

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 13/2418, 13/2419, 13/2420 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de zaken met nummers 13/2418, 13/2419, 13/2420 Wtra AK van 16 mei 2014 van

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

t e g e n

1. **Y1**,
2. **Y2**,
3. **Y3**,
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 17 oktober 2013 ingekomen klaagschrift van 14 oktober 2013, met bijlagen;
 - de op 5 november 2013 ingekomen brief van klagers van 4 november 2013, met bijlagen;
 - het op 2 januari 2014 per fax en op 3 januari 2014 per gewone post ingekomen verweerschrift van 2 januari 2014, met bijlagen;
 - de 18 maart 2014 ontvangen brief van klagers van 17 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. 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 Y3 vormen samen het bestuur van Accountantskantoor1. Zij hebben de dagelijkse leiding en zijn verantwoordelijk voor het gevoerde beleid. Y1 en Y3 zijn ingeschreven als extern accountant bedoeld in de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta). Lid van de maatschap is eveneens mr. B (hierna: B), fiscaal jurist en lid van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs. Voorts is voor de maatschap werkzaam mr. C (hierna: C), civiel jurist.

2.2 D (hierna: D) is bestuurder van BV1 (hierna: BV1). BV2 (hierna: BV2) is 50% aandeelhouder van BV1. De heer E, bestuurder van BV3 (hierna: BV3) en voorts betrokken bij de vennootschappen BV4, BV5, (hierna: E) is eveneens bestuurder van BV1. BV3 is 50% aandeelhouder van BV1. Eind 2009 is tussen BV2 en E een conflict ontstaan dat tot verschillende gerechtelijke procedures heeft geleid. D is een procedure gestart bij de Ondernemingskamer en via het Nederlandse Arbitrage Instituut. E 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 BV5 op D en BV2;
- een aanvraag van het faillissement van BV1, welke aanvraag is toegewezen.

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

Bij deze procedures is E ondersteund door Accountantskantoor1.

2.3 Per brief van 29 januari 2010 heeft B zich gewend tot Accountantskantoor2 (destijds accountant van BV3 en BV1) vanwege het verzoek van BV3 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 E als bestuurder en middellijk aandeelhouder van BV1, zich tot D en BV2 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 [E], (..), is ernstige twijfel ontstaan over de financiële afwikkeling van het project [project1] tussen de betrokken partijen. (...)

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

Dienaangaande wenst [E] 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 BV5 aan BV6 (...) voor de projecten [project1] en [project2]. In dit bedrag is naar onze mening de betaling van factuurnummer 2007-78 ad € 2.434.000,- inbegrepen. (...)

2.5 X2 is vanaf begin 2010 als financier betrokken bij BV1. Met D 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 D en BV2 is onder meer opgenomen: *'[E] 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 BV5 (...) te [plaats] inzake onder andere het door BV1 uitgevoerde project [project1]. Uit onderzoek is gebleken dat u (...) een nota aan BV5 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 BV5 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 [D] zonder recht of titel een bedrag van € 2.450.500 heeft ontvangen en kennelijk onder zich gehouden heeft (...). Van de zijde van de BV5 is dan ook, naar cliënt begrijpt, restitutie gevorderd wegens onverschuldigde betaling.

Cliënt raakt er meer en meer van overtuigd dat [D] 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 [D] activa zijn bezwaard met

een pandrecht en er een geldleningsovereenkomst is aangegaan met het tot het concernverband van [D] behorende X2. Onduidelijk is waarom deze geldleningsovereenkomst 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 E-D alleszins gebrouilleerd is. (...)

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

2.7 In maart 2010 heeft E zowel in persoon als namens BV3, BV4 en BV1, aan Accountantskantoor3 te [plaats] een procesmachtiging verstrekt:

“Om voor en namens de volmachtgever verweer te voeren in de procedures welke aanhangig zijn bij de Rechtbank Rotterdam en welke betrekking hebben op de benoeming van scheidslieden uit hoofde van de tussen volmachtgever en D in verschillende hoedanigheden, alsook in de aldaar aanhangige procedure strekkende tot het doen waardereren van de aandelen van BV1, alsmede daar waar ter beoordeling van de gemachtigde nodig om namens hem, volmachtgever, danwel namens de hiervoor genoemde rechtspersonen procedures te entameren welke betrekking hebben op BV1, in het bijzonder de werkzaamheden om te komen tot het inleiden van een enqueteprocedure bij het Gerechtshof te Amsterdam ten behoeve van BV1 alsmede het voeren van verweer tegen de door BV2 ingeleide enqueteprocedure bij voornoemd Gerechtshof. (...)”

2.8 Per brief van 17 maart 2010 heeft B namens E de rechtbank Rotterdam verzocht om twee bij de rechtbank aanhangige procedures tussen BV3/E en BV2 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 [E] onderzoekt thans de rechtmatigheid van geldstromen, aangezien er concrete aanwijzingen zijn dat een bedrag van € 2.500.000 door tussenkomst van [BV2] (...) zijn onthouden althans onder valse voorwendsels zijn weggesluisd naar een andere B.V. van [D].

2.9 Y1 en zijn collega F RA hebben een rapport van feitelijke bevindingen (hierna: het Rapport) opgesteld en dit op 23 maart 2010 aan E verstrekt. Het rapport ziet op de uitkomsten van een onderzoek naar de nakoming van verplichtingen door BV5 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 BV5 haar verplichtingen jegens BV1 (hierna te noemen BV1) is nagekomen met betrekking tot het project [project1] I. Met name is ons onderzoek gericht op de door BV1 bij BV5 in rekening gebrachte bedragen en de door BV5 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 BV8-groep partij is in de tussen BV5 en BV1 gesloten overeenkomst met betrekking tot projectbegeleiding, is dit bedrag dan ook onterecht door BV9 in rekening gebracht en onterecht door (...) onder zich gehouden.

(...)

[b.] *Ondanks het feit dat, (...) worden toch door BV2 c.s. in 2009 betalingen aan BV1 verricht zonder dat hier een rechtsgrond voor is geconstateerd.*

(...)

[c.] *Bij afronding van het project [project1] 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 BV2 c.s. bij BV5 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 BV5 te beheersen. (...)*

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

2.11 Bij vonnis van 11 mei 2010 van de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam zijn E en D tijdelijk als bestuurder geschorst.

2.12 Bij e-mail van 22 juli 2010 heeft de heer Franckenstein, de Duitse advocaat van BV1, medegedeeld dat hij zijn werkzaamheden voor BV1 beëindigd heeft en is opgevolgd door de heer Flügel.

2.13 Bij vonnis van 7 oktober 2010 heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat D de enige bestuurder van BV1 is.

2.14 Op 7 oktober 2010 heeft E zich teruggetrokken als bestuurder van BV4 en de heer G (hierna: G) als bestuurder benoemd.

2.15 Bij brief van 11 oktober 2010 heeft een voormalig medewerker van BV1, de heer H (hierna: H), zijn vordering op BV1 opgegeven aan E met het verzoek deze mee te nemen in de faillissementsaanvraag.

2.16 Op 15 oktober heeft mr. E.H.C.K Reijans (hierna: mr. Reijans), namens BV3 en H, het faillissement van BV1 aangevraagd. Op 16 november 2010 is het faillissement van BV1 uitgesproken. Als gevolg van dit faillissement is de door X2 aan BV1 verstrekte lening - vooralsnog - oninbaar gebleken.

2.17 In een aan D en BV2. gerichte brief van 30 december 2011 van Accountantskantoor1, vertegenwoordigd door haar bedrijfsjurist mr. I, 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 E, respectievelijk BV3 en BV4 anderzijds, hebben gespeeld en nog spelen. Zij handelden daarbij in de hoedanigheid van (proces)gemachtigde/adviseur van de heer E 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 accountantsgerelateerde

werkzaamheden door hen werden verricht, waardoor de door accountants in acht te nemen gedragscode niet van toepassing is.

2.18 Op 2 januari 2012 hebben klagers - samen met D en BV2 - 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 F 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 D en BV2 - tegen deze beslissing hoger beroep ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Hierop is nog niet beslist.

3. De klacht

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

I. Accountantskantoor1 heeft gehandeld in strijd met de fundamentele beginselen integriteit en objectiviteit door opdracht te geven aan een advocaat voor een faillissementsaanvraag op basis van een procesmachtiging die geen betrekking had op een faillissementsaanvraag. Accountantskantoor1 heeft tevens geen schriftelijke machtiging van H aan mr. Reijans ter beschikking gesteld.

II. Accountantskantoor1 heeft gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel integriteit en artikel 21 Burgerlijke rechtsvordering door tegenover de rechtbank te beweren dat Accountantskantoor1 en de optredende advocaat over een adequate machtiging beschikten en tijdens de rechtbankzitting te ontkennen dat G (indirecte) bestuurder was van BV3.

III. Accountantskantoor1 heeft gehandeld in strijd met de fundamentele beginselen integriteit en objectiviteit en artikel 21 Burgerlijke rechtsvordering door schriftelijk en mondeling tegenover de rechtbank te beweren dat de genoemde vorderingen bestonden. Accountantskantoor1 beschikte niet over informatie die elk van de vijf deelvorderingen rechtvaardigde. Verder had Accountantskantoor1 toegang tot de administratie van BV3 en had aldus bij controle van de bankrekening kunnen controleren dat de beweerde betalingen nooit plaatsgevonden hebben.

IV. Accountantskantoor1 heeft gehandeld in strijd met de fundamentele beginselen integriteit en objectiviteit en artikel 21 Burgerlijke rechtsvordering door schriftelijk en mondeling tegenover de rechtbank te beweren dat de vorderingen van H bestonden, waarbij Accountantskantoor1 zich baseerde op een simpel briefje "Dear E", terwijl Accountantskantoor1 tevens beschikte over informatie dat H misbruik maakte van de credit cards van de onderneming en dat er sprake was van een arbeidsconflict, maar deze informatie achterwege heeft gelaten.

V. Accountantskantoor1 heeft gehandeld in strijd met de fundamentele beginselen integriteit en objectiviteit en artikel 21 Burgerlijke rechtsvordering door schriftelijk en mondeling tegenover de rechtbank te beweren dat de vordering van de heer Flügel onbetaald was gebleven, terwijl uit enig onderzoek had kunnen blijken dat deze vordering al via een voorschot voor meer dan 100% betaald was. Accountantskantoor1 heeft nagelaten zelfstandig onderzoek te doen en zich uitsluitend gebaseerd op de mening van de opdrachtgever (E), terwijl het bekend was dat deze zich enkele dagen voorafgaand aan de faillissementsaanvraag had laten vervangen door G.

VI. Accountantskantoor1 heeft gehandeld in strijd met de fundamentele beginselen integriteit en objectiviteit en artikel 21 Burgerlijke rechtsvordering door schriftelijk en

mondeling onjuiste informatie te verstrekken aan de rechtbank over de betalingsmogelijkheden van BV1 voor de bestaande opeisbare vorderingen. Accountantskantoor1 heeft nagelaten zelfstandig onderzoek te doen en zich alleen gebaseerd op de mening van de opdrachtgever. Ook werden signalen die op een andere situatie wezen genegeerd.

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 Betrokkenen hebben zich primair op het standpunt gesteld dat de klacht niet-ontvankelijk moeten 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.

4.2.1 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].

4.3 Klagers hebben in het klaagschrift aangevoerd dat zij onderhavige klacht hebben ingediend omdat zij sinds de mondelinge behandeling van de eerdere klacht de beschikking hebben over informatie die een wezenlijk beeld geeft van het handelen en nalaten van Accountantskantoor1. Daarnaast hebben klagers sinds deze mondelinge behandeling een wezenlijk beeld gekregen van de rol van het kantoor in [plaats] en de verantwoordelijkheid in deze van Y2, zo stellen zij in het klaagschrift.

X1 heeft daarnaast, bij de behandeling van onderhavige klacht ter zitting, verklaard dat sprake is van nieuw feitenmateriaal waaruit blijkt dat de verklaring van betrokkenen bij de behandeling van de eerdere klacht ter zitting, dat Reijans verantwoordelijk was voor de aanvraag van het faillissement van BV1, onjuist was.

4.3.1 Vastgesteld moet worden dat de klacht dezelfde inhoud en strekking heeft als de eerdere klacht van 2 januari 2012, waarop de Accountantskamer op 18 oktober 2013 heeft beslist, hetgeen X1 ter zitting ook heeft bevestigd. Hetgeen klagers hebben aangevoerd als reden om andermaal een klacht tegen betrokkenen in te dienen, kan niet worden beschouwd als een nieuw, relevant feit die een nieuwe tuchtrechtelijke beoordeling zou rechtvaardigen. Het enkele feit dat bij en na de mondelinge behandeling van

de eerdere tuchtprocedure feiten zijn opgekomen, die klagers (al dan niet terecht) sterken in de gegrondheid van hun eerdere klachten, brengt in het kader van een goede tuchtproceduresorde niet mee dat klagers een nieuwe gelegenheid wordt geboden om een klacht daarover in te dienen. De klacht moet daarom niet-ontvankelijk worden verklaard. Overigens, klagers konden deze nieuwe feiten en inzichten ter ondersteuning van het door hen in te stellen, en naderhand ook ingestelde, hoger beroep tegen de beslissing van 18 oktober 2013 aan het CBb voorleggen, zodat ook daarom een goede tuchtproceduresorde eraan in de weg staat een tweede klacht tegen dezelfde accountant over hetzelfde feitencomplex in te dienen.

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

5. Beslissing

De Accountantskamer verklaart de klacht in alle onderdelen 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. Bokseveld, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 16 mei 2014.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is aan partijen verzonden op: _____

[1] Zie onder meer de uitspraak van de Accountantskamer van 12 juli 2013, 12/2446 Wtra AK, ECLI:NL:TACAKN:2013:12.