

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 16/1439 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de zaak met nummer 16/1439 Wtra AK van 25 november 2016 van

X B.V.,
gevestigd te [plaats1],
K L A A G S T E R,
raadsman: mr. B. ten Doesschate,

t e g e n

Y,
registeraccountant,
kantoorhoudende te [plaats2],
B E T R O K K E N E,
raadsvrouw: mr. F.C.M. van der Velden.

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 1 juni 2016 ingekomen klaagschrift van 31 mei 2016 met bijlagen;
- het op 11 juli 2016 ingekomen verweerschrift van 8 juli 2016;
- de op 12 juli 2016 aan partijen verzonden brief van de Accountantskamer;
- het op 27 juli 2016 ingekomen faxbericht van de raadsvrouw van betrokkene;
- de op 29 september 2016 per mail en op 30 september 2016 per post ingekomen brief van 29 september 2016 van de raadsman van klaagster.

1.2 Op de openbare zitting van 14 oktober 2016 zijn verschenen: namens klaagster mr. [A], bedrijfsjurist bij klaagster, bijgestaan door mr. B. ten Doesschate, advocaat te Utrecht, en betrokkene, bijgestaan door mr. F.C.M. van der Velden, advocaat te Amsterdam. De Accountantskamer heeft, zoals aangekondigd in de brief van 12 juli 2016, op die zitting enkel de ontvankelijkheid van de klacht behandeld.

1.3 Klaagster en betrokkene hebben op genoemde zitting hun standpunten ten aanzien van de ontvankelijkheid van de klacht 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 ter zitting stelt de Accountantskamer het volgende vast.

2.1 Betrokkene is vanaf [datum] ingeschreven in het ledenregister van (thans) de Nba als registeraccountant. Betrokkene is werkzaam bij [B] Accountants en Adviseurs B.V. te [plaats2].

2.2 In 2009/2010 heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), vanaf 2013 geheten Autoriteit Consument en Markt (ACM), een onderzoek ingesteld naar mogelijke overtredingen van de Mededingingswet door ondernemingen die actief zijn op het gebied van contractueel taxivervoer in de regio [plaats1]. Een van de conclusies uit dat onderzoek was dat klaagster zich schuldig heeft gemaakt aan een dergelijke overtreding.

2.3 De NMa heeft vervolgens bij besluit van 20 november 2012 vanwege die overtreding aan klaagster en een aantal aan klaagster gelieerde vennootschappen een (hoofdelijke) boete opgelegd van € 643.000,--.

2.4 Voorafgaand aan de oplegging van de boete heeft betrokkene, nadat klaagster aan de NMa een zogenaamd hardheidsverzoek had gedaan, op verzoek van de NMa gerapporteerd over de financiële positie van klaagster. Daarbij is aangegeven dat de NMa voornemens was een boete op te leggen van € 0,8 miljoen. Op 22 december 2011 heeft betrokkene rapport uitgebracht, inhoudende – kort gezegd – dat de solvabiliteit en de liquiditeit van klaagster niet goed waren, maar dat het niet aannemelijk was dat de boete direct tot een faillissement van klaagster zou leiden. Wel werd een betalingsregeling met een termijn van vier jaar aanbevolen.

2.5 In verband met het bezwaar van klaagster tegen voormelde boete van € 643.000,- heeft de ACM op 5 juni 2013 aan klaagster een afschrift van betrokkenes rapport van 22 december 2011 (hierna: het rapport) verzonden.

2.6 In een brief van 18 februari 2014 schrijft de raadsman van klaagster aan betrokkene dat klaagster van de NMa het (door de raadsman als Advies aangeduide) rapport heeft ontvangen en dat klaagster daaruit afleidt dat betrokkene het heeft doen voorkomen te rapporteren met inachtneming van NV COS 4400. In deze brief staat verder onder meer het volgende:

“(…)

Gezien de inhoud van de u gegeven opdracht en de wijze waarop deze opdracht is uitgevoerd, moet worden geconcludeerd dat u een assurance opdracht is gegeven. Als zodanig hebt u de opdracht althans opgevat. In strijd met de mededeling in het Advies dat – kort gezegd – het de bedoeling was dat de NMa haar eigen conclusies zou trekken, is door u de conclusie getrokken dat het niet aannemelijk is dat de boete direct tot het faillissement van [X] zal leiden. Daarmee wordt een conclusie geformuleerd die is bedoeld het vertrouwen van de AFM (Accountantskamer: bedoeld zal zijn NMa) te versterken dat de voorgenomen boete niet zal leiden tot het faillissement van [X]. Aldus kwalificeert het Advies als het resultaat van een assurance opdracht. Aangezien sprake is geweest van een assurance opdracht had het op uw weg gelegen hoor en wederhoor toe te passen. Dat lag eens te meer in de reden, daar uw conclusie is gebaseerd op de hoogte van de kredietfaciliteiten van [X]. Met het oog op die kredietfaciliteiten bent u uitgegaan van veronderstellingen. Als redelijk bekwaam en redelijk handelend accountant had het ook op uw weg gelegen [X] in verband met de bewuste kredietfaciliteiten te horen.

In het Advies hebt u op ondeugdelijke gronden geconcludeerd het niet aannemelijk te achten dat de boete direct tot het faillissement zou leiden. Aldus hebt u onrechtmatig jegens [X] gehandeld. Namens cliënten stel ik bij deze [B] Accountants en Adviseurs B.V. en u aansprakelijk voor de schade die cliënten hebben geleden en nog zullen lijden als gevolg van het bovenomschreven onrechtmatig handelen. (...)

Door geen hoor en wederhoor toe te passen en door ondeugdelijk te adviseren, is sprake van handelen of nalaten uwerzijds in strijd met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep. Op grond hiervan achten cliënten zich vrij een klacht in te dienen bij de Accountantskamer. (...)

2.7 Omdat klaagster zich niet kan vinden in de conclusies van het rapport, heeft zij betrokkene/[B] verzocht haar een afschrift te verstrekken van de opdrachtbevestiging van de NMa aan betrokkene. Betrokkene heeft dit per e-mailbericht van 27 november 2014 en nadien per brief van 7 mei 2015 geweigerd met een beroep op zijn geheimhoudingsplicht. Klaagster heeft zich vervolgens tweemaal tot de ACM gewend met het verzoek betrokkene/[B] te ontheffen van de geheimhoudingsplicht. Bij brieven van 19 december 2014 en 4 juni 2015 heeft de ACM klaagster laten weten daartoe geen reden te zien.

2.8 Omdat betrokkene niet bereid was aan het verzoek van klaagster te voldoen en klaagster van mening was dat betrokkene zich ten onrechte verschool achter de op hem rustende geheimhoudingsplicht, heeft klaagster vervolgens op 23 juni 2015 een klacht tegen betrokkene ingediend. De Accountantskamer heeft de klacht behandeld op de openbare zitting van 12 oktober 2015 en bij beslissing van 8 januari 2016 ongegrond verklaard. Die uitspraak is inmiddels onherroepelijk geworden.

3. De klacht

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

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

- a. betrokkene heeft gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel van deskundigheid en zorgvuldigheid door zich ondanks het ontbreken van toereikende informatie niet te onthouden van een oordeel over de vraag van de NMa de financiële positie van klaagster te beoordelen;
- b. betrokkene heeft in strijd met het fundamentele beginsel van zorgvuldigheid en deskundigheid geen hoor en wederhoor toegepast;
- c. betrokkene heeft in strijd met het fundamentele beginsel van zorgvuldigheid en deskundigheid gehandeld door in (de bijlagen bij) het rapport uit te gaan van onjuiste en/of onvolledige en/of tegenstrijdige gegevens;
- d. in strijd met het fundamentele beginsel van zorgvuldigheid en deskundigheid is in het rapport van betrokkene geconcludeerd dat niet aannemelijk is dat de door de NMa voorgenomen boete direct zal leiden tot het faillissement van klaagster;
- e. in strijd met de NV COS 4400 (artikel 18 sub e) is in het rapport van betrokkene niet vermeld op basis van welke standaard de werkzaamheden van betrokkene zijn verricht.

4. De gronden van de beslissing

Ten aanzien van de klacht en het daartegen gevoerde verweer overweegt de Accountantskamer het volgende.

4.1 Op grond van artikel 33 Wet op de Registeraccountants (oud, hierna: Wet RA) 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 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 RA respectievelijk 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 Betrokkene heeft zich op het standpunt gesteld dat de klacht op grond van het beginsel van concentratie van klachten niet-ontvankelijk dient te worden verklaard.

4.3 Het verweer van betrokkene stelt de vraag aan de orde of klaagster, die al eerder een klacht tegen betrokkene heeft ingediend waarop door de tuchtrechter in eerste aanleg definitief is beslist, opnieuw een klacht tegen betrokkene mag indienen, en zo ja, in welke gevallen dat dan mogelijk is. Anders dan in het tuchtrecht bij diverse andere beroepsgroepen wettelijk is geregeld, kent de Wet tuchtrechtspraak accountants geen eigen regeling voor de hier aan de orde zijnde rechtsvraag. Deze rechtsvraag dient daarom (enkel) aan de hand van beginselen van een behoorlijke tuchtprocesorde te worden beoordeeld, daarbij rekening houdend met de bijzonderheden van het accountantsberoep.

4.4 Volgens vaste jurisprudentie van de Accountantskamer is het niet verenigbaar met de eisen van een behoorlijke tuchtprocesorde, dat een klager een klacht die haar grondslag vindt in een bepaald feitencomplex, bij de tuchtrechter indient, terwijl dit feitencomplex reeds ten tijde van een eerdere door deze klager ingediende klacht bij hem bekend was of redelijkerwijs bekend had kunnen zijn. Verder brengen eisen van een behoorlijke tuchtprocesorde met zich dat een klager zoveel mogelijk zijn klachten tegen een accountant tegelijk in één tuchtprocedure aanhangig maakt, althans dat klager voorafgaand aan de mondelinge behandeling van een eerder ingediende klacht zijn overige klachten over hem bekend zijnd handelen of nalaten van de betrokken accoun-

tant heeft ingediend, in welk geval het aan de Accountantskamer is om de nieuwe klacht al dan niet te voegen met de reeds ingediende klacht. Anders dan klaagster kennelijk veronderstelt, is voor de toepasselijkheid van het beginsel van concentratie van klachten niet vereist dat het bij beide klachten om hetzelfde feitencomplex gaat, zij het dat in geval van hetzelfde feitencomplex dit beginsel zich nog dwingend voordoet.

4.5 De Accountantskamer stelt vast dat de klachtonderdelen alle betrekking hebben op (de door betrokkene verrichte werkzaamheden in verband met) het rapport van 22 december 2011. Vaststaat dat dit rapport op 5 juni 2013 aan klaagster ter beschikking is gesteld. Klaagster was dus ruimschoots voor het moment van indienen van de eerste klacht, op 23 juni 2015, op de hoogte van dit rapport en was, zoals ook blijkt uit de brief van haar raadsman van 18 februari 2014 (zie 2.6), toen ook bekend met het door haar gestelde verwijtbare gedrag van betrokkene zoals zij dat heeft verwoord in de onder 3.2 weergegeven klachtonderdelen. Het had dan ook op de weg van klaagster gelegen om deze nieuwe klachtonderdelen in de eerdere klachtprocedure in te brengen. Dit was mogelijk geweest tot de dag voorafgaand aan de dag van de mondelinge behandeling op 12 oktober 2015.

Zulks geldt temeer nu zowel de eerste klachtprocedure als de onderhavige klachtprocedure rechtstreeks verband houden met de inhoud en/of de totstandkoming van het rapport van betrokkene, zodat geoordeeld moet worden dat beide klachtprocedures hetzelfde feitencomplex betreffen.

4.6 Klaagster stelt zich op het standpunt dat sprake is van omstandigheden die een uitzondering op het beginsel van concentratie van klachten rechtvaardigen. Zij voert in dit verband aan dat het indienen van een klacht werd bemoeilijkt doordat zij niet beschikte over informatie die zij nodig had en betrokkene die informatie weigerde te verstrekken. Klaagster stelt dat zij, om haar klachten over het rapport van betrokkene te kunnen formuleren, diende te weten welke standaard van toepassing was op de opdracht die de ACM aan betrokkene had gegeven en dat betrokkene dat wist. In de eerste klacht heeft klaagster bovendien de mogelijkheid van een tweede klacht expliciet vermeld en het verweer van betrokkene tegen de tweede klacht wordt volgens klaagster door de eerste klacht niet bemoeilijkt.

4.7 Vaststaat dat klaagster nog steeds onbekend is met de precieze inhoud van de aan betrokkene verstrekte opdracht. Desalniettemin was zij in staat de tweede klacht bij de Accountantskamer in te dienen. Conclusie moet dan ook zijn dat zij voor alle thans voorgedragen klachtonderdelen aan het beginsel van concentratie van klachten had kunnen voldoen. Het enkele feit dat klaagster, zoals zij stelt, bij het formuleren van de tweede klacht haar toevlucht moest nemen tot een primair beroep op NV COS 3000 en een subsidair beroep op NV COS 4400 en aldus haar klacht niet optimaal kon formuleren, rechtvaardigt niet een uitzondering op dit beginsel, nog daargelaten dat klaagster haar klacht niet heeft geformuleerd zoals zij heeft gesteld.

En voorts, anders dan namens klaagster onder verwijzing naar de processuele opstelling van betrokkene op de zitting – te weten, eerst het ontvankelijkheidsverweer aan de orde doen stellen – is bepleit, valt evenmin in te zien dat in dit geval de proceseconomie zo zeer zou zijn gediend met het getrapt, door elkaar *opvolgende* klachtprocedures, indienen van de klacht dat daarvoor het beginsel van concentratie van klachten zou moeten wijken. Niet gesteld of gebleken is immers dat het besluit tot het indienen van de tweede klacht noodzakelijkerwijs afhankelijk was van de uitkomst van de eerste klacht. De proceseconomie kan echter wel gebaat zijn bij een binnen *dezelfde* klachtprocedure

getrapte verdediging, zoals, met toestemming van de voorzitter van de Accountantskamer, thans gevolgd door betrokkene. Bij een geslaagd beroep op niet-ontvankelijkheid behoeven de klacht en het inhoudelijke verweer daartegen immers geen verdere beoordeling.

4.8 Uit het vorenstaande volgt dat sprake is van een schending van het beginsel van concentratie van klachten. Dit brengt met zich dat de klacht van klaagster als strijdig met een behoorlijke tuchtproceduresorde niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

4.9 Op grond van het hiervoor overwogene wordt als volgt beslist.

5. Beslissing

De Accountantskamer:

verklaart de klacht niet-ontvankelijk.

Aldus beslist door mr. M.B. Werkhoven, voorzitter, mr. C.H. de Haan en mr. drs. M. Stempfer (rechterlijke leden) en drs. W.J. Schoonderbeek RA en P. van de Streek AA (accountantsleden), in aanwezigheid van mr. H.J. Haanstra, secretaris, en uitgesproken in het openbaar op 25 november 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.