

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 10/1836 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) van 28 maart 2011 in de zaak met nummer 10/1836 Wtra AK van

X,
wonende te [woonplaats],
KLAGER,
gemachtigde P.A.M. de Bruijn-van der Helm,

t e g e n

Y,
accountant-administratieconsulent,
kantoorhoudende te (plaats),
BETROKKE NE,
raadsman: mr. R.L. Boerman.

1. Het verloop van de procedure

- 1.1 De Accountantskamer heeft kennis genomen van de in deze zaak gewisselde en aan partijen bekende stukken, waaronder:
- het op 1 november 2010 ingekomen klaagschrift van 29 oktober 2010 met bijlagen;
 - het op 4 januari 2011 ingekomen verweerschrift van betrokkene van 3 januari 2011 met bijlagen en
 - de op 6 januari 2011 ingekomen brief van 4 januari 2011 van klager met bijlage.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 17 januari 2011 waar zijn verschenen: betrokkene X AA, bijgestaan door mr. R.L. Boerman, als senior juridisch adviseur verbonden aan Extendum B.V. te Soesterberg. Klager noch zijn gemachtigde zijn ter zitting verschenen, zoals zij ook bij e-mailbericht van 10 december 2010 en bij brief van 4 januari 2011 hadden aangekondigd.

1.3 Betrokkene heeft op deze zitting zijn standpunt doen toelichten (aan de hand van aantekeningen, die aan de Accountantskamer zijn overgelegd) respectievelijk 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 openbaar accountant-administratieconsulent en binnen zijn kantoororganisatie, C Accountants en Belastingadviseurs B.V. te (plaats), eindverantwoordelijk accountant als vaktechnisch directeur accountancy.

2.2 Op 6 april 2004 heeft betrokkene aan klager de opdracht bevestigd aangaande het per 31 december 2003 samenstellen van de jaarrekening van de door klager in de vorm van een eenmanszaak gedreven onderneming 'A'. In deze bevestiging is vermeld: 'Deze opdrachtbevestiging blijft voor de komende jaren van kracht voor zover deze niet wordt ingetrokken of vervangen'.

2.3 De relatie met klager werd feitelijk beheerd door betrokkenes medewerker / teamleider, de heer B AA, en de in zijn team werkzame medewerkers / assistent-accountants. Binnen dat team worden de (concept)jaarrekeningen samengesteld en de fiscale rapporten met aangiften voorbereid. De voorbereide samengestelde jaarrekening wordt door betrokkene nagekeken en het voorbereide fiscale rapport met aangifte wordt bezien door de fiscale vaktechnisch afdeling binnen betrokkenes kantoor, voor welke afdeling de heer C, belastingadviseur, verantwoordelijk is.

2.4 Betrokkene geeft bij samengestelde jaarrekeningen een samenstellingsverklaring af. De fiscale rapportages en de aangiften worden ondertekend door C.

2.5 In 2005 heeft klager een bedrijfspand aangekocht met daarin 3 zelfstandige units. Twee van de drie units waren bestemd voor verhuur aan derden. De derde unit is in gebruik genomen ten behoeve van klagers onderneming.

2.6 Vanaf juli 2005 heeft het kantoor op verzoek van klager de fiscale mogelijkheden van het bedrijfspand onderzocht, in welk kader B een gesprek heeft gevoerd met klager. Een fiscalist van betrokkenes kantoor heeft een jurisprudentieonderzoek gedaan en het bedrijfspand bekeken. Aan klager is daarop voorgesteld het bedrijfspand aan te merken als privé- ofwel box 3-vermogen, met welk advies klager heeft ingestemd.

2.7 Voormelde etikettering van het bedrijfspand is verwerkt in de jaarrekening van klagers onderneming over 2005 en in klagers fiscale aangifte aangaande 2005.

2.8 In 2006 heeft het kantoor van betrokkene klager geadviseerd over het al dan niet vormen van een vennootschap onder firma tussen klager en zijn echtgenote.

2.9 Bij brief van 12 maart 2009 heeft klager aan betrokkene om meer duidelijkheid gevraagd over advies om het bedrijfspand aan te merken als box 3-vermogen en over het advies aangaande de herinvesteringsreserve, de investeringsaftrek en de vorming van een vennootschap onder firma. Betrokkene heeft daar bij brief van 9 april 2009 op geantwoord. Bij brief van 3 juni 2009 heeft klager gereageerd op betrokkenes antwoord. Op die brief heeft betrokkene bij brief van 30 juni 2009 geantwoord.

2.10 Bij brief van 8 september 2009 heeft de destijds door klager ingeschakelde gemachtigde betrokkene aansprakelijk gesteld voor de gevolgen van de zijns inziens onjuiste adviezen over de fiscale benadering van het bedrijfspand.

2.11 Bij brief van 21 september 2009 heeft de gemachtigde van klager aan de belastingdienst verzocht om zijn standpunt met betrekking tot - geparafraseerd - de fiscale kwalificatie van het bedrijfspand en de eventuele (on)mogelijkheid van toepassing van herinvesteringsreserve en investeringsaftrek en de eventuele (on)mogelijkheid van het opvoeren van aftrek van huisvestingskosten. Tot slot is namens klager verzocht om bij eventuele correcties af te zien van vergrijpboetes.

2.12 Bij brief van 26 november 2009 heeft de belastingdienst zijn standpunt op de bij brief van 21 september 2009 voorgelegde vragen kenbaar gemaakt. Samengevat is medegedeeld dat de belastingdienst zich kan vinden in het aanmerken van het bedrijfspand als privé-vermogen en in het in het jaar 2005 vormen van een herinvesteringsaftrek ad € 69.539, dat de kwalificatie van het bedrijfspand als privévermogen een aftrek van huisvestingskosten niet in de weg staat en dat die kwalificatie wel in de weg staat aan het opvoeren van een investeringsaftrek voor de verbouwing van het bedrijfspand en dat de verbouwingskosten als gevolg hiervan niet kunnen worden afgeboekt van de gevormde herinvesteringsreserve. De belastingdienst heeft in dat kader medegedeeld dat navorderingsaanslagen kunnen worden opgelegd doch dat in dat geval het opleggen van boetes achterwege zal blijven.

2.13 Bij beschikking van 24 april 2010 heeft de belastingdienst aan klager een navorderingsaanslag inkomstenbelasting / premie volksverzekeringen 2006 opgelegd ad € 37.624. Vanwege het hoger vastgestelde inkomen heeft de belastingdienst bij beschikking van 29 juni 2010 klager opgelegd om over 2006 een bedrag van € 8.088 aan kinderopvangtoeslag 2006 terug te betalen.

3. De klacht

3.1 Klager verwijt betrokkene dat hij, vanwege gebrek aan zorgvuldigheid en deskundigheid, niet volledig en juist is geïnformeerd over de mogelijke gevolgen van wat hem fiscaal is geadviseerd, als gevolg waarvan hij financiële schade heeft geleden.

Klager concretiseert haar klacht aldus dat betrokkene:

a. zich ten onrechte heeft beperkt tot een mondeling gegeven advies aangaande de kwalificatie van een bedrijfspand als privévermogen, waardoor hij het geadviseerde en door betrokkene in de aangifte toegepaste niet heeft kunnen nalezen, kunnen begrijpen en de gevolgen daarvan niet volledig heeft kunnen overzien;

- b. bij de implementatie van het advies ten onrechte een herinvesteringsreserve heeft toegepast;
- c. ten onrechte rekening heeft gehouden met een kleinschaligheidsinvesteringsaftrek en
- d. bij het aangaan door klager en zijn echtgenote van een vennootschap onder firma per 1 januari 2007 geen rekening is gehouden en ook geen advies is uitgebracht met betrekking tot de gevolgen van de terbeschikkingstelling die van toepassing is op het privé gehouden bedrijfspand.

3.2 Door betrokkene wordt verweer gevoerd.

4. De gronden van de beslissing

4.1 Op grond van artikel 51 Wet AA is de accountant-administratieconsulent bij het beroepsmatig handelen onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met het bij of krachtens de Wet AA bepaalde en ter zake van enig ander handelen of nalaten in strijd met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep.

4.2 Bij de beoordeling van de klacht stelt de Accountantskamer voorop dat voor zover het handelen van betrokkene waarop de klacht betrekking heeft, heeft plaatsgevonden voor 1 januari 2007, het moet worden getoetst aan de tot die datum geldende Gedrags- en beroepsregels accountants-administratieconsulenten (hierna: GBAA). Nu betrokkene als openbaar accountant is opgetreden, zijn bij de toetsing naast hoofdstuk II ook de hoofdstukken III en IV van de GBAA van belang. Voor zover het handelen van betrokkene heeft plaatsgevonden na 1 januari 2007 moet dat worden getoetst aan de sindsdien geldende Verordening Gedragscode (AA's) (hierna: de VGC).

4.3 Als meest verstrekkend verweer heeft betrokkene aangevoerd dat hij tuchtrechtelijk niet kan worden aangesproken op de fiscale adviezen waarop de klacht is gebaseerd, omdat hij niet bij de totstandkoming van die adviezen betrokken is geweest en deze adviezen onder de eindverantwoordelijkheid vallen van C, die de fiscaal vaktechnisch directeur is bij zijn kantoor.

4.3.1 De Accountantskamer is van oordeel dat beroepsmatig handelen tuchtrechtelijk verwijtbaar kan zijn aan een accountant die de handeling in persoon heeft verricht of nagelaten, of daarvoor als direct verantwoordelijke heeft te gelden.

Vast staat wel dat de fiscale advisering en de fiscale rapportage met aangifte aan klager onder de vaktechnische verantwoordelijkheid van C viel, maar achter die interne verdeling van rollen en verantwoordelijkheden kan betrokkene zich in de gegeven omstandigheden niet verschuilen.

Betrokkene heeft, zo staat vast, de op 6 april 2004 aan klager uitgebrachte opdrachtbevestiging ondertekend, waarbij voorts onomstreden is dat geen andere of meer opdrachtbevestigingen voor de ten behoeve van klager verrichte werkzaamheden zijn uitgebracht. De aan klager bevestigde werkzaamheden zagen op het jaarlijks samenstellen van de jaarrekening van klagers eenmanszaak en het bespreken daarvan met klager door een medewerker - B - die onder de rechtstreekse verantwoordelijkheid van betrokkene viel. B beheerde ook overigens de zakelijke relatie met klager. Bij de samenstelling van de jaarrekening werd de uitkomst van de fiscale advisering door betrokkenes medewerkers van de fiscale afdeling van zijn kantoor betrokken en overgenomen, zodat betrokkene

vanuit de optiek van klager in zoverre al bemoeienis had met die fiscale advisering. In voldoende mate is aannemelijk geworden dat met name B intern bij de fiscale afdeling informatie heeft ingewonnen over de behandeling van bij klager levende fiscale vragen, maar die interne behandeling is, zo is uit de stukken en uit het verhandelde ter zitting gebleken, goeddeels aan het zicht van klager onttrokken geweest. Gesteld noch gebleken is ook dat de fiscale afdeling op rechtstreekse opdracht van klager haar werkzaamheden heeft verricht, terwijl deze werkzaamheden wel werden verricht onder de naam van C Accountants en Belastingadviseurs'. Daarbij komt dat het geenszins ongebruikelijk is dat een accountant zich beroepsmatig bezighoudt met fiscaliteit, zoals de tenaamstelling van betrokkene kantoor kennelijk ook wil uitdragen.

Voorts is niet gebleken dat betrokkene op enig moment aan klager kenbaar heeft gemaakt dat hij geen (tuchtrechtelijke) verantwoordelijkheid wilde dragen voor de door de fiscale afdeling verrichte werkzaamheden.

Er is met het voorgaande derhalve geen sprake geweest van een duidelijke, voor klager kenbare scheiding van werkzaamheden tussen de accountantsafdeling en de fiscale afdeling, welke onduidelijkheid niet aan klager kan en mag worden tegengeworpen.

Een andere opvatting zou er immers toe leiden dat er een lacune zou ontstaan in de tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid voor de voor klager uitgevoerde werkzaamheden.

Een en ander leidt tot het oordeel dat betrokkene bij de uitvoering van de werkzaamheden voor klager door zijn kantoor zowel direct als accountant betrokken is geweest,

als op grond van voornoemde omstandigheden mede verantwoordelijk kan worden gehouden en derhalve tuchtrechtelijk aangesproken kan worden voor de door zijn medewerkers - B en/of die van de fiscale afdeling - verrichte of nagelaten beroepshandelingen. Deze worden in het vervolg van deze uitspraak mede aangemerkt als (nagelaten) beroepshandelingen van betrokkene.

4.3.2 Aan het voorgaande kan nog worden toegevoegd dat de zakelijke relatie tussen betrokkene en klager, tijdens de periode waarop de klacht grotendeels betrekking heeft, is aan te merken als een 'optreden onder gemeenschappelijke naam' als bedoeld in lid 3 van artikel 26 GBAA. In dat geval heeft te gelden dat betrokkene ook krachtens deze bepaling mede verantwoordelijk is voor de grondslagen van de fiscale werkzaamheden en adviezen.

4.3.3 Voormelde tuchtrechtelijke aansprakelijkheid van betrokkene kan worden gemiti-geerd doordat de fiscale werkzaamheden, verricht onder de verantwoordelijkheid van C, onder het bereik vallen van het tuchtrecht waaraan C en de andere binnen de kantoororganisatie werkzame geregistreerde belastingadviseurs zijn gebonden, zodat betreffende belastingadviseur zelfstandig verantwoordelijk en aan te spreken is. Dit brengt mee dat betrokkene slechts dan tuchtrechtelijk voor die fiscale werkzaamheden kan worden aangesproken indien hij bij de toetsing van (de uitkomst(en) van) de fiscale werkzaamheden waarvan hij bij zijn eigen werkzaamheden gebruik maakt, niet procedureel goed gewaarborgd heeft gehandeld en/of betrokkene bij een van hem te vergen toetsing dienaangaande kenbaar had moeten zijn dat (de uitkomst(en) van) de fiscale werkzaamheden niet pleitbaar waren. Overigens is ook hierbij van belang dat het, zoals overwogen, niet ongebruikelijk is dat een accountant zich beroepsmatig bezig houdt met fiscaliteit, zodat zo'n toetsing enig gewicht zal moeten hebben, wil een accountant zich kunnen disculperen.

4.4 Op het verweer van betrokkene dat de klacht niet tijdig is ingediend, overweegt de Accountantskamer het volgende.

4.4.1 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.

4.4.2 Klager verwijt betrokkene in klachtonderdeel a. als bedoeld in overweging 3.1 dat betrokkene het ten onrechte heeft gelaten bij het geven van mondeling advies en dat het gegeven advies niet aan hem is bevestigd. Op dat verwijt stelt de Accountantskamer vast dat het advies betreffende de fiscale etikettering eind 2005 is gegeven. Sedertdien was het klager derhalve bekend dat dat advies kennelijk niet in de door hem thans verlangde zin schriftelijk is vastgelegd. Wat daar verder ook van zij, op die manier was klager al meer dan drie jaar voor binnenkomst van de klacht bij de Accountantskamer op 1 november 2010 op de hoogte van dit aan betrokkene verweten nalaten. Die conclusie brengt met zich dat klager te laat is met het indienen van dit onderdeel van de klacht.

4.4.3 Met klachtonderdeel b. verwijt klager betrokkene dat, gelet op de etikettering van het bedrijfspand, ten onrechte bij het opstellen van de jaarrekeningen een herinvesterings-reserve is opgevoerd. Betrokkene heeft daartegen aangevoerd dat al tijdens de bespreking met klager op 17 januari 2007 in overleg met hem is besproken dat bij het opvoeren van die post geen rekening werd gehouden met de boekwaarde-eis en dat tijdens een bespreking met klager op 16 februari 2007 klager is gewezen op het risico dat de belastingdienst een en ander zou corrigeren, waardoor de gehele herinvestings-reserve zou komen vrij te vallen, met als gevolg een hogere heffing van inkomstenbelasting over 2005 van circa € 20.000,-. Betrokkene heeft voorts aangevoerd dat op 23 augustus 2007, zulks in het kader van de bespreking van de jaarrekening 2006, nogmaals met klager is gesproken over de herinvesteringsreserve en de daaraan klevende fiscale risico's. Betrokkene heeft ter staving van zijn verweer de gespreksnotities van de door hem aangehaalde besprekingen overgelegd. Klager is niet op dit verweer en wat daartoe is overgelegd, ingegaan, zodat de Accountantskamer van de juistheid van die gestelde feitelijkeheden uitgaat. Daaruit valt dan geen andere conclusie te trekken dat klager al meer dan drie jaar voor indiening van de klacht bij de Accountantskamer op de hoogte was van dit nu verweten handelen. Dit betekent dat klager ook op dit onderdeel te laat heeft geklaagd.

4.4.4 Aangaande de onderdelen c. en d. is, anders dan betrokkene ingang heeft willen doen vinden, in onvoldoende mate aannemelijk geworden dat klager zich al meer dan drie jaar voorafgaande aan 1 november 2010 bewust was van het in die klachtonderdelen weergegeven (mogelijk) tuchtrechtelijke verwijtbare van het handelen en/of nalaten van betrokkene. Op deze klachtonderdelen zal de Accountantskamer inhoudelijk ingaan.

4.5 De Accountantskamer stelt daarbij 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 Met klachtonderdeel 3.1 sub c. verwijt klager betrokkene dat deze ten onrechte in de jaarstukken een kleinschaligheidsinvesteringsaftrek heeft doen opnemen. Hoewel betrokkene erkent dat in dit geval geen aanspraak heeft bestaan op een dergelijke aftrek, kan dat niet tot een gegrondverklaring leiden omdat voor de klacht voor het overige geen onderbouwing is gegeven. Uit de stukken kan immers niet worden afgeleid dat - ook voor betrokkene - zichtbaar was dat de kleinschaligheidsinvesteringaftrek betrekking had op het bedrijfspand en/of betrokkene die aftrek in onder zijn verantwoordelijkheid tot stand gekomen jaarstukken heeft verwerkt. De door betrokkene samengestelde jaarrekeningen dienaangaande zijn niet in de procedure gebracht terwijl betrokkene geen verantwoordelijkheid draagt voor de wel overgelegde fiscale rapportage met aangifte, waarin die aftrek wel voorkomt. Dit klachtonderdeel is bij gebrek aan nadere feitelijkheden dan ook ongegrond.

4.7 Klachtonderdeel 3.1 sub d. betreft de fiscale gevolgen van de destijds door klager voorgenomen vennootschap onder firma, in het bijzonder omtrent de terbeschikkingstellingregeling. Van de zijde van klager is echter onhelder gebleven om welke reden betrokkene had moeten onderkennen dat die regeling in de gegeven omstandigheden ten onrechte dan wel onjuist werd toegepast. Dit klemt aangezien vaststaat dat betrokkene geen bemoeienis heeft gehad met de jaarstukken over 2007 en latere jaren en de vennootschap onder firma pas na 1 januari 2007 met terugwerkende kracht tot 1 januari 2007 is opgericht. Dit onderdeel van de klacht is daardoor ongegrond.

4.8 Op grond van het hiervoor overwogene wordt als volgt beslist.

5. Beslissing

De Accountantskamer:

1. verklaart klager in de klacht, voor zover vermeld in 3.1 onder a. en b. niet-ontvankelijk;
2. verklaart de klacht, voor zover vermeld onder 3.1 onder c. en d. ongegrond.

Aldus beslist door mr. W.F. Boele, voorzitter, mr. E.F. Smeele, prof. dr. mr. P.M. van der Zanden RA (rechterlijke leden) en drs. E.J.F.A. de Haas RA en J. Maan AA (accountantsleden) en in het openbaar uitgesproken op 28 maart 2011 in aanwezigheid van mr. G.A. Genee, secretaris.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is aan partijen verzonden op: _____

Ingevolge artikel 43 Wtra, juncto artikelen 31 en 32 Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie 2004 kunnen klager, betrokkene dan wel de voorzitter van het NIVRA of 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.