

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 20/1563 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

UITSPRAAK van 30 april 2021 op grond van artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de op 17 augustus 2020 ontvangen klacht met nummer 20/1563 Wtra AK van

STICHTING X

gevestigd te [plaats1]

KLAAGSTER

advocaat: mr. E.A.H. van den Bogaard te Kampen

t e g e n

Y

accountant-administratieconsulent

kantoorhoudende te [plaats2]

BETROKKE NE

1. De procedure

1.1. De Accountantskamer heeft kennisgenomen van de volgende stukken:

- het klaagschrift met bijlagen
- de op de zitting door betrokkene overgelegde pleitaantekeningen.

1.2. De klacht is behandeld op de openbare zitting van 15 januari 2021. Klaagster (hierna ook: [X]) is verschenen door haar vertegenwoordiger [A], die werd bijgestaan door haar advocaat. Betrokkene is ook verschenen.

1.3. De Accountantskamer heeft ambtshalve kennis genomen van haar beslissing van

14 december 2012 in de zaak met nummer 12/486 Wtra AK en de beslissing van het CBb op het daartegen ingestelde hoger beroep van 16 april 2015, haar beslissing van

27 januari 2014 in de klachtzaak met nummer 13/1725 Wtra AK en de beslissing van het CBB op het daartegen ingestelde hoger beroep van 17 december 2015 en haar beslissing van 7 augustus 2020 in de klachtzaak met nummer 19/2351 Wtra/AK[1] .

2. De feiten

2.1. Betrokkene is de oprichter, leidinggevende en grootaandeelhouder van het [accountantskantoor1] en hij is sinds [datum] ingeschreven in het accountantsregister van de NBA. Hij verrichtte werkzaamheden voor [BV1] (hierna: [BV1]). De statutaire naam van die vennootschap was vanaf 12 december 2017 [BV2] (verder: [BV2]). [BV2] handelde onder de naam [BV1]. Haar directeur is [B] (hierna: [B]). [B] is eigenaar en aandeelhouder van [BV3] en deze vennootschap was aandeelhouder van [BV1].

2.2. Klaagster voorziet in sociale werkvoorziening in [plaats1]. Zij heeft sinds 1 april 2012 personeel gedetacheerd bij [BV1]. Ook heeft klagster een deel van een productiehal waarover zij beschikt, aan [BV1] verhuurd.

2.3. Omdat [BV1] facturen van klagster voor de detachering en huur niet betaalde is een betalingsachterstand ontstaan. [BV1], die toen al [BV2] heette, is in verband daarmee bij vonnis van 17 oktober 2018 veroordeeld tot het betalen van € 96.158,33 aan klagster. [BV2] is per 28 augustus 2018 ontbonden en bood geen verhaal. De onderneming van [BV2] is voortgezet door [BV4] (hierna [BV4]). De levenspartner van [B] ([C]) is via [BV5] eigenaar van [BV4].

2.4. Klaagster heeft vervolgens een procedure geëntameerd bij de rechtbank Gelderland. Gedaagden in die procedure waren [B], [C], [BV3] en [BV4] (verder: [B,C,BV3,BV4]).

2.5. Tijdens die procedure is gebleken dat in verband met een betalingsachterstand van [BV1] op facturen van [accountantskantoor1] op 6 november 2017 tussen [BV1], betrokkene en [accountantskantoor1], die daarbij door betrokkene werd vertegenwoordigd, een sale-and-lease-backovereenkomst is gesloten waarbij de volledige inventaris van [BV1] werd verkocht. Het grootste deel van de koopsom van € 26.750, bestaande uit 12 maandelijkse leasetermijnen van € 2.200 en een slottermijn van € 350, is daarbij op de betalingsachterstand van € 26.228 bij [accountantskantoor1] in mindering gebracht.

2.6. De rechtbank Gelderland heeft gedaagden in een tussenvonnis van [datum] in de rechtsoverwegingen 4.10 en 4.11 opgedragen om zich uit te laten over de verkoopopbrengst van de inventaris en over de vraag hoe de opbrengst in de jaarrekening is verwerkt.

2.7. In een brief van 7 november 2019 aan (de advocaat van [B] c.s) mr. [D] heeft betrokkene naar aanleiding van een in dat tussenvonnis in de rechtsoverwegingen 4.10 en 4.11 gegeven opdracht, verklaard:

“4.10

M.b.t de jaarrekeningen kan ik kort zijn. Op 6 november 2017 had [BV1] bij [accountantskantoor1] een betalingsachterstand die middels een 3-partijenovereenkomst voldaan is doordat er een sale and lease back constructie was gemaakt waarbij Iceberg haar volledige inventaris verkocht, de achterstand bij [accountantskantoor1] was inge-

lopen en [BV1] een leaseovereenkomst sloot om de inventaris terug te leasen. Helaas liepen de betalingsachterstanden daarna, o.a. ook bij [accountantskantoor1] weer op en zijn er geen volledige jaarrekeningen meer opgesteld, doch is volstaan met het opstellen van balansposities en verkorte jaarrekeningen. Er was geen geld beschikbaar om volledige jaarrekeningen samen te stellen. Bij liquidatie van [BV1] bedroeg de vordering van [accountantskantoor1] € 15.780.17. [X] was op dat moment niet de enige schuldeiser die nog iets te vorderen had.

(.....)

4.11

Zoals hiervoor reeds is opgemerkt besloot [accountantskantoor1] in 2017 haar werkzaamheden op te schorten en heeft zij haar werkzaamheden na het sluiten van een sale and lease backovereenkomst haar werkzaamheden hervat. De boekwaarde van de inventaris was bij het sluiten van de sale and lease back overeenkomst ultimo 2017 ca € 15.000. Zoals hiervoor reeds is uiteengezet was er een forse betalingsachterstand, deze achterstand bedroeg op dat moment € 26.228. De verkoopopbrengst is in de administratie in mindering gebracht op de betalingsachterstanden (...).

2.8. In het vonnis van [datum] van de rechtbank Gelderland in het civiele geding tussen klaagster en [B] c.s. is overwogen:

“2. **De verdere beoordeling**

Verkoop opbrengst inventaris

2. 11. [B,C,BV3,BV4] is opgedragen om zich uit te laten over de verkoopopbrengst van de inventaris en hoe deze in de jaarrekening is verwerkt. [B,C,BV3,BV4] heeft enkel verwezen naar wat [Y] daarover heeft opgemerkt in zijn brief van 7 november 2019 aan mr. [D] (productie 3 bij akte). Hierin heeft [Y] op papier van [accountantskantoor1] het volgende verklaard: “ *Op 6 november 2017 had [BV1] bij [accountantskantoor1] een betalingsachterstand die middels een 3-partijenovereenkomst voldaan is doordat er een sale and lease back constructie was gemaakt waarbij [BV1] haar volledige inventaris verkocht, de achterstand bij [accountantskantoor1] was ingelopen en [BV1] een leaseovereenkomst sloot om de inventaris terug te leasen. (...)* “. In dezelfde toelichting heeft [Y] verklaard dat de post immateriële activa een softwareprogramma betrof dat in 2017 volledig was afgeschreven, niet meer werd gebruikt en niet overdraagbaar was aan derden. Vandaar dat daaraan geen waarde meer is toegekend, aldus [Y].

2.13. Uit de toelichting van [Y] blijkt dat de inventaris begin november 2017 is verkocht om de betalingsachterstand bij [accountantskantoor1] te voldoen. De hoogte van de

betalingsachterstand op het moment van de sale en lease back constructie bedroeg € 26.228,00. De boekwaarde zou volgens hem eind 2017 ca. € 15.000,00 zijn. Er is geen

bewijsstuk overgelegd van het “sales-deel” van de constructie, zodat niet bekend is voor

welk bedrag de inventaris te gelde is gemaakt. Uit het bankafschrift, dat als productie 1 bij

akte van 13 november 2019 is overgelegd, blijkt dat op 17 juli 2018 de leasesom van € 2.200,00 is overgemaakt aan [BV6], een vennootschap gevestigd op het adres van [Y]. Hoe de verkoop(opbrengst) in de jaarrekening is verantwoord kan niet

worden nagegaan, omdat de jaarrekening van 2017 ontbreekt. Hoewel daarnaar uitdrukkelijk is gevraagd, heeft [B,C,BV3,BV4] zich over de verkoopopbrengst niet uitgelaten.

Met [X] wordt geoordeeld dat [accountantskantoor1] in de persoon van [Y] zich in de wetenschap van (de omvang van) de vordering van [X] selectief heeft laten betalen. Ook [BV1] wist dat door verkoop van de inventaris een vermogensbestanddeel aan de vennootschap werd onttrokken waarop [X] zich niet meer zou kunnen verhalen. [X] kan daarom op grond van artikel 3:45 lid 2 BW een beroep doen op vernietiging jegens [BV1] van de sale en lease back constructie met [Y], zodat de waarde van de inventaris als bate beschouwd wordt. De rechtbank gaat voorbij aan de door [Y] gestelde boekwaarde van € 15.000,00, omdat hiervan niet blijkt uit de jaarrekening over 2017, en zal daarom de boekwaarde van 2016

van € 26.575 aanhouden. Deze komt ook dicht in de buurt van de op dat moment bestaande betalingsachterstand van € 26.228,00 die via de sale en lease back constructie is voldaan”.

3. De klacht

3.1. Betrokkene heeft volgens klaagster gehandeld in strijd met de voor hem geldende gedrags- en beroepsregels. Klaagster verwijt betrokkene dat hij:

- a. als schuldeiser, vanwege onbetaald gebleven facturen, een sale-and-lease-backconstructie heeft toegepast waardoor hij zichzelf ten opzichte van andere schuldeisers in een bevoorrechte positie heeft gebracht;
- b. zich ongepast en onwaardig heeft opgesteld door klaagster te verzoeken de schuld weg te strepen omdat het slechts om gemeenschapsgeld ging;
- c. ten voordele van zichzelf zijn positie als accountant heeft misbruikt met een paulianeuze constructie.

4. De beoordeling

4.1. Het handelen en/of nalaten waarop de klacht betrekking heeft moet worden getoetst aan de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGBA).

4.2. De Accountantskamer ziet aanleiding klachtonderdelen a. en c vanwege hun onderlinge samenhang gezamenlijk te behandelen en overweegt het volgende.

4.3. De klacht houdt in dat betrokkene betaling van facturen van zijn accountantskantoor heeft laten plaatsvinden door middel van een sale-and-lease-backovereenkomst waardoor de gehele inventaris van [BV1] uit het vermogen van de vennootschap is geraakt en andere schuldeisers zijn benadeeld.

4.4. Betrokkene heeft niet betwist dat hij de betalingsachterstand van [BV1] bij [accountantskantoor1] ten bedrage van € 26.228,00 heeft teruggebracht door verrekening van de openstaande facturen van [BV1] bij [accountantskantoor1] met de koopprijs van de inventaris van [BV1], die hij op 6 november 2017 heeft gekocht.

4.5. Het is op zichzelf toelaatbaar dat een accountant uit zakelijke motieven de in het economische verkeer daartoe ten dienste staande juridische middelen gebruikt om betaling te waarborgen van vorderingen van het kantoor waaraan hij is verbonden op een cliënt van dat kantoor. Daarbij dient de accountant er evenwel op toe te zien dat het door hem gebruikte middel zodanig kan plaatsvinden en ook plaatsvindt dat de voor hem geldende gedragsnormen worden gerespecteerd. Er zijn immers omstandigheden denkbaar die ertoe kunnen leiden dat het hanteren van een verrekeningsconstructie, zoals hier aan de orde is, als tuchtrechtelijk verwijtbaar moet worden gekwalificeerd. In het bijzonder kan dan worden gedacht aan een situatie waarin voorzienbaar is dat een debiteur-opdrachtgever niet in staat zal zijn om al zijn schuldeisers te voldoen. Gelet op de voor hem geldende gedragsnormen mag van een accountant worden verlangd dat hij, voordat hij een verrekeningsconstructie als de onderhavige aangaat, zich ervan vergewist dat een dergelijke situatie zich niet voordoet.[2] Door een verrekeningsconstructie zoals hier aan de orde zou de accountant in zijn hoedanigheid van schuldeiser, in het geval van daadwerkelijke betalingsonmacht immers een bevoorrechte positie innemen ten opzichte van de overige schuldeisers doordat zijn facturen reeds door verrekening zijn voldaan.

4.6. Vaststaat dat door de sale-and-lease-backconstructie een vermogensbestanddeel aan de vennootschap is onttrokken waarop andere schuldeisers van [BV1] zich niet meer konden verhalen.

4.7. Uit het dossier en het verhandelde op de zitting blijkt dat ten tijde van het sluiten van de sale-and-lease-backovereenkomst betrokkene ervan op de hoogte was dat er meer schuldeisers waren naast [accountantskantoor1]. Als accountant had hij inzicht in de financiële situatie van [BV1] zoals hierna blijkt. Op de zitting heeft betrokkene naar voren gebracht dat de huurschuld van [BV1] aan klaagster in 2015/2016 fors was opgelopen en bij [BV1] met enige regelmaat onvoldoende liquiditeit aanwezig was om belastingen te voldoen. Ook werd volgens hem betalingsonmacht gemeld. Omdat klaagster afspraken niet nakwam was [BV1] volgens betrokkene in 2015/2016 een verlieslatende onderneming geworden. Voorts heeft rechtbank Gelderland in het vonnis van [datum] in overweging 2.13 geoordeeld dat [accountantskantoor1], in de persoon van betrokkene, zich in de wetenschap van de (omvang) van de vordering van klaagster selectief heeft laten betalen waardoor een beroep op vernietiging van de sale-and-lease-backovereenkomst kon worden gedaan.

4.8. Gelet op deze feiten en omstandigheden is voldoende aannemelijk geworden dat betrokkene toen hij de sale-and-lease-backovereenkomst met [BV1] aanging, wist dat er een aanzienlijke kans was dat [BV1] niet in staat zou zijn al haar schuldeisers te voldoen, en dat hij door deze constructie ten opzichte van overige schuldeisers van [BV1] een bevoorrechte positie zou innemen. Onder die omstandigheden had hij de onderhavige verrekeningsconstructie niet mogen aangaan. Door dit toch te doen heeft hij misbruik gemaakt van zijn positie als accountant en gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel van integriteit.

De klachtonderdelen a. en c. zijn derhalve gegrond

4.9. In klachtonderdeel b. verwijt klaagster betrokkene dat hij zich ongepast en onwaardig heeft opgesteld door de directeur van klaagster in een gesprek dat heeft plaatsgevonden op 29 maart 2018 te verzoeken de schuld weg te strepen omdat het

slechts om gemeenschapsgeld ging waar niemand moeilijk over zou doen. Betrokkene heeft betwist dat hij dit voorstel aan klagster heeft gedaan.

De Accountantskamer kan niet vaststellen of het verwijt terecht is. Dit oordeel berust niet op het uitgangspunt dat het woord van klagster minder geloof verdient dan het woord van betrokkene, maar op de omstandigheid dat voor het oordeel of een bepaalde verweten gedraging tuchtrechtelijk verwijtbaar is, eerst voldoende aannemelijk gemaakt moet worden dat die gedraging heeft plaatsgevonden. In dit geval is dat evenwel niet mogelijk, omdat klagster en betrokkene elkaar tegenspreken en stukken ontbreken die het standpunt van klagster ondersteunen. De juistheid van het verwijt heeft klagster dus niet aannemelijk gemaakt. Klachtonderdeel b. is ongegrond.

5. De maatregel

5.1. Omdat de klacht (gedeeltelijk) gegrond is, kan een tuchtrechtelijke maatregel worden opgelegd. De maatregel van tijdelijke doorhaling voor de duur van drie maanden is passend en geboden. De Accountantskamer rekent het betrokkene aan dat hij door zijn handelwijze het fundamentele beginsel van integriteit heeft geschonden, doordat hij zonder enige plichtsbetrachting en louter ingegeven door zijn eigen belang, een constructie heeft opgezet om betaling van achterstallige facturen van [accountantskantoor1] te realiseren terwijl er aanwijzingen waren dat andere schuldeisers daardoor zouden worden benadeeld. Die benadeling heeft hij zonder enig plichtsbesef om zich ten aanzien daarvan rekenschap te geven, geaccepteerd.

6. De beslissing

De Accountantskamer:

- verklaart klachtonderdeel b. ongegrond;
- verklaart klachtonderdeel a. en c. gegrond;
- legt aan betrokkene op de maatregel als bedoeld in artikel 2, eerste lid onder d. Wtra, te weten die van **tijdelijke doorhaling van de inschrijving van de accountant in de registers voor de duur van drie maanden**, welke maatregel ingaat op de tweede dag volgend op de dag waarop deze beslissing onherroepelijk is geworden én de voorzitter van de Accountantskamer een last tot tenuitvoerlegging heeft uitgevaardigd en eindigt na ommekomst van de vermelde termijn;
- 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 klagster betaalde griffierecht ten bedrage van € 70,- (zeventig euro) aan klagster vergoedt.

Aldus beslist door mr. A.A.J. Lemain, voorzitter, mr. E.F. Smeele en mr. W.J.B. Cornelissen (rechterlijke leden) en drs. R.G. Bosman RA en drs. J. Kalisvaart AA (accountant-

sleden), in aanwezigheid van mr. G.A. Genee, secretaris, en uitgesproken in het openbaar op 30 april 2021.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is aan partijen verzonden op: _____

Op grond van 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 moet de gronden van het beroep bevatten en moet zijn ondertekend.

[1] ECLI:NL:TACAKN:2012:YHO333, ECLI:NL:CBB:2015:122, ECLI:NL:TACAKN 2014:12, ECLI:NL:CBB:2015:431, ECLI: TACAKN:2020:52

[2] Onder meer ECLI:NL:CBB:2011:BR2917