

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 11/2298 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de zaak met nummer 11/2298 Wtra AK van 2 juli 2012 van

drs. X MBA,
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.

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 8 november 2011 binnengekomen klaagschrift van 5 november 2011, met bijlagen;
- een op 5 december 2011 per fax ingekomen brief van dezelfde datum van klager;
- het op 12 maart 2012 binnengekomen verweerschrift van 9 maart 2012, met bijlagen.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 23 april 2012, waar aanwezig waren - aan de zijde van klager - drs. X MBA in persoon, tot bijstand vergezeld van mevrouw mr. A, bedrijfsjurist bij 1, en - aan de zijde van betrokkene - drs. Y RA in persoon, tot bijstand vergezeld van zijn raadsman mr. G. Kattenberg, advocaat te Amsterdam. Voorts was aanwezig betrokkene kantoorgenoot/collega drs. B RA, tegen wie door klager dezelfde klacht als de onderhavige werd ingediend, die gelijktijdig - doch niet gevoegd - met de onderhavige klacht is behandeld.

1.3 Partijen hebben op deze zitting hun standpunten toegelicht de hand van aan de Accountantskamer overgelegde pleitnotities en geantwoord op vragen van de Accountants-kamer.

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 vennoot werkzaam bij de accountantsorganisatie 2 Registeraccountants, vestiging [plaats], alwaar zijn collega drs. B RA, tegen wie de onderhavige klacht ook is ingediend, medewerker is en drs. C, die tot 1 januari 2007 als registeraccountant stond ingeschreven, tot en met 31 december 2006 eveneens vennoot was. C heeft nadien, tot en met januari 2009, op incidentele basis nog werkzaamheden voor 2 verricht.

2.2 Klager was in 2008 verwickeld in een echtscheidingsprocedure met mevrouw D. In verband daarmee vond kort gedingprocedure plaats tussen klager en D bij de rechtbank Leeuwarden. Op de zitting van 11 juni 2008 zijn klager en D een minnelijke regeling overeengekomen, die is vastgelegd in het proces-verbaal van die zitting dat ter zake - onder meer en voor zover hier van belang - het volgende inhoudt.

“Ter beslechting van hun geschil bij deze rechtbank aanhangig onder rolnummer (...) zijn partijen het navolgende overeengekomen:

1. Het bedrag van € 360.000,- dat is gestort op een gezamenlijke rekening wordt vooruitlopend op de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap al nu verdeeld in die zin dat aan elk van de partijen D en X een bedrag van € 180.000,- wordt toegescheiden;

2. De pensioenaanspraken die ultimo 2007 een bedrag van € 230.000,- vertegenwoordigden, en waarvan kan worden aangenomen dat elk der partijen D en X aanspraak op 50% daarvan maken, zal vóór 1 augustus 2008 door partij X ten behoeve van partij D worden gecureerd door het doen afgeven van een onherroepelijke bankgarantie voor een bedrag van € 115.000,-, af te geven door een Nederlandse grootbank tegen de gebruikelijke condities en dat voor rekening van partij X Holding;

3. Partijen D en X stellen de peildatum voor de waardering van de aandelen van X Holding op 1 januari 2008 en wijzen als deskundige voor die waardering aan de heer C RA, verbonden aan 2. Kosten hiervan komen voor gezamenlijke rekening van die partijen;

(...)”

2.3 Namens partijen heeft de advocaat van D per brief d.d. 14 juli 2008 de opdracht aan C verstrekt. De brief had als bijlagen acht in de brief genoemde stukken. C heeft de opdracht aanvaard. Behoudens uit de hem verstrekte documenten, heeft C informatie

verkregen door het voeren van (separate) gesprekken met D en klager op 19 september 2008. Op basis van de door D en klager verstrekte informatie heeft C op 7 oktober 2008 een concept bindend advies uitgebracht, inhoudende - onder meer en voor zover hier van belang - :

- dat op basis van de cijfers van X Holding uit de jaren voorafgaand aan 2008 het redelijk te achten bedrijfsresultaat wordt vastgesteld op € 180.000,--;
- dat de waardering plaatsvond aan de hand van een variant van de 'discounted cash flow' methode;
- dat op grond van de overeenkomst in het proces-verbaal, inhoudende dat de pensioenafspraken een waarde van € 230.000,-- vertegenwoordigden en dat de helft van de waarde zal worden gecureerd ten behoeve van D, in het concept is uitgegaan van een waarde van de pensioenvoorziening van € 230.000,--;
- een uiteenzetting hoe C aan de hand van de gebruikte methode is gekomen tot een totale waardering van X Holding van € 1.500.000,--.

2.4 In zijn begeleidende brief bij het concept bindend advies heeft C klager en D in de gelegenheid gesteld commentaar te leveren op het concept bindend advies en te attenderen op eventuele feitelijke onjuistheden. Hierop heeft D via haar advocaat per fax van 17 oktober 2008 laten weten geen commentaar te hebben op het concept bindend advies. De advocaat van klager, mr. F, heeft per brief van 30 oktober 2008 gereageerd en voor het commentaar op het concept bindend advies verwezen naar een bijlage bij de brief, zijnde een document van drs. G AA, de accountant van klager en X Holding. Volgens deze accountant van klager was de opzet en uitwerking van de aandelenwaardering door C helder verwoord en toegelicht. Hij onderschreef de aannames, met uitzondering van het geprognosticeerde bedrijfsresultaat van € 180.000,--, dat hij onrealistisch achtte. De accountant van klager ging uit van een gemiddeld bedrijfsresultaat van € 136.000,-- voor 2008, met een verwijzing naar het bedrijfsresultaat over 2004 tot en met 2007. Aan de hand van de door C gehanteerde methode berekende hij vervolgens de waarde van X Holding en kwam hij uit op een waardering van € 1.250.000,--. Over de waardering van de pensioenvoorziening (ad € 230.000,--) maakte de accountant van klager geen opmerkingen.

2.5 De reactie van (de accountant van) klager vormde voor C geen aanleiding tot aanpassing van het bindend advies en op 11 november 2008 heeft C het bindend advies in ongewijzigde vorm uitgebracht aan klager en D.

2.6 Betrokkenes kantoorgenoot/collega drs. B RA heeft ten behoeve van het bindend advies administratieve voorbereidende werkzaamheden verricht en heeft geen aan het bindend advies ten grondslag liggende keuzes en berekeningen gemaakt. Hij heeft het bindend advies niet opgesteld en niet ondertekend.

2.7 Nadat het bindend advies was uitgebracht, heeft klager bezwaren geuit tegen de inhoud ervan, die niet in de conceptfase naar voren waren gebracht. In een brief van 4 december 2008 heeft klager C verzocht om een onderbouwing van het bindend advies inzake het redelijk te achten bedrijfsresultaat voor de jaren 2008 tot en met 2010. Volgens klager zou de aanname van het bedrijfsresultaat voor de jaren 2008 tot en met 2010 namelijk niet zijn onderbouwd en zouden ten onrechte de definitieve cijfers over de eerste acht maanden van 2008 niet zijn meegewogen.

2.8 C heeft op de in deze brief uiteengezette bezwaren van klager per brief van 16 december 2008 gemotiveerd gereageerd. In reactie op deze brief van C heeft klager 2 per brief van 2 februari 2009 medegedeeld dat hij, kort gezegd, niet tot betaling van de openstaande facturen overgaat, zolang het door C geprognosticeerde bedrijfsresultaat niet wordt bijgesteld. C heeft hierop op 18 maart 2009 een bespreking met klager gehouden. Tijdens die bespreking uitte klager bezwaren tegen de vaststelling van de hoogte van zijn salaris, zoals opgenomen in het bindend advies. Als bijlage bij zijn brief van 21 maart 2009 heeft klager alsnog zijn jaaropgaaf 2007 aan C toegezonden onder verwijzing naar de discussie omtrent de vaststelling van de hoogte van zijn salaris. In een laatste poging de bezwaren bij klager weg te nemen, heeft C per brief van 24 maart 2009 aan beide partijen nogmaals een nadere toelichting bij het bindend advies gegeven.

2.9 Op 8 april 2009 heeft klager tijdens een gesprek een klacht ingediend bij 2. Betrokkene heeft daar de behandeling van de klacht van klager op zich genomen. Betrokkenes kantoorgenoot/collega drs. B RA is bij de afhandeling van de klacht niet betrokken geweest.

2.10 Op 1 december 2009 heeft in de echtscheidingszaak tussen klager en D wederom een zitting bij rechtbank Leeuwarden plaatsgevonden. In het proces-verbaal van die zitting is opgenomen dat de waarde van de aandelen in X Holding wordt vastgesteld op € 1.400.000,-- aan de hand van het bindend advies van C. Partijen verschilden van mening over de vraag of de navordering omzetbelasting 2007 ad € 100.473,--, die was opgelegd nadat het bindend advies was uitgebracht, de waarde van de aandelen van X Holding beïnvloedde.

2.11 Ondanks de bezwaren die klager tegen het bindend advies had, kwamen klager en D overeen om C uiterlijk 3 december 2009 opdracht te geven een aanvullende rapportage te maken. In die aanvullende rapportage behoefde C slechts antwoord te geven op de vraag of de navordering omzetbelasting 2007 de waarde van de aandelen van X Holding heeft beïnvloed en, zo ja, tot welk bedrag.

2.12 In verband hiermee heeft de advocaat van D per brief van 10 december 2009 2 aangeschreven. Y RA heeft hem daarop de volgende dag bericht dat C niet meer aan 2 verbonden was en hem de contactgegevens van C verstrekt. C heeft de aanvullende opdracht aanvaard en op 2 februari 2010 de aanvullende rapportage aan partijen doen toekomen.

3. De klacht

3.1 De klacht is gericht tegen het op 11 november 2008 door C uitgebrachte bindend advies en de totstandkoming daarvan, waarbij sprake zou zijn van handelen en/of nalaten in strijd met de voor registeraccountants geldende Verordening Gedragscode (RA's) (hierna: VGC) en wel in het bijzonder met de in artikel A-100.4 onder a. en onder c. van die VGC bedoelde fundamentele beginselen 'integriteit' respectievelijk 'deskundigheid en zorgvuldigheid'.

3.2 Klager verwijt betrokkene (alsook diens collega/kantoorgenoot drs. B RA) in dit verband dat:

- a. belangrijke gegevens ontbreken;
- b. onvoldoende onderzoek is gedaan naar de juiste feiten;

- c. in het rapport zinsneden staan, die de lezer op het verkeerde been zetten;
- d. klager veel tijd, geld en correspondentie heeft moeten besteden om deze bezwaren te ondervangen en/of op te heffen;
- e. foute aannames zijn gedaan ten nadele van klager met betrekking tot de pensioenvoorziening;
- f. door (het kantoor van) betrokkene niet integer en objectief is gehandeld zoals dat zou mogen worden verwacht op grond van de VGC.

4. De gronden van de beslissing

De Accountantskamer overweegt met betrekking tot de klacht en het daartegen gevoerde verweer het volgende.

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.

4.2.1 Betrokkene heeft primair aangevoerd dat de klacht niet-ontvankelijk moet worden verklaard, omdat:

- a) deze ziet op het op 11 november 2008 door C uitgebrachte bindend advies en de totstandkoming daarvan en klager meer dan drie jaren (namelijk tot 5 december 2011) heeft gewacht met het indienen van de klacht;
- b) het bindend advies niet is opgesteld door een accountant (C was reeds geruime tijd uitgeschreven uit het accountantsregister) zodat van beroepsmatig handelen in de zin van de Wet RA geen sprake was;
- c) betrokkene geen tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid draagt voor het bindend advies, nu hij dat niet heeft opgesteld en/of ondertekend en de daaraan ten grondslag liggende keuzes en berekeningen niet heeft gemaakt, en hij evenmin de administratieve ondersteunende werkzaamheden met betrekking tot dat bindend advies heeft verricht, zoals het notuleren tijdens de gesprekken met klager en D.

4.2.2 Klager heeft hiertegenover - onder meer - gesteld:

- ad a) dat klager eerst op 16 december 2008, toen voor het eerst een reactie volgde van C op de bezwaren van klager tegen het concept bindend advies, bekend is geworden met de toegepaste normalisaties en de onzorgvuldigheid waarmee het definitieve bindend advies tot stand is gekomen;
- ad b) dat het (concept) bindend advies is opgesteld op briefpapier van 2 Registeraccountants, dat alle correspondentie, waaronder het (concept) bindend advies, werd afgesloten met de bewoordingen: "met vriendelijke groeten, 2 Registeraccountants", dat de opdracht voor het opstellen van het bindend advies uitdrukkelijk is verstrekt aan de heer C RA, *verbonden aan 2 Registeraccountants*, en dat in het bindend advies door de opstellers ervan consequent over "wij" wordt gesproken;
- ad c) dat betrokkene collega/kantoorgenoot drs. B RA aanwezig is geweest bij alle besprekingen van klager met C.

4.2.3 De Accountantskamer verwerpt het hiervoor onder 4.2.1 weergegeven niet-ontvankelijkheidsverweer. Daartoe heeft zij overwogen:

ad a) dat het klaagschrift niet op 5 december 2011, maar op 8 november 2011 (en aldus binnen drie jaren na 11 november 2008) is ingediend; de brief van klager van 5 december 2001 betrof slechts een (op verzoek van de secretaris van de Accountantskamer gegeven) aanvulling op en nadere concretisering van het op 8 november 2011 ingediende klaagschrift tegen - onder anderen - betrokkene;

ad b) en c) dat indien sprake is van het ontbreken van tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid van betrokkene voor het (concept) bindend advies en de totstandkoming daarvan zulks niet tot niet-ontvankelijkheid van de klacht dient te leiden, doch veeleer tot een ongegrondverklaring daarvan.

4.3 De opdracht tot het uitbrengen van het bindend advies is gegeven aan "C RA", verbonden aan 2 Registeraccountants, het kantoor van betrokkene. Voorts is door C in verband met het onderhavige bindend advies op briefpapier van en namens dat kantoor gerapporteerd, terwijl te dezer zake ook door dat kantoor is gefactureerd. Het staat tot slot vast dat C in dit geval als medewerker van genoemde accountantsorganisatie heeft gefungeerd en zelf niet (meer) onder enig tuchtrechtelijk regime viel. De geringe rol van betrokkene collega/kantoorgenoot drs. B RA bij het handelen en/of nalaten waartegen de onderhavige klacht is gericht en diens ondergeschikte positie ten opzichte van betrokkene in de kantoorhiërarchie, brengen mee dat die collega/kantoorgenoot tuchtrechtelijk niet verantwoordelijk is te achten voor het op 11 november 2008 door C uitgebrachte bindend advies en de totstandkoming daarvan. Weliswaar is niet aannemelijk geworden dat betrokkene ten behoeve van het uitbrengen van dat bindend advies enige werkzaamheden heeft verricht of aan het bindend advies ten grondslag liggende keuzes en berekeningen heeft gemaakt en is komen vast te staan dat hij het bindend advies niet heeft opgesteld en (dan ook) niet heeft ondertekend, maar betrokkene is, gelet op het voorgaande, als vennoot van 2 Registeraccountants en kantoorleider van de vestiging van waaruit de bewuste werkzaamheden zijn verricht desalniettemin aan te merken als de tuchtrechtelijk verantwoordelijke voor het werk van C.

4.4 De Accountantskamer heeft vastgesteld dat het handelen en/of nalaten waarop de klacht betrekking heeft, heeft plaatsgevonden ná 1 januari 2007 zodat het moet worden getoetst aan de sindsdien vigerende VGC en in het bijzonder deel A daarvan (de gedragscode voor iedere registeraccountant).

4.5 Bij de beoordeling van de klacht wordt vooropgesteld 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.

4.6.1 De hiervoor onder 3.2 sub a., b. en c. vermelde klachtonderdelen, respectievelijk inhoudende dat belangrijke gegevens ontbreken, dat onvoldoende onderzoek is gedaan naar de juiste feiten en dat in het rapport zinsneden staan die de lezer op het verkeerde been zetten, lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

4.6.2 Voor zover met deze onderdelen wordt geklaagd over de ondeugdelijkheid en het misleidend zijn van de inhoud van het onderhavige rapport met bindend advies, is daartoe onvoldoende gesteld of anderszins aannemelijk geworden, zodat deze klachtonderdelen in zoverre ongegrond moeten worden geacht.

4.6.3 C heeft echter - hoewel hij daartoe niet verplicht was - klager (en D) in de gelegenheid gesteld commentaar te leveren op een concept van 7 oktober 2008 van het bindend advies en hem te attenderen op eventuele feitelijke onjuistheden daarin, en daarop is van de zijde van klager gemotiveerd gesteld dat het geprognosticeerde bedrijfsresultaat van € 180.000,--, onrealistisch moest worden geacht. Onder die omstandigheden moet het als onzorgvuldig worden aangemerkt dat op 11 november 2008 een definitief bindend advies werd uitgebracht dat gelijkluidend was aan het concept en waarin volledig werd voorbijgegaan aan de zojuist vermelde kritiek van de zijde van klager. Dit nalaten is aan te merken als een schending van het fundamentele beginsel 'deskundigheid en zorgvuldigheid' als bedoeld in artikel A-100.4 onder c. van de VGC. De onderdelen b. en c. van de klacht moeten daarom op dit punt gegrond worden geacht.

4.7 Het hiervoor onder 3.2 sub d. vermelde klachtonderdeel, inhoudende dat klager veel tijd, geld en correspondentie heeft moeten besteden om deze bezwaren te onderwerpen en/of op te heffen, bevat geen concreet tuchtrechtelijk verwijt aan betrokkene en is reeds daarom ongegrond.

4.8 Het hiervoor onder 3.2 sub e. vermelde klachtonderdeel, inhoudende dat foute aannames zijn gedaan ten nadele van klager met betrekking tot de pensioenvoorziening is eveneens ongegrond. Klager en D waren immers overeengekomen dat een ieder aanspraak zou hebben op 50% van de waarde van de pensioenvoorziening van € 230.000 per ultimo 2007 en klager zou ter zekerheidstelling van de aanspraak van D een bankgarantie voor de helft van dat bedrag afgeven. Hieruit mocht worden afgeleid dat de omvang van de pensioenvoorziening € 230.000 bedroeg en mocht dit daardoor als uitgangspunt worden gehanteerd bij het opstellen van het onderhavige bindend advies.

4.9 Onder het hiervoor onder 3.2 sub f. vermelde klachtonderdeel, inhoudende dat door (het kantoor van) betrokkene niet integer en objectief is gehandeld, zoals dat zou mogen worden verwacht op grond van de VGC, begrijpt de Accountantskamer mede het verwijt dat betrokkene geen klachtafhandeling had mogen verrichten voor werk waarvoor hij zelf tuchtrechtelijk verantwoordelijk was. Dat betrokkene deze klachtafhandeling door iemand anders had moeten laten verrichten, behoeft geen nader betoog en is eveneens aan te merken als een schending van het fundamentele beginsel 'deskundigheid en zorgvuldigheid' als bedoeld in artikel A-100.4 onder c. van de VGC. Dit klachtonderdeel is daarom in zoverre dan ook gegrond te achten.

Overigens zijn geen, althans onvoldoende, feiten en/of omstandigheden gesteld of anderszins aannemelijk geworden waaruit zou moeten worden afgeleid dat door (het kantoor van) betrokkene niet integer en objectief zou zijn gehandeld, zoals dat zou mogen worden verwacht op grond van de VGC. Dit klachtonderdeel moet voor het overige dan ook ongegrond worden verklaard.

4.10 Het hiervoor overwogene leidt tot de slotsom dat de klachtonderdelen b., c. en f. (deels) gegrond zijn en dat de klacht overigens in alle onderdelen ongegrond is. De deels gegrond bevonden onderdelen betreffen enkele onzorgvuldigheden, te weten één bij de totstandkoming van het bindend advies en één bij de afhandeling van de klacht ter zake. De Accountantskamer is van oordeel dat hiervoor kan worden volstaan met oplegging van een waarschuwing. Daarbij is in aanmerking genomen dat, zoals in overweging 4.6.2 is overwogen, geen intrinsieke gebreken aan het bindend advies zijn

gebleken of aannemelijk geworden en voorts dat betrokkene niet eerder tuchtrechtelijk is veroordeeld.

5. Beslissing

De Accountantskamer:

- verklaart de klachtonderdelen b., c. en f. gegrond in voege als hiervoor omschreven;
- legt aan betrokkene ter zake de maatregel van waarschuwing op;
- verklaart de klacht in alle onderdelen voor het overige ongegrond;
- verstaat dat de AFM en de voorzitter van het NIVRA 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 voor zover betrokkene daarin is of was ingeschreven.

Aldus beslist door mr. W.F. Boele, voorzitter, mr. E.F. Smeele en mr. A.D.R.M. Boumans, rechterlijke leden, prof. dr. G.C.M. Majoor RA en J. Maan AA, accountantsleden, in aanwezigheid van W. Welmers, secretaris, en uitgesproken in het openbaar op 2 juli 2012.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is aan partijen verzonden op:

Ingevolge de artikelen 43 Wtra en 32 Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie 2004 kunnen/kan 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.