

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 11/353 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) van 9 december 2011 in de zaak met nummer 11/353 Wtra AK van

Y,
wonende te [woonplaats],
KLAGER,

t e g e n

X,
registeraccountant,
kantoorhoudende te [plaats],
BETROKKE NE,
raadvrouw: mr. H. Lajko.

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 16 februari 2011 ingekomen klaagschrift van 13 februari 2011 met bijlagen. Betrokkene heeft geen verweerschrift ingediend.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 24 juni 2011 waar zijn verschenen klager en betrokkene in persoon, bijgestaan door mr. H. Lajko, advocaat te Rotterdam.

1.3 Klager en betrokkene hebben op genoemde zitting hun standpunten toegelicht respectievelijk doen toelichten (aan de hand van pleitaantekeningen, die aan de Accountantskamer zijn overgelegd) en geantwoord respectievelijk doen antwoorden 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 heeft in opdracht van klager en diens voormalige geregistreerd partner, mevrouw A (hierna: A), een bindend advies uitgebracht. Aan de bevestiging van deze opdracht door betrokkene d.d. 26 november 2007 gericht aan klager en A wordt hier ontleend:

“Introductie

Op [datum] is door de Rechtbank '[plaats] uitspraak gedaan inzake de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap van u beiden per de overeengekomen peildatum van 28 november 2005 (...) Tussen u beiden blijkt echter een groot verschil van inzicht te bestaan over de financiële consequenties van de uitspraak van de Rechtbank. U heeft ons verzocht in dit kader een bindend advies te verstrekken ten aanzien van de interpretatie van de uitspraak van de Rechtbank waarna de echtscheiding financieel afgewikkeld zou kunnen worden.

Werkmethode

Partijen en Y Partners nemen jegens elkaar de inspanningsverplichting op zich, het in de introductie genoemde geschil tussen partijen op te lossen door een bindend advies. Teneinde tot ons oordeel te komen zullen wij kennis nemen van de uitspraak van de Rechtbank van [datum], de interpretaties van deze uitspraak van beide partijen alsmede toepassing van hoor en wederhoor (...)

(...)

Planning en inzet

Wij zullen onze werkzaamheden aanvangen bij ontvangst van de voor de uitvoering van de opdracht benodigde informatie en streven ernaar 7 dagen na aanvang over de uitkomsten van onze werkzaamheden te rapporteren, tenzij vertraagd of verhinderd door omstandigheden buiten onze controle. Gezien de korte tijdspanne tussen de ontvangst van de benodigde stukken en de streefdatum van 1 december 2007 kunnen wij echter niet garanderen dat wij onze werkzaamheden voor deze streefdatum geheel hebben afgerond.

(...)”

2.2 Betrokkene heeft met het oog op deze opdracht bij brief van 15 januari 2008 een eerste conceptrapport aan klager en A toegestuurd. In dit concept is onder de kop “Samenvatting en conclusie” een verdelingsoverzicht opgenomen, waarin staat vermeld dat A inzake overbedeling een bedrag van € 42.591,49 aan klager is verschuldigd. Naar aanleiding van de reacties van klager en A hierop heeft Y bij brief van 18 februari 2008 een tweede conceptrapport aan hen doen toekomen. Het daarin (onder diezelfde kop) vervatte verdelingsoverzicht resulteert in een schuld van A aan klager wegens overbedeling ten bedrage van € 43.614,85. Ook op dit rapport hebben klager en A commentaar geleverd. Op 18 maart 2008 heeft Y zijn eindrapport (hierna aangeduid als “het bindend advies”) uitgebracht. Volgens het overzicht dat daarvan onder meer-genoemde kop deel uitmaakt heeft A jegens klager wegens overbedeling recht op €

18.451,47, vermeerderd met wettelijke rente. Uit het bindend advies wordt hier aangehaald:

“2.1 Gezamenlijke woning en hypothecaire lening

Nadat de gezamenlijke woning was verkocht (...) resteerde nog een restschuld (...) ter invordering ondergebracht bij Vesting Finance (...) bedroeg deze schuld per 23 november 2006 € 45.708,41 (...)

2.1.1 Uitspraak rechtbank

De Rechtbank zal de schuld aan Vesting Finance ad € 45.708,41 toebedelen aan de man, onder verrekening van de helft van dit bedrag met de vrouw. In deze schuld valt tevens het tekort op de rekening met nummer [nummer] bij de SNS Bank, welke rekening eveneens wordt toebedeeld aan de man.

De Rechtbank stelt de gebruiksvergoeding welke de man aan de vrouw dient te voldoen op € 6.000,-, inclusief de na de peildatum door de vrouw verrichte betalingen op de hypotheekschuld van € 1.921,14.

(...)

2.1.3 Visie mevrouw A

(...)

Overigens is recentelijk door mij een bedrag van € 15.000,- onder druk van Vesting Finance betaald waarmee mijn helft van mijn schuld geheel is afgelost.

(...)

Teneinde de verkoop van de woning mogelijk te maken diende het door financieringsmij. gelegde beslag op de woning opgeheven te worden. Hierover is ten tijde van de verkoop overleg geweest tussen advocaten (...). Om het beslag op te heffen zijn door mij juridische kosten gemaakt ten belope van € 8.000,- ruimschoots na de peildatum. In haar faxbericht van 9 oktober 2007 stelt mevrouw B namens de heer X dat kosten terzake van het huis voor verrekening vatbaar zijn. Deze kosten dient de heer X dan ook te vergoeden.

Tevens dient de heer X de gebruiksvergoeding van € 6.000,- te betalen.

2.1.4 Conclusie

Het verschil tussen de opgaven van Vesting Finance van [datum] en [datum] betreft de opgelopen rente en kosten (...) met dien verstande dat de achterstand in de betalingen die is opgelopen nadat mevrouw A de incasso van haar rekening heeft stopgezet, voor rekening dient te komen van de heer X. Immers de hypotheekschuld is aan hem toebedeeld en het had op zijn weg gelegen zorg te dragen voor betaling van rente en verzekeringspremie. Het met mevrouw A te verrekenen bedrag bedraagt € 11.971,15. (...)

Mevrouw A heeft afdoende bewijsmateriaal overlegd waarmee de recentelijke aflossing van € 15.000,- kan worden onderbouwd (Bijlage III). Het aandeel van de schuld van mevrouw A dient derhalve te worden verminderd met de betreffende aflossing onder gelijktijdige vermeerdering van de schuld van de heer X. Door de betaling van € 15.000,- is mevrouw A door SNS Bank ontslagen uit haar hoofdelijke aansprakelijkheid voor de gehele lening.

De door mevrouw na de peildatum door de vrouw verrichte betalingen op de hypotheekschuld van € 1.921,14 dienen door de heer X te worden terugbetaald aangezien de hypotheekschuld aan hem is toebedeeld.

Met referte aan de fax van mevrouw B aan C van 9 oktober 2007 zijn wij van mening dat de juridische kosten ter zake van het vrij van beslag maken van het huis voor verrekening vatbaar is. (...)

De door de heer X te betalen gebruiksvergoeding is vastgesteld op

€ 6.000,-

.”

2.3 De toenmalige advocaat van klager heeft betrokkene bij brief van 28 maart 2008 laten weten dat klager zich niet met het bindend advies kon verenigen. In reactie daarop heeft betrokkene bij brief van 4 april 2008 meegedeeld: *“Het rapport zal worden aangepast ter zake van de rechtstreekse betalingen aan de SNS Bank waarmee de dubbeltelling van de gebruiksvergoeding wordt opgeheven. Alle overige opmerkingen in uw brief geven geen aanleiding het rapport aan te passen.(...)”*.

De gebruiksvergoeding waarop betrokkene het oog heeft in deze brief, is de door klager op grond van de hiervoor al vermelde beschikking van de rechtbank [plaats] van [datum] aan A te betalen vergoeding voor het gebruik van de voormalige gemeenschappelijke woning, welke in deze beschikking is vastgesteld op € 6.000,00. In dit bedrag zijn volgens deze beschikking begrepen betalingen op de hypotheekschuld van € 1.921,14 die A na de peildatum had verricht. Betrokkene had, in lijn met het citaat uit het bindend advies onder 2.2, in het verdelingsoverzicht bij dit advies vermeld dat A met dit bedrag was onderbedeeld. In de brief van 4 april 2008 heeft klager erkend dat deze vermelding op een abuis berustte.

2.4 Bij vonnis van de rechtbank [plaats] van [datum] is in een zaak tussen klager en A, met als inzet het bindend advies, voor recht verklaard dat *“het bindend advies is vernietigd, waar het betreft de onderdelen 2.1.4., eerste alinea en vijfde alinea, alsmede de samenvatting en conclusie voor zover deze met genoemde onderdelen corresponderen”*. De rechtbank heeft bij dit vonnis verder (onder meer) bepaald dat het bindend advies wordt gecorrigeerd in die zin dat het bedrag dat A wegens overbedeling aan klager is verschuldigd komt te luiden: € 36.343,76. Tegen dit vonnis is geen rechtsmiddel aangevend. De vernietigde onderdelen van het bindend advies zijn hiervoor onder 2.2 weergegeven.

3. De klacht

3.1 Ten grondslag aan de door klager ingediende klacht liggen, zoals blijkt uit het klaagschrift en de daarop door en namens klager ter zitting gegeven toelichting, (samengevat) de volgende verwijten:

- a. Het bindend advies is vier maanden later dan toegezegd uitgebracht.
- b. Betrokkene heeft het beginsel van hoor en wederhoor geschonden.
- c. Het bindend advies is onvoldoende gemotiveerd.

4. De gronden van de beslissing

4.1 Op grond van artikel 33 Wet RA is de registeraccountant bij het beroepsmatig handelen onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met het bij of krachtens de Wet RA bepaalde en ter zake van enig ander handelen of nalaten in strijd met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep. Bij handelen of nalaten als bedoeld in artikel 33 Wet RA kan de Accountantskamer een tuchtrechtelijke maatregel opleggen, zo is bepaald in artikel 2 van de Wet tuchtrechtspraak accountants. De Accountantskamer is dan ook niet bevoegd, zoals klager kennelijk veronderstelt, om te oordelen dat betrokkene aansprakelijk is voor schade die klager als gevolg van het handelen of nalaten waarover hij klaagt, stelt te hebben geleden.

4.2 Het handelen en/of nalaten waarop de klacht betrekking heeft, moet, nu het plaats had na 1 januari 2007, worden getoetst aan de sinds deze datum vigerende Verordening Gedragscode RA's (hierna: VGC) en daarvan in het bijzonder het (voor alle registeraccountants geldende) deel A.

4.3 Daarnaast 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.

4.4 Klager heeft niet aannemelijk gemaakt dat betrokkene heeft gegarandeerd dat hij het bindend advies uiterlijk op 1 december 2007 zou uitbrengen. Uit de onder 2.1 geciteerde opdrachtbevestiging blijkt dat betrokkene uitsluitend heeft toegezegd dat hij zich daarvoor zou inspannen en dat hij een voorbehoud heeft gemaakt voor vertraging als gevolg van omstandigheden buiten zijn controle. Gelet hierop kan niet worden gezegd dat betrokkene door het bindend advies (eerst) op 18 maart 2008 uit te brengen een beroeps- of gedragsregel heeft geschonden. Klachtonderdeel a. moet dan ook ongegrond worden verklaard.

4.5.1 Ter zitting is duidelijk geworden dat klager bij klachtonderdeel b. aan de orde wil stellen dat betrokkene:

(1) in zijn bindend advies de kwijtschelding door de SNS-bank naar aanleiding van de betaling die A aan de SNS-bank had gedaan ad € 15.000,-, van het restant van de aan haar toebedeelde helft van de totale gezamenlijke schuld aan die bank, als feit heeft gepresenteerd terwijl klager niet beschikte over een schriftelijk stuk waaruit die kwijtschelding bleek;

(2) in zijn bindend advies rekening heeft gehouden met belastingschulden die A op aanslag had voldaan, waarvan klager geen kennis droeg.

4.5.2 Betrokkene heeft ter zitting verklaard dat hij eind december 2007 of begin 2008 door een medewerkster van Vesting Finance op de hoogte was gebracht van de kwijtschelding met de toevoeging dat klager daarvoor wellicht ook in aanmerking zou kunnen komen. Deze informatie heeft betrokkene gedeeld met klager. Betrokkene heeft daarna geprobeerd van (de advocaat van) A schriftelijk uitsluitel te krijgen over de reikwijdte van de tussen de SNS-bank en A gemaakte afspraak en aan klager toegezegd dat hij hem hierover zou informeren, maar dat uitsluitel niet gekregen. Hij heeft verder erkend dat hij belastingaanslagen in aanmerking heeft genomen die klager niet kende omdat de aanslagen vaststonden en een eventueel commentaar van klager daarop, daarin toch geen wijziging zou brengen.

4.5.3 De Accountantskamer stelt vast dat al in het eerste conceptrapport als conclusie (onder 2.1.4) van betrokkene is vermeld dat A € 15.000,- aan de SNS-bank had betaald. Het tweede conceptrapport bevat daarnaast (onder diezelfde kop) de zin : *“Het daarbij aan mevrouw kwijtscholden deel is evenwel aan de schuld van meneer toegevoegd waarmee de te verdelen restschuld gehandhaafd moet worden op € 45.708,41.”* Het verdelingsoverzicht bij het eerste en het tweede conceptrapport maken melding van een betaling van € 15.000,- door A. In het bindend advies ontbreekt de hiervoor aangehaalde zin. Wel is in het verdelingsoverzicht bij dit advies opgenomen dat A € 22.854,21 had afgelost en dat A met dit bedrag was onder- en klager met hetzelfde bedrag was overbedeeld. De Accountantskamer leidt uit een en ander af dat betrokkene zonder over een bewijsstuk te beschikken, heeft aangenomen dat A met de betaling van € 15.000,- finaal gekweten was jegens de SNS-bank. Niet gezegd kan

echter worden dat betrokkene zich bij zijn advisering heeft gebaseerd op gegevens die klager niet kende en dus evenmin dat hij geen hoor en wederhoor heeft toegepast. Daarbij komt dat betrokkene in het verdelingsoverzicht in het bindend advies (in afwijking van de overzichten in het eerste en het tweede conceptrapport) terecht heeft opgenomen dat A met € 22.854,21 was onder- en klager met dit bedrag was overbedeeld. Dat hangt samen het feit dat aan de betaling en de kwijtschelding voor de verdeling van de restschuld aan de SNS-bank tussen klager en A geen betekenis toekwam, nu klager voor het bedrag dat hij aan de SNS-bank moet betalen dat de helft van de totale restschuld te boven gaat, op grond van de regels van het huwelijksvermogensrecht regres kan nemen op A. Het had overigens voor de hand gelegen dat betrokkene in het bindend advies had toegelicht waarom dit in dit opzicht afweek van de overzichten in het eerste en het tweede conceptrapport. Gezien het vorenstaande is klachtonderdeel b. in zoverre ongegrond.

4.5.4 De Accountantskamer overweegt met betrekking tot de belastingaanslagen dat een bindend adviseur ervoor zorg hoort te dragen dat de bij het geschil betrokken partijen op gelijke wijze toegang hebben tot alle voor het adviseren wezenlijke feitelijke informatie teneinde een verrassingsbeslissing te voorkomen. Betrokkene had de betreffende aanslagen ter kennis van klager moeten brengen alvorens deze in aanmerking te nemen nu deze aanslagen, zo blijkt uit het verdelingsoverzicht in het bindend advies vergeleken bij het overzicht in het tweede conceptrapport, resulteren in een niet onaanzienlijke verlaging van het uiteindelijk aan klager toekomende bedrag. Dat het om vaststaande gegevens ging is daarbij niet relevant. Hieruit volgt dat het tweede klachtonderdeel in zoverre gegrond is.

4.6.1 Het derde klachtonderdeel ziet op de verrekening van de volledige door A betaalde juridische kosten, de aan A te betalen achterstand hypotheek, de aan haar te betalen gebruiksvergoeding en een schuld aan het UWV.

4.6.2 In de beschikking van de rechtbank van 12 juli 2007 is met betrekking tot de juridische kosten ad € 8.000,- (door A gemaakt om executoriale verkoop van de gezamenlijke woning te voorkomen en het beslag dat op de woning was gelegd, op te laten heffen) geoordeeld dat deze kosten voor verdeling bij helfte in aanmerking komen. Dat heeft niet geresulteerd in een veroordeling van klager tot betaling van de helft van deze kosten aangezien de rechtbank heeft aangenomen dat deze kosten bij de verdeling van de bankrekeningen worden verrekend. Betrokkene heeft van deze kosten pas in het bindend advies en niet in de twee conceptrapporten melding gemaakt. In het bindend advies heeft hij het totale bedrag als door klager met A te verrekenen opgenomen. Deze conclusie is, zo begrijpt de Accountantskamer dit (sub-)klachtonderdeel, volgens klager onvoldoende onderbouwd.

Ter zitting heeft betrokkene verklaard dat hij enkele dagen voor het uitbrengen van het bindend advies telefonisch contact heeft gehad met de advocaat van klager, die hem heeft bevestigd dat het daadwerkelijk ging om kosten die zijn gemaakt om executoriale verkoop te voorkomen en het beslag op te laten heffen. Klager zelf heeft hij hiervan niet in kennis gesteld omdat hij onder druk stond om het bindend advies snel uit te brengen. Voorts heeft betrokkene erkend dat hij in het bindend advies over het hoofd heeft gezien dat de rechtbank [plaats] had geoordeeld dat klager en A ieder de helft van deze kosten voor hun rekening moesten nemen.

4.6.3 Ook van het bedrag van € 11.971,15 (zijnde kennelijk een achterstand in betalingen op de hypotheekschuld die klager heeft laten ontstaan) dat klager op grond van het bindend advies aan A dient te betalen, is voor het eerst in dat advies (in paragraaf 2.1.4 onder het hoofd "Conclusie" en in het verdelingsoverzicht) melding gemaakt. Uit de

weergave in het bindend advies van de visies van klager en A leidt de Accountantskamer af dat betrokkene zich bij deze vermelding heeft laten leiden door de visie van A. Ook hier geldt weer (net als bij de belastingaanslagen, besproken onder 4.5.4) dat betrokkene klager hiermee niet onverhoeds had mogen confronteren. Daarbij komt dat de beschikking van de rechtbank [plaats] van 12 juli 2007 geen enkel aanknopingspunt biedt om de vraag of deze betalingen daadwerkelijk zijn gedaan, bij zijn advisering te betrekken. Van dit onderdeel van het advies moet dan ook worden gezegd dat het niet berust op een interpretatie van deze beschikking. Dat klemt te meer nu uit de bijlagen bij het bindend advies blijkt dat deze betalingen zijn begrepen in de schuld aan de SNS-bank per 23 of 30 november 2006, die, vermeerderd met vooral buitengerechtelijke incassokosten, was opgelopen tot € 45.708,41, van welke schuld de rechtbank in haar beschikking heeft bepaald dat deze voor de helft voor rekening van A komt.

4.6.4 Betrokkene heeft al in zijn hiervoor aangehaalde brief aan de advocaat van klager van 4 april 2008 erkend dat hij in het bindend advies over het hoofd heeft gezien dat in het bedrag van € 6.000,- dat klager op grond van de beschikking van de rechtbank [plaats] van [datum] aan A moet betalen als vergoeding voor het gebruik van de gezamenlijke woning, zijn begrepen de betalingen ter grootte van € 1.921,14 die A na de peildatum op de hypotheekschuld heeft gedaan. Daaruit volgt dat hij in het verdelingsoverzicht in het bindend advies ten onrechte heeft opgenomen dat deze betalingen nog in de verdeling moeten worden betrokken.

4.6.5 De schuld van A aan het UWV is in de beschikking van de rechtbank [plaats] aan haar toebedeeld, onder verrekening van de helft van de waarde van deze schuld per peildatum, voor zover de schuld dan nog bestaat, met klager. In het tweede concept-rapport heeft betrokkene geconcludeerd om “*vooralsnog*” ervan uit te gaan dat deze schuld niet meer bestond op de peildatum. Klager had als zijn visie naar voren gebracht dat hij niets wist van enige betaling op deze schuld. Bij het bindend advies heeft betrokkene op basis van dagafschriften van bankrekeningen van A aangenomen dat A voor de peildatum niets op de schuld had betaald en dat was reden om de schuld op te nemen als (alsnog) te verdelen. Klager heeft wel gesteld dat de schuld niet meer bestond of was verjaard, echter hij heeft zijn stellingen niet aannemelijk gemaakt.

4.6.6 Gezien het vorenstaande is klachtonderdeel c. op de hiervoor besproken drie punten gegrond.

4.7 Bij de beslissing omtrent het opleggen van een tuchtrechtelijke maatregel houdt de Accountantskamer rekening met de aard en de ernst van de verzuimen van betrokkene en de omstandigheden waaronder deze zich hebben voorgedaan. De Accountantskamer acht in deze zaak de maatregel van **waarschuwing** passend en geboden. Daarbij heeft de Accountantskamer er enerzijds op gelet dat betrokkene door klager niet vooraf in kennis te stellen van de belastingaanslagen van A en door zijn advies op meerdere punten ondeugdelijk te motiveren, meermalen heeft gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel van deskundigheid en zorgvuldigheid. Anderzijds is meegewogen dat klager er zelf bij herhaling op heeft aangedrongen dat betrokkene haast maakte met het uitbrengen van het bindend advies, dat niet gebleken is dat betrokkene door zijn verzuimen klager opzettelijk heeft benadeeld en tot slot dat het de eerste keer is dat betrokkene een tuchtrechtelijk verwijt treft.

4.8 Zodra deze uitspraak onherroepelijk geworden is en de voorzitter van de Accountantskamer een last tot tenuitvoerlegging heeft uitgevaardigd dienen de AFM, de voor-

zitter van het NIVRA dan wel de voorzitter van de NOvAA ingevolge artikel 9, tweede lid juncto 47 Wtra, er voor 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 het hiervoor overwogene wordt als volgt beslist.

5. Beslissing

De Accountantskamer:

1. verklaart de klacht **gegrond** zoals hiervoor is vermeld;
2. verklaart de klacht voor het overige ongegrond;
3. legt ter zake de maatregel op van **waarschuwing**;
4. 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 door de voorzitter van de Accountantskamer zorgen voor opname van deze tuchtrechtelijke maatregel in het register, voor zover betrokkene daarin is of was ingeschreven.

Aldus beslist door mr. M.B. Werkhoven, voorzitter, mrs. M.J. van Lee en A.D.R.M. Boumans (rechterlijke leden) en drs. R.G. Bosman RA en A.M.H. Homminga AA (accountantsleden) en in het openbaar uitgesproken op 9 december 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 betrokken en 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.