

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 13/1566Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de zaak met nummer 13/1566 Wtra AK van 20 december 2013 van

de heer **X**,
wonende te [woonplaats],
KLAGER,
raadsman: mr. P.P. Bergers,

t e g e n

Y,
accountant-administratieconsulent,
kantoorhoudende te [plaats],
BETROKKE NE,
raadsman: mr. M.A.E. Peters.

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 17 juli 2013 ingekomen klaagschrift van 12 juli 2013 met bijlagen;
- het op 8 oktober 2013 ingekomen verweerschrift van betrokkene van 7 oktober 2013 met bijlagen.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 25 november 2013 waar zijn verschenen: klager, bijgestaan door mr. P.P. Bergers, advocaat te

Barendrecht, en betrokkene, bijgestaan door mw. mr. M.A.E. Peters, advocaat te Arnhem.

1.3 Klager en betrokkene hebben bij op deze zitting hun standpunten doen toelichten (aan de hand van pleitaantekeningen, die aan de Accountantskamer zijn overgelegd) en toegelicht alsmede doen antwoorden 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 en als zodanig verbonden aan Flynth Accountants te [plaats], voorheen genaamd GIBO Accountants en Adviseurs.

2.2 Per 1 april 2008 hebben klager en zijn broer A opgericht de onderneming B.Energie, welke onderneming per 3 juli 2008 is ingebracht in de besloten vennootschap B.Energie B.V.1 (hierna: B.V.1). Deze onderneming richtte zich op de verkoop en plaatsing van energiebesparende producten, zoals zonnepanelen. Klager hield 30% van de aandelen in B.V.1 en zijn broer A via zijn vennootschap B.V.2 70% van de aandelen in B.V.1. Klager is vanaf de datum van oprichting van B.V.1 de statutair bestuurder.

2.3 Betrokkene heeft op 20 mei 2008 aan de broers X en A een offerte uitgebracht voor het invoeren van de administratie 2008, het opstellen en bespreken van de jaarrekening, het verzorgen van de aangiftes vennootschapsbelasting en BTW, het verzorgen van publicatie rapport Kamer van Koophandel en het opstellen van de notulen van de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: ava). Per brief van 21 mei 2008 heeft betrokkene de mondeling gegeven opdracht aan klager bevestigd. In die laatste brief heeft betrokkene klager er onder meer op gewezen dat de leiding van de onderneming verantwoordelijk blijft voor de inrichting van de administratie en voor de juistheid en volledigheid van de ter beschikking gestelde informatie. Deze brief is door klager voor akkoord ondertekend.

2.4 Vanaf juni 2008 tot 1 januari 2010 heeft betrokkene zorggedragen voor het vastleggen van de in- en verkoopfacturen en de bank- en kasadministratie in het digitale boekhoudprogramma van zijn kantoor. Vanaf 1 januari 2010 is de administratie verzorgd door de door B.V.1 ingeschakelde mw. C (hierna: C).

2.5 Betrokkene heeft over het boekjaar 2008 een jaarrekening samengesteld, en de publicatiebalans en de notulen van de ava opgesteld. De samenstellingsverklaring bij deze jaarrekening is afgegeven op 5 februari 2009; klager heeft een bevestiging ondertekend ten behoeve van de door betrokkene afgegeven verklaring. Aangaande het boekjaar 2009 heeft betrokkene soortgelijke werkzaamheden verricht. Per brief van 1 februari 2010 heeft klager een bevestiging afgegeven ten behoeve de door betrokkene te geven samenstellingsverklaring bij de jaarrekening 2009.

2.6 Per e-mailbericht van 29 september 2009 heeft (de assistent van) betrokkene onder andere aan klager gevraagd de voorgelegde rekening-courant-overeenkomst

ondertekend te retourneren, aan welk verzoek klager gevolg heeft gegeven. Klager heeft op 10 november 2009 bij de belastingdienst een melding gedaan van de betalingsonmacht van B.V.1. Betrokkene heeft per e-mailbericht van 10 december 2009 aan onder andere klager voorgelegd een bijlage die klager onverwijld bij de belastingdienst had in te dienen. Op 18 januari 2010 heeft (de assistent van) betrokkene in het kader van de verwerking van de administratie 2009 een aantal vragen gesteld aan en ontbrekende stukken opgevraagd bij onder andere klager, welk mailbericht door A is beantwoord.

2.7 Per 15 februari 2010 zijn de door broers X en A gehouden aandelen in B.V.1 overgedragen aan D Beheer B.V. (hierna: Beheer B.V.), waarvan D de enig aandeelhouder en bestuurder is. D is de broer van C voormeld. Klager is ook na deze aandelenoverdracht statutair bestuurder van B.V. gebleven.

2.8 Per e-mailbericht van 18 februari 2010 heeft A betrokkene verzocht de loonadministratie af te maken tot en met 28 februari 2010 en daarna zijn werkzaamheden voor B.V.1 te beëindigen. Betrokkene heeft op dat mailbericht bevestigend geantwoord en de kolommenbalans toegezonden.

2.9 Per brief van 25 februari 2010 heeft betrokkene aan klager de publicatiebalans 2009 KvK en de notulen ava toegezonden, met het verzoek de publicatiebalans te ondertekenen en deze door te zenden naar de Kamer van Koophandel.

2.10 Op 5 maart 2010 heeft betrokkene de jaarrekening 2009 besproken met A, in het bijzijn van D en C. In die bespreking is betrokkene vanwege twee facturen verzocht de jaarrekening 2009 te corrigeren.

2.11 Bij vonnis van [datum] is B.V.1 door de rechtbank Rotterdam in staat van faillissement verklaard, onder benoeming van mr. P.A. de Lange tot curator (hierna: de curator). In zijn eerste faillissementsverslag d.d. 13 april 2010 is in hoofdstuk 7 betreffende 'Rechtmatigheid' onder meer vermeld dat er geen deponering van jaarrekeningen heeft plaatsgevonden.

2.12 De curator heeft klager, A en C aansprakelijk gesteld voor het tekort in het faillissement van B.V.1, waarna hij op 24 januari 2012 een procedure tegen hen is aangevangen. Ten aanzien van klager heeft de rechtbank Rotterdam in haar vonnis van [datum] onder meer overwogen:

Ten aanzien van X - statutair bestuurderschap

4.1. Primair heeft de curator aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat X geen behoorlijke boekhouding heeft gevoerd noch jaarrekeningen van B.V.1 heeft gedeponereerd, als gevolg waarvan hij op de voet van 2:248 lid 2 BW aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement van B.V.1. De rechtbank overweegt daarover het volgende. Vaststaat dat X statutair bestuurder was van B.V.1 en als zodanig verantwoordelijk voor het nakomen van deze verplichtingen door de vennootschap. Het eerste verweer van X, namelijk dat hij door zijn broer A 'vooruit is geschoven' als bestuurder maar feitelijk geen bestuurder was wordt door de rechtbank verworpen. Gesteld noch gebleken immers is dat X tegen zijn wil tot statutair bestuurder is benoemd, althans dat hij zijn wil ten tijde van zijn benoeming niet goed heeft kunnen bepalen. Dit betekent dus dat X als statutair bestuurder alle rechten en verplichtingen heeft die wet hem als zodanig toeschrijft. (...)

Jaarrekeningen 2008/2009 en administratie

4.2 De rechtbank onderzoekt thans of X als statutair bestuurder al dan niet heeft voldaan aan de verplichtingen ingevolge artikelen 2:10 en 2:394 BW. Het verweer van X luidt dat de administratie is afgegeven aan de accountant, Gibo, en voorts dat de accountant de jaarrekeningen heeft opgesteld en zodoende is voldaan aan de beide wettelijke verplichtingen ex artikelen 2:10 en 2:394 BW. De rechtbank overweegt dat de jaarrekening 2008 uiterlijk 31 januari 2010 gedeponereerd had moeten zijn, hetgeen niet is geschied, zodat aldus sprake is van schending van artikel 2:394 BW. De jaarrekening 2009 had uiterlijk moeten zijn gedeponereerd op 31 januari 2011. Dat is weliswaar na de faillietverklaring maar de curator wijst er terecht op dat de faillietverklaring de verplichting van de bestuurder tot het opstellen en deponeren van de jaarrekening niet opheft.

4.3 Wat betreft de administratieplicht op grond van artikel 2:10 BW geldt dat de curator gemotiveerd heeft aangevoerd dat de papieren administratie niet compleet was; orderbonnen, offertes en de verkoopadministratie zijn niet aan de curator overhandigd. Dit is door X niet dan wel onvoldoende betwist. Vast staat verder dat aan de curator een server is overhandigd waarop geen digitale administratie was opgeslagen en dat de digitale administratie nooit anderszins aan hem is overhandigd. In dit verband heeft X nog betoogd dat er geen wettelijke verplichting is om een digitale administratie te voeren, hetgeen de rechtbank passeert omdat het erom gaat dat in deze vaststaat dat de curator nauwelijks enige administratie heeft ontvangen; digitaal noch schriftelijk. Aldus heeft X als bestuurder van B.V.1 niet voldaan aan zijn verplichtingen op grond van artikelen 2:394 en 2:10 BW. Als er geen administratie aan de curator kan worden overhandigd mag de curator er immers van uitgaan dat deze er niet is en deze dus niet behoorlijk is gevoerd in de zin van artikel 2:10 BW, tenzij sprake is van overmacht waarvan niet is gebleken. X kan niet volstaan met verwijzen naar de externe accountant; ongeacht diens bemoeienissen blijft tijdige deponering en het voldoen aan de administratieplicht de primaire verantwoordelijkheid van de bestuurder. Evenmin is van belang dat er wel (concept) jaarrekeningen zouden zijn opgesteld; deze zijn immers niet gedeponereerd.

De rechtbank heeft vervolgens verworpen de verweren van klager dat er sprake was van een onbelangrijk verzuim in de zin van artikel 2:248 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en dat er andere oorzaken voor het faillissement zijn dan een onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur, terwijl de rechtbank vervolgens het beroep van klager op de disculpatiemogelijkheid als bedoeld in lid 3 van artikel 2:248 BW heeft gepasseerd. Tot slot heeft de rechtbank - voor zover klager betreffend - overwogen dat er geen aanleiding is om het bedrag te matigen waarvoor onder andere klager aansprakelijk is.

2.13 Per brief van 23 mei 2012 heeft de door klager ingeschakelde gemachtigde het kantoor van betrokkene aansprakelijk gesteld voor de door klager in de door de curator aanhangig gemaakte civiele procedure te maken kosten en voor de gevolgen die zouden kunnen volgen uit een veroordeling dan wel een schikking in deze procedure.

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 gegeven toelichting, de volgende verwijten:

a. betrokkene heeft ten onrechte niet steeds gedurende de periode van 2008 tot en met 2010 het contact (mede) onderhouden met klager als de statutaire bestuurder van B.V.1, de opdrachtgeefster van betrokkene;

- b. betrokkene heeft ten onrechte geen toezicht gehouden op het deponeren van de jaarstukken van B.V.1 bij de Kamer van Koophandel;
- c. betrokkene heeft ten onrechte niets opgemerkt over de staat van de administratie van B.V.1, te weten dat daaruit niet te allen tijde de rechten en verplichtingen van B.V.1 konden worden gekend.

3.2 Wat namens klager bij de mondelinge behandeling is gesteld met betrekking tot beweerdelijk niet juist informeren van de curator, is door de Accountantskamer niet opgevat als een nieuw klachtonderdeel (dat overigens ook niet zou zijn toegestaan) doch als een onderbouwing van zijn weerspreking van de stelling van betrokkene dat deze de administratie, op papier en digitaal, aan B.V.1 ter beschikking heeft gesteld en in juni 2011 het nog onder hem - betrokkene - resterende deel van de papieren administratie over 2009 aan de curator heeft overhandigd.

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 (oud; hierna: Wet AA) en sinds 1 januari 2013 op grond van artikel 42 van de Wet op het accountantsberoep (hierna: Wab) is de accountant-administratieconsulent bij het beroepsmatig handelen onderscheidenlijk ten aanzien van de uitoefening van zijn beroep onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met het bij of krachtens de Wet AA respectievelijk Wab bepaalde en ter zake van enig ander handelen of nalaten in strijd met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep.

4.2 Betrokkene heeft zich in zijn verweerschrift op het standpunt gesteld dat de onderdeel a. en ter zitting dat ook onderdeel b. van de klacht niet-ontvankelijk moet worden verklaard, nu die onderdelen niet zijn ingediend binnen drie jaar nadat klager het verweten handelen of nalaten heeft geconstateerd.

4.3.1 Ingevolge artikel 22 lid 1 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. Hierbij heeft te gelden het moment waarop bij een klager objectief gezien, gelet op de voor hem/haar beschikbare informatie, reeds zoveel duidelijkheid kon bestaan omtrent het verweten handelen of nalaten van de betrokkene op het aan de orde zijnde punt, dat die klager geacht moet worden van het handelen of nalaten van de betrokkene voldoende op de hoogte te zijn geweest om daarover de klacht jegens de betrokkene te kunnen formuleren[1].

4.3.2 Anders dan klager heeft betoogd, is in dezen op voormelde termijn van verjaring niet ook het regime van artikel 3:310 BW van toepassing. De verjaringstermijn als bedoeld in artikel 22 Wtra is evenmin vatbaar voor stuiting[2], zoals klager ten onrechte veronderstelt. Zijn verwijzing naar de brief van 23 mei 2012 sorteert in dat opzicht dan ook geen effect.

4.3.3 Wat betreft klachtonderdeel a. geldt dat onomstreden is dat klager vanaf de datum van oprichting van B.V.1 haar statutair bestuurder is en in die hoedanigheid betrokkene opdracht heeft gegeven tot de hiervoor in overweging 2.3 weergegeven werkzaamheden. Bij de mondelinge behandeling is door en namens klager omstandig uiteengezet dat hij vanwege het door hem ervaren gebrek aan kennis en ervaring op financieel-administratief terrein welbewust de contacten met betrokkene in hoofdzaak heeft overgelaten aan zijn broer A, die eveneens nauw aan B.V.1 was verbonden. Vastgesteld moet derhalve worden dat klager, gelet op zijn positie van statutair bestuurder van B.V.1 en de voor hem beschikbare informatie (ten minste) in de gehele periode van 21 mei 2008 tot en met het eindigen van de werkzaamheden door betrokkene per maart 2010 en derhalve meer dan drie jaar voor het indienen van de klacht (op 17 juli 2013), heeft kunnen en heeft moeten constateren wat de aard, omvang en frequentie van het door betrokkene met hem onderhouden contact was en zich destijds al een beeld heeft kunnen en heeft moeten vormen of dat contact al dan niet toereikend was, zoals hij thans aan betrokkene verwijt. Deze constatering brengt mee dat klager op dit onderdeel te laat is met het indienen van zijn klacht, zodat dat niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

4.3.4 Wat betreft klachtonderdeel b. geldt dat onomstreden is dat de curator in zijn eerste, openbare faillissementsverslag van 13 april 2010 heeft vermeld dat de jaarrekeningen van B.V.1 niet zijn gedeponerd. Vastgesteld moet derhalve worden dat klager, gelet op zijn positie van statutair bestuurder van B.V.1 en de voor hem beschikbare informatie (ten minste) al op dan wel kort na 13 april 2010 en derhalve meer dan drie jaar voor het indienen van de klacht (op 17 juli 2013), heeft kunnen en heeft moeten constateren dat een (tijdige) deponering van de jaarstukken is uitgebleven, wat klager betrokkene thans verwijt. Waar daar ook van zij, deze constatering brengt mee dat klager ook op dit onderdeel te laat is met het indienen van zijn klacht, zodat dat eveneens niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

4.4 Met betrekking tot het klachtonderdeel c. geldt het volgende.

4.5 Het handelen en/of nalaten waarop de klacht betrekking heeft, moet, nu het plaats had na 17 januari 2007, aan de sinds deze datum vigerende Verordening Gedragscode AA's (hierna: VGC) en daarvan in het bijzonder het (voor alle accountants-administratieconsulenten geldende) deel A en het (voor openbaar accountants-administratieconsulenten geldende) deel B1.

4.6 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.

4.7 Met zijn klachtonderdeel c. verwijt klager betrokkene, zulks onder verwijzing naar het oordeel van de rechtbank Rotterdam in het vonnis als bedoeld in overweging 2.12 dat klager als statutair bestuurder van B.V.1 niet heeft voldaan aan zijn boekhoudplicht als bedoeld in de artikelen 2:10 juncto 2:394 BW, dat de door betrokkene verzorgde boekhouding niet zo geordend was als hij wil doen geloven en dat die boekhouding niet voldeed aan de eisen die de wet daaraan stelt.

4.7.1 Anders dan klager meent, is in het door hem aangehaalde vonnis van de rechtbank Rotterdam niet te lezen dat daarin een oordeel is gevormd over de kwaliteit en kwantiteit van wat betrokkene voor B.V.1 aan administratieve werkzaamheden heeft verricht. In dat vonnis is geoordeeld dat wat aan de curator aan administratie van B.V.1 ter beschikking is gesteld, niet voldeed aan een behoorlijke administratie in de zin van artikel 2:10 BW; niet dat betrokkene in enigerlei opzicht is tekortgeschoten in zijn werkzaamheden voor B.V.1.

4.7.2 Daarenboven geldt dat betrokkene heeft aangevoerd dat het vastleggen van de in- en verkoopfacturen en het bijhouden van de kas- en bankadministratie per 1 januari 2010 is overgenomen door de door B.V.1 ingeschakelde C, dat voordien de aangeleverde administratie per kwartaal door een medewerker van betrokkene in het door het kantoor van betrokkene gebruikte boekhoudprogramma werd ingeboekt, dat daarna de aangeleverde administratie weer ter beschikking van B.V.1 werd gesteld, dat betrokkene op 24 februari 2010 op verzoek van C nog een back-up heeft gezonden van de bijgehouden administratie over 2008 en 2009 en dat C op 8 maart 2010 nog een back-up over de door haar bijgehouden administratie over 2010 aan betrokkene heeft gezonden. Betrokkene heeft daarnaast aangevoerd dat hij op verzoek van de curator op 14 juni 2011 de nog op zijn kantoor aanwezige ordners met administratie over 2009 heeft toegezonden en dat enig ander verzoek - van de curator, klager of een ander - tot het reproduceren van (papieren en/of digitale) administratie niet is gedaan, kennelijk ten betoge dat hij volwaardige administratie aan B.V.1 heeft opgeleverd, althans dat hem niet te verwijten is dat B.V.1 kennelijk geen dan wel een ondermaatse administratie aan de curator ter beschikking heeft gesteld. Klager heeft de door betrokkene dienaangaande gestelde feitelijkheden niet (gemotiveerd) weersproken.

4.7.3 Gelet op het voorgaande heeft klager niet aannemelijk gemaakt wat hij hier betrokkene verwijt, zodat het daarop gerichte klachtonderdeel ongegrond is.

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

5. Beslissing

De Accountantskamer:

- verklaart de klacht in de onderdelen a. en b. niet-ontvankelijk;
- verklaart de klacht voor het overige ongegrond.

Aldus beslist door mr. W.F. Boele, voorzitter, mr. W.M. de Vries en mr. E.A. Maan (rechterlijke leden) en drs. R.G. Bosman RA en H. Geerlofs AA (accountantsleden) in aanwezigheid van mr. G.A. Genee, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 20 december 2013.

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 de Nba 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.

[1] Zie o.m. de uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 18 oktober 2012 (AWB 10/428, ECLI:NL:CBB:2012:BY0958) en 23 augustus 2013 (AWB 11/624, ECLI:NL:CBB:2013:135)

[2] Zie de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 25 juli 2013 (AWB 11/740, ECLI:NL:CBB:2013:88)