

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 17/839 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

**BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants
(Wtra) in de zaak met nummer 17/839 Wtra AK van 23 april
2018 van**

[X1],
in persoon en namens
[X2] HOLDING B.V.,
wonende respectievelijk gevestigd te [plaats1],
KLAGERS,
raadsman: mr. R.J. Verweij,

t e g e n

[Y],
accountant-administratieconsulent,
kantoorhoudende te [plaats2],
BETROKKE NE,
raadsman: mr. O.A.M. Hijink,

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 april 2017 ingekomen klaagschrift van 6 april 2017 met bijlagen;
- het op 20 juni 2017 ingekomen verweerschrift gedateerd 21 juni 2017 met bijlagen;
- de bij brief van 21 augustus 2017 op diezelfde datum ingekomen nadere bijlagen van klagers.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld op de openbare zitting van 1 september 2017 waar zijn verschenen: [X1] (hierna ook: klager 1) of [X1] mede namens [X2] Holding B.V (hierna ook: klaagster 2), bijgestaan door mr. R.J. Verweij advocaat te Nijmegen, en betrokkene in persoon bijgestaan door mr. O.A.M. Hijink, advocaat te Arnhem.

1.3 Klagers en betrokkene hebben op genoemde zitting hun standpunten doen toelichten (aan de hand van pleitaantekeningen, die aan de Accountantskamer zijn overgelegd) en toegelicht, alsmede doen antwoorden en/of geantwoord op vragen van de Accountantskamer.

2. De vaststaande feiten

Op grond van de inhoud van de gedingstukken en aan de hand van het verhandelde op de zitting stelt de Accountantskamer het volgende vast.

2.1 Betrokkene is werkzaam voor [A] Accountants & Belastingadviseurs B.V. Hij verrichtte sinds maart 2014 werkzaamheden voor de eenmanszaak [B] van klager 1), een onderneming gericht op de ontwikkeling en verkoop van een software tool.

2.2 Voor de ontwikkeling en het onderhoud van de software tool maakte klager 1) gebruik van de diensten van software-ontwikkelaar [onderneming1]. Per e-mail van 9 mei 2014 heeft klager 1) aan [onderneming1] laten weten dat betrokkene interesse had om partner te worden in [B]. De overeenkomst tussen klager 1) en [onderneming1] is vervolgens beëindigd op 25 augustus 2014. Daarbij is overeengekomen dat klager 1) de vrijheid had de rekentool verder te ontwikkelen tegen betaling van € 18.150 (inclusief BTW).

2.3 Op 29 augustus 2014 hebben betrokkene (via zijn holdingvennootschap [A] Holding B.V.) en klager 1) (in persoon) een overeenkomst van geldlening gesloten ter financiering van deze afkoopsom. Bepalingen van die overeenkomst luiden als volgt:

“Artikel 2

De geldgever en geldnemer verklaren dat de lening is aangegaan voor de betaling van de openstaande facturen bij [onderneming1] conform bijgaande beëindigingsovereenkomst tussen [X1] en [onderneming1]. Het totaalbedrag is € 18.150, waarvan € 3.150 omzetbelasting.

(...)

Artikel 4

De rente over de geldlening is 6%. De rente wordt jaarlijks achteraf berekend en binnen een week na afloop van het kalenderjaar betaald door geldnemer. De rente over 2014 en 2015 dient in de eerste week van 2016 betaald te worden.

Artikel 5

De hoofdsom, of het restant ervan, met de alsdan verschuldigde rente en eventuele kosten, is voorts en zonder voorafgaand opzegging, ingebrekestelling of andere formaliteit terstond opeisbaar in de volgende gevallen, indien:

- (...)
- indien de geldnemer of de besloten vennootschappen waarin hij direct of indirect deelneemt zijn verplichtingen ten aanzien van alle overeenkomsten die tussen de heer [Y] en [X1] en/of besloten vennootschappen waarin zij direct of indirect deelnemen, niet nakomt.
- indien [X1] zijn managementovereenkomst opzegt.
- de vennootschappen [X2] Holding B.V. (100% eigendom van de heer [X1]), [C] Holding B.V. (100% eigendom van de heer [Y]), [D] B.V. (50% eigendom [X2] Holding B.V. en 50% eigendom [C] Holding) en [B] B.V. niet worden opgericht. Dezelfde structuur met andere vennootschapsnamen worden hieronder eveneens begrepen.
- de concept-overeenkomsten (aandeelhoudersovereenkomst, managementovereenkomst en lening overeenkomst) zoals bijgaand getekend zijn bijgevoegd in definitieve vorm worden getekend na oprichting van de eerder genoemde vennootschappen”.

2.4 In een op 29 augustus 2014 ondertekende managementovereenkomst staat dat [X2] Holding B.V. (hierna: [X2]) en [C] Holding BV (hierna: [C]) met ingang van 2 september 2014 managementdiensten zullen verlenen aan [D] B.V (hierna: [D]) en [B] B.V. (hierna: [B]), waarbij [X2] zich heeft verplicht tot een inzet van 40 uur per week en tot een inzet van acht uur per week gedurende de eerste twee jaar. Volgens deze overeenkomst was [X2] verantwoordelijk voor het onderzoek, de ontwikkeling en het onderhoud van de telecomtool en de verkoop daarvan en [C] voor de ondersteuning hiervan en voor de financiën en de fiscale advisering.

2.5 Op dezelfde datum heeft de moeder van klager 1) zich jegens betrokkene als borg voor de schuld van klager 1) verbonden.

2.6 Op advies van betrokkene zijn op 2 september 2014 verschillende besloten vennootschappen opgericht. Klager 1) en betrokkene werden ieder 100% aandeelhouder en bestuurder van een eigen houdstervenootschap, klager 1) van [X2] betrokkene van [C]. Deze vennootschappen zijn 50% aandeelhouder en bestuurder van [D], waarin de ontwikkeling van de software tool zou plaatsvinden. [B] is op haar beurt 100% aandeelhouder en bestuurder van [B], waarin de software tool zou worden geëxploiteerd.

2.7 Bij een op 2 september 2014 gesloten geldleningovereenkomst heeft betrokkene via [A] Holding een bedrag van € 66.066 geleend aan [D] voor de bouw en ontwikkeling van een software tool. In die overeenkomst is bepaald:

“Artikel 4

Tot zekerheid voor de voldoening van al hetgeen uit deze overeenkomst voortvloeit worden door geldnemer de volgende zekerheden verstrekt:

1. verpanding van vorderingen op derden, inventaris en transportmiddelen
2. een verpanding van de softwaretool

3. persoonlijke borgstelling door de heer [X1] voor 50% van de restschuld (schuld gedane aflossingen, daaronder begrepen de ontvangen boete-gelden die zijn aangemerkt als aflossing)
4. een borgstelling door [X2] Holding B.V. voor 50% van de restschuld (schuld minus gedane aflossingen, daaronder begrepen de ontvangen boete-gelden die zijn aangemerkt als aflossing)

Artikel 5

De hoofdsom, of het restant ervan, met de alsdan verschuldigde rente en eventuele kosten, is voorts en zonder voorafgaand opzegging, ingebrekestelling of andere formaliteit terstond opeisbaar in de volgende gevallen, indien:

- de rente niet uiterlijk op de vervaldatum is betaald;
- (...);
- indien de geldnemer of de besloten vennootschappen waarin hij direct of indirect deelneemt zijn verplichtingen ten aanzien van alle overeenkomsten die tussen de heer [Y] en [X1] en/of besloten vennootschappen waarin zij direct of indirect deelnemen, niet nakomt.
- indien [X1] zijn managementovereenkomst opzegt.
(...)

2.8 In de op 2 september 2014 door de holdingvennootschappen van klager en betrokkene enerzijds en [D] en [B] anderzijds gesloten participatieovereenkomst is verder onder meer een concurrentiebeding overeengekomen en overeengekomen dat betrokkene niet optreedt als openbaar accountant en klager hem daarop niet civielrechtelijk en tuchtrechtelijk kan aanspreken.

2.9 Omdat hun gezamenlijke onderneming ook na enkele jaren nog steeds verlieslatend was, heeft klager 1) aan betrokkene laten weten dat hij (deels) wilde stoppen en elders inkomsten wilde verwerven. Bij brief van 20 februari 2017 heeft zijn raadsman zich tot betrokkene gewend voor overleg over de afwikkeling van de onderneming en een minnelijke regeling over het tussen beiden gerezen civiele geschil.

2.10 Bij brief van 7 april 2017 heeft betrokkene vervolgens terugbetaling van de op grond van de overeenkomst van 29 augustus 2014 verstrekte geldlening gevorderd en, voor het geval niet binnen twee weken zou worden betaald, verdere incassomaatregelen aangekondigd. Bij brief van 21 april 2017 heeft betrokkene de moeder van klager 1) op grond van de overeenkomst van borgtocht aangesproken.

3. De klacht

3.1 Betrokkene heeft volgens klagers gehandeld in strijd met de voor hem geldende gedrags- en beroepsregels.

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

- a. betrokkene is niet onafhankelijk en objectief geweest in zijn optreden;
- b. betrokkene heeft misbruik gemaakt van zijn positie en gebruik gemaakt van de onwetende en afhankelijke positie van [X1];

- c. betrokkene heeft geen overeenkomst van opdracht met [X1] en/of diens vennootschappen of de gezamenlijke vennootschappen opgesteld terwijl betrokkene wel diensten heeft verricht;
- d. betrokkene heeft [X1] ten onrechte gedwongen om door te gaan met de onderneming door te dreigen met het vorderen van nakoming van de overeenkomsten.

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 42 van de Wet op het accountantsberoep (hierna: Wab) is de accountant ten aanzien van de uitoefening van zijn beroep onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met het bij of krachtens 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 Het handelen en/of nalaten waarop de klacht betrekking heeft moet, nu dit plaats had ná 4 januari 2014, worden getoetst aan de sindsdien geldende Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGBA).

4.3 Daarbij stelt de Accountantskamer voorop dat het in een tuchtprocedure als de onderhavige in beginsel aan klagers 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 Betrokkene heeft zich op het standpunt gesteld dat hij voor de vennootschappen niet optrad als accountant omdat zijn rol gezien vanuit zijn samenwerking met klager 1) in de vennootschappen die van financieel en fiscaal adviseur was. Dit verwijt faalt omdat voor die werkzaamheden vakbekwaamheid als accountant wordt of kan worden aangewend, waardoor verwijten dienaangaande de uitoefening van het beroep betreffen.

4.5 Volgens klagers is betrokkene in zijn optreden als accountant onafhankelijk noch objectief geweest, nu hij zich na de totstandkoming van de gezamenlijke onderneming niet heeft teruggetrokken als accountant van [X1] in privé, van [X2] en van de vennootschappen van [X1] en partijen gezamenlijk. Ten aanzien van dit, hiervoor in 3.2. onder a. geformuleerde verwijt geldt het volgende.

4.6 Ingevolge de artikelen 2 en 3 VGBA neemt een accountant de in artikel 2 van de VGBA genoemde fundamentele beginselen in acht en past hij, zoals is bepaald in artikelen 20 tot en met 22 van de VGBA en de toelichting daarop, bij het naleven daarvan professionele oordeelsvorming toe. Daarbij dient hij zich te baseren op hetgeen een objectieve, redelijke en geïnformeerde derde aanvaardbaar en toereikend acht. De accountant dient mogelijke bedreigingen voor een goede naleving van die beginselen te signaleren en zo nodig toereikende maatregelen te treffen die de bedreiging(en) wegnemen of terugbrengen tot een aanvaardbaar niveau. Onafhankelijkheid is (krachtens de VGBA) in het kader van non-assurance dienstverlening, waarvan hier sprake is, in zoverre geen (direct) vereiste.

4.7 Toen betrokkene via de vennootschappen [D] en [A], zij het indirect, met zijn cliënt [X1] ging samenwerken althans een gezamenlijke onderneming is gestart, terwijl hij ook de accountant van [X1], [X2] en de (gezamenlijke) vennootschappen bleef/werd, had hij op grond van artikel 11 VGBA en de toelichting daarop ervoor te waken dat zijn professioneel of zakelijk oordeel door de belangenverstremming die daardoor onmiskenbaar ontstond, op ongepaste wijze werd beïnvloed.

4.8 Niet aannemelijk is geworden dat betrokkene zich bij zijn afwegingen daadwerkelijk op ongepaste wijze heeft laten beïnvloeden. Op grond van de artikelen 20 tot en met 22 van de VGBA, diende hij echter wel deze bedreiging te identificeren en te beoordelen en vervolgens toereikende maatregelen te treffen om de bedreiging weg te nemen of terug te brengen naar een aanvaardbaar niveau. Indien betrokkene was gebleken dat hij het fundamentele beginsel van objectiviteit als gevolg van deze bedreiging niet kon naleven, had hij af moeten zien van het verlenen van de professionele dienst. Op grond van artikel 21 VGBA had betrokkene ten slotte zijn conclusie over een en ander vast moeten leggen.

4.9 Betrokkene heeft, naar de Accountantskamer heeft begrepen, geen bedreiging voor zijn objectiviteit gesignaleerd omdat hij in zijn optiek bij zijn werkzaamheden voor de gezamenlijke vennootschap(pen) niet is opgetreden als accountant. Betrokkene heeft betoogd dat hij in ruime mate aan alle fundamentele beginselen heeft voldaan door de afspraken op schrift te zetten en, voor het maken van de afspraken, steeds de oordeelsvorming van de objectieve en redelijke derde als uitgangspunt heeft genomen, waarbij in de feitelijke uitwerking het risico naar evenredigheid over beide partijen werd verspreid.

4.10 Dit verweer berust naar het oordeel van de Accountantskamer op een misvatting. In de eerste plaats hebben de jegens betrokkene geuite verwijten, zoals hierboven reeds is overwogen, betrekking op door betrokkene uitgevoerde werkzaamheden waarvoor vakbekwaamheid als accountant wordt of kan worden aangewend, waardoor de klachtonderdelen de uitoefening van het beroep betreffen als bedoeld in artikel 42 Wab. Dit uitgangspunt en de omstandigheid dat betrokkene samen met zijn cliënt een onderneming is gestart en vorm heeft gegeven door het oprichten van al dan niet gezamenlijke vennootschappen, noopte hem (voorafgaand daaraan) aandacht te besteden aan de daaruit voor hem voortvloeiende bedreigingen voor zijn objectiviteit bij het voortzetten van zijn werkzaamheden voor klager 1) en [X2] en bij zijn optreden als accountant voor de gezamenlijke onderneming. Gesteld noch gebleken is dat betrokkene dat heeft gedaan. De onder 4.9 door betrokkene beschreven handelwijze betreft niet dit proces van identificeren en beoordelen van bedreigingen. Evenmin vormde zijn handelwijze een afdoende waarborg tegen de ontstane bedreigingen voor zijn objectiviteit.

4.11 Nu betrokkene ten onrechte geen bedreiging voor zijn objectiviteit heeft geïdentificeerd en geen afdoende maatregel heeft getroffen, levert dat een schending van de artikel 21 en 22 VGBA op, hetgeen tevens een schending van artikel 13, eerste lid VGBA met zich brengt.

De klacht omschreven in overweging 3.2 onder a. dient dan ook in zoverre gegrond te worden verklaard.

4.12 Het verwijt in klachtonderdeel c. faalt omdat uit de geldende gedrags- en beroepsregels niet volgt dat betrokkene elke opdracht die ten grondslag ligt aan door hem uitgevoerde diensten schriftelijk dient vast te leggen. Klagers hebben niet aannemelijk gemaakt dat in dit geval deze verplichting wel op betrokkene rustte.

4.13 Klagers hebben zich in de klachtonderdelen b. en d. op het standpunt gesteld dat betrokkene misbruik van de onwetende en afhankelijke positie van klager 1) over zijn juridische, fiscale en financiële positie heeft gemaakt (sub b.) en dat betrokkene klagers onder dreiging met sancties, bestaande uit het opeisen van de verstrekte leningen, ten onrechte heeft gedwongen om voort te gaan met de onderneming. Klagers stellen in dat verband dat betrokkene bij de totstandkoming van de overeenkomsten misbruik van omstandigheden heeft gemaakt.

De Accountantskamer acht beide verwijten ongegrond. Dat betrokkene concreet misbruik heeft gemaakt van zijn positie en de gestelde onwetende en onafhankelijke positie van [X1] is niet aannemelijk geworden, zodat klachtonderdeel 3.2 onder b. ongegrond is. De tussen [X1] en betrokkene gemaakte afspraken, zoals die zijn neergelegd in het samenstel van overeenkomsten, duiden hier niet op. Hierbij is mede van belang dat klagers niet (voldoende) hebben weersproken dat de tussen partijen overeengekomen taakverdeling gebaseerd was op de verschillende professionele bagage die beiden meebrachten en dat ook betrokkene zelf een aanzienlijk financieel risico liep. Er bestaat daarom ook geen grond voor het oordeel dat betrokkene klagers niet mocht houden aan de contractueel overeengekomen verplichtingen. Gevolgtrekking uit vorenstaande is dat beide verwijten feitelijke grondslag missen en hierom ongegrond zijn.

4.15 Nu de klacht (gedeeltelijk) gegrond moet worden verklaard, kan de Accountantskamer een tuchtrechtelijke maatregel opleggen. Bij de beslissing daaromtrent houdt zij rekening met de aard en de ernst van het verzuim van betrokkene en de omstandigheden waaronder dit zich heeft voorgedaan. De Accountantskamer acht in deze klachtzaak de maatregel van waarschuwing passend en geboden. Door onvoldoende acht te slaan op de bedreigingen voor het zich houden aan de fundamentele beginselen die waren verbonden aan de samenwerking met [X1] en geen afdoende maatregel heeft getroffen, heeft betrokkene gehandeld in strijd met de artikelen 21 en 22 VGBA, hetgeen op zich ook een overtreding oplevert van het fundamentele beginsel van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid zoals bedoeld in artikel 2, sub d. van de VGBA. Anderzijds is meegewogen dat niet eerder jegens betrokkene een tuchtklacht is ingediend.

5. Beslissing

De Accountantskamer:

- verklaart klachtonderdelen b., c. en d. ongegrond;
- verklaart klachtonderdeel a. gegrond, in voege als hiervoor omschreven;
- legt ter zake aan betrokkene op de maatregel van **waarschuwing**;
- 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 door de voorzitter van de Accountantskamer, zorgen voor opname van deze tuchtrechtelijke maatregel in de registers, voor zover betrokkene daarin is of was ingeschreven;

· verstaat dat, op grond van het bepaalde in artikel 23, derde lid Wtra, betrokkene het door klagers betaalde griffierecht ten bedrage van € 70,-- (zeventig euro) aan klagers vergoedt.

Aldus beslist door mr. drs. M. Stempfer, voorzitter, mr. M.B. Werkhoven en mr. M. Aksu (rechterlijke leden) en drs. R.G. Bosman RA en E.M. van der Velden AA (accountantsleden), in aanwezigheid van mr. G.A. Genee, secretaris, en uitgesproken in het openbaar op 23 april 2018.

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.