

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 13/2774, 13/2775, 13/2776, 13/2777 Wtra
AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de zaken met nummers 13/2774, 13/2775, 13/2776 en 13/2777 Wtra AK van 16 mei 2014 van

1. **X1**,
wonende te [plaats],
2. **X2**,
gevestigd te [plaats],
vertegenwoordigd door X1,
KLAGERS,

t e g e n

1. **Y1**,
2. **Y2**,
3. **Y3**,
4. **Y4**,
allen registeraccountant,
kantoorhoudende te [plaats],
BETROKKENEN,
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 3 december 2013 ingekomen klaagschrift van 2 december 2013, met bijlagen;
- het op 28 januari 2014 per fax en op 29 januari 2014 per gewone post ontvangen verweerschrift van 28 januari 2014, met bijlagen;
- het op 14 maart 2014 per fax ontvangen aanvullend verweerschrift van die datum, met bijlage;
- de op 18 maart 2014 ontvangen brief van klagers van 16 maart 2014, met bijlagen;
- de e-mail van de raadvrouw van betrokkenen van 27 maart 2014, met bijlagen.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 4 april 2014. Klager 1. (hierna: X1) is in persoon en namens klaagster 2. (hierna: X2) verschenen, vergezeld van A (hierna: A). Betrokkenen zijn in persoon verschenen, tot bijstand vergezeld van mr. N.E.N. de Louwere, advocaat te Waalre. Iedere betrokkene wordt hierna ook met zijn familienaam aangeduid.

1.3 Klagers en betrokkenen hebben op deze zitting hun standpunten toegelicht respectievelijk doen toelichten en doen antwoorden respectievelijk geantwoord op vragen van de Accountantskamer. Partijen hebben daarbij pleitnotities overgelegd.

2. De vaststaande feiten

Op grond van de inhoud van de gedingstukken en aan de hand van het verhandelde ter zitting gaat de Accountantskamer uit van onderstaande feiten, zoals mede al (deels) vastgesteld in de eerdere beslissing van de Accountantskamer van 18 oktober 2013 in de zaken met nummers 12/3, 12/4, 12/5, 12/6, 12/7, 12/8 en 12/9 Wtra AK tussen - onder meer - klagers en betrokkenen.

2.1 Betrokkenen zijn openbaar accountant en lid van of werkzaam voor de maatschap Accountantskantoor1 te [plaats] (hierna: Accountantskantoor1). Y1 en Y2 vormen samen het bestuur van Accountantskantoor1. Zij hebben de dagelijkse leiding en zijn verantwoordelijk voor het gevoerde beleid. Y1 en Y2 zijn ingeschreven als extern accountant bedoeld in de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta).

Lid van de maatschap is eveneens B (hierna: B), fiscaal jurist en lid van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs. Voorts is voor de maatschap werkzaam C (hierna: C), civiel jurist.

2.2 X1 is bestuurder van BV1 (hierna: BV1). X2 is 50% aandeelhouder van BV1. De heer D, bestuurder van BV2 (hierna: BV2) en voorts betrokken bij de vennootschappen BV3, BV4, (hierna: BV4) is eveneens bestuurder van BV1. BV2 is 50% aandeelhouder van BV1. Eind 2009 is tussen X2 en D een conflict ontstaan dat tot verschillende gerechtelijke procedures heeft geleid.

X1 is een procedure gestart bij de Ondernemingskamer en via het Nederlandse Arbitrage Instituut.

D is (al dan niet namens de vennootschappen waarbij hij betrokken is) een tweetal procedures gestart en wel:

- een procedure inzake een vordering van € 2.434.000,- van BV4 op X1 en X2;
- een aanvraag en toekenning van het faillissement van BV1

Voorts is namens D bij het Staatsanwaltschaft te Hamburg strafrechtelijke aangifte gedaan van verduistering door X1 van € 2.434.000,- met tot gevolg een daarop volgend onderzoek door het Landeskriminalamt te Hamburg.

Bij deze procedures en aangifte is D ondersteund door Accountantskantoor1.

2.3 Per brief van 29 januari 2010 heeft B zich gewend tot Accountantskantoor2 (destijds accountant van BV2 en BV1) vanwege het verzoek van BV2 aan Accountantskantoor1 met ingang van het boekjaar 2009 als accountant en fiscalist te fungeren.

2.4 Eveneens bij brief van 29 januari 2010 heeft B, optredende namens D als bestuurder en middellijk aandeelhouder van BV1, zich tot X1 en X2 gewend met het oog op de algemene vergadering van aandeelhouders van BV1 op 12 februari 2010. In deze brief is onder meer weergegeven:

Van de zijde van [D], (...), is ernstige twijfel ontstaan over de financiële afwikkeling van het project [project] tussen de betrokken partijen. (...)

Aangezien [X1] de feitelijke bestuurder van BV1 is zullen wij namens [D] inzage vragen in de financiële administratie van BV1 (...)

Dienaangaande wenst [D] informatie te ontvangen op welke wijze de financiële afwikkeling van het project boekhoudkundig is verwerkt. Met name wordt inzage en uitleg verlangd met betrekking tot de uitbetaling van een bedrag groot € 2.450.000,- door BV4 aan BV5 (...) voor de projecten [project] en [project]. In dit bedrag is naar onze mening de betaling van factuurnummer 2007-78 ad € 2.434.000,- inbegrepen. (...)

2.5 A is bestuurder van BV6. Deze vennootschap is vanaf begin 2010 als financier betrokken bij BV1. Met X1 is op 15 februari 2010 een leningsovereenkomst aangegaan met zekerheden in de vorm van verpanding van bepaalde vorderingen die BV1 had op derden. Deze lening is op 4 maart 2010 verhoogd tot € 1.250.000,-.

2.6 In een brief van 12 maart 2010 van B aan X1 en X2 is onder meer opgenomen: *'[D] te [plaats] verzocht ons in zijn hoedanigheid van zelfstandig bevoegd bestuurder van BV1 het volgende onder uw aandacht te brengen.*

Zoals u bekend zijn (...) vragen gesteld omtrent de betalingen die BV1 dient te ontvangen van BV4 (...) te [plaats] inzake onder andere het door BV1 uitgevoerde project [project]. Uit onderzoek is gebleken dat u (...) een nota aan BV4 heeft gezonden, waarin u een bedrag aangaande diensten voor het project (...) te [plaats] aan deze in rekening brengt van € 2.434.000,- terwijl BV1 als contractpartner jegens BV4 gold en de facturatie dusdoende door BV1 had dienen plaats te vinden en BV1 ook gerechtigd is tot ontvangst van een bedrag van deze betaling. (...)

Voor cliënt (...) staat daarmee vast dat BV1 als zodanig is benadeeld en u (...) ten onrechte heeft bewerkstelligd dat een betaling van tenminste € 2.450.500,- aan BV1 is onthouden. (...)

Hieruit vloeit voor dat [X1] zonder recht of titel een bedrag van € 2.450.500 heeft ontvangen en kennelijk onder zich gehouden heeft (...). Van de zijde van de BV4 is dan ook, naar cliënt begrijpt, restitutie gevorderd wegens onverschuldigde betaling.

Cliënt raakt er meer en meer van overtuigd dat [X1] in persoon op een wijze gebruik maakt van de aan hem in verschillende hoedanigheden ter beschikking staande bevoegdheden, dat daardoor het belang van BV1 aanzienlijk wordt geschaad.

(...) Zo zijn niet alleen de hierboven bedoelde middelen ten onrechte niet bij BV1 terecht gekomen, maar blijkt thans dat (...) door tussenkomst van [X1] activa zijn bezwaard met een pandrecht en er een geldleningsovereenkomst is aangegaan met het tot het concernverband van [X1] behorende BV6. Onduidelijk is waarom deze geldleningsover-

eenkomst noodzakelijk was en waarom daartoe een zo ver strekkend pandrecht nog diende te worden verleend op een tijdstip waarop reeds volop duidelijk was dat de relatie D-X1 alleszins gebrouilleerd is. (...)

Langs deze weg stellen wij namens de heer D en BV1 [X1] dan ook in persoon aansprakelijk voor de schade (...).

2.7 Per brief van 17 maart 2010 heeft B namens D de rechtbank Rotterdam verzocht om twee bij de rechtbank aanhangige procedures tussen BV2/D en X2 gezamenlijk en op een latere dan de reeds geplande datum te behandelen. In die brief is onder meer opgenomen:

(...) De verhouding tussen partijen is volstrekt gebrouilleerd en [D] onderzoekt thans de rechtmatigheid van geldstromen, aangezien er concrete aanwijzingen zijn dat een bedrag van € 2.500.000 door tussenkomst van [X2] (...) zijn onthouden althans onder valse voorwendsels zijn weggesluisd naar een andere B.V. van [X1].

2.8 Y1 en Y3 hebben een rapport van feitelijke bevindingen (hierna: het Rapport) opgesteld en dit op 23 maart 2010 aan D verstrekt. Het rapport ziet op de uitkomsten van een onderzoek naar de nakoming van verplichtingen door BV4 ten opzichte van BV1, voortvloeiend uit de tussen BV7 en BV1 gesloten samenwerkingsovereenkomst. In dit rapport is onder meer opgenomen [met letteraanduiding door de Accountantskamer]:

Wij hebben, (...) onderzocht in hoeverre BV4 haar verplichtingen jegens BV1 (hierna te noemen BV1) is nagekomen met betrekking tot het project [project] I. Met name is ons onderzoek gericht op de door BV1 bij BV4 in rekening gebrachte bedragen en de door BV4 ten aanzien van dit project verrichte betalingen. (...)

Wij hebben onze werkzaamheden verricht in overeenstemming met Nederlands recht, waaronder Standaard 4400 (...). (...)

Uit ons onderzoek zijn de navolgende feitelijke bevindingen gebleken.

(...)

[a.] Aangezien geen vennootschap van de X-groep partij is in de tussen BV4 en BV1 gesloten overeenkomst met betrekking tot projectbegeleiding, is dit bedrag dan ook onterecht door X c.s. in rekening gebracht en onterecht door (...) onder zich gehouden.

(...)

[b.] Ondanks het feit dat, (...) worden toch door X c.s. in 2009 betalingen aan BV1 verricht zonder dat hier een rechtsgrond voor is geconstateerd.

(...)

[c.] Bij afronding van het project [project] I had tenminste facturatie van dit bedrag en verantwoording in de jaarrekening dienen plaats te vinden. Door de gevolgde wijze van verantwoorden wordt het resultaat van de vennootschap negatief beïnvloed.

[d.] In tegenstelling tot hetgeen is overeengekomen tussen partijen worden door X c.s. bij BV4 bedragen inzake architectkosten rechtstreeks in rekening gebracht. Voor BV1 is het dientengevolge niet mogelijk de hoogte van de declaratiestromen en de naleving van de overeenkomsten met BV4 te beheersen. (...)

2.9 Dit Rapport is door D, bijgestaan door C en B, in een arbitrageprocedure gebruikt en heeft een rol gespeeld in voormelde strafklacht bij de Staatsanwaltschaft te Hamburg.

2.10 Op aanvraag van BV2 is op 16 november 2010 het faillissement van BV1 uitgesproken. Als gevolg van dit faillissement is de door BV6 aan BV1 verstrekte lening - vooralsnog - oninbaar gebleken.

2.11 In een aan X1 en X2 gerichte brief van 30 december 2011 van Accountantskantoor1, vertegenwoordigd door haar bedrijfsjurist E is in reactie op een klacht inzake BV1 opgenomen:

(...) Wij constateren dat uw klacht zich feitelijk richt tegen het beroepsmatig handelen van een van onze bedrijfsjuristen en een van onze fiscalisten. Zij zijn als enige van onze organisatie rechtstreeks betrokken geweest bij de juridische geschillen welke tussen u persoonlijk en enkele van de BV's waarin u participeert enerzijds en de heer D, respectievelijk BV2 en BV3 anderzijds, hebben gespeeld en nog spelen. Zij handelden daarbij in de hoedanigheid van (proces)gemachtigde/adviseur van de heer D c.s. U liet zich bijstaan door twee advocaten. U en de rechtspersonen voor wie u optreedt, zijn voor ons dus een tegenpartij in een juridisch geschil; (...). Ook is duidelijk dat C en B op geen enkele wijze handelden als accountant, terwijl evenmin accountants gerelateerde werkzaamheden door hen werden verricht, waardoor de door accountants in acht te nemen gedragscode niet van toepassing is.

2.12 Op 13 april 2011 hebben klagers - samen met A en BV6 - bij de Accountantskamer een klacht tegen - onder meer - betrokkenen ingediend. Deze klacht is op de zitting van 22 juni 2012 behandeld. Bij beslissing van 18 oktober 2013 is de klacht tegen Y1 en Y3 deels gegrond verklaard en aan beiden ter zake de maatregel van berisping opgelegd. Voor het overige is de klacht tegen alle betrokkenen ongegrond verklaard. Klagers hebben - samen met A en BV6 - tegen deze beslissing hoger beroep ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Hierop is nog niet beslist.

2.13 Inzake voormelde strafklacht tegen X1 bij de Staatsanwalt te Hamburg werd tijdens D in 2012 en 2013 meerdere malen de (mogelijke) verblijfsplaats van X1 bij de Officier van Justitie gemeld ten behoeve van een namens D gewenste arrestatie van X1.

2.14 Op 21 oktober 2013 hebben klagers Y2, Y1 en Y3 gemaand diegenen die kennis hebben van (delen van) het Rapport, voor 15 november 2013 op de hoogte te brengen dat het rapport wordt teruggenomen en op welke wijze dit dient te geschieden. Klagers hebben hierbij een lijst meegezonden met ruim zestig namen die volgens klagers in ieder geval aangeschreven dienen te worden. Betrokkenen hebben hieraan geen gehoor gegeven.

2.15 Op 19 februari 2014 heeft Y2 een brief gezonden aan de Staatsanwalt te Hamburg betreffende het Rapport en het oordeel van de Accountantskamer daaromtrent.

3. De klacht

3.1 Ten grondslag aan de door klagers ingediende klacht ligt, zoals blijkt uit het klaagschrift en de daarop door en namens klagers gegeven toelichting, het verwijt dat betrokkenen tot op heden geen afstand hebben genomen van het Rapport, ondanks de uitspraken van Y2 ter zitting van 22 juni 2012 en ondanks de beslissing van de Accountantskamer van 18 oktober 2013.

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 33 Wet op de registeraccountants (oud, hierna: Wet RA), en sinds 1 januari 2013 op grond van artikel 42 van de Wet op het accountantsberoep (hierna: Wab) is de registeraccountant 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 RA 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 Klagers hebben ter onderbouwing van de klacht - samengevat - naar voren gebracht dat Y1, Y2, Y3 en mr. De Louwere, mede namens Y4 en andere betrokkenen, bij de mondelinge behandeling van de eerdere klacht op 22 juni 2012 hebben verklaard dat zij, bij nader inzien, zeer ongelukkig waren met het Rapport en het feit dat het Rapport door een medewerker ter beschikking is gesteld in twee juridische procedures, terwijl het Rapport dit niet toestaat. Klagers wijzen erop dat hun verzoek aan betrokkenen, na de beslissing van de Accountantskamer van 18 oktober 2013, om ruim zestig personen en/of vennootschappen te informeren, geweigerd werd. Eerst op 19 februari 2014 heeft Accountantskantoor1 zich in een brief gewend tot de Staatsanwalt in Hamburg. In deze brief wordt meegedeeld dat Accountantskantoor1 is veroordeeld voor de wijze van tot stand komen van het rapport en niet de inhoud, dat het rapport oud en niet meer geldig is, dat Accountantskantoor1 zich niet kan voorstellen dat het Rapport relevant is voor de strafklacht omdat het Rapport vanwege alle beperkingen daarvoor geen rol speelt, dat het Rapport nooit bedoeld was voor de onderbouwing van een strafklacht, alsmede dat nog niet vast staat dat de inhoud van het rapport onjuist is, omdat Accountantskantoor1 in hoger beroep is. Deze brief is gezien de gebruikte bewoordingen voor klagers zeer onbevredigend.

4.3 Betrokkenen hebben zich primair op het standpunt gesteld dat de klacht niet-ontvankelijk moet worden verklaard, omdat de klacht dezelfde inhoud en strekking heeft als de op 2 januari 2012 bij de Accountantskamer tegen hen ingediende klacht, geregistreerd onder de nummers 12/3, 12/4, 12/5, 12/6, 12/7, 12/8, 12/9 Wtra AK, waarop de Accountantskamer op 18 oktober 2013 heeft beslist.

4.3.1 De Accountantskamer overweegt dienaangaande dat het niet verenigbaar is met de eisen van een behoorlijke tuchtprocedure dat een klager, nadat de Accountantskamer op diens klacht heeft beslist, een tweede klacht tegen dezelfde accountant indient over hetzelfde feitencomplex terzake een handelen of nalaten dat ten tijde van de behandeling van die eerdere klacht bij de klager bekend was of had kunnen zijn en niet gebleken is van nieuwe, relevante feiten welke een nieuwe tuchtrechtelijke beoordeling zouden rechtvaardigen[1].

4.4 In de huidige procedure wordt geklaagd dat betrokkenen als opstellers van het rapport dan wel leidinggevende of medewerker van Accountantskantoor1 geen actie hebben ondernomen nadat zij zich ervan bewust waren geworden dat het verspreidingsgebied van het Rapport was overschreden.

De Accountantskamer stelt in dit verband voorop dat op iedere accountant de verplichting rust de door hem gemaakte fouten te herstellen en zulks ook kenbaar te maken aan relevante derden die op de hoogte zijn geraakt van het foutieve stuk. Anders dan be-

trokkenen lijken te stellen, ontstaat de verplichting om een fout te herstellen niet eerst nadat hieromtrent een tuchtrechtelijke beslissing is gegeven, maar direct na het constateren van die fout. De plicht om hun fout te herstellen rustte derhalve reeds ten tijde van de vorige klacht op Y1 en Y3 en is als zodanig ook aan de orde gesteld in de klachtonderdelen b.2. en b.3. van die klacht. In deze vorige klachtprocedure is geoordeeld dat Y1 en Y3 bij de totstandkoming, (het niet voorkomen van) verspreiding en het in stand laten van de bedreiging van een feitelijk onjuist gebruik van het Rapport, tuchtrechtelijk verwijtbaar hebben gehandeld. Aan Y1 en Y3 is ter zake de maatregel van berisping opgelegd. Voorts is geoordeeld dat Y2 en Y4 geen bemoeienis hebben gehad met de - kort gezegd - totstandkoming en verspreiding van het Rapport. Vastgesteld moet worden dat de huidige klacht is gebaseerd op hetzelfde feitencomplex als in de eerdere procedure en is ingesteld door een deel van de klagers in die procedure tegen een deel van de betrokken accountants in die procedure. Klagers hebben geen nieuwe, relevante feiten gesteld die een nieuwe tuchtrechtelijke beoordeling rechtvaardigen, noch zijn deze anderszins gebleken. Het enkele feit dat betrokkenen bij de mondelinge behandeling van de eerdere klacht hebben erkend dat er fouten zijn gemaakt, waarna in eerste aanleg door de Accountantskamer is geoordeeld dat - kort gezegd - het Rapport deugdelijke grondslag mist en te ruim is verspreid, brengt, behoudens bijzondere omstandigheden welke in deze klachtprocedure niet zijn gebleken, niet mee dat klagers andermaal de mogelijkheid hebben te klagen dat betrokkenen hun fouten nog niet hersteld hebben door het Rapport bij te stellen, dan wel terug te trekken en diegenen die in het bezit, dan wel op de hoogte zijn van (de inhoud van) het Rapport hiervan op de hoogte te stellen. De klacht moet daarom niet-ontvankelijk worden verklaard. Overigens, de Accountantskamer heeft de klacht niet aldus opgevat dat klagers er (ook) over klagen dat betrokkene Y2 met het zenden van de brief van 19 februari 2014 aan de Staatsanwalt te Hamburg tuchtwaardig zou hebben gehandeld.

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

5. Beslissing

De Accountantskamer verklaart de klacht niet-ontvankelijk.

Aldus beslist door mr. M.B. Werkhoven, voorzitter, mr. E.F. Smeele en mr. H. de Hek (rechterlijke leden) en drs. R.G. Bosman RA en J. Maan AA (accountantsleden) in aanwezigheid van mr. M.H.B. Boksebeld, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 16 mei 2014.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is aan partijen verzonden op: _____

Ingevolge artikel 43 Wtra, juncto artikelen 31 en 32 Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie 2004, kunnen klagers en betrokkenen 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 onder meer de uitspraak van de Accountantskamer van 12 juli 2013, nr. 12/2446 Wtra AK, ECLI:ECLI:NL:TACAKN:2013:12.