

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 13/1780 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de zaak met nummer 13/1780 Wtra AK van 24 januari 2014 van

X,
wonende te [plaats],
K L A A G S T E R,

t e g e n

Y,
registeraccountant,
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 6 augustus 2013 ingekomen klaagschrift van 3 augustus 2013, met bijlagen en
- een op 12 augustus 2013 ingekomen brief van klaagster van 9 augustus 2013, met als bijlage een lijst met errata betreffende het klaagschrift.

Betrokkene heeft afgezien van het indienen van een verweerschrift.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 29 november 2013, waar klaagster en betrokkene zijn verschenen.

1.3 Partijen hebben op genoemde zitting hun standpunten toegelicht (klaagster aan de hand van een pleitnota) en geantwoord op vragen van de Accountantskamer.

2. De vaststaande feiten

Op grond van de stukken van het geding en het verhandelde ter zitting stelt de Accountantskamer het volgende vast.

2.1 Betrokkene is ingeschreven in het accountantsregister op 15 november 1989 en is als accountant in business lid van het bestuur van de Stichting1 (Stichting1), die onder meer als taak heeft de belangen te behartigen van de houders van obligaties in het NV1 (NV1), een van de vennootschappen van het NV2 (NV2).

2.2 Eind 2005 zijn 213 obligaties van elk € 15.000 uitgegeven voor een vastgoedproject (een bouw- en tuinmarkt) te [plaats], Duitsland. Daarnaast was er een hypothecaire geldlening van € 8 miljoen. Klaagster was houdster van één obligatie. De oorspronkelijke looptijd van de obligaties was 8-9 jaar, met een couponrente van 7 % (€ 1.050) per jaar en een aflossingsbonus van 10% (€ 1.500) per obligatie. Wegens verkoop van het object in augustus 2012 is de looptijd ingekort. In november 2011 hadden de obligatiehouders ingestemd met een vervroegde verkoop van het object per 1 augustus 2012.

2.3 Ook klaagster heeft die instemming verleend, maar op 27 december 2012 schreef zij aan het bestuur van Stichting1 en aan NV2 daarover:

"(...) gaandeweg is mij steeds duidelijker geworden

- dat ik heb ingestemd op grond van onjuiste / onvolledige / onvoldoende / tegenstrijdige informatie van de zijde van NV2,

- en dat NV2 mij ook anderszins op het verkeerde been heeft gezet: NV2 komt zijn afspraken en toezeggingen in prospectus en dergelijke niet na.

Misleidend gedrag is volgens mij een 'doodzonde', ook in de wereld van vastgoedobligatiefondsen, lijkt me."

2.4 Klaagster had ook vanaf begin 2011 nogal wat vragen gesteld aan de directie van NV2 en aan het bestuur van Stichting1 over de gang van zaken binnen het fonds. De antwoorden van de kant van NV2 en van dat bestuur op die vragen riepen bij klaagster steeds meer vragen op. Toen half december 2011 vragen van klaagster haars inziens nog niet beantwoord waren, heeft zij op 30 december 2011 een klacht ingediend bij NV2 en het bestuur van Stichting1. In december 2012 heeft klaagster een tweede klacht bij NV2 ingediend, met kopie aan het bestuur van Stichting1. Bij NV2 geldt een interne klachtenprocedure (IKP), waarin - onder meer - is opgenomen dat voor een klager beroep bij het bestuur van Stichting1 mogelijk is en dat de klager, in geval van een blijvend geschil, erop zal worden gewezen dat hij binnen drie maanden een klacht kan indienen bij het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KiFiD).

2.5 Klaagster hangt het standpunt aan dat het ten opzichte van het prospectus lagere rendement dat de obligatiehouders hebben gekregen, niet is veroorzaakt door de economische/financiële crisis, zoals NV2 en het bestuur doen voorkomen, maar dat de oorzaak intern binnen NV2 ligt en wel als gevolg van - onder meer - verwijtbaar handelen van de directie, dat daarna niet - in ieder geval niet merkbaar - is gecorrigeerd door het bestuur van Stichting1. Daarom heeft zij NV2 en het bestuur van Stichting1 regelmatig

verzocht om uitkering aan de obligatiehouders van (uiteindelijk) een bedrag van ruim € 3.100 per obligatie.

2.6 In het kader van haar communicatie met het bestuur van Stichting1 heeft klaagster veel contact met betrokkene gehad.

3. De klacht

3.1 Het klaagschrift houdt als klachtonderdelen in:

dat betrokkene bij NV2 twee niet-verenigbare functies bekleedt; dat betrokkene de belangen van obligatiehouders, onder wie klaagster, niet behartigt; dat betrokkene zijn toezeggingen aan en afspraken met klaagster niet nakomt; dat betrokkene klaagsters mails veelal niet dan wel ontoereikend heeft beantwoord en, na de mondelinge toezegging op 18 februari 2013, zich in vage teksten of in zwijgen heeft gehuld; dat betrokkene: zich niet heeft gehouden aan de Interne Klachtenprocedure (IKP) en daaruit niet de consequenties heeft getrokken en heeft nagelaten een onuitvoerbaar onderdeel daarin te vervangen; dat betrokkene zijn functie van bestuurslid niet naar behoren heeft vervuld en nog steeds niet naar behoren vervult, zulks ten koste van de obligatiehouders.

3.2 Betrokkene zou aldus hebben gehandeld in strijd met de voor hem geldende gedrag- en beroepsregels van de Verordening Gedragscode (RA's) (hierna: VGC).

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 RA was - 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 en/of ten aanzien van zijn beroepsuitoefening onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met het bij of krachtens die wet bepaalde en ter zake van enig ander handelen of nalaten in strijd met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep.

4.2 Bij de beoordeling van de klacht wordt vooropgesteld 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 accountants tuchtrechtelijk verwijtbaar hebben gehandeld.

4.3 Aangezien het handelen en/of nalaten van betrokkenen waarop de klacht betrekking heeft plaatshad ná 1 januari 2007, moet het worden getoetst aan de sindsdien vigerende VGC, in het bijzonder de delen A (de gedragscode voor iedere accountant) en C (de gedragscode voor de accountant in business) daarvan.

4.4.1 Met betrekking tot het hiervoor bij 3.1 weergegeven klachtonderdeel onder I., inhoudende dat betrokkene bij NV2 twee niet-verenigbare functies bekleedt, is door klaagster - onder meer en zakelijk weergegeven - aangevoerd:

- dat betrokkene sinds 2008 een functie vervult binnen het bestuur van Stichting1, die een juridisch onafhankelijke derde partij is, die de belangen van de obligatiehouders onafhankelijk dient te behartigen;

- dat het bestuur van Stichting1 ook de instantie is waar een klager in beroep kan gaan wanneer NV2 een klacht van de klager heeft afgewezen;
- dat betrokkene ook een andere functie bij NV2 bekleedt, namelijk sinds begin 2010 die van commissaris bij een van de andere vennootschappen van NV2, te weten NV3 en dat dit commissariaat niet verenigbaar is met het bestuurslidmaatschap van Stichting1, omdat het op zijn minst de schijn van belangenverstrengeling wekt, er sprake kan zijn van conflicterende belangen en van onafhankelijkheid van betrokkene in zijn functie in het bestuur van Stichting1 geen sprake is.

4.4.2 Door betrokkene is hierover ter zitting verklaard dat hij een jaar nadat hij bestuurder van Stichting1 was geworden, de functie van commissaris bij NV3, een vennootschap waarin (vanwege de economische crisis) geen activiteiten plaatsvonden, heeft aanvaard en dat dit destijds geen bedreiging vormde - en nog steeds geen bedreiging vormt - voor zijn objectiviteit in zijn functie van bestuurslid van Stichting1.

4.4.3 De Accountantskamer is, mede gelet op het hiervoor onder 4.2 overwogene, van oordeel dat klaagster niet aannemelijk heeft gemaakt dat het door betrokkene aanvaard van een commissariaat bij NV3 voor diens objectiviteit een bedreiging van zodanige betekenis vormde dat hij, om die bedreiging weg te nemen of tot een aanvaardbaar niveau terug te brengen, een of meer waarborg(en) had moeten treffen. Klachtonderdeel I. moet daarom ongegrond worden geacht.

4.5.1 Met betrekking tot het hiervoor bij 3.1 weergegeven klachtonderdeel onder II., inhoudende dat betrokkene de belangen van obligatiehouders (onder wie klaagster) niet behartigt, is in het klaagschrift op de pagina's 17 t/m 21 - kort samengevat en zakelijk weergegeven - aangevoerd dat betrokkene:

- er niet voor heeft gezorgd dat NV2 de door haar afgegeven "Onvoorwaardelijke Garantie" betreffende volledige uitkering van inleg en rente gestand heeft gedaan,
- niet heeft verhinderd dat de rente over 2012 werd gereserveerd voor de fiscale afrekening, in plaats van te worden uitgekeerd aan de obligatiehouders en
- medeverantwoordelijk is voor een schrijven van de directeur van NV2 (A) aan klaagster van 12 september 2012, waarin ten onrechte staat vermeld dat de "Garant" een door de AFM voorgeschreven emissievorm is, zulks om klaagster op een dwaalspoor te brengen, terwijl betrokkene deze "leugen" in stand heeft gelaten door niet te reageren op het beroep van klaagster bij het bestuur van Stichting1 van 27 december 2012, waarin dit aan de orde werd gesteld.

4.5.2 Door betrokkene is ter zitting aangaande klachtonderdeel II. verklaard dat de obligatiehouders destijds, in de vergadering waarin zij hun toestemming gaven tot verkoop van het NV1-project te [plaats], ook afstand hebben gedaan van de door klaagster bedoelde "Onvoorwaardelijke Garantie" en voorts, dat hij zich er tot op heden altijd voor heeft ingezet dat alle middelen, die in NV1 na afrekening met de Duitse fiscus nog aanwezig zullen zijn, zullen worden aangewend om de obligatiehouders nog zoveel als mogelijk uit te keren.

4.5.3 De Accountantskamer is, mede gelet op het hiervoor onder 4.2 overwogene, van oordeel dat klaagster niet aannemelijk heeft gemaakt dat betrokkene zich bij zijn werkzaamheden in het kader van de afloop van het fonds NV1 niet of onvoldoende heeft ingezet voor de belangen van de obligatiehouders. Klachtonderdeel II. is daarom eveneens ongegrond te achten.

4.6.1 Met betrekking tot het hiervoor bij 3.1 weergegeven klachtonderdeel onder III., inhoudende dat betrokkene zijn toezeggingen aan - en afspraken met klaagster niet nakomt, is in het klaagschrift op de pagina's 22 t/m 24 - kort samengevat en zakelijk weergegeven - aangevoerd dat betrokkene de toezeggingen:

- dat de door klaagster geëiste gelden aan de obligatiehouders zouden worden uitgekeerd, alsmede wanneer de obligatiehouders dit bedrag konden verwachten (gedaan in een gesprek met klaagster op 18 februari 2013);
- dat het verzoek van klaagster om de jaarrekening 2011 toegezonden te krijgen zou worden ingewilligd als het bestuur daarmee akkoord zou gaan (ook gedaan in het gesprek met klaagster op 18 februari 2013);
- dat klaagster in de eerst helft van maart 2013 bericht zou ontvangen over al dan niet toezending van de jaarrekening 2011 (gedaan in een e-mail aan klaagster van 26 februari 2013);
- dat klaagsters verzoek (om toezending van de jaarrekening 2011) zou worden behandeld op de bestuursvergadering van 5 april 2013 (gedaan in een e-mail van 22 maart 2013);
- dat na bespreking van de jaarrekening 2012 in de bestuursvergadering dit document aan klaagster beschikbaar zou worden gesteld (gedaan in een e-mail van 27 mei 2013)

tot op 1 augustus 2013 niet gestand heeft gedaan.

4.6.2 Door betrokkene is ter zitting aangaande klachtonderdeel III. verklaard dat hij in het gesprek met klaagster op 18 februari 2013 weliswaar heeft gezegd dat er nog gelden aan de obligatiehouders zullen worden uitgekeerd, maar zeker niet dat die uitkering voor 100% tegemoet zou komen aan het door klaagster geëiste bedrag, reeds omdat de hoogte ervan afhankelijk zal zijn van de hoeveelheid middelen die in NV1 na afrekening met de Duitse fiscus nog aanwezig zullen zijn en voorts, dat hij slechts beloftes doet als hij deze kan nakomen.

4.6.3 De Accountantskamer is, mede gelet op het hiervoor onder 4.2 overwogene, van oordeel dat klaagster niet aannemelijk heeft gemaakt dat betrokkene al dan niet namens Stichting1 onvoorwaardelijke toezeggingen aan klaagster heeft gedaan, die door hem dan wel Stichting1 niet zijn nagekomen. Klachtonderdeel III. moet daarom ook ongegrond worden geacht.

4.7.1 Met betrekking tot het hiervoor bij 3.1 weergegeven klachtonderdeel onder IV., inhoudende dat betrokkene klaagsters mails veelal niet dan wel ontoereikend beantwoordt en, na de mondelinge toezegging op 18 februari 2013, zich in vage teksten of in zwijgen heeft gehuld, is in het klaagschrift op de pagina's 25 t/m 28 - kort samengevat en zakelijk weergegeven - aangevoerd:

- dat in de periode waarover het verwijt zich uitstrekt 34 van de verzonden mails/brieven in dit verband relevant zijn, te weten 27 van klaagster rechtstreeks dan wel in kopie naar betrokkene (via mailadres bestuur en/of aan diens eigen mailadres) en 6 van betrokkene en 1 mede namens betrokkene aan klaagster;
- dat de meeste van klaagsters mails niet door betrokkene zijn beantwoord en, als hij al wel reageerde, hij dat selectief, onvolledig, onjuist en/of vaag deed of in zijn antwoord zaken vermeldde waar klaagster niet om had gevraagd en die meestentijds dan ook niet ter zake deden;

- dat betrokkene in zijn e-mail van 26 februari 2013 niet refereert aan de e-mail van klaagster van de dag ervoor, al zeker geen (duidelijke) bevestiging geeft van de afspraken die op 18 februari 2013 waren gemaakt en waar klaagster hem om had gevraagd en die e-mail afsloot met de zin: "Hiermee is uw klacht afgehandeld", terwijl dat slechts kon indien aan klaagsters eis was voldaan, hetgeen niet het geval was;
- dat betrokkene - in strijd met de IKP - niet heeft gereageerd op e-mails van klaagster van 19 maart 2013, 22 maart 2013 en 8 april 2013;
- dat betrokkene's e-mail van 27 mei 2013 aan klaagster vaag was en dat betrokkene niet heeft gereageerd op klaagsters e-mail van 29 mei 2013, waarin om opheldering werd verzocht;
- dat de e-mails van betrokkene van 27 mei 2013 en 31 juli 2013 aan klaagster wederom onduidelijk en vaag waren.

4.7.2 Door betrokkene is ter zitting aangaande klachtonderdeel IV. verklaard dat hij in het gesprek met klaagster op 18 februari 2013 te [plaats] al hetgeen klaagster wilde weten omstandig heeft uitgelegd en dat hij de e-mail van klaagster van 17 mei 2013 (waarin zij hem mededeelde - kort gezegd - dat hij een klacht tegen hem bij de Accountantskamer kon voorkomen als hij binnen tien dagen aan klaagsters eisen zou voldoen) heeft opgevat als chantage, waarop hij besloot zijn rug recht te houden.

4.7.3 De Accountantskamer overweegt met betrekking tot dit klachtonderdeel dat klaagster weliswaar heeft gesteld dat van haar 27 e-mails (aan betrokkene of het bestuur van Stichting1) slechts 7 door of namens betrokkene zijn beantwoord, maar dat zij onvoldoende heeft gespecificeerd welke niet beantwoorde e-mails van haar wel door betrokkene hadden moeten worden beantwoord en waarom. Voor zover klaagster heeft gesteld dat betrokkene in zijn wel aan klaagster gezonden e-mails zich onduidelijk en vaag heeft uitgelaten, heeft te gelden dat klaagster in het klaagschrift niet, dan wel onvoldoende, heeft uiteengezet waarom de uitlatingen van betrokkene in die e-mails in strijd zouden zijn met de voor betrokkene geldende tuchtrechtelijke regels. Nu ook overigens niet is gebleken of aannemelijk geworden dat betrokkene te dezen tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld, moet klachtonderdeel IV. eveneens ongegrond worden geacht.

4.8.1 Met betrekking tot het hiervoor bij 3.1 weergegeven klachtonderdeel onder V., inhoudende dat betrokkene:

- a) zich niet heeft gehouden aan de Interne Klachtenprocedure (IKP) en daaruit niet de consequenties heeft getrokken en
 - b) heeft nagelaten een onuitvoerbaar onderdeel daarin te vervangen,
- is in het klaagschrift op de pagina's 29 t/m 31 - kort samengevat en zakelijk weergegeven - aangevoerd:

ad a) dat betrokkene - in verband met klaagsters eerste klacht van 30 december 2011 - niet heeft geantwoord op klaagsters brief van 18 maart 2012 en vervolgens klaagsters beroep van 19 april 2012 (in strijd met punt d. van de IKP) onbeantwoord heeft gelaten en dat hij - in verband met klaagsters tweede klacht van 5 december 2012 - op klaagsters beroep van 27 december 2012 (eveneens in strijd met punt d. van de IKP) geen 'schriftelijk en gemotiveerd standpunt' heeft gegeven en vervolgens niet heeft gereageerd op klaagsters bezwaar van 19 maart 2012 en

ad b) dat de vermelding in de IKP van de mogelijkheid tot indiening van een klacht bij het KiFiD loos is, omdat het KiFiD slechts klachten in behandeling neemt die bedrijven met een AFM-vergunning betreffen, terwijl NV2 die niet heeft en betrokkene heeft na-

gelaten erop toe te zien dat deze aldus ondeugdelijke passage uit de IKP werd verwijderd.

4.8.2 Door betrokkene is ter zitting aangaande klachtonderdeel V. verklaard ad a) dat hij van mening is dat NV2, het bestuur van Stichting1 en hijzelf zich naar behoren aan de interne klachtenprocedure hebben gehouden, ook al zijn niet alle e-mails van klaagster telkens één voor één beantwoord en ad b) dat hij bij Stichting1 juist in functie is gebleven om te bewerkstelligen dat behandeling van een klacht bij het KiFiD aangaande NV2 toch tot de mogelijkheden zou gaan behoren.

4.8.3 De Accountantskamer is met betrekking tot klachtonderdeel V. onder a) van oordeel dat betrokkene de e-mails van klaagster in voldoende mate heeft beantwoord, ook omdat van hem niet kon worden gevergd om telkens in te gaan op nadere e-mails van klaagster, waarin zij te kennen gaf dat de door betrokkene gegeven antwoorden haar niet bevielen. Klachtonderdeel V. onder a) is daarom ongegrond te achten. Het gedeelte onder b) van dit klachtonderdeel is evenwel terecht voorgesteld. Het fundamentele beginsel 'deskundigheid en zorgvuldigheid' als bedoeld in artikel A-100.4 onder c. van de VGC bracht, omdat NV2 niet over een AFM-vergunning beschikte, voor betrokkene reeds vanaf zijn aantreden als bestuurslid van Stichting1 de verplichting mee erop toe te zien dat de passage in de IKP, waarin de mogelijkheid van een klacht bij het KiFiD staat vermeld, daaruit zou worden verwijderd. Betrokkene is daarin nalatig geweest en zijn verweer dat hij bij Stichting1 juist in functie is gebleven om te bewerkstelligen dat behandeling van een klacht bij het KiFiD aangaande NV2 toch tot de mogelijkheden zou gaan behoren, doet daaraan niet af. Klachtonderdeel V. onder b) wordt daarom gegrond geacht.

4.9 Klachtonderdeel VI., inhoudende dat betrokkene zijn functie van bestuurslid niet naar behoren heeft vervuld en nog steeds niet naar behoren vervult, zulks ten koste van de obligatiehouders, mist in het licht van de voorgaande klachtonderdelen zelfstandige betekenis en is ook door klaagster niet nader gemotiveerd met wezenlijk andere stellingen dan die, welke zij reeds aan haar andere klachtonderdelen ten grondslag heeft gelegd. De Accountantskamer zal klachtonderdeel VI. dan ook verder buiten bespreking laten.

4.10 Op grond van het voorgaande dient de klacht wat betreft onderdeel V. onder b) gegrond en voor al het overige ongegrond te worden verklaard.

4.11 Gelet op het bepaalde in artikel 2 Wtra kan de Accountantskamer een tuchtrechtelijke maatregel opleggen. Bij de beslissing daarover in de onderhavige zaak houdt de Accountantskamer rekening met de aard en de geringe ernst van het verzuim van betrokkene en is meegewogen dat betrokkene niet eerder met de tuchtrechter in aanraking is geweest. Alle omstandigheden in aanmerking nemend, is de Accountantskamer in deze zaak van oordeel dat kan worden volstaan met een gegrondverklaring zonder oplegging van een maatregel.

4.12 Al het vorenstaande leidt tot de volgende beslissing.

5. Beslissing

De Accountantskamer:

- verklaart de klacht in onderdeel V. onder b) gegrond in voege als hiervoor omschreven;
- legt ter zake aan betrokkene geen maatregel op;
- verklaart de klacht voor al het overige ongegrond;
- verstaat dat - overeenkomstig het bepaalde in artikel 23, derde lid Wtra - het door klaagster betaalde griffierecht ten bedrage van € 70,-- (zeventig euro) door betrokkene aan klaagster wordt vergoed.

Aldus beslist door mr. M.B. Werkhoven, voorzitter, mr. W.M. de Vries en mr. E.F. Smeele (rechterlijke leden) en P.A.S. van der Putten RA en J. Maan AA (accountants-leden) in aanwezigheid van W. Welmers, secretaris, en uitgesproken in het openbaar op 24 januari 2014.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is aan partijen verzonden op: