

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 10/1657 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra)

**van 29 maart 2011 in de zaak met nummer 10/1657 Wtra AK
van**

1) **X**,
wonende te [woonplaats],
2) de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
B.V.1,
gevestigd te (plaats),
3) de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
B.V.2,
gevestigd te (plaats),
KLAGERS,
raadsman: mr. C.W. Reijntjes,

t e g e n

Y,
accountant-administratieconsulent,
kantoorhoudende te (plaats),
BETROKKE NE,
raadsman: mr. M.P.J.M. de Vet.

1. Het verloop van de procedure

1.1 De Accountantskamer heeft kennis genomen van het op 27 september 2010 ingekomen klaagschrift van 24 september 2010, met bijlagen, en van het op 12 november 2010 ingekomen verweerschrift van betrokkene van 8 november 2010.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de Accountantskamer van 10 december 2010, op welke zitting aanwezig waren - aan de zijde van klagers - klager sub 1) in persoon, mede namens klaagsters sub 2) en 3), tot bijstand vergezeld van zijn raadsman, mr. C.W. Reintjes, advocaat te Duiven, en - aan de zijde van betrokkene - Y AA in persoon, tot bijstand vergezeld van zijn raadsman, mr. M.P.J.M. de Vet, concernjurist van Holding B.V.1 te (plaats).

1.3 Partijen hebben op deze zitting hun standpunten toegelicht, doen toelichten 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 lid van de NOvAA en werkzaam als openbaar accountant-administratieconsulent bij het kantoor B.V.4 te (plaats) (hierna: "B.V.4").

2.2 Met ingang van 1 januari 2006 bestond tussen B.V.4 en klagers een overeenkomst van opdracht gericht op het samenstellen van de jaarrekeningen van (onder meer) klaagsters sub 2) en 3), het verzorgen van de aangiften vennootschapsbelasting voor de fiscale eenheid waarvan klaagsters sub 2) en 3) deel uitmaken, het verzorgen van de aangiften inkomstenbelasting van klager sub 1) en diens partner, alsmede het verichten van daarmee samenhangende advieswerkzaamheden.

2.3 In het kader van deze opdrachtverhouding is betrokkene op vrijdag 30 januari 2009 telefonisch geïnformeerd door klager sub 1) omtrent diens voornemen te participeren in een onderneming (B.V.5), die in grote liquiditeitsproblemen verkeerde maar veel potentie in zich zou hebben. Betrokkene werd door klager sub 1) uitgenodigd tot het bijwonen van een op 4 februari 2009 geplande bespreking inzake 'B.V.5'. Ter voorbereiding van die bespreking stuurde klager sub 1) enige financiële informatie inzake 'B.V.5' aan betrokkene toe.

2.4 Bij de aanvang van die bespreking op 4 februari 2009 bestond wel duidelijkheid omtrent het te bereiken doel, namelijk: "het komen tot een getekende voorovereenkomst omtrent een doorstart met B.V.5, maar nog geen (volledige) overeenstemming over de wijze waarop en de voorwaarden waaronder een doorstart na faillissement zou plaatsvinden. Die overeenstemming werd eerst bereikt na uitvoerige discussie tussen de betrokken partijen (enerzijds de beide directeuren/aandeelhouders van 'B.V.5' en anderzijds klager sub 1) en de heer A als investeerders).

2.5 Op de terugweg van de plaats van bespreking (in de omgeving van (plaats)) naar de nevenvestiging van B.V.4 te (plaats) heeft (in de auto) een nabespreking plaatsgevonden. waarbij klager sub 1), de heer A, betrokkene en mr. B (een aan B.V.4 verbonden belastingadviseur die op verzoek van betrokkene de bespreking ook had bijgewoond) aanwezig waren.

2.6 Korte tijd na de bespreking werd door klager sub 1) een concept van een - door Eversheds Faasen opgestelde - 'Voorovereenkomst B.V.5' aan betrokkene toegestuurd, met het verzoek ervoor te zorgen dat mr. B daarvan ook een exemplaar zou krijgen.

Een dag later werd door klager sub 1) datzelfde concept, maar nu voorzien van eigen opmerkingen nogmaals aan betrokkene toegestuurd. De daaropvolgende dag hebben betrokkene en mr. B hun commentaar op laatstbedoeld concept per e-mail van 9 februari 2009 aan klager sub 1) toegestuurd. Enkele dagen nadien is de definitieve versie van de 'Voorovereenkomst B.V.5' (hierna: de "voorovereenkomst") door of namens klaagster sub 3) en een drietal andere daarbij betrokken partijen ondertekend.

2.7 Betrokkene is na de totstandkoming van de voorovereenkomst niet meer betrokken geweest bij de participatie door klagers in B.V.5 en door klagers is hem ook geen opdracht meer verleend tot het verrichten van werkzaamheden in dat verband. De samenstellingsopdracht aan B.V.4 is met ingang van het boekjaar 2010 door opzegging daarvan door klagers geëindigd.

2.8 Ter uitvoering van (onder meer) de voorovereenkomst diende een overeenkomst van geldlening te worden opgesteld. Klager sub 1) werd daartoe door mr. B verwezen naar Dijkstra Voermans Advocaten te Utrecht om een concept te doen opstellen. Mr. B heeft contact opgenomen met Dijkstra Voermans Advocaten en hen over deze zaak geïnstrueerd. Mr. Kappert van dit kantoor heeft vervolgens concepten voor de geldleningovereenkomsten opgesteld. Mr. B heeft de concepten bestudeerd en van commentaar voorzien. De geldleningovereenkomsten zijn op 11 maart 2009 getekend en op basis van deze overeenkomsten zijn door klagers geldmiddelen ter beschikking gesteld aan B.V.5 tot een totaal van € 270.000,--.

2.9 B.V.5 heeft aanvankelijk rente en aflossing betaald, zoals overeengekomen in de geldleningovereenkomst, maar nadat was gebleken dat B.V.5 die verplichtingen uit hoofde van de geldleningovereenkomsten niet meer (tijdig) nakwam, is contact opgenomen met genoemde mr. Kappert, die op 20 mei 2009 adviseerde zekerheid in de vorm van verpanding te regelen. Dit heeft geleid tot het opmaken van een pandakte op 28 mei 2009. Dijkstra Voermans Advocaten heeft deze pandakte vervolgens op 1 september 2009 laten registreren.

2.10 Op 22 september 2009 is B.V.5 failliet verklaard, met benoeming van mr. Sanders uit Eindhoven tot curator. Die curator heeft ten aanzien van deze geldlening en de daarmee verband houdende pandakte zich op het standpunt gesteld:

- dat geen rechtsgeldige verpanding tot stand zou zijn gekomen;
- dat, voor zover wel een rechtsgeldige verpanding tot stand was gekomen, die verpanding van generlei waarde zou zijn, gezien de achterstelling van de lening;
- dat, indien en voorzover sprake was van een rechtsgeldige verpanding die ondanks de achterstelling in stand blijft, de verpanding paulianeus zou zijn.

2.11 Bij brief van 22 februari 2010 is deze kwestie namens klagers onder de aandacht gebracht van B.V.4 en is B.V.4 aansprakelijk gesteld voor de door klagers geleden schade. Bij brief van 24 februari 2010 werd de ontvangst van de aansprakelijkheidsstelling door mr. C van de afdeling Juridische Zaken van Holding B.V.1 bevestigd. Mr. C deelde mede dat de stukken dienden te worden bestudeerd en dat zo spoedig mogelijk nader bericht zou volgen. Bij brief van 23 maart 2010 is mr. C hieraan herinnerd omdat nog geen reactie was ontvangen. Bij brief van 1 april 2010 heeft mr. C laten weten dat een reactie binnen twee weken zou kunnen worden verwacht en deze reactie namens B.V.4 volgde op 8 april 2010. Op 23 april 2010 is namens klagers een reactie hierop naar mr. C gezonden. Na een herinnering van 11 mei 2010 volgde op 28 mei 2010 een reactie van mr. C namens B.V.4 op het schrijven namens klagers van 23 april 2010,

inhoudende - kort gezegd- dat B.V.4 aansprakelijkheid voor de door klagers geleden schade afwees, zoals dat ook al in de brief van 8 april 2010 was gedaan.

2.12 De reactie van mr. C, in het bijzonder de tijd die daarvoor was genomen, was voor klagers aanleiding de kwestie op te nemen met mevrouw drs. D RA, secretaris van de Raad van Bestuur van N.V.1. Met haar werd besproken de wijze waarop B.V.4 op de klacht had gereageerd en de tijd die daarmee gemoeid was geweest. Mevrouw D heeft toen voorgesteld haar door middel van een schrijven te informeren, zodat zij de zaak zou kunnen opnemen met een lid van de Raad van Bestuur. Daarop is op 28 juni 2010 een brief ter zake aan mevrouw drs. D RA gezonden, die bij brief van 30 juni 2010 door mr. C is beantwoord.

3. De klacht

3.1 De klacht, zoals de Accountantskamer die begrijpt en zoals ook betrokkene - blijkens diens verweerschrift - heeft begrepen, betreft twee onderdelen, te weten:

- het handelen of nalaten van betrokkene in verband met de totstandkoming van de voorovereenkomst en de overeenkomsten van achtergestelde geldlening en
- de wijze van behandeling door B.V.4 van de hierop betrekking hebbende, namens klagers bij B.V.4 ingediende klacht annex aansprakelijkstelling.

3.2 Het eerste klachtonderdeel houdt als concrete verwijten aan betrokkene in dat hij heeft nagelaten klagers (adequaat) te adviseren omtrent:

- de wijze waarop of de voorwaarde(n) waaronder de voorovereenkomst en de overeenkomsten van achtergestelde geldlening zijn aangegaan,
- de (financiële) risico's die verbonden zijn aan het verstrekken van achtergestelde geldleningen en
- de noodzaak of wenselijkheid tot het doen verstrekken van zekerheden voor de terugbetaling van achtergestelde geldleningen.

3.3 Het tweede klachtonderdeel houdt in het bijzonder in dat de behandeling van de namens klagers bij B.V.4 ingediende klacht annex aansprakelijkstelling te lang heeft geduurd, doch ook dat op de (inhoud van de) brief van 28 juni 2010 aan mevrouw drs. D RA niet door een lid van de Raad van Bestuur van B.V.4 maar door mr. C werd gereageerd.

4. Beoordeling

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

4.1 Bij de beoordeling van de klacht stelt de Accountantskamer vast dat het in de klacht aan betrokkene verweten handelen en/of nalaten zou hebben plaatsgehad in de periode na 30 januari 2009 en dat dit daarom moet worden getoetst aan de sinds 1 januari 2007 vigerende Verordening gedragscode (AA's) (hierna:VGC) en wel in het bijzonder aan het voor iedere accountant-administratieconsulent geldende deel A en het voor openbaar accountants-administratieconsulenten geldende deel B1 daarvan.

4.2 Daarbij 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.

4.3 Het eerste onderdeel van de klacht ziet op het handelen of nalaten van betrokkene in verband met de totstandkoming van de voorovereenkomst en de overeenkomsten van achtergestelde geldlening en het tweede op gebreken in de klachtenafhandeling door het kantoor van betrokkene. Klagers hebben geen concrete (beroeps- of gedrags)regel genoemd die door betrokkene daarbij zou zijn geschonden. De Accountantskamer begrijpt uit stellingen van klagers dat zij beogen aan de orde te stellen of het handelen van betrokkene strijd oplevert met het fundamentele beginsel betreffende deskundigheid en zorgvuldigheid als bedoeld in artikel A-100.4 onder c. (en nader omschreven in hoofdstuk A-130 van de VGC). Dit beginsel zal dan ook de toetssteen dienen te vormen bij de beoordeling van de klacht en het daartegen gevoerde verweer.

4.4.1 De kennelijk (mede) aan het eerste klachtonderdeel ten grondslag liggende stelling dat klager sub 1) op geen enkele wijze door betrokkene is gewezen op het financiële risico dat hij liep met het investeren van een niet onaanzienlijk bedrag in de door te starten onderneming 'B.V.5', is niet aannemelijk geworden. Immers, door betrokkene is bij verweerschrift en ter zitting gesteld dat bij gelegenheid van de bespreking op 4 februari 2009 om te komen tot een getekende voorovereenkomst inzake een doorstart van 'B.V.5', alsmede in de auto op de terugweg van die bespreking, met klager sub 1) niet alleen is gesproken over de potentie van 'B.V.5', maar ook over de mogelijkheid dat opdrachten aan 'B.V.5' zouden uitblijven en dat klager sub 1) in dat geval - zoals hij het zelf zou hebben uitgedrukt - "naar zijn centen kon fluiten". Deze stelling van betrokkene is door klagers niet, althans onvoldoende, weersproken. Het eerste klachtonderdeel mist aldus in zoverre feitelijke grondslag.

4.4.2 Overigens zijn er geen evidente redenen gesteld of aannemelijk geworden waarom betrokkene klagers destijds had moeten adviseren de voorovereenkomst niet aan te gaan en, gelet op het percentage aan rente (11% per jaar) dat klagers over de achtergestelde lening vergoed zouden krijgen, moet bij klagers toch ook minstgenomen enig risicobesef inzake die leningen hebben bestaan. Dat klagers niet geweten zouden hebben dat zij bij het verlenen van een *achtergestelde* lening een hoger risico lopen, komt de Accountantskamer voorts ook niet aannemelijk voor, omdat in de klagers kenbare voorovereenkomst in artikel 14 expliciet is opgenomen wat de achterstelling inhield.

Weliswaar had het de voorkeur verdiend dat betrokkene in het kader van dossiervorming op enigerlei wijze had vastgelegd hetgeen met klager sub 1) ter zake is besproken, maar het feit dat hij dit niet heeft gedaan levert in de gegeven omstandigheden geen tuchtrechtelijk vergrijp op.

4.4.3 De stelling van klagers dat betrokkene ten onrechte heeft nagelaten klagers (adequaat) te adviseren omtrent de wijze waarop of de voorwaarde(n) waaronder de voorovereenkomst en de overeenkomsten van achtergestelde geldlening zijn aangegaan en omtrent de noodzaak of wenselijkheid (c.q. de zinloosheid daarvan bij achterstelling) tot het doen verstrekken van zekerheden voor de terugbetaling van achtergestelde geldleningen, ontbeert al evenzeer een deugdelijke grondslag. Vast is komen te staan dat betrokkene hierbij slechts (samen met zijn kantoorgenoot mr. B) enig commentaar heeft geleverd bij een concept van de voorovereenkomst en dat het van de zijde van B.V.4 mr. B is geweest, die zich met de totstandkoming van de andere overeenkomsten

heeft beziggehouden, en dan nog slechts in die zin dat hij het advocatenkantoor Dijkstra Voermans Advocaten te Utrecht heeft verzocht de concepten voor de geldleningovereenkomsten op te stellen. Weliswaar is door of namens klagers gesteld dat betrokkene ook bij de totstandkoming van deze overeenkomsten betrokken is geweest, maar zij hebben deze stelling op geen enkele wijze van een feitelijke grondslag (doen) voorzien, zodat deze niet aannemelijk is geworden.

4.4.4 Op grond van het vorenstaande moet het eerste klachtonderdeel ongegrond worden verklaard.

4.5.1 Met betrekking tot het tweede klachtonderdeel overweegt de Accountantskamer dat niet, althans onvoldoende, is gebleken of aannemelijk geworden dat betrokkene verantwoordelijk kan of moet worden geacht voor de wijze van afhandeling van klachten door de speciaal daartoe in het leven geroepen afdeling of sectie van het kantoor waaraan hij is verbonden en dat ook overigens niet is gebleken of aannemelijk geworden dat bij de onderhavige klachtbehandeling tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen heeft plaatsgevonden. Een zorgvuldige klachtafhandeling vergt nu eenmaal tijd en niet valt in te zien dat de brief van B.V.4 aan de advocaat van klagers van 30 juni 2010 niet door mr. C, maar slechts door een lid van de Raad van Bestuur van B.V.4 had mogen worden beantwoord.

4.5.2 Op grond van het vorenstaande moet het tweede klachtonderdeel eveneens ongegrond worden verklaard.

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

5. Beslissing

De Accountantskamer verklaart de klacht in al haar onderdelen ongegrond.

Aldus beslist door mr. M.B. Werkhoven, voorzitter, mr. E.F. Smeele, (rechterlijk lid), A.M.H. Homminga AA, (accountant-lid), in aanwezigheid van W. Welmers, secretaris en uitgesproken in het openbaar op 29 maart 2011.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is aan partijen verzonden op: _____

Ingevolge artikel 43 Wtra, juncto artikelen 31 en 32 Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie 2004, kunnen klagers en betrokkene dan wel de voorzitter van de NOvAA tegen deze uitspraak binnen 6 weken na verzending daarvan hoger beroep instellen door het indienen van een beroepschrift bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, postbus 20021, 2500 EA te Den Haag. Het beroepschrift dient te zijn ondertekend en de gronden van het beroep te bevatten.