

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 14/337 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de zaak met nummer 14/337 Wtra AK van 21 november 2014 van

Stichting X,
gevestigd te [plaats],
K L A A G S T E R,
vertegenwoordigd door ing. P.R. van Alphen,

t e g e n

Y,
accountant-administratieconsulent,
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 10 februari 2014 ingekomen klaagschrift van 7 februari 2014, met bijlagen;
- het op 13 maart 2014 per e-mail en op 14 maart 2014 per gewone post ingekomen verweerschrift van 13 maart 2014, met bijlagen;
- het op 11 juni 2014 ingekomen aanvullend klaagschrift van 10 juni 2014, met bijlage;

- de bij e-mail van 19 juni 2014 ontvangen brief van die datum van betrokkene, met bijlagen.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 23 juni 2014 waar zijn verschenen namens klaagster mevrouw [A] en de heer [B], beiden lid van de Raad van Toezicht van klaagster, en betrokkene in persoon, bijgestaan door de heer [C] RA.

1.3 Klaagster en betrokkene hebben op deze zitting hun standpunten doen toelichten respectievelijk toegelicht en doen antwoorden respectievelijk geantwoord op vragen van de Accountantskamer. Namens klaagster zijn daarbij pleitnotities overgelegd.

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 Klaagster verzorgt sinds 1969 de huisvesting voor bejaarden in appartementen van de verzorgingsflat gelegen aan de [adres1] en [adres2] te [plaats]. Klaagster is bestuurder van de [VVE1] (hierna: de [VVE1]). De appartementen behoorden in eigendom toe aan de bewoners. De gemeenschappelijke ruimten behoorden toe aan klaagster. Op 14 april 2010 hebben de bewoners de appartementen verkocht aan [B.V1.] (hierna: [B.V1.]) en huren zij het appartement van deze vennootschap. Klaagster heeft ook de gemeenschappelijke ruimten aan [B.V1.] verkocht.

2.2 Betrokkene is de accountant van [B.V2.] (hierna: [B.V2.]). Aandeelhouder en bestuurder van [B.V2.] is de heer [D] (hierna: [D]). [D] is sinds 10 januari 2009 via [B.V2.] bestuurder van klaagster en in die hoedanigheid tevens administrateur van de [VVE1].

2.3 Tot en met 2008 werden de administratieve diensten voor klaagster en de [VVE1] verricht door [Stichting1] (hierna: [Stichting1]). Per 1 januari 2009 is deze dienstverlening gestaakt en overgenomen door een collega van betrokkene, mevrouw [E] AA (hierna: [E]). [E] is eindverantwoordelijk voor de administratieve diensten en de samenstelopdracht van klaagster en de [VVE1]. De heer [C] RA, eveneens collega van betrokkene (hierna [C]), is controlerend accountant van klaagster en van de [VVE1].

2.4 In de managementletter van 5 juni 2009, naar aanleiding van de controle van de jaarrekening 2008 van klaagster, heeft [C] aan de Raad van Toezicht van klaagster (hierna: de RvT) geadviseerd om gedeelde bevoegdheden in te voeren voor de nieuwe bestuurder. Dit advies is uiteindelijk niet opgevolgd.

2.5 Ten tijde van het afgeven van de controleverklaring bij de jaarrekeningen 2010 van klaagster en de [VVE1] bestond onzekerheid over de uitkomst van een lopende procedure inzake de rekening-courant verhoudingen tussen klaagster en de [VVE1] enerzijds en [Stichting1] anderzijds. Tijdens de controle van de jaarrekening 2010 van klaagster bleek dat [D] in het kader van een dreigend beslag door [Stichting1] € 119.000,- had overgeboekt naar één van zijn privébankrekeningen. Tijdens de controle verklaarde [D] dat dit was goedgekeurd door de RvT. Tijdens de bespreking van de managementletter 2010 bleek dat de RvT niet op de hoogte was en werd door de RvT onmiddellijke terugvordering van het bedrag, inclusief rente, geëist. Op 20 oktober 2011 is het geld

terugontvangen, inclusief rente. Naar aanleiding van deze gebeurtenis heeft de RvT geen actie ondernomen om de bevoegdheden van [D] te beperken. De procedure met [Stichting1] is in het najaar van 2012 geschikt in het voordeel van klaagster en de [VVE1].

2.6 Op 10 juni 2011 heeft [D], namens [B.V2.], een overeenkomst van geldlening gesloten met de [VVE1], welke eveneens vertegenwoordigd werd door hemzelf. Op basis van deze overeenkomst heeft [D] € 400.000,- van de rekening van de [VVE1] overgemaakt aan [B.V2.]. [D] heeft de eigenaren van de [VVE1] en de RvT niet op de hoogte gesteld van de overeenkomst van geldlening. [D] had geen toestemming van de RvT om namens de [VVE1] de overeenkomst van geldlening aan te gaan. [D] heeft het geleende bedrag (nog) niet terugbetaald.

2.7 Vanaf augustus 2012 heeft de RvT [D] herhaaldelijk verzocht om de jaarstukken van klaagster over 2011 op te stellen zodat de RvT de stukken door de accountant ([C]) kon laten controleren. [C] heeft aangegeven tevens de jaarrekening 2011 van de [VVE1] nodig te hebben om een goede controle te kunnen uitoefenen, dit met het oog op de verwevenheid van klaagster en de [VVE1] in het verleden. [D] heeft de gevraagde gegevens niet verstrekt, waarbij hij als reden opgaf dat hij, in verband met het besparen van accountantskosten, de jaarrekeningen 2011 tot en met 2013 in één gezamenlijke jaarrekening wilde opmaken. In 2013 heeft de RvT opnieuw herhaaldelijk aangedrongen op afronding van de jaarrekening 2011. [D] verklaarde wegens ziekte hiertoe niet in staat te zijn. Evenmin gaf [D] gehoor aan het verzoek van de RvT om de benodigde administratieve stukken te verschaffen, zodat [E] de jaarrekening samen kon stellen.

2.8 De administratie met betrekking tot het samenstellen van de jaarrekening 2011 van [B.V2.] heeft [D] in december 2012 aangeleverd bij het kantoor van betrokkene. Het eerste concept van de jaarrekening 2011 is op 21 december 2012 aan [D] toegezonden, voorzien van een aanbiedingsbrief waarin werd gevraagd om de leningsovereenkomst. Op 25 januari 2013 werd een tweede concept jaarrekening uitgebracht, waarvan door [D] voorlopige publicatie bij de KvK heeft plaatsgevonden. Na ontvangst van onder meer de leningsovereenkomst met de [VVE1], op 6 maart 2013, is het dossier gesloten en de jaarrekening 2011 van [B.V2.] op basis van het tweede concept definitief gemaakt.

2.9 Tijdens het maatschapsoverleg van het kantoor van betrokkene op 12 maart 2013 is de leningsovereenkomst tussen [B.V2.] en de [VVE1] aan de orde geweest. Hierbij hebben zowel [E] als [C] verklaard dat zij ondanks herhaaldelijk aandringen bij zowel [D], als bij verschillende leden van de RvT van klaagster, geen stukken, dan wel een opdracht hadden gekregen om de jaarstukken 2011 voor klaagster en de [VVE1] samen te stellen, dan wel te controleren en dus ook niet de spiegelbeeldige werking van de lening hadden kunnen zien. Binnen het maatschapsoverleg is besloten dat vanwege de geheimhoudingsverplichting van betrokkene [C] en [E] de bevindingen omtrent de lening niet konden terugkoppelen naar de RvT. Afgesproken is dat [C] bij de RvT zou blijven aandringen om de jaarcijfers van klaagster en de [VVE1] te verkrijgen, zodat hij na ontvangst daarvan, dan naar aanleiding van deze cijfers vanuit eigen wetenschap met de RvT over de lening in contact kon treden.

2.10 Op 23 april 2013 heeft [D], op verzoek van de RvT, de benodigde administratieve stukken van de [VVE1] en klaagster aan de voorzitter van de RvT afgegeven. Diezelfde

dag heeft [D] zijn ontslag ingediend als bestuurder van klagster en daarmee tevens als administrateur van de [VVE1]. [D] heeft die dag erkend dat hij bewerkstelligd heeft dat [B.V2.] € 400.000,- heeft geleend van de [VVE1], alsmede dat geen enkele terugbetaling of rentebetaling aan de [VVE1] heeft plaatsgevonden.

2.11 Eind april 2013 heeft [C] de beschikking gekregen over de administratie van klagster en de [VVE1]. Op basis van deze administratie heeft [C] de RvT gevraagd of zij op de hoogte waren van de leningsovereenkomst tussen [B.V2.] en de [VVE1]. Dit bleek niet het geval te zijn.

2.12 Op 25 april 2013 hebben klagster en de [VVE1] beslag laten leggen op de bankrekening en de aandelen van [B.V2.].

2.13 Bij brief van 3 mei 2013 zijn [D] en [B.V2.] gesommeerd de totale vordering van de [VVE1] en klagster van op dat moment € 460.000,56 binnen drie dagen te betalen. [D] heeft hieraan geen gevolg gegeven.

2.14 Op 8 mei 2013 zijn [D] en [B.V2.] op verzoek van klagster en de [VVE1] gedagvaard. Bij vonnis van 4 september 2013 van de rechtbank Den Haag is de primaire vordering van klagster en de [VVE1] toegewezen. De rechtbank heeft onder meer voor recht verklaard dat [D] de [VVE1] en klagster onbevoegd heeft vertegenwoordigd toen hij namens de [VVE1] de overeenkomst van geldlening op 10 juni 2011 sloot en heeft [D] en [B.V2.] ieder hoofdelijk veroordeeld aan de [VVE1] te betalen een bedrag van € 400.000,-, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 10 juni 2011.

3. De klacht

3.1 Ten grondslag aan de door klagster ingediende klacht liggen, zoals blijkt uit het klaagschrift en de daarop namens klagster gegeven toelichting, de volgende verwijten:

Betrokkene heeft ten onrechte, zonder nader onderzoek te doen naar de lening van € 400.000,- van de [VVE1] aan [B.V2.], een samenstellingsverklaring afgegeven bij de jaarrekening 2011 van [B.V2.]; Betrokkene heeft klagster en de [VVE1] ten onrechte niet geïnformeerd over de lening zodra hij hiervan op de hoogte was.

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 zijn beroepsuitoefening 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 Het handelen en/of nalaten waarop de klacht betrekking heeft, moet, nu dit plaats had na 17 januari 2007, worden getoetst aan de sinds deze datum (tot 1 januari 2014) vigerende Verordening gedragscode AA's (hierna: VGC) en daarvan in dit geval het (voor alle accountants geldende) deel A en het (voor openbaar accountants geldende) deel B1.

4.3 Daarnaast stelt de Accountantskamer voorop dat het in een tuchtprocedure als de onderhavige in beginsel aan klaagster 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 De Accountantskamer zal de klachtonderdelen gezamenlijk bespreken. Hiertoe dient het volgende.

4.4.1 Klaagster heeft ter toelichting op haar klacht naar voren gebracht dat betrokkene bij de samenstelling van de jaarrekening 2011 van [B.V2.] heeft vastgesteld dat de lening van € 400.000,- van de [VVE1] aan [B.V2.] bestond. Betrokkene had moeten en kunnen weten dat de lening met een tegenstrijdig belang is verstrekt of zich hierover op zijn minst moeten laten informeren. Indien sprake is van het verstrekken van een lening aan zichzelf met gelden van derden, zonder de toestemming van die derden, is sprake van verduistering. In geval van verduistering is sprake van een redelijk vermoeden van fraude. In dat geval heeft betrokkene een spreekplicht; betrokkene heeft klaagster en de [VVE1] echter niet geïnformeerd over de lening zodra hij hiervan op de hoogte was.

4.4.2 Betrokkene heeft in zijn verweerschrift het volgende aangevoerd:

“Samenstellen jaarrekening 2011 [[B.V2.]

(...).

- Het eerste concept van de jaarrekening 2011 hebben wij op 21 december 2012 aan [D] gestuurd voorzien van een aanbiedingsbrief (...) waarin wij vragen om de leningsovereenkomst, waarmee wij bij het uitwerken van de administratie voor het eerst werden geconfronteerd. (Overigens werkt [D] in de jaren dat wij hem als cliënt hebben vaak met onderhandse leningen, waarbij altijd alle verplichtingen correct en volgens afspraak zijn nagekomen. Het aangaan van dergelijke leningen is dus in zijn bedrijfsvoering niet ongebruikelijk. Ook in relatie tot het eigen vermogen van de BV per 31 december 2011 ad euro 888.149 en een solvabiliteit van 46,9% geeft de lening geen aanleiding tot twijfel over de terugbetaalcapaciteit)

(...).

Actie ten aanzien van de lening.

(...).

- Met betrekking tot de lening hebben wij op basis van de gegevens bij de kamer van koophandel al eerder vastgesteld dat [D] volledig bevoegd was, en de lening dus rechtsgeldig tot stand was gekomen (voor zover wij dit konden beoordelen). De instelling is zelf verantwoordelijk voor de inschrijving en er is geen enkele beperking opgenomen.

- Tevens gingen wij ervan uit dat een goed functionerende RvT cq een van de leden belast met de financiën zicht op de bankrekeningen zou moeten hebben.

- Let wel, wij hebben de lening administratief pas begin december 2012 gezien, de overeenkomst op 6 maart 2013 gekregen, waarbij de overeenkomst per 10 juni 2011 was aangegaan. In deze tussentijd was er in de RvT naar later blijkt blijkbaar niemand geweest die toezicht had uitgeoefend.

- Aangezien wij deze zaak niet direct konden terugkoppelen (geheimhoudingsplicht) is collega [C] de druk bij klaagster en de [VVE1] gaan opvoeren om stukken te krijgen.
(...).

(...).

De in het klaagschrift gebruikte term “spreekplicht” is mij in het kader van mijn beroepsuitoefening niet bekend (dit kan slechts in een juridische procedure waarin ik partij ben van mij worden geëist), doch ik heb geheimhouding met betrekking tot gegevens en informatie van mijn cliënten. Aangezien ik voor mijn samenstellingsopdracht bij [B.V2.] gehouden ben aan COS 4410. Er was tijdens het samenstellen geen aanwijzing c.q. vermoeden van fraude zoals wordt geïnsinueerd door de RvT.
(...).”

4.4.3 De Accountantskamer stelt voorop dat volgens vaste jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven[1] in beginsel geen verificatieplicht bestaat bij het opstellen van een jaarrekening met samenstellingsverklaring. De verantwoordelijkheid voor de juistheid van de in de jaarrekening met samenstellingsverklaring neergelegde informatie ligt primair bij de opdrachtgever daarvan. Dit neemt echter niet weg dat, mede gezien randnummer 14 van NVCOS 4410, zich situaties kunnen voordoen waarin van een zorgvuldig handelend accountant mag worden verwacht dat hij bij zijn opdrachtgever nadere informatie opvraagt, dan wel zich ervan vergewist dat de verstrekte informatie daadwerkelijk juist, volledig en anderszins bevredigend is. Zulks geldt te meer indien, zoals in het onderhavige geval, sprake is van een materiële post in de jaarcijfers.

Betrokkene heeft verklaard dat hij de lening van de [VVE1] aan [B.V2.] als een (voor zijn opdrachtgever gebruikelijke) zakelijke lening zag en geen aanleiding zag eraan te twifelen dat [B.V2.] de lening terug zou betalen. Daarnaast heeft betrokkene bij de Kamer van Koophandel gecontroleerd of [D] bevoegd was om namens zowel [B.V2.] als de [VVE1] de leningsovereenkomst aan te gaan. Betrokkene heeft zich echter onvoldoende gerealiseerd dat juist doordat [D] voor beide partijen de leningsovereenkomst heeft getekend, er sprake is van een bijzondere situatie. Daarnaast had betrokkene zich dienen te realiseren dat bij deze leningsovereenkomst sprake is van een tegengesteld belang tussen [B.V2.] en de [VVE1]. Betrokkene heeft miskend dat bij het aangaan van een lening, waarbij sprake is van een dergelijk tegengesteld belang, zeer wel mogelijk sprake zou kunnen zijn van fraude. Het had dan ook op de weg van betrokkene gelegen om [D] nader te bevragen over de lening, met name ook of de RvT ermee had ingestemd en bijvoorbeeld aan [D] voor te stellen om aan de RvT om bevestiging van het bestaan van de leningsovereenkomst te mogen vragen. Door onder deze omstandigheden een samenstellingsverklaring af te geven bij de jaarrekening 2011 van [B.V2.] heeft betrokkene in strijd gehandeld met de fundamentele beginselen van deskundigheid en zorgvuldigheid en van professioneel gedrag als bedoeld in artikel A-100.4 sub c. en e. VGC en heeft hij het conceptueel raamwerk als bedoeld in de artikelen A-100.5 onvoldoende in acht genomen.

4.4.4 Met betrekking tot de door klagers gestelde spreekplicht enerzijds en het beroep van betrokkene op zijn geheimhoudingsplicht anderzijds, overweegt de Accountantskamer het volgende.

Op grond van randnummer 16a van de NVCOS 4410 en NVCOS 240 en 250, zoals deze luidden ten tijde van het litigieuze nalaten door betrokkene, rustte op betrokkene de verplichting om in een geval waarin sprake is van omstandigheden die aanwijzingen

vormen voor de mogelijkheid van fraude, dit ter kennis te brengen aan degenen, belast met de governance bij de entiteit.

In casu had betrokkene, zoals hiervoor overwogen, met de mogelijkheid van eventueel frauduleus handelen van de zijde van [D] rekening moeten houden en daarnaar onderzoek moeten doen als voormeld. Maar ook indien betrokkene naar aanleiding van dat nadere onderzoek daadwerkelijk tot een aanwijzing van fraude zou hebben moeten concluderen, dan brengt dit nog niet mee dat betrokkene in het onderhavige geval deze informatie ter kennis van (de RvT van) klaagster had mogen brengen. Betrokkene is immers de accountant van [B.V2.] zodat deze vennootschap als entiteit als bedoeld in voormelde regelgeving heeft te gelden. Door (de RvT van) klaagster, dus een betrokken derde, te informeren over de aanwijzingen van fraude zou betrokkene zijn geheimhoudingsplicht hebben geschonden. Betrokkene heeft deze bedreiging onderkend en binnen zijn kantoor afspraken gemaakt over de bestaande mogelijkheden om (de RvT van) klaagster desondanks op de hoogte te brengen van hetgeen in de jaarstukken van [B.V2.] is geconstateerd. Kantoorgenoot [C] heeft daartoe pogingen ondernomen om zo spoedig mogelijk jaarstukken van de [VVE1] en klaagster te verkrijgen, teneinde hen naar aanleiding van deze ontvangen informatie nadere vragen te kunnen stellen over de lening tussen [B.V2.] en de [VVE1] en hen aldus op de hoogte te brengen van de aanwijzingen van eventuele fraude. Dit was, bij gebreke van een wettelijke verplichting zoals bedoeld in randnummer A19 van de toenmalige NVCOS 250, in het onderhavige geval het maximale wat zowel [C] als betrokkene in de gegeven omstandigheden konden doen, hetgeen de facto ook tot het resultaat heeft geleid dat de [VVE1] en klaagster kennis konden nemen van de lening tussen de [VVE1] en [B.V2.]. Hierbij speelt tevens een rol dat de leningsovereenkomst reeds in 2011 is gesloten en betrokkene in de gegeven omstandigheden dan ook niet in staat zou zijn geweest om deze fraude te voorkomen, hetgeen onder omstandigheden met het oog op de naleving van het fundamentele beginsel van professioneel gedrag geboden zou kunnen zijn. Van enige schending van een van de fundamentele beginselen is hieromtrent dan ook niet gebleken.

Voorts is daarbij van belang dat betrokkene zelf niet betrokken is geweest bij het opstellen van de litigieuze leningsovereenkomst, noch zich daarover jegens de RvT en/of klaagster heeft uitgelaten, zodat er geen sprake was van een bedreiging voor zijn integriteit als bedoeld in artikel A-110.2.

4.4.5 De klacht is, gelet op hetgeen hiervoor onder 4.4.3 is overwogen, gedeeltelijk gegrond.

4.5 Op grond van artikel 2 Wtra kan de Accountantskamer een tuchtrechtelijke maatregel opleggen. Bij het bepalen van de zwaarte van de op te leggen maatregel houdt de Accountantskamer rekening met de aard en de ernst van het verzuim en de omstandigheden waaronder dit zich heeft voorgedaan. Daarbij heeft de Accountantskamer er tevens rekening mee gehouden dat betrokkene niet eerder tuchtrechtelijk is veroordeeld. De Accountantskamer acht - alles in aanmerking nemende - oplegging van de maatregel waarschuwing passend en geboden.

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

5. Beslissing

De Accountantskamer:

1. verklaart de klacht gegrond zoals hiervoor in rechtsoverweging 4.4.3 is omschreven en verklaart de klacht voor het overige ongegrond;
2. legt terzake aan betrokkene de maatregel op van **waarschuwing**;
3. verstaat dat de AFM en de voorzitter van de Nba, na het onherroepelijk worden van deze uitspraak én de uitvaardiging van een last tot tenuitvoerlegging ervan door de voorzitter van de Accountantskamer, ingevolge artikel 9, tweede lid juncto 47 Wtra, zorgen voor opname van deze tuchtrechtelijke maatregel in de registers bedoeld in artikel 1, onder i. Wtra voor zover betrokkene daarin is of was ingeschreven;
4. verstaat dat betrokkene, op grond van het bepaalde in artikel 23, derde lid Wtra het door klagster betaalde griffierecht ten bedrage van € 70,-- (zeventig euro) aan haar vergoedt.

Aldus beslist door mr. M.B. Werkhoven, voorzitter, mrs. W.M. de Vries en R.P. van Eerde (rechterlijke leden) en prof. dr. G.C.M. Majoor RA en J. Maan AA (accountantsleden), in aanwezigheid van mr. M.H.B. Boksebeld, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 21 november 2014.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is aan partijen verzonden op: _____

Ingevolge artikel 43 Wtra, juncto artikelen 31 en 32 Wet tuchtspraak bedrijfsorganisatie 2004, kunnen klagster en 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] Vgl. CBb 15 september 2011 (ECLI:NL:CBB:2011:BT5903) en CBb 9 september 2013, Awb 11/237 (ECLI:NL:CBB:2013:150)