

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 11/914 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) van 16 december 2011 in de zaak met nummer 11/914 Wtra AK van

X,
wonende te [plaats],
K L A G E R,

t e g e n

Y,
registeraccountant,
kantoorhoudende te [plaats],
B E T R O K K E N E,
raadvrouw: mr. N.E.N. de Louwere.

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 2 mei 2011 ingekomen klaagschrift van 29 april 2011 met bijlagen;
- het op 24 mei 2011 ingekomen verweerschrift van 20 mei 2011 met bijlagen.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 19 augustus 2011 waar zijn verschenen: klager in persoon en betrokkene, bijgestaan door mr. N.E.N. de Louwere, advocaat te Waalre.

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 is werkzaam bij 1 Accountants en Adviseurs te Nieuwegein (hierna: 1). Klager heeft in 1993 dit kantoor, in de persoon van betrokkene, benaderd om accountantswerkzaamheden te verrichten voor de door hem toentertijd opgerichte BV2 (hierna: BV2), een adviesbureau dat onder meer bemiddelde bij het werven en selecteren van sparringpartners en commissarissen. De bedrijfsactiviteiten van de vennootschap zijn in 2002 gestaakt.

2.2 De jaarrekeningen van BV2 zijn sinds 2002 uitgebracht onder verantwoordelijkheid van mevrouw A AA (hierna: A), eveneens werkzaam bij 1.

2.3 Betrokkene heeft in de periode van 2000 tot 2008 vragen van klager beantwoord en hem adviezen verstrekt. Per e-mail van 27 november 2009 heeft klager betrokkene bedankt voor door hem verstrekte adviezen in verband met de start van zijn eenmansbedrijf als uitgever en heeft hij dienaangaande nog vragen aan betrokkene voorgelegd.

2.4 Bij brief van 7 januari 2011 heeft klager A er over geïnformeerd dat in de aandeelhoudersvergadering van BV2 was besloten om de vennootschap wegens gebrek aan baten per eind december 2010 te ontbinden, dat de opheffing reeds was geregistreerd bij de Kamer van Koophandel (hierna: KvK) en dat de belastingdienst daarvan per brief van 7 januari 2011 op de hoogte werd gesteld. Hierop heeft 1 telefonisch contact met klager opgenomen, waarna klager bij e-mail van 23 januari 2011 bij mr. drs. B, jurist bij 1 (hierna: B), over de stand van zaken informatie heeft gevraagd teneinde bij de KVK eventueel aan te dringen op het ongedaan maken van de ontbinding.

Bij brief van 27 januari 2011 heeft B op een aantal onderdelen een toelichting verstrekt. In deze brief is opgenomen: *'U gaf aan melding te hebben gedaan bij de Kamer van Koophandel van de liquidatie van BV2 wegens gebrek aan baten. Deze liquidatie is per 31 december 2010 doorgevoerd. Tevens heeft u de belastingdienst geïnformeerd. Wij hebben u telefonisch medegedeeld dat dit een hoge fiscale claim kan veroorzaken, omdat op de balans van de vennootschap nog een pensioenverplichting staat. Zoals de zaken er nu voor staan kan de belastingdienst zich op het standpunt stellen dat u heeft afgezien van pensioen'*.

2.5 Bij brief van 9 februari 2011, gericht aan A, heeft klager bezwaar gemaakt tegen een declaratie gedateerd 7 februari 2011 en haar verzocht om hem een creditnota ten bedrage van € 601,- te sturen vanwege het ontbreken van een opdracht voor door 1 verstrekt juridisch advies. Bij brief van 11 februari 2011 heeft B daarop gereageerd en medegedeeld dat 1 geen reden aanwezig achtte om tot creditering over te gaan.

2.6 Bij brief van 25 februari 2011 aan B heeft klager zijn verzoek om creditering van de nota van € 601,- herhaald. Bij brief van 22 maart 2011 heeft B op dit verzoek gereageerd. In deze brief is opgenomen:

Wij hebben u advies gegeven over het mitigeren van de bijzonder ingrijpende gevolgen van uw beslissing om de liquidatie van de vennootschap in te schrijven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Helaas heeft u die beslissing genomen, zonder ons daarover te consulteren. Wij werden derhalve geconfronteerd met een voldongen feit.

(...). Los daarvan staat vast dat u ons reeds vele jaren een doorlopende opdracht heeft verleend. Wij hebben reeds even zo vele jaren uw belangen behartigd. Hierdoor is er een in onze branche gebruikelijk zorgplicht ontstaan. Wij kunnen verplicht zijn om bijvoorbeeld advies uit te brengen, zelfs als wij daartoe geen expliciete opdracht zouden hebben gekregen. Zouden wij in een voorkomend geval geen actie ondernemen en passief de gevolgen afwachten, dan zouden wij daarop aangesproken kunnen worden en in het uiterste geval zelfs aansprakelijk kunnen worden gesteld.

2.7 Bij brief van 30 maart 2011 aan B heeft klager daarop gereageerd. In die brief is onder meer opgenomen:

(...). Daaruit moet ik concluderen dat 1 nooit aanleiding heeft gezien om mij vanuit zorgplicht op eigen initiatief te adviseren ook zonder daarvoor een expliciete opdracht te ontvangen.(...)

Vanuit de jaarlijks door u opgemaakte en ingediende belastingaangiftes had u al jaren kunnen zien aankomen dat de liquiditeit van BV1 wegens het staken van de activiteiten zodanig slonk dat de b.v. mijn pensioen vanaf 2011 niet kon uitkeren. Uit het feit dat u mij nooit op de gevolgen daarvan hebt gewezen en mij nooit hebt geadviseerd over de wijze waarop ik deze het hoofd zou kunnen bieden blijkt dat u wel degelijk de gevolgen passief hebt afgewacht in plaats van mij vooraf te wijzen op de fiscale gevolgen van het opheffen de b.v. met alle gevolgen van dien.

Een ander voorbeeld betreft de pensioenvoorziening. Op advies van 1 d.d. 11 december 2003 heb ik vanuit een uitkering van derden de pensioenvoorziening met € 70.000,- aangevuld tot € 140.000,-. Door deze aanvulling zou de voorziening toereikend zijn om mijn pensioen uit te keren tot een leeftijd die overeen zou komen met de levensverwachting (...). Van de voorziening resteert nu nog ca € 115.000, naar mij nu blijkt nog voldoende om tot mijn 90ste uit te blijven keren. Althans als de liquide middelen van BV2 daarvoor toereikend zijn hetgeen niet het geval is. Ook die ontwikkeling had u kunnen zien aankomen als u de door u opgestelde en ingediende belastingaangiftes anders dan alleen maar boekhoudkundig had geïnterpreteerd. In plaats daarvan hebt u de gevolgen passief afgewacht.

(...) Wat ik tekort kwam vulde ik aan met een lening van de b.v. Alhoewel het altijd om relatief kleine bedragen ging is de geleende som als gevolg van rente op rente opgelopen tot ca € 245.000. Omdat u blijkbaar nooit reden zag mij daarover vanuit uw zorgplicht te adviseren ben ik ervan uitgegaan dat dit probleem zichzelf zou oplossen bij het opheffen van de b.v. Maar nu blijkt dat u uw zorgplicht heeft verwaarloosd ben ik daarvan niet zo zeker meer.

2.8 Nadat klager 1 bij brief van 14 april 2011 aansprakelijk had gesteld voor schade als gevolg van het schenden van de in zijn brief van 30 maart 2011 beschreven zorgplicht, heeft B klager bij brief van 15 april 2011 bericht dat 1 op 14 april 2011 had besloten de dienstverlening aan klager te staken en geen enkele aansprakelijkheid voor schade te aanvaarden.

3. De klacht

3.1 Klager verwijt betrokkene dat hij in de loop der jaren meermalen niet aan zijn zorgplicht jegens hem heeft voldaan, daartoe het volgende stellende:

Sinds 1996 heeft betrokkene geen enkel initiatief genomen waaruit zijn zorgplicht jegens klager is gebleken. Hij heeft werkzaamheden ten behoeve van klager en zijn adviesbureau intern overgedragen zonder klager daarvan op de hoogte te stellen en hij heeft klager in 2003 niet adequaat geadviseerd inzake een aanvulling van zijn pensioenvoorziening met ruim € 70.000,-. Voorts heeft hij verzuimd om klager tijdig te adviseren omtrent de fiscale gevolgen van de liquidatie van BV2 in verband met het rekeningcourantkrediet van klager bij de vennootschap en de nog op de balans staande pensioenverplichting. Betrokkene had volgens klager al jaren kunnen zien aankomen dat de liquiditeit van BV2 slonk wegens het staken van de activiteiten en dat de rekeningcourant schuld niet meer afgelost kon worden. Het verzaken van deze zorgplichten heeft volgens klager grote gevolgen voor hem gehad.

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.

4.2 Klachten te dier zake kunnen op de voet van de Wtra bij de Accountantskamer worden ingediend. 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. Indien één van beide termijnen is overschreden, dient de klacht niet-ontvankelijk te worden verklaard.

4.3 Voorts stelt de Accountantskamer voorop dat het handelen en/of nalaten waarop de klacht betrekking heeft, voor zover dit plaats had vóór 1 januari 2007, moet worden getoetst aan de tot die datum geldende GBR-1994, en, voor zover het plaats had na 1 januari 2007, aan de sinds deze datum vigerende Verordening Gedragscode RA's (hierna: VGC) en daarvan in het bijzonder het (voor alle registeraccountants geldende) deel A en het (voor openbaar registeraccountants geldende) deel B1.

4.4 Daarnaast geldt 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.

4.5 De verwijten dat betrokkene sedert 1996 zijn zorgplicht niet is nagekomen en in 2003 niet adequaat heeft geadviseerd inzake de aanvulling van de pensioenvoorziening van klager, hebben betrekking op vermeende gedragingen van meer dan zes jaar voorafgaand aan het indienen van de klacht op 2 mei 2011. Die omstandigheid brengt met zich dat klager in zoverre te laat is met het indienen van deze klachtonderdelen.

4.6 In hoofdzaak houdt de klacht voorts in dat betrokkene in vervolg op de jaarlijkse samenstelling van de jaarcijfers en de ingediende belastingaangiftes geen (ongevraagd) advies aan klager gegeven heeft met betrekking tot zijn rekening-courant positie ten opzichte van BV2 en ook niet over de pensioenverplichting van de vennootschap jegens hem. De Accountantskamer overweegt dienaangaande dat klager daarvan steeds jaarlijks op de hoogte was, zodat in verband met het bepaalde in artikel 22 Wtra, dit klachtonderdeel ontvankelijk is voor zover het achterwege blijven van advies samenhangt met jaarcijfers die zijn uitgebracht na 2 mei 2008.

De Accountantskamer is van oordeel dat, als naar aanleiding van het samenstellen van de jaarcijfers duidelijk wordt dat een probleem te dier zake gaat ontstaan er onder omstandigheden sprake kan zijn van een plicht voor een accountant om zijn cliënt te attenderen op het oplopen van de rekening-courantpositie en mogelijke fiscale consequenties daarvan, maar dat het tot de eigen verantwoordelijkheid van een ondernemer behoort, indien hij voor privé-doeleinden geld aan de vennootschap onttrekt zonder dit aan de vennootschap terug te betalen.

Voorts overweegt de Accountantskamer dat niet in geschil is dat A sedert 2002, en derhalve ook na 2 mei 2008, de jaarrekening en aangiftes van BV2 heeft verzorgd en sedertdien de verantwoordelijke accountant is geweest voor het samenstellen van de jaarcijfers en niet betrokkene. Klager heeft niet aannemelijk gemaakt dat betrokkene daar sindsdien op enigerlei wijze bij betrokken was of van de cijfers op de hoogte was. Betrokkene heeft klager (slechts) gevraagd of ongevraagd geadviseerd zoals blijkt uit de e-mail- en briefwisseling vermeld onder rechtsoverweging 2.3. In zoverre treft in ieder geval betrokkene geen verwijt inzake schending van zijn zorgplicht door klager niet actief te adviseren en is de klacht, voor zover al ontvankelijk, ongegrond.

Bovendien heeft klager 1 niet op de hoogte gesteld van zijn voornemen tot liquidatie van BV2. De voor het samenstellen van de jaarcijfers verantwoordelijke accountant heeft volgens de Accountantskamer dan ook geenszins hoeven te begrijpen dat klager niet wist dat in verband met die liquidatie nog een afrekening met de fiscus zou volgen en dat advisering daaromtrent naar aanleiding van het samenstellen van de jaarcijfers aangewezen zou zijn. Een verwijt aangaande het achterwege blijven van advies op eigen initiatief van die accountant treft in zoverre dan ook geen doel.

4.7 Gelet op het bovenstaande dient de klacht eveneens niet-ontvankelijk te worden verklaard voor zover deze betrekking heeft op enig aan betrokkene verweten handelen of nalaten in de periode van 2 mei 2005 tot 2 mei 2008 en is deze voor het overige ongegrond.

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

5. Beslissing

De Accountantskamer:

1. verklaart de klacht niet-ontvankelijk in voege als hiervoor vermeld;
2. verklaart de klacht voor het overige ongegrond.

Aldus beslist door mr. M.B. Werkhoven, voorzitter, mrs. E.W. Akkerman en M.J. van Lee (rechterlijke leden) en prof. dr. G.C.M. Majoor RA en drs. R.G. Bosman RA (accountantsleden), in aanwezigheid van mr. G.A. Genee, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 16 december 2011.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is aan partijen verzonden op: _____

Ingevolge artikel 43 Wtra, juncto artikelen 31 en 32 Wet tuchtspraak 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.