

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 18/1300 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de zaak met nummer 18/1300 Wtra AK van 1 juli 2019 van

X B.V.,
gevestigd te [plaats1],
KLAAGSTER,
gemachtigde: [A]

t e g e n

DRS. Y,
registeraccountant,
kantoorhoudende te [plaats2],
BETROKKE NE,
gemachtigde: mr. [B]

1. Het verloop van de procedure

1.1 De Accountantskamer heeft kennisgenomen van de aan partijen bekende stukken van het dossier in deze zaak, waaronder:

- het op 30 juli 2018 ingekomen klaagschrift van 27 juli 2018 met bijlagen;
- de op 30 juli 2018 ontvangen e-mail van klaagster met bijlagen;
- de op 13 september 2018 ingekomen brief van 12 september 2018 van klaagster;
- het op 5 oktober 2018 ingekomen verweerschrift.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 11 januari 2019 waar zijn verschenen: namens klaagster [A], vergezeld door [C] en betrokkene, bijgestaan door mr. [B].

1.3 Klaagster en betrokkene hebben op genoemde zitting hun standpunten (aan de hand van pleitaantekeningen, die aan de Accountantskamer zijn overgelegd) toegelicht, en 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 ter zitting stelt de Accountantskamer het volgende vast.

2.1 Betrokkene is sinds [datum] ingeschreven als registeraccountant in het register van (thans) de Nba.

2.2 [BV1] (verder: [BV1]) houdt de aandelen van [BV2] (verder: [BV2]) en [BV3] (verder: [BV3]).

2.3 [BV2] exploiteert het [hotel1] in [plaats3] (verder: [hotel1]). [BV3] exploiteerde restaurant [restaurant1] in [plaats4] (verder: [restaurant1]). [BV3] is op [datum] in staat van faillissement verklaard.

2.4 Klaagster heeft het pand in [plaats4], waarin [restaurant1] was gevestigd, sinds 25 januari 2008 aan [BV1] verhuurd. Eind 2012 had [BV1] aan klaagster een huurschuld van circa € 77.000,--. Die schuld is in 2013 met € 40.000,-- toegenomen.

2.5 De aandeelhouders van [BV1] zijn [BV4] (verder: [BV4]) voor 70,8%, [BV5] (verder: [BV5]) voor 20,35 % en mevrouw [D] (verder: [D]) voor 8,85 %.

2.6 De heer [E] (verder: [E]) is enig aandeelhouder van [BV4] en bestuurder van [BV1].

2.7 Het bestuur van [BV1] heeft in 2013 of 2014 een tussen [BV1] en [BV2] gesloten pachtovereenkomst omgezet in een huurovereenkomst. Dat leverde een positieve bijdrage van € 200.000,-- op aan het bedrijfsresultaat van [BV2].

2.8 Tijdens de aandeelhoudersvergaderingen van 19 juni 2014 en 1 juli 2014 hebben de aandeelhouders van [BV1] besloten tot een dividenduitkering van € 200.000,-- en een herstructurering van de organisatiestructuur. Aan deze besluiten liggen balans- en uitkeringstesten ex artikel 2:216 Burgerlijk Wetboek ten grondslag. Voorafgaande aan de vergaderingen hebben het bestuur en de aandeelhouders overleg gehad met [accountantskantoor1] (verder: [accountantskantoor1]).

2.9 In het kader van de herstructurering zijn de aandelen van [BV2] door [BV1] verkocht aan haar aandeelhouders. De betaling van de koopsom van de aandelen vond plaats door verrekening met de uitkering van het dividend van € 200.000,-- aan de aandeelhouders van [BV1].

Na de herstructurering bleef [BV3] als enige deelneming achter bij [BV1].

2.10 [BV1] is op [datum] in staat van faillissement verklaard. Op 12 juni 2017 heeft de curator in het faillissement van [BV1] [E], [D], [BV4] en [BV5] gedagvaard en, onder andere wegens paulianeus handelen en ongerechtvaardigde verrijking, aansprakelijk gesteld. Bij de dagvaarding die de curator heeft uitgebracht bevond zich als productie

een partijdeskundigenrapport van [accountantskantoor2] (verder: het [accountantskantoor2] Rapport).

2.11 [BV4] en [E] hebben betrokkene, optredend namens [F], naar aanleiding van de dagvaarding van de curator en het daarbij overgelegde [accountantskantoor2] Rapport, gevraagd om hen te ondersteunen en te adviseren in de procedure die door de curator van [BV1] tegen hen was aangespannen. Betrokkene heeft ten behoeve van die opdracht, in de lijn van het [accountantskantoor2] Rapport, vier onderzoeksvragen geformuleerd en aan de hand daarvan een rapport (het [F] Rapport) inzake de door [BV1] gedane dividenduitkering opgesteld. In het [F] Rapport komt op bladzijden 8 en 9 de volgende passage voor:

“Er waren op het moment van de uitkeringstoets en het uitkeren van het dividend geen gebeurtenissen of omstandigheden die aanleiding gaven tot twijfel over het voortbestaan van de onderneming. Er was geen sprake van (zicht op) aanzienlijke verliezen, problemen met het betalen van crediteuren en/of het verlies van een belangrijke cliënt. Hieruit volgt dat er geen aanleiding was de door de Av voorgestelde dividenduitkering van € 200.000,- te blokkeren.”

2.12 De vier door betrokkene in haar rapport geformuleerde onderzoeksvragen luiden als volgt:

1. Wat was de ruimte voor uitkering van dividend op basis van de balanstest (uitgaande van de laatst vastgestelde balans)?
2. Was deze ruimte voldoende voor de uitkering die is gedaan op 14/7/2014, rekening houdend met de omstandigheden van het geval?
3. Bestaan er aanwijzingen waaruit blijkt dat de dividenduitkering op basis van de uitslag van de uitkeringstoets niet had mogen worden gedaan?
4. Is voor (de aandelen van) [BV2] een ongebruikelijke waarderingmethode toegepast, rekening houdend met de aard en omvang van de onderneming?

2.13 Klaagster heeft [BV4], [E], [BV5] en [D] (verder: [BV4] c.s.) gedagvaard voor de rechtbank [plaats1] in het kader van een geschil over een ingeroepen bankgarantie. Bij vonnis van 13 maart 2017 heeft de rechtbank [plaats1] klaagster in het gelijk gesteld en gedaagden veroordeeld tot betaling.

Gedaagden in eerste aanleg hebben tegen het vonnis van 13 maart 2017 hoger beroep ingesteld. In die procedure is het [F] Rapport door appellanten ingebracht.

2.14 Klaagster heeft aan [BV6] (verder [BV6]) opdracht gegeven om zich uit te laten over het [F] Rapport. Op 20 februari 2018 heeft [BV6] haar rapport (verder: [BV6] Rapport) aan klaagster ter beschikking gesteld.

2.15 Toen betrokkene het [F] Rapport heeft opgesteld was zij niet op de hoogte van het bestaan van de procedure tussen klaagster en [BV4] c.s. Zij raakte daarvan pas op de hoogte toen de onderhavige klacht tegen haar werd ingediend. Betrokkene heeft nooit toestemming verleend voor het inbrengen van het [F] Rapport in die procedure. Korte tijd nadat de klacht was ingediend heeft betrokkene:

- a) zowel haar cliënte als diens raadsman aangesproken op het feit dat het [F] Rapport zonder haar toestemming in die procedure was ingebracht;
- b) de raadsman van haar cliënte verzocht om het rapport in die procedure in te trekken;

c) [G], de moeder van klagster, op de hoogte gesteld van het feit dat zij geen toestemming heeft gegeven om het [F] Rapport in die procedure in te brengen.

2.16 In het [BV6] Rapport komt op bladzijde 75 de volgende passage voor: "Het niet schetsen en toelichtingen van de bovenstaande onderwerpen leidt volgens ons tot een onvolledig en onjuist beeld van het relevante feitencomplex, waardoor geen recht wordt gedaan aan de belangen van andere belanghebbenden en de rechter onvolledig en onjuist wordt geïnformeerd. Het geven van een onvolledig en onjuist beeld van het relevante feitencomplex is in strijd met de fundamentele en professionele beginselen voor accountants en gerechtelijk deskundigen."

3. De klacht

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

3.2 De klacht bestaat, zoals blijkt uit klaagschrift en de daarop door en namens klagster gegeven toelichting, zakelijk weergegeven, uit de volgende klachtonderdelen:

- a. in het [F] Rapport is niet onderkend dat aan de besluitvorming van het bestuur en de aandeelhouders van [BV1] met betrekking tot de dividenduitkering onjuiste en onvolledige feiten ten grondslag hebben gelegen. Het rapport is daarom onvolkomen, ondeugdelijk en misleidend. Door het rapport op die wijze op te stellen heeft betrokkene gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel van professionaliteit;
- b. betrokkene heeft bij het uitbrengen van het rapport geen professioneel kritische houding aangenomen. Betrokkene heeft daardoor gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel van vakbekwaamheid;
- c. betrokkene heeft in haar rapport verschillende onderwerpen onvolledig en onjuist beschreven ten gevolge waarvan de kwaliteit van het [F] Rapport niet is gewaarborgd. Betrokkene heeft daarmee gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel van zorgvuldigheid;
- d. betrokkene heeft niet voorkomen dat het [F] Rapport is ingebracht in een juridische procedure tussen enerzijds de [E], [BV4], [BV5] en [D] en anderzijds klagster.

3.3 Wat door/namens klagster bij de mondelinge behandeling als nieuwe standpunten naar voren is gebracht, is door de Accountantskamer niet opgevat als nieuwe klachtonderdelen (waarvan de inbreng op een dergelijk laat tijdstip overigens ook in strijd zou zijn met de beginselen van een behoorlijke procesorde) doch - voor zover het daartoe kan dienen - als een ondersteuning van de betwisting van het gestelde in de door/namens betrokkene gegeven weerspreking van de klacht.

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 plaatshad 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 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 accountant tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld.

Ontvankelijkheid

4.4 Betrokkene heeft aangevoerd dat klaagster in haar klacht niet ontvankelijk is. Ter onderbouwing van haar stelling heeft zij, zakelijk weergegeven, het volgende aangevoerd.

De klacht ziet niet op enig rechtstreeks handelen van betrokkene jegens klaagster. Verder is betrokkene in de procedure tussen klaagster en [BV4] niet opgetreden als partijdeskundige of gerechtelijk deskundige.

4.5 Uit artikel 22, eerste lid, Wtra volgt dat *een ieder* bij een vermoeden van handelen of nalaten als bedoeld in artikel 42, eerste lid van de Wet op het accountantsberoep (verder: Wab) door een accountant dat in strijd is met het bij of krachtens de Wet op het accountantsberoep bepaalde of met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep, een klacht kan indienen bij de Accountantskamer.

Er hoeft derhalve voor de ontvankelijkheid van een klacht geen rechtstreeks verband te bestaan tussen het handelen van de accountant en de klager en evenmin is daarvoor van belang of de accountant al dan niet als partijdeskundige of gerechtelijk deskundige is opgetreden.

Het beroep op de niet-ontvankelijkheid van de klacht dient derhalve te worden verworpen.

klachtonderdeel 3.2 onder a. (Het rapport is onvolkomen, ondeugdelijk en misleidend)

4.6 Klaagster heeft dit klachtonderdeel, zakelijk weergegeven, als volgt onderbouwd. Betrokkene is voorbij gegaan aan de aard van de samenstellingsverklaring die is afgegeven bij de jaarrekeningen van [BV1]. Bij de uitvoering van een samenstellingsopdracht is niet vereist dat de nauwkeurigheid of de volledigheid van de door het management verschaft informatie voor het samenstellen wordt geverifieerd of dat anderszins onderbouwende informatie wordt verzameld om een controleoordeel of een beoordelingsconclusie over het opstellen van de historische financiële informatie tot uitdrukking te brengen. Betrokkene heeft in haar onderzoek de beperkte waarde van een samenstellingsverklaring met betrekking tot de betrouwbaarheid van de financiële informatie in de jaarrekeningen van [BV1] niet onderkend en deze status en de daarmee samenhangende beperking niet in het [F] Rapport tot uitdrukking gebracht.

Verder heeft betrokkene niet onderkend dat aan de besluiten van het bestuur en de vergadering van aandeelhouders van [BV1] onjuiste en onvolledige documenten ten grondslag liggen.

Bovendien heeft betrokkene in het kader van haar opdracht het belang van betrouwbare onderzoeksgegevens miskend door in haar onderzoek en haar rapport geen aandacht te schenken aan de betrouwbaarheid van de haar ter beschikking staande gegevens

en de reikwijdte van de werkzaamheden van [accountantskantoor1] met betrekking tot de door betrokkene gebruikte gegevens.

Ten gevolge van deze tekortkomingen van betrokkene is geen recht gedaan aan de belangen van andere belanghebbenden en is de rechter onvolledig en onjuist geïnformeerd.

4.7 De opdracht aan betrokkene was om [BV4] en [E] te ondersteunen en te adviseren in de procedure die door de curator van [BV1] tegen hen was aangespannen. Dat heeft betrokkene gedaan aan de hand van de door haar op bladzijde 4 van het [F] Rapport weergegeven onderzoeksvragen. Klaagster heeft niet geklaagd over de inhoud van de vier door betrokkene aan de orde gestelde onderzoeksvragen, zodat de Accountantskamer ervan uit gaat dat betrokkene voor wat betreft de omvang van haar opdracht van die vragen uit mocht gaan.

4.8 Klaagster heeft gesteld dat betrokkene voorbij is gegaan aan de aard van de samenstellingsverklaring die bij de relevante jaarrekeningen van [BV1] is afgegeven. Voor zover klaagster daarmee heeft bedoeld te stellen dat betrokkene de juistheid van de diverse posten van de jaarrekeningen had moeten controleren, overweegt de Accountantskamer dat dit in het kader van de opdracht die betrokkene heeft gekregen en de onderzoeksvragen die zij heeft geformuleerd, niet op de weg van betrokkene lag. Meer in het bijzonder kon van betrokkene niet worden verwacht dat zij bij het uitbrengen van haar rapport het bestaan en de hoogte van de achterstallig huurschuld van [BV1] aan klaagster zou hebben betrokken. Het bestaan van die schuld is immers, zoals door klaagster zelf is gesteld, niet of onvolledig weergegeven in de financiële overzichten van [BV1] met betrekking tot 2014 en de jaren daarvoor. Betrokkene kon derhalve geen vermoeden hebben van het bestaan van die schuld, zodat er in het kader van haar opdracht ook geen aanleiding bestond om daar onderzoek naar te doen. Voor zover klaagster bedoeld heeft dat klaagster de beperkte toegevoegde waarde van een samenstellingsverklaring niet zou hebben onderkend en dat zij verzuimd zou hebben om daar in het [F] Rapport uitdrukking aan te geven, overweegt de Accountantskamer als volgt. Op de tweede bladzijde van het [F] Rapport komt in paragraaf 1.2 de volgende passage voor:

“De werkzaamheden in het kader van deze opdracht zijn uitgevoerd door een registeraccountant. De aard van de werkzaamheden in deze opdracht houdt in dat door deze registeraccountant géén accountantscontrole in de zin van artikel 2:393 BW is uitgevoerd ten aanzien van het aan hem/haar verstrekte cijfermateriaal en overige informatie. Derhalve kan geen zekerheid worden verstrekt omtrent de getrouwheid en volledigheid van de aan de registeraccountant verstrekte en in deze opdracht gebruikte informatie. Evenmin is een aan controle verwante opdracht uitgevoerd.”

Uit deze passage blijkt naar het oordeel van de Accountantskamer dat betrokkene zeker wel oog heeft gehad voor de beperkte toegevoegde waarde van een samenstellingsverklaring en heeft zij de lezer van haar rapport er ondubbelzinnig op gewezen dat aan het door haar verrichte onderzoek geen door haar gecontroleerde jaarrekeningen ten grondslag liggen.

Tenslotte heeft klaagster betrokkene, met een verwijzing naar de in het klaagschrift onder 38. sub a. tot en met d. genoemde punten, verweten dat zij niet heeft onderkend dat aan de besluitvorming van het bestuur en de vergadering van aandeelhouders van [BV1] onjuiste en onvolledige documenten ten grondslag hebben gelegen.

Klaagster heeft evenwel niet concreet gemaakt welke documenten het betreft en op welke onderdelen die documenten onjuist zouden zijn, zodat het verwijt in die zin onvoldoende is onderbouwd. Verder heeft betrokkene onweersproken aangevoerd dat de in het klaagschrift onder 38. sub a. tot en met d. genoemde punten, geen punten van discussie waren in de procedure tussen de curator van [BV1] en [BV4] en dat haar rapport niet meer en niet minder is dan een reactie op het door de curator in die procedure in het geding gebrachte rapport van [accountantskantoor2].

Gelet op het vorenstaande is de Accountantskamer van oordeel dat dit klachtonderdeel ongegrond is.

klachtonderdeel 3.2 onder b. (geen professioneel kritische houding)

4.9 Klaagster heeft, zakelijk weergegeven, gesteld dat betrokkene in het [F] Rapport de door klaagster in haar klaagschrift onder 50. genoemde onderwerpen onvolledig en onjuist heeft beschreven.

4.10 Klaagster heeft onder 50. van haar klaagschrift volstaan met het opsommen van uitgangspunten en feiten en omstandigheden waarvan zij vindt dat betrokkene daaraan ten onrechte in het [F] Rapport geen aandacht heeft geschonken. Klaagster stelt echter niet waarom en op welke wijze aan deze onderwerpen door betrokkene in haar rapport aandacht zou moeten zijn gegeven. In verband daarmee is de Accountantskamer van oordeel dat klaagster dit klachtonderdeel onvoldoende heeft onderbouwd, zodat het ongegrond is.

klachtonderdeel 3.2 onder c. ([F] Rapport is onvolledig en onjuist)

4.11 Klaagster heeft, zakelijk weergegeven, gesteld dat uit hoofdstuk 5 van het [BV6] Rapport blijkt dat betrokkene in het [F] Rapport de door klaagster in haar klaagschrift onder 59. genoemde onderwerpen onvolledig en onjuist heeft beschreven.

4.12 Klaagster heeft onder 59. van haar klaagschrift volstaan met het opsommen van onderwerpen waarvan zij vindt dat deze door betrokkene onvolledig en onjuist zijn beschreven. Klaagster stelt echter niet op welke punten deze onderwerpen onvolledig en onjuist zouden zijn beschreven. In verband daarmee is de Accountantskamer van oordeel dat klaagster dit klachtonderdeel onvoldoende heeft onderbouwd, zodat het ongegrond is.

klachtonderdeel 3.2 onder d. ([F] Rapport is ingebracht in een andere juridische procedure)

4.13 Op bladzijde 4 van het [F] Rapport is de volgende passage opgenomen:

“ Gelet op het vorenstaande is het doel van dit rapport [E] / [BV4] te ondersteunen in de procedure die door de curator van [BV1] tegen (onder andere) hem is aangespannen.”

Op bladzijde 5 van het [F] Rapport is de volgende passage opgenomen:

“ Het rapport met betrekking tot deze opdracht is bedoeld voor een beperkte kring van gebruikers, te weten [E] en haar (juridische) adviseur(s). Het is niet toegestaan het rapport zonder schriftelijke toestemming van [F] vooraf buiten de bovengenoemde kring van gebruikers te verspreiden of te gebruiken.”

In het [F] Rapport zelf is daarmee naar het oordeel van de Accountantskamer voldoende duidelijk vastgelegd dat dit rapport uitsluitend bedoeld was voor de procedure tussen de curator van [BV1] en [BV4] c.s.

4.14 Toen betrokkene duidelijk was geworden dat het [F] Rapport desondanks in de procedure tussen klaagster en [BV4] c.s. was ingebracht, heeft zij gehandeld zoals hierboven in rechtsoverweging 2.15 onder a) tot en met c) is omschreven. Klaagster heeft niet gesteld wat betrokkene in haar ogen meer of anders had kunnen of moeten doen dan zij heeft gedaan toen zij bekend werd met het feit dat het [F] Rapport in de procedure tussen klaagster en [BV4] c.s. was ingebracht, terwijl de Accountantskamer van oordeel is dat betrokkene in de vaststaande omstandigheden van het geval ter zake adequaat heeft gehandeld.

4.15 Gelet op het vorenstaande is de Accountantskamer van oordeel dat betrokkene met betrekking tot het feit dat het [F] Rapport in de procedure tussen klaagster en [BV4] c.s. is ingebracht, niets te verwijten valt, zodat ook dit klachtonderdeel ongegrond is.

5. Conclusie

5.1 Geen van de door klaagster aangevoerde klachtonderdelen treft doel, zodat de klacht ongegrond dient te worden verklaard.

6. Beslissing

De Accountantskamer:

- verklaart de klacht ongegrond.

Aldus beslist door mr. M.B. Werkhoven, voorzitter, mr. C.H. de Haan en mr. A.A.J. Lemain (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 1 juli 2019.

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 de gronden van het beroep te bevatten en te zijn ondertekend.