

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 12/213 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de zaak met nummer 12/213 Wtra AK van 31 augustus 2012 van:

1. de besloten vennootschap **X B.V.**,
gevestigd te [plaats],
en
2. de naamloze vennootschap **X N.V.**,
gevestigd te [plaats],
KLAAGSTERS,
raadsman: mr. M Burgers,

t e g e n

Y,
accountant-administratieconsulent,
kantoorhoudende te [plaats], gemeente [plaats],
BETROKKE NE.

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 31 januari 2012 binnengekomen klaagschrift van 30 januari 2012, met bijlagen;
 - het op 9 maart 2012 ingekomen verweerschrift van 7 maart 2012 met bijlage.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 18 juni 2012, waar zijn verschenen - aan de zijde van klaagsters - A FB, vergezeld van mr. M. Burgers, advocaat te Bladel, en - aan de zijde van betrokkene - Y in persoon.

1.3 Klaagsters en betrokkene hebben op deze zitting hun standpunten toegelicht en doen toelichten (klaagsters aan de hand van pleitaantekeningen die aan de Accountantskamer zijn overgelegd) 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 drijft sinds 16 november 2010 een accountantspraktijk onder de naam Y Accountants.

2.2 Betrokkene is in de periode van 28 januari 2003 tot 1 december 2009 op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam geweest bij klaagster sub 2. B.V.1 heeft per 28 oktober 2010 de door klaagster sub 2. gedreven accountants- en adviespraktijk overgenomen. Klaagster sub 1. is per 20 juni 2011 met B.V.1 gefuseerd.

2.3 In de arbeidsovereenkomst van klaagster sub 2. en betrokkene is een non-concurrentie-beding opgenomen. Omdat klaagster sub 2. en B.V.1 enerzijds en betrokkene anderzijds van mening verschilden over het antwoord op de vraag of betrokkene dat beding overtrad, hebben zij op 12 januari 2011 nadere afspraken gemaakt, die zijn vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst van die datum. Die overeenkomst luidt, voor zover relevant:

1.

Het non-concurrentie beding/relatiebeding, thans overeengekomen voor een periode van vijf jaar, wordt beperkt tot 1 september 2011. Na 1 september 2011 zal Y niet langer gebonden zijn aan het non-concurrentiebeding.

2.

Het non-concurrentie beding/relatiebeding, heeft enkel betrekking op cliënten die onderdeel uitmaken van de accountancy- en adviespraktijk zoals die door Accountants1 en de aan haar gelieerde ondernemingen op het moment van beëindiging van de arbeidsovereenkomst bestond.

3.

Y zal tot 1 september 2011 geen cliënten of ex-clieënten van Accountants1, of van één van de aan hen gelieerde ondernemingen, benaderen.

4.

In het kader van deze overeenkomst verleent Accountants1 aan Y een ontheffing uit het relatiebeding ten aanzien van de relaties die aan haar, danwel aan B.V.1 schriftelijk hebben aangegeven (al dan niet gedeeltelijk) de relatie met B.V.1 te willen beëindigen om gebruik te gaan maken van de diensten van Y. Deze ontheffing vindt plaats onder de opschortende voorwaarde van voldoening van een bedrag gelijk aan (...)

(...)

2.4 Betrokkene heeft in de periode van 16 november 2010 tot en met november 2011 zijn praktijk gedreven vanuit een pand te [plaats], waarin eveneens was gevestigd het

accountantskantoor Accountants en Adviseurs¹ (hierna:A&A). Sinds december 2011 houdt betrokkene kantoor te [plaats].

2.5 Aan klaagsters is, vanwege hun vermoeden dat betrokkene in strijd met de op hem jegens klaagsters rustende verplichting werkzaamheden zou verrichten voor B.V.2 en diens aandeelhouders, verlof verleend tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor ten overstaan van de kantonrechter te [plaats]. In dat kader zijn gehoord de heer B, accountant bij A&A (hierna: B), de heer C, directeur/groootaandeelhouder van B.V.2 (hierna C respectievelijk B.V.2), en betrokkene.

2.6 B heeft tijdens voormeld voorlopig getuigenverhoor - geparafraseerd - verklaard dat betrokkene in oktober/november 2010 aan hem heeft gevraagd of A&A een offerte wilde uitbrengen aan B.V.2, dat C nadrukkelijk heeft aangegeven dat hij bij X weg wilde, dat die offerte is uitgebracht, dat A&A in 2011 werkzaamheden voor B.V.2 heeft verricht, dat er voor zover hij weet geen inhoudelijk overleg is geweest tussen A&A en betrokkene, dat betrokkene nadat hij eind 2011 vertrok, B.V.2 als cliënt heeft meegenomen, dat er in 2011 maandelijks aan B.V.2 is gefactureerd, dat A&A in die periode ook van betrokkene facturen heeft ontvangen inzake B.V.2, dat daar geen werkzaamheden tegenover stonden en dat betrokkene op die wijze bedragen kreeg voorgefinancierd voor het werk dat betrokkene in 2012 zou gaan doen aan het opmaken van de jaarrekening 2011.

2.7 C heeft tijdens voormeld voorlopig getuigenverhoor - geparafraseerd - verklaard dat betrokkene een van de contactpersonen was binnen X N.V., dat bekend werd dat X N.V. werd overgenomen door X B.V., dat hij slechte ervaringen had met X B.V., dat hij zijn contract met X N.V. heeft opgezegd en diverse offertes heeft aangevraagd voor Holding¹, B.V.2 en in privé, dat hij begin 2011 uiteindelijk is uitgekomen bij A&A Accountants, dat betrokkene aanwezig is geweest bij de halfjaarsbespreking die hij met A&A heeft gehad, dat hij niet weet wanneer die bespreking is geweest, maar in elk geval niet in de zomermaanden juli en augustus. C heeft voorts verklaard dat hij in 2011 maandelijks mailtjes heeft gekregen van betrokkene over de BTW-opgave en loonbelasting, dat hij niet weet via intern bij A&A die administratie deed, dat hij betrokkene beschouwde als contactpersoon binnen A&A omdat betrokkene ook regelmatig vragen kreeg vanuit B.V.2 en die beantwoordde, ook in de periode voor 1 september 2011.

2.8 Betrokkene heeft tijdens voormeld voorlopig getuigenverhoor - geparafraseerd - onder meer verklaard dat C rond oktober 2010 contact met hem heeft gezocht, dat C op zoek was naar een andere accountant, dat hij C toen duidelijk heeft gemaakt dat hij dat niet zelf kon doen omdat hij nog vastzat aan een non-concurrentiebeding, dat hij C in contact heeft gebracht met wie hij ging samenwerken, te weten A&A Accountants, dat A&A aan C een offerte heeft uitgebracht en dat B.V.2 toen klant van A&A is geworden. Betrokkene heeft voorts verklaard:

'Ik kan uitdrukkelijk zeggen dat ik geen werkzaamheden heb verricht voor 1 september 2011 voor B.V.2, noch voor de moeder noch voor de dochter. B.V.2 heeft wel voor 1 september 2011 een factuur gekregen van A&A. Ik heb voor 1 september 2011 met A&A geen inhoudelijk overleg gehad over de klant B.V.2, althans ik kan me dat niet herinneren en ik neig er sterk naar om te zeggen dat het ook echt niet is gebeurd. Ik heb wel voor 1 september 2011 met A&A overleg gehad over de factuur aan B.V.2. Het is ook zo dat ik een deel van de vergoeding die aan A&A toen in rekening heeft gebracht aan en betaald heeft gekregen van B.V.2, heb ontvangen van A&A, voor 1 september 2011. Dat gebeurde niet voor verrichte werkzaamheden voor A&A, maar dat gebeurde

op basis van afspraken met A&A over de financiële verdeling van de werkzaamheden. Het is ook van belang om te weten dat vooruit werd gefactureerd, in mijn geval in zekere zin voor werkzaamheden die ik dus pas na 1 september 2011 zou gaan doen, het grootste stuk van januari 2012. Het was overigens de uitdrukkelijke wens van B.V.2 om ook vooruit gefactureerd te kregen. Dat wilde hij ook al toen hij nog klant was bij X N.V..'

3. De klacht

3.1 De klacht bestaat - volgens het klaagschrift en naar de Accountantskamer begriipt - uit twee onderdelen, te weten:

- a. dat betrokkene door een constructie heeft getracht het voor hem geldende non-concurrentiebeding te overtreden en
- b. dat betrokkene daarover onder ede een leugenachtige verklaring heeft afgelegd.

3.2 Beide gedragingen zijn volgens klaagsters in strijd met het fundamentele beginsel van 'integriteit', als bedoeld in de Verordening Gedragscode (AA's) (hierna: VGC) en betrokkene heeft daardoor gehandeld in strijd met het belang van een goede beroepsuitoefening.

4. De gronden van de beslissing

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

4.1 Op grond van artikel 51 Wet op de accountants-administratieconsulenten (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 Het handelen en/of nalaten van betrokkene waarop de klacht betrekking heeft moet, nu dit plaats had ná 17 januari 2007, worden getoetst aan de sinds die datum vigerende VGC.

4.3 Bij de beoordeling van de klacht stelt de Accountantskamer voorop dat het in een tuchtprocedure als deze in beginsel aan klaagsters 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 Wat betreft het eerste aan betrokkene gemaakte verwijt omtrent het overtreden van het voor hem geldende non-concurrentiebeding geldt dat klaagsters daaraan geen andere feiten en omstandigheden ten grondslag hebben gelegd dan die die kunnen blijken uit de overgelegde verklaringen van B, C en betrokkene. Anders dan klaagsters menen, kan aan die verklaringen naar het oordeel van de Accountantskamer in onvoldoende mate, althans niet zonder bijkomende omstandigheden die gesteld noch gebleken zijn, de conclusie worden verbonden dat betrokkene voor 1 september 2011 het jegens klaagsters geldende non-concurrentie/relatiebeding heeft overtreden. Betrokkene heeft

immers uitdrukkelijk bestreden dat hij voor afloop van dat beding per 1 september 2011 inhoudelijk werkzaamheden voor B.V.2 heeft verricht, terwijl uit de verklaringen van B en C niet - duidelijk - blijkt dat zulks anders is geweest. Of de omstandigheid dat betrokkene voor 1 september 2011 wel informatie van B.V.2 naar A&A en vice versa heeft doorgeleid en voor A&A vragen van B.V.2 heeft beantwoord, zoals betrokkene in deze procedure heeft erkend, een overtreding van bedoeld beding oplevert, is (nog) niet in rechte vastgesteld en voor de Accountantskamer niet vanzelfsprekend. Het daarop gerichte klachtonderdeel faalt derhalve.

4.5 Met hun tweede klachtonderdeel dat betrokkene een leugenachtige verklaring heeft afgelegd en dienaangaande niet eerlijk en oprecht heeft gehandeld, verwijten klaagsters aan betrokkene dat hij een meinedige verklaring heeft afgelegd. Zoals hiervoor is overwogen, is de Accountantskamer van oordeel dat in onvoldoende mate aannemelijk is geworden dat betrokkene het door hem in acht te nemen non-concurrentie/relatiebeding heeft overtreden. In het verlengde daarvan is evenmin in voldoende mate aannemelijk dat betrokkene daarover onder ede heeft gelogen, zoals klaagsters aanvoeren. Het staat vast dat de verklaring van betrokkene niet in een arbeidsrechtelijke procedure ter zake of in een strafrechtelijke procedure is gewogen. Dat aan de verklaring van betrokkene de door klaagsters bepleite kwalificatie dient te worden toegekend, is daardoor niet kunnen blijken. In zoverre is de klacht ongegrond.

4.6 In het tweede onderdeel van de klacht ligt besloten het verwijt van klaagsters aan betrokkene dat hij in het voorlopig getuigenverhoor de in deze procedure erkende handelingen omtrent het doorzenden van informatie van en naar B.V.2 en het beantwoorden van vragen over door A&A uitgevoerde werkzaamheden betreffende fiscale aangiften en salarisadministratie had moeten melden.

4.6.1 Betrokkene heeft in zijn verweerschrift en ter zitting erkend dat hij er beter aan had gedaan indien hij die werkzaamheden wel had gemeld. Betrokkene heeft zijn verzuim toegelicht dat hij die werkzaamheden niet zelf heeft verzorgd en slechts als 'doorgeefluik' is opgetreden en dat hij een en ander destijds als zo minimaal heeft ervaren dat hij die handelingen niet heeft genoemd. Om die reden heeft hij tijdens het voorlopig getuigenverhoor ontkend dat hij voor 1 september 2011 werkzaamheden voor B.V.2 heeft verricht.

4.6.2 Een accountant heeft krachtens artikel A-100.1 VGC ook het algemeen belang te dienen, waaruit volgt, mede gelet op de toegevoegde waarde die in het maatschappelijk verkeer aan een uiting van een accountant in een gerechtelijke procedure wordt toegekend en het algemene belang dat rechtspraak op objectieve waarheidsbevinding berust, de betrokken accountant ervoor dient zorg te dragen dat zijn uiting deze waarheidsvinding niet belemmert^[1] doordat deze uiting te eenzijdig is toegespitst op één standpunt en/of belang.

4.6.3 Aan het voorgaande kan niet afdoen de eveneens vaste jurisprudentie van de Accountantskamer^[2] dat, behoudens bijzondere omstandigheden, het door een accountant in zijn zakelijke betrekkingen, al dan niet in rechte, innemen van een civielrechtelijk standpunt in het kader van de door hem in acht te nemen fundamentele beginselen van integriteit en professioneel gedrag (artikel A-100.4 sub a. juncto A-110.1, c.q. A-150.1 VGC) niet tot een gegrond tuchtrechtelijk verwijt kan leiden. Van dergelijke bijzondere omstandigheden is immers onder meer sprake indien geoordeeld zou moeten worden dat een door een accountant ingenomen standpunt bewust en te kwader trouw

onjuist of misleidend blijkt te zijn of naar haar aard bezien door een redelijke en goed geïnformeerde derde, die over alle relevante informatie beschikt, zal worden opgevat als schadelijk voor de goede naam van het accountantsberoep.

4.6.4 Voormeld beginsel van professioneel gedrag brengt met zich dat het een accountant niet past om, ondanks onder ede expliciet bevraagd, feitelijkheden te verzwijgen die volgens hem zo minimaal waren dat zij door hem als niet relevant zijn afgedaan. Dat oordeel was/is immers niet (meer) aan hem voorbehouden doch aan de rechter. Betrokkene heeft daardoor bij zijn verklaring onvoldoende de fundamentele beginselen van deskundigheid en zorgvuldigheid en van professioneel gedrag als bedoeld in de artikelen A-100.4 onder c. en e. en nader uitgewerkt in de hoofdstukken A-130 en A-150 VGC in acht heeft genomen.

4.7 Het hiervoor overwogene leidt tot de slotsom dat de klacht deels gegrond is.

4.8 Op grond van artikel 2 Wtra kan de Accountantskamer een tuchtrechtelijke maatregel opleggen. Bij het bepalen van de zwaarte van de op te leggen tuchtrechtelijke maatregel houdt de Accountantskamer rekening met de aard en de ernst van het verzuim van de betrokkene en de omstandigheden waaronder dit zich heeft voorgedaan. Het deels gegrond bevonden onderdeel betreft niet zorgvuldig en niet professioneel handelen, waarvan betrokkene inmiddels heeft onderkend dat hij anders had dienen te handelen. De Accountantskamer is van oordeel dat hiervoor kan worden volstaan met oplegging van een waarschuwing. Daarbij is in aanmerking genomen dat betrokkene niet eerder tuchtrechtelijk is veroordeeld.

4.9 De AFM en de voorzitter van de NOvAA dienen ingevolge artikel 9, tweede lid juncto 47 Wtra, zodra deze uitspraak onherroepelijk is en de voorzitter van de Accountantskamer een last tot tenuitvoerlegging heeft uitgevaardigd, ervoor zorg te dragen dat de opgelegde maatregel in het register bedoeld in artikel 11, eerste lid Wta respectievelijk artikel 36, eerste lid Wet AA wordt opgenomen, voor zover betrokkene daarin is of was ingeschreven.

4.10 Op grond van het hiervoor overwogene wordt als volgt beslist

5. Beslissing

De Accountantskamer:

- verklaart de klacht gegrond in voege als hiervoor omschreven;
- verklaart de klacht voor het overige ongegrond;
- legt aan betrokkene ter zake de maatregel van waarschuwing op;
- verstaat dat de AFM en de voorzitter van de NOvAA 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.W. Akkerman, rechterlijk lid, en J. Maan AA, accountantslid, in tegenwoordigheid van W. Welmers, secretaris, en uitgesproken in het openbaar op 31 augustus 2012.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is aan partijen verzonden op: _____

Ingevolge artikel 43 Wtra, juncto artikelen 31 en 32 Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie 2004, kunnen/kan klagsters, betrokkenedan 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 Den Haag. Het beroepschrift dient te zijn ondertekend en de gronden van het beroep te bevatten.

[1] Vergelijk de uitspraken van de Accountantskamer van 14 juni 2010 (09/1816 Wtra AK), 9 juli 2010 (10/175 Wtra AK), 25 februari 2011 (10/463 Wtra AK) en 5 september 2011 (11/351 Wtra AK).

[2] Zie onder meer de uitspraken van de Accountantskamer van 2 juli 2010 (10/563 Wtra AK), 13 juli 2010 (10/192 Wtra AK), 13 juli 2010 (09/2073 Wtra AK) en 5 november 2010 (10/543 Wtra AK).