

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 15/1867 en 15/1868 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de zaken met de nummers 15/1867 - en 15/1868 Wtra AK van 22 januari 2016 van

de besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid

1) **X1 B.V.** en **X2 B.V.**,

gevestigd te [plaats1],

en

2) **X3** en **X4**,

wonende te [plaats2],

KLAGERS,

gemachtigde: mr. J.K.A. van Loo,

t e g e n

1) **Y1**

en

2) **Y2**,

beiden registeraccountant en kantoorhoudende te [plaats1],

BETROKKENEN,

gemachtigden: mr. S.A.G. Hoogeveen en mr. A.P.P. Witteveen.

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 31 augustus 2015 ingekomen klaagschrift van 28 augustus 2015, met bijlagen;
- het op 30 oktober 2015 ingekomen verweerschrift van dezelfde datum, met bijlagen;
- de op 24 november 2015 ingekomen brief van de raadsman van klagers van 23 november 2015, met bijlagen.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 4 december 2015 waar zijn verschenen - aan de zijde van klagers – X3 en X4 in persoon, mede namens klagsters X1 B.V. en X2 B.V., tot bijstand vergezeld van mr. J.K.A. van Loo en mr. E. Schots, beiden advocaat te Amsterdam, en - aan de zijde van betrokkenen – Y1 RA en Y2 RA in persoon, tot bijstand vergezeld van mr. S.A.G. Hoogeveen en mr. A.P.P. Witteveen, beiden advocaat te Amsterdam.

1.3 Klagers en betrokkenen hebben op deze zitting hun standpunten toegelicht en/of doen toelichten (aan de hand van aan de Accountantskamer overgelegde pleitaantekeningen) alsmede geantwoord en/of doen antwoorden 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 Betrokkenen sub 1) en sub 2) staan sedert [datum] respectievelijk [datum] als registeraccountant ingeschreven in het NivRA-/Nba-register. Zij zijn verbonden aan [A] Accountants en Adviseurs te [plaats1].

2.2 Klagers sub 2) waren in 2010 met hun vennootschappen actief in de vastgoedsector. Betrokkene sub 1) onderhield vanaf 2007 een persoonlijke band met klagers sub 2). Via hem zijn zij in contact gekomen met [A] Corporate Finance B.V. voor een financiële inventarisatie en begeleiding. Na dit adviestraject, dat is uitgevoerd door mr. [B] en mr. [C] (hierna: [C]), is [D] AA, van [A] Accountants en Adviseurs, accountantswerkzaamheden ten behoeve van vennootschappen van klagers sub 2) gaan verrichten. Voor boekhoud- en administratiewerkzaamheden hebben klagers sub 2) [E] (hierna: [E]) van [F] in de arm genomen.

2.3 Klagers sub 2) hebben medio 2011 besloten te gaan investeren en/of participeren in een bedrijf teneinde (een deel van) hun vermogen te laten renderen en/of om inkomsten te genereren als directeur/bestuurder.

2.4 Op 18 november 2011 heeft betrokkene sub 1) klagers de mogelijkheid voorgedragen van het kopen van de onderneming gedreven door [G] B.V. (hierna: [G]), die (via [H] B.V.) eigendom was van [I] (hierna: [I]). Betrokkene sub 2) verrichtte toen al jarenlang accountantswerkzaamheden voor (de vennootschappen van) [I]. Dit heeft betrokkene sub 1) aan klagers sub 2) kenbaar gemaakt, hetgeen tot hun introductie bij betrokkene sub 2) heeft geleid.

2.5 Op 30 november 2011 hebben klagers sub 2) met betrokkene sub 2) gesproken, een geheimhoudingsovereenkomst ondertekend en een informatiememorandum inzake

[G] ontvangen. Per e-mailbericht van 5 december 2011 heeft klager [X3] (hierna: [X3]) betrokkene sub 2) laten weten dat hij wilde kennismaken met [I], die in overleg met betrokkene sub 2) aan [X3] de mogelijkheid heeft geboden [G] incognito (als medewerker van het kantoor van betrokkenen) te bezoeken om daar vrijblijvend te kunnen rondkijken, hetgeen op 19 december 2011 is geschied.

2.6 In een e-mailbericht van 21 december 2011 heeft [X3] aan betrokkene sub 2) -met kopie aan [C] – gevraagd of betrokkene sub 2) met [I] zou willen nadenken over vervolgstappen. Toen, blijkens een e-mailbericht van betrokkene sub 2) aan [X3] van 27 december 2011, [I] had laten weten verder te willen, heeft [X3] betrokkene sub 1) per e-mailbericht van 28 december 2011 benaderd met het verzoek hem een “mentor” toe te wijzen die hem kon adviseren met de toevoeging dat hij daarbij aan [C]) had gedacht.

2.7 In een e-mailbericht van 9 januari 2012 aan [C] heeft [X3] bevestigd dat hij hem de opdracht had verstrekt hem bij te staan in het overnametraject. Op 30 januari 2012 heeft een bijeenkomst plaatsgehad ten kantore van betrokkenen, waaraan klagers sub 2), [I], [C] en betrokkenen hebben deelgenomen.

2.8 In een e-mailbericht van 15 februari 2012 heeft [X3] aan zijn secretaresse opdracht gegeven tot het plannen van gesprekken met het oog op het formuleren van een voorstel voor de overname, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen een gesprek waarbij betrokkene sub 2) aanwezig diende te zijn en een gesprek ter voorbereiding daarop, waarbij betrokkene sub 2) juist niet aanwezig diende te zijn.

2.9 Bij e-mailbericht van 24 februari 2012 heeft betrokkene sub 2) aan [X3] onder meer de conceptjaarrekening 2011 van [G] en een begroting voor 2012 toegestuurd. In dit bericht heeft betrokkene sub 2) onder meer meegedeeld dat het dieptepunt qua omzet achter de rug was en daarnaast gewezen op de eenmalig verlaagde huur en aanpassing in rentelasten en op de hogere orderportefeuille in januari 2012.

2.10 [E] heeft op verzoek van [X3] op basis van de in rechtsoverweging 2.9 bedoelde gegevens een exploitatiebegroting opgesteld voor 2012 en 2013. Klagers sub 2) hebben op voorstel van [C] voor het uit te voeren due diligence onderzoek nog een adviseur, [J] RA van [J] Corporate Strategy & Information (hierna: [J]), ingeschakeld.

2.11 Klagerster [X2] B.V. en [H] B.V. zijn op 8 maart 2012 onder meer overeengekomen dat op basis van exclusiviteit onderhandeld zal worden over de (ver)koop van de aandelen in [G] tegen een prijs van EUR 1,25 miljoen en dat met [H] B.V. een nieuwe huurovereenkomst voor het bedrijfspand zal worden gesloten voor de duur van zeven jaar. Indien geen financiering kan worden aangetrokken of het due diligence onderzoek risico's blootlegt, kan zonder kosten van het overnameplan worden afgezien.

2.12 Omdat de vraagprijs hoger lag dan het bedrag van € 500.000 dat klagers sub 2) aan liquide (privé) middelen wilden investeren, is contact gezocht met een drietal financiële instellingen (ING, ABN-AMRO en Rabobank). Op 10 april 2012 heeft ING medegedeeld dat zij de financieringsaanvraag afwijst. [I] heeft naar aanleiding van deze afwijzing aangeboden om zelf een (achtergestelde) lening te verstrekken. Op 25 april 2012 heeft de Rabobank de financieringsaanvraag van klagers afgewezen.

2.13 Op 7 juni 2012 is de koopovereenkomst met betrekking tot de aandelen van [G] gesloten. De koopprijs is daarin vastgesteld op € 700.000,--, waarvan € 200.000,-- door de koper, klaagster [X1] B.V., schuldig is gebleven en in verband waarmee [H] B.V. een achtergestelde lening aan klaagster [X1] B.V. heeft verstrekt. [H] heeft daarnaast een lening van € 250.000,-- verstrekt aan [G] voor de aflossing waarvan klagers sub 2) zich in privé borg hebben gesteld. In verband met de nieuwe huurovereenkomst tussen [H] en [G] is een bankgarantie ter hoogte van € 123.153,-- gesteld.

2.14 ABN AMRO heeft op 11 juni 2012 bericht dat zij evenmin tot financiering zal overgaan. Op dezelfde datum heeft de levering van de aandelen van [G] plaatsgevonden.

2.15 Vanwege tegenvallende resultaten is [G] op eigen aangifte eind [maand] 2013 in staat van faillissement verklaard. De curator in dit faillissement heeft niet ingestemd met een voorgenomen doorstart.

3. De klacht

3.1 Betrokkenen hebben volgens klagers de fundamentele beginselen (i) integriteit, (ii) objectiviteit, (iii) deskundigheid en zorgvuldigheid, (iv) geheimhouding en (v) professioneel gedrag van de Verordening Gedragscode RA's (hierna VGC) geschonden.

3.2 Ten grondslag aan de klacht liggen, zoals blijkt uit het klaagschrift en de ter zitting door en namens klagers gegeven toelichting, samengevat de volgende verwijten:

- De (bedreiging van een) belangentegenstelling is niet door betrokkenen onderkend. Zij hadden moeten besluiten tot ofwel (i) niet aanvaarding van de cliënt (klagers, [H] B.V. en/of [I]), ofwel (ii) niet aanvaarding van de opdracht voor advisering bij de overname van [G]. Bovendien hebben betrokkenen nagelaten waarborgen te treffen om de (bedreiging van een) belangentegenstelling weg te nemen of terug te brengen tot een aanvaardbaar niveau, terwijl zij hiertoe ingevolge de VGC verplicht waren. Vaststaat dat het kantoor van betrokkenen enerzijds de koper en anderzijds de verkoper heeft geadviseerd over de overname van [G], terwijl tussen de koper en de verkoper overduidelijk een belangentegenstelling aanwezig was. Door niettemin beide partijen te adviseren heeft "Kantoor [A]" vóór, tijdens en na de overname van [G] twee heren gediend en diensten verleend aan cliënten met tegengestelde belangen.
- Er was sprake van zelftoetsing, althans van een bedreiging van zelftoetsing door betrokkenen, omdat hun kantoor voor de overname niet alleen voor klagers maar ook voor [G], [H] B.V. en [I] werkzaamheden verrichtte op het gebied van de jaarrekening, terwijl niet valt uit te sluiten dat de medewerkers van het kantoor van betrokkenen bekend waren met geheime, gevoelige en/of financiële informatie over deze partijen en het alleszins aannemelijk is dat medewerkers van het kantoor van betrokkenen in de wandelingen, tijdens een lunchpauze of hoe dan ook informatie over de partijen hebben gedeeld met kantoorgenoten of juist bewust hebben achtergehouden. Bovendien heeft tijdens het due diligence onderzoek de ene medewerker van dat kantoor het werk van een andere medewerker van dat kantoor gecontroleerd.
- Voorts was sprake van een (bedreiging van) eigen belang van het kantoor van betrokkenen bij de overname van [G]. Dat kantoor had immers een financieel belang bij de overname van [G], te weten betaling van haar facturen alsmede het veiligstellen van toekomstige omzet.
- Ten slotte heeft betrokkene sub 1) gebruik gemaakt van de vertrouwde relatie die hij met klagers had op basis van de vriendschappelijke relatie van klagers sub 2) met be-

trokkene sub 1). Hij heeft klagers sub 2) tijdens het overnametraject meermalen gerustgesteld en de indruk gegeven dat [G] een goede aankoop was. Klagers sub 2) hebben als vrienden, maar ook als cliënten, vertrouwd en ook mogen vertrouwen op de adviezen van betrokkene sub 1). Van enige objectiviteit en onafhankelijkheid van betrokkene sub 1) als accountant is dan geen sprake.

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 van de Wet op de registeraccountants (oud, hierna: Wet RA), en sinds 1 januari 2013 op grond van 42 van de Wet op het accountantsberoep (hierna: Wab) is de (register)accountant 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 en de 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 De Accountantskamer heeft partijen ter zitting uitgenodigd zich uit te laten over de ontvankelijkheid van de klacht in het licht van het bepaalde in artikel 22 eerste lid, Wtra.

4.2.1 Van de zijde van klagers is gesteld dat zij zich eerst medio 2014 nadat zij van de curator in het faillissement van [G] een deel van de administratie hadden ontvangen en daarin een aan de directie van [G] gerichte brief van betrokkene sub 2) van 25 maart 2011 hadden aangetroffen, waarin hij (samengevat) ontwikkelingen heeft geschetst die drastische maatregelen vergden, bewust werden van het door hen gewraakte handelen en/of nalaten van betrokkenen.

4.2.2. In artikel 22, eerste lid, van de Wtra is bepaald, voor zover hier van belang, dat een ieder bij een vermoeden van handelen of nalaten als bedoeld in artikel 42, eerste lid, van de Wab door een accountant, binnen drie jaar nadat hij heeft geconstateerd of redelijkerwijs heeft kunnen constateren dat het handelen of nalaten in strijd is met het bij of krachtens de Wab bepaalde of met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep, door middel van een klaagschrift een klacht kan indienen bij de Accountantskamer.

4.2.3 Het klaagschrift is bij de Accountantskamer ingekomen op 31 augustus 2015. De Accountantskamer stelt vast dat alle klachtonderdelen betrekking hebben op handelen en/of nalaten van betrokkenen dat plaatshad voorafgaande aan of uiterlijk op 11 juni 2012, de datum waarop de levering van de aandelen van [G] aan klaagster [X1] B.V. heeft plaatsgevonden.

4.2.4 De Accountantskamer is van oordeel dat klagers de strijdigheid met (kort gezegd) de regelgeving voor accountants van het handelen en/of nalaten van betrokkenen, waarover zij klagen, (redelijkerwijs) hebben kunnen constateren vóór, dan wel (uiterlijk) op 11 juni 2012. Klagers hebben immers telkens ten tijde van dat handelen en/of nalaten dan wel zeer kort daarna daarvan kennisgenomen, althans redelijkerwijs kennis kunnen nemen. Klagers hebben daarom ook vóór of uiterlijk op 11 juni 2012 (redelijkerwijs)

kunnen constateren dat er sprake was het verlenen van diensten aan partijen met tegengestelde belangen, van (mogelijke) zelftoetsing en het (mogelijk) niet eerbiedigen van het vertrouwelijke karakter van verkregen informatie, van (mogelijk) eigen belang van het kantoor van betrokkenen en van vertrouwelijkheid. Wat dit laatste betreft, dat betrokkene sub 1) een persoonlijke band met klagers sub 2) had en daarom vertrouwelijk met hen omging, wisten zij vanzelfsprekend al voordat medewerkers van zijn kantoor (accountants) werkzaamheden voor hen en hun vennootschappen zijn gaan verrichten en voordat hij hen attendeerde op [G]. Voorts hebben klagers sub 2) ter zitting bevestigd dat zij "vanaf het begin" wisten dat de hun door betrokkene sub 1) als diens kantoorgenoot voorgestelde betrokkene sub 2) de accountant van [G] was en op enig moment daarna ook dat hij namens de verkoper van dat bedrijf de onderhandelingen ging voeren en die verkoper daarbij zou adviseren. Het feit dat betrokkenen klagers nooit schriftelijk hebben geïnformeerd over de naar hun zeggen getroffen waarborgen tegen belangenverstrengeling en zelftoetsing, tegen schending van de verplichting tot geheimhouding, tegen het laten prevaleren van het eigen belang van het kantoor en tegen vertrouwelijkheid, doet aan die eerdere wetenschap van klagers niet af. Tussen 11 juni 2012 en 31 augustus 2015 zijn meer dan drie jaren verstreken, zodat - gelet op het bepaalde in artikel 22 Wtra - de klacht in alle onderdelen niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

4.3 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.J. van Lee, voorzitter, mr. H. de Hek en mr. A.M. van Amsterdam (rechterlijke leden) en mr. drs. J.B. Backhuijs RA en D.J. ter Harmsel AA (accountantsleden), in aanwezigheid van W. Welmers, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 22 januari 2016.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is aan partijen verzonden op: _____

Ingevolge artikel 43 Wtra kan tegen deze uitspraak binnen 6 weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld door middel van het indienen van een beroepschrift bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (adres: Postbus 20021, 2500 EA Den Haag). Het beroepschrift dient te zijn ondertekend en de gronden van het beroep te bevatten.