. het faillissement van klagers vennootschappen heeft aangevraagd en
- II. voor een steunvordering bij de faillissementsaanvraag gebruik heeft gemaakt van een stuk van klager, dat hij als geheimhouder onder zich had.

4. De gronden van de beslissing

4.1 De Accountantskamer stelt vast dat het handelen en/of nalaten van betrokkene waarop de klacht betrekking heeft, plaatshad ná 1 januari 2007 en daarom moet worden getoetst aan de sinds die datum vigerende Verordening Gedragscode (RA's) (hierna:

VGC) en wel in het bijzonder het (voor alle registeraccountants geldende) deel A en het (voor openbaar accountants geldende) deel B van die Verordening.

4.2 Bij de beoordeling van de klacht 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.

4.3 Als reden voor het aanvragen van het faillissement van de vennootschappen van klager heeft betrokkene in het verweerschrift opgegeven dat dit hem de mogelijkheid gaf de in rekening gebrachte omzetbelasting, als omzetbelasting oninbare debiteuren, bij de Belastingdienst te claimen. Ter zitting heeft betrokkene voorts gesteld dat de faillissementsaanvragen in eerste instantie bedoeld waren als pressiemiddel om klager aan de onderhandelingstafel te krijgen.

4.4 Klager heeft ter zitting gesteld dat het faillissement van (twee van) zijn vennootschappen in het geheel niet had hoeven volgen, nu het betrof naheffingsaanslagen omzetbelasting doordat de vennootschappen ter zake van eerder genoten vooraftrek geen daarop betrekking hebbende facturen van verbouwingswerkzaamheden konden overleggen, omdat die waren zoek geraakt en hij in overleg met de Belastingdienst bezwaar had gemaakt en deze dienst hem nog in staat had gesteld door het overleggen van bewijsstukken de aanslagen te doen vernietigen, hetgeen bij één van zijn vennootschappen ook was gelukt en ertoe had geleid dat die vennootschap ook niet failliet werd verklaard.

4.5 De Accountantskamer overweegt omtrent de klacht en het daartegen gevoerde verweer dat het een accountant in het algemeen vrij staat civielrechtelijke rechtsmaatregelen te nemen tegen een cliënt die zijn declaraties niet betaalt, maar dat hij daarbij een zorgvuldige belangenafweging dient 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 die te nemen rechtsmaatregelen (kunnen) worden geschaad. Daarbij moet aangetekend worden dat het indienen van een faillissementsaanvraag, en vervolgens het in rechte persisteren bij die aanvraag een zeer vergaande rechtsmaatregel is, welke niet lichtvaardig door de accountant mag worden ingezet.

4.6 In het onderhavige geval heeft betrokkene die afweging niet of niet juist gemaakt. De door betrokkene aangevoerde redenen om over te gaan tot de faillissementsaanvragen zijn daartoe onvoldoende gewichtig. Er waren immers ook andere - al dan niet simpel te bewandelen - wegen, die konden leiden tot de teruggave door de fiscus van de door betrokkene onverschuldigd afgedragen 19% BTW over zijn vorderingen op klagers vennootschappen. Voorts moet de faillissementsaanvraag, en in ieder geval het in rechte doorzetten daarvan (zie voor dit oordeel mede hetgeen hierna onder 4.8 wordt overwogen) worden aangemerkt als een buitenproportioneel en aldus inadequaat middel om met klager in gesprek te komen. Het nalaten en handelen van betrokkene te dezer zake brengt het accountantsberoep in diskrediet en is aldus in strijd met het fundamentele beginsel van professioneel gedrag als bedoeld in artikel A-100.4 onder e. van de VGC.

4.7 Het bij het verzoek tot faillietverklaring van de vennootschappen van klager als steunvordering overleggen van een kopie van een brief van 28 januari 2010 van de Belastingdienst aan betrokkene, waaruit vorderingen van de Belastingdienst op de vennootschappen van klager moesten blijken, moet als schending door betrokkene van het fundamentele beginsel van geheimhouding als bedoeld in artikel A-100.4 onder d. van de VGC worden bestempeld. Betrokkene heeft immers de in de onderwerpelijke brief vermelde gegevens, die hij in het kader van zijn beroepsmatig handelen als accountant van klager had verkregen, aan een derde bekend gemaakt terwijl daartoe wettelijk of beroepshalve geen recht of plicht bestond. Als verzwarende omstandigheid heeft hierbij te gelden dat klager voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij zelf pas kennis van voormelde, zonder twijfel ook voor hem bestemde brief heeft verkregen, toen deze door betrokkene in het kader van de faillissementsaanvraag aan de rechtbank werd overgelegd.

4.8 Bovendien had die brief betrekking op formele en niet op materiële vorderingen van de Belastingdienst op de vennootschappen van klager. Betrokkene heeft ten tijde van de mondelinge behandeling toegegeven dat hij het met klager eens is dat de opgelegde aanslagen materieel onjuist waren.

Dit had voor betrokkene bij zijn belangenafweging des te meer reden moeten zijn geweest om niet het zeer zware middel van een faillissementsaanvraag -mede gegrond op deze enige steunvorderingen van de Belastingdienst- van zijn (voormalige) cliënten in te dienen, laat staan die aanvraag in rechte door te zetten.

4.9 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 de VGC. Deze rechtvaardigen op zichzelf oplegging van de maatregel van berisping. Echter, alles in aanmerking nemende, waaronder de omstandigheid dat betrokkene reeds aanzienlijke financiële schade heeft geleden door de oninbaarheid van zijn vorderingen op de vennootschappen van klager en het gegeven dat betrokkene niet eerder tuchtrechtelijk is veroordeeld, acht de Accountantskamer oplegging van de maatregel van waarschuwing passend en geboden.

4.10 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.

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

5. Beslissing

De Accountantskamer:

- verklaart de klacht gegrond in voege als hiervoor omschreven;

- legt ter zake aan betrokkene op de maatregel van **waarschuwing**;
- verstaat dat de AFM, de voorzitter van het 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. M.B. Werkhoven, voorzitter, mr. E.W. Akkerman en mr. E.A. Maan, rechterlijke leden, S.L.J. Graafsma RA en J. Maan AA, accountantsleden, in aanwezigheid van W. Welmers, secretaris, en uitgesproken in het openbaar op 13 december 2010.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is aan partijen verzonden op:

Ingevolge de artikelen 43 Wtra en 32 Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie 2004 kan/kunnen klager en/of betrokkene, dan wel de voorzitter van het NIVRA 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 's-Gravenhage.