

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de zaak met nummer **16/871 Wtra AK** van **27 januari 2017** van

X B.V.,

gevestigd te [plaats1],

K L A A G S T E R,

t e g e n

Y,

registeraccountant,

kantoorhoudende te [plaats2],

B E T R O K K E N E,

raadsman: mr. P.A.Th. Kostwinder.

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 24 maart 2016 ingekomen klaagschrift van 23 maart 2016 met bijlagen;
- het op 3 juni 2016 ingekomen verweerschrift van 2 juni 2016 van betrokkene, met bijlagen.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 26 september 2016 waar is verschenen: betrokkene, bijgestaan door mr. P.A.Th. Kostwinder, advocaat te Groningen. Namens klagster is niemand verschenen.

1.3 Betrokkene heeft op genoemde zitting zijn standpunten doen toelichten 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 (mede) eigenaar van Accountantskantoor [A] (hierna: [A]).

2.2 [B] (hierna: [B]) en [C] (hierna: [C]) hebben in 2013 [D] B.V. opgericht om accountantskantoren te helpen met het automatiseren van dagelijkse processen. Op 2 maart 2015 hebben zij, via [D], klagster opgericht met het doel administraties centraal, op een software platform ([E]) met een gecentraliseerde back-office, te verwerken. Vervolgens hebben op 27 maart 2015 [F] (hierna: [F]), die destijds directeur bij [E] was, en [G] ([G]) ieder via een persoonlijke vennootschap 25 % van de aandelen in klagster verworven.

2.3 [A] is gebruiker van het [E] platform en sterk in de franchisesector. In september 2015 is betrokkene met het oog op een mogelijke samenwerking met klaagster benaderd door [F]. Voor klaagster was daarbij onder meer relevant dat betrokkene sterk is in automatisering van bedrijfsprocessen.

2.4 Op 25 september 2015 heeft het eerste gesprek tussen de vier aandeelhouders van klaagster en betrokkene plaatsgevonden. Bij het tweede gesprek, dat op 1 oktober 2015 plaatsvond, heeft betrokkene een overeenkomst ondertekend, waarin [D] en klaagster gezamenlijk als “[H]” en betrokkene als “[Y]” worden aangeduid. In die overeenkomst (bijlage 3 bij het klaagschrift) staat onder meer het volgende:

“(…)

I. Geheimhouding

- 1. Behoudens instructie of schriftelijke toestemming van [H] is [Y] zowel gedurende als na afloop van de periode verplicht zich te onthouden van het aan derden, direct of indirect, in welke vorm en op welke wijze dan ook, doen van enige mededeling terzake enige bijzonderheid waaronder mede begrepen know how en bedrijfsgegevens, betreffende [H] en/of de met haar economisch of organisatorisch gelieerde ondernemingen, haar werknemers, cliënten en andere relaties, een en ander in ruime zin van het woord. Het is [Y] evenmin toegestaan deze informatie te verveelvoudigen tenzij [H] daarmee uitdrukkelijk heeft ingestemd. Onder bijzonderheden wordt niet verstaan informatie die algemeen bekend is.*
- 2. Behoudens schriftelijke toestemming van [H] zal [Y] zowel gedurende als na afloop van de overeenkomst geen computerbestanden, correspondentie, aantekeningen, tekeningen, modellen en andere bescheiden, inclusief kopieën of bewerkingen daarvan, ongeacht of deze in het kader van de overeenkomst zijn ontstaan dan wel in bezit van [Y] zijn gekomen, die in enigerlei verband staan met [H] en / of met haar economisch of organisatorisch gelieerde ondernemingen, haar werknemers, cliënten of andere relaties, een en ander in ruime zin van het woord, in privé-bezit houden, aan derden tonen of buiten de werkruimte van [H] brengen, direct dan wel indirect. Bij het einde van de samenwerkingsperiode zal [Y] alle zich onder hem bevindende items genoemd in de vorige zin en alle eigendommen van [H] aan haar ter beschikking stellen.*

(...)”

2.5 Op 4 oktober 2015 heeft betrokkene meer inzicht gekregen in het beleid en de visie van klaagster en op 5 oktober 2015 is hem een schematisch overzicht van de beoogde samenwerking toegezonden.

2.6 In een e-mailbericht van 9 oktober 2015 van betrokkene aan [G], [F] en [B] (bijlage 4 bij het klaagschrift) staat onder meer het volgende: “(...) *Ik heb het doorgenomen. De ambities sluiten exact aan op datgene waar wij op dit moment binnen [A] aan werken. Het lijkt dan ook logisch om krachten te bundelen. (...)*”

2.7 Betrokkene heeft inzicht gekregen in het businessplan, de prognoses, het automatiseringsplan en alle cijfers en marges op 5 november 2015 gevolgd door de volledige financiële informatie van klaagster, inclusief marges en kostprijzen, en een uitgebreide telefonische toelichting door [B] en een investment proposal.

2.8 In een e-mailbericht van 12 november 2015 (bijlage 8 bij het klaagschrift) heeft betrokkene het volgende aan [F] geschreven: “*Hierbij data voor een vervolgesprek om er met elkaar een klap op te geven: (...)*”.

2.9 Tijdens een bespreking op 18 november 2015 is door [B] en [C] 10 % van de aandelen in klaagster aan betrokkene aangeboden.

2.10 Op 19 november 2015 hebben betrokkene en [F] telefonisch contact gehad.

2.11 Op maandag 23 november 2015 heeft betrokkene telefonisch aan [B] laten weten af te zien van een samenwerking met klaagster. Op 24 november 2015 hebben [F] en [G] telefonisch aan klaagster meegedeeld te willen stoppen met klaagster.

2.12 Betrokkene heeft op 27 november 2015, via zijn holding, de domeinnaam “[domeinnaam]” laten registreren.

2.13 [B] en [C] hebben in een bespreking op 2 december 2015, waarbij betrokkene niet aanwezig was, expliciet aan [F] en [G] verboden klanten en prospects van klaagster te benaderen.

2.14 Eind november/begin december 2015 hebben [F] en [G] actief klanten en prospects van klaagster benaderd.

2.15 Op 18 december 2015 hebben (de persoonlijke vennootschappen van) [G], [F] en betrokkene [I] B.V. (hierna: [I]) opgericht. Daarbij kreeg elk van de oprichters een derde van de aandelen en werden [G] en [F] tot bestuurders benoemd.

2.16 Op 25 januari 2016 heeft [I] een overeenkomst gesloten met een klant van klaagster, Accountantskantoor [J].

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, de volgende verwijten:

- a. betrokkene heeft de onderhandelingen over een mogelijke samenwerking niet eerlijk en oprecht gevoerd,
- b. betrokkene heeft de geheimhoudingsovereenkomst bewust geschonden,
- c. betrokkene heeft met twee van de vier aandeelhouders van klaagster een gezamenlijke vennootschap opgericht om via deze vennootschap met klaagster concurrerende activiteiten op te starten en hiermee zelf geldelijk gewin te behalen,
- d. betrokkene heeft daarbij met een klant van klaagster onder gelijke condities een dienstverleningsovereenkomst gesloten.

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 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.

4.4.1 Betrokkene heeft allereerst betoogd dat de hem verweten gedragingen alleen getoetst dienen te worden aan het fundamentele beginsel van professionaliteit en niet aan de andere fundamentele beginselen, genoemd in artikel 2 van de VGBA. Hij voert daartoe aan dat de hem verweten gedragingen zijn optreden als ondernemer betreffen en niet zijn beroep als accountant.

4.4.2 Anders dan betrokkene meent, heeft het tuchtrecht, waar het gaat om gedragingen van een accountant in het kader van zijn zakelijke relaties, naar het oordeel van de Accountantskamer niet de door hem bepleite beperkte reikwijdte. Weliswaar is het fundamentele beginsel van integriteit als bedoeld in artikel 2 onder a. van de VGBA op grond van artikel 3, tweede lid, van de VGBA alleen van toepassing “bij de uitoefening van zijn beroep” en wijst de toelichting op dit artikel daarbij allereerst op het verlenen van een “professionele dienst”, dat neemt niet weg dat er bij een grammaticale uitleg van dit

begrip geen grond is om te oordelen dat gedragingen van een accountant in het kader van het opzetten van en het voeren van een onderneming (en zeker zoals in het onderhavige geval ter zake van een onderneming die tot doel heeft cliënten behulpzaam te zijn met het automatiseren van het verwerken van financiële administraties) daar niet onder vallen. Steun daarvoor vindt de Accountantskamer ook in (de toelichting op) artikel 42 van de Wab waarin valt te lezen dat het niet de bedoeling is het tuchtrecht te beperken tot het beroepsmatig handelen in enge zin, en in de toelichting op artikel 6 van de VGBA, die expliciet inhoudt dat het eerlijk en oprecht optreden van een accountant, dat het fundamentele beginsel van integriteit van hem verlangt, onder meer inhoudt dat hij eerlijk zaken doet en de waarheid geen geweld aandoet. De conclusie is dan ook dat met de invoering van de VGBA niet is beoogd op dit punt een minder vergaande gedragsnorm vast te stellen dan voorheen krachtens de VGC gold. Zulks geldt mutatis mutandis ook voor de andere in artikel 3, tweede lid van de VGBA genoemde fundamentele beginselen.

Voorts gaat betrokkene met zijn verweer ook uit van een te enge opvatting van het begrip professionele dienst. Immers, ingevolge artikel 1, derde gedachtestreepje, van de VGBA wordt daaronder verstaan: “werkzaamheden waarvoor vakbekwaamheid als accountant wordt of kan worden aangewend”. Het voeren van onderhandelingen om tot een onderneming toe te treden respectievelijk voor het met derden opzetten van een nieuwe onderneming zal zonder meer geschieden met gebruikmaking van de “vakbekwaamheid” van betrokkene als bedoeld in artikel 1, vierde gedachtestreepje, van de VGBA, en betreft dan ook een professionele dienst in de zin van de VGBA.

Mede gezien de toelichting op artikel 3, tweede lid, van de VGBA, waaruit volgt dat bij het uitvoeren van een professionele dienst, óók voor zichzelf, er sprake is van “bij de uitoefening van zijn beroep” als bedoeld in die wetsbepaling, brengt dat met zich dat het handelen van betrokkene ook daarom getoetst dient te worden, niet alleen aan het beginsel van professionaliteit, maar ook aan de vier in artikel 3, tweede lid van de VGBA genoemde fundamentele beginselen.

4.5 Volgens klaagster heeft betrokkene de onderhandelingen over een mogelijke samenwerking met klaagster niet eerlijk en oprecht, en daarmee in strijd met het bepaalde in artikel 6 VGBA, gevoerd. Klaagster legt hieraan ten grondslag dat de korte tijdspanne

tussen het afbreken van de onderhandelingen en het aangaan van een nieuw samenwerkingsverband het vermoeden rechtvaardigt dat betrokkene reeds tijdens de onderhandelingen met klaagster met de twee andere aandeelhouders heeft onderhandeld. Volgens klaagster is de interesse van betrokkene in een deelname in klaagster van het begin af geveinsd geweest en lijkt het allemaal een vooropgezet plan om de knowhow, marges en andere bedrijfsgegevens van klaagster te verkrijgen.

4.6 Betrokkene betwist het door klaagster gestelde. Betrokkene voert aan dat de gesprekken over een samenwerking met klaagster nog in een min of meer verkennende fase waren en dat pas in de bespreking van 18 november 2015 opeens een voorstel tot participatie werd gepresenteerd. De samenwerking die betrokkene voor ogen had ging uit van een samenwerking op gelijke basis en daaraan voldeed het voorstel van klaagster niet. Betrokkene stelt dat hem op 19 november 2015 in een telefoongesprek met [F] is gebleken dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders van [D] al langer onder druk stonden vanwege een aantal discussiepunten rond de bedrijfsvoering. Betrokkene stelt dat hij vervolgens heeft afgezien van een samenwerking ten aanzien van [D] en klaagster, met name omdat hij geen vertrouwen had in [B] en [C] en niet omdat [F] en [G] aangaven (ook) niet verder met hen te willen gaan. Dat hij vervolgens met [F] en [G] vergelijkbare activiteiten is gaan ontplooiën, is niet zo vreemd omdat hij van meet af aan de intentie had om dergelijke activiteiten op te starten, aldus betrokkene.

4.7 Naar het oordeel van de Accountantskamer heeft klaagster niet aannemelijk gemaakt dat betrokkene de onderhandelingen met haar niet eerlijk en oprecht heeft gevoerd. De stelling van klaagster dat de interesse van betrokkene in deelname in klaagster van het begin af aan slechts geveinsd was en dat hem enkel te doen was om kennis van de bedrijfsgegevens te verkrijgen betreft niet meer dan een veronderstelling die verder niet aannemelijk is geworden. Ook de korte tijdsperiode tussen het beëindigen van de gesprekken met klaagster en het begin van de samenwerking met [F] en [G] rechtvaardigt niet de conclusie dat betrokkene de onderhandelingen niet eerlijk en oprecht heeft gevoerd. Zoals ook uit de als productie 4 bij klaagschrift overgelegde e-mail van 9 oktober 2015 (09:44 uur) blijkt, was betrokkene in de tijd dat hij in gesprek ging met klaagster al bezig met het opzetten van vergelijkbare activiteiten en wist klaagster dit. Zonder bijzondere

omstandigheden, die niet zijn gesteld of gebleken, valt niet in te zien dat betrokkene ten tijde van de gesprekken met klaagster niet hiermee door mocht gaan.

4.8 Voor wat betreft het verwijt dat betrokkene met [F] en [G] een samenwerkingsverband is aangegaan dat concurreert met de activiteiten van klaagster, geldt dat dit in zijn algemeenheid niet tuchtrechtelijk verwijtbaar is. Er zijn onvoldoende feiten gesteld of gebleken die maken dat dat in dit geval anders zou zijn. Het enkele feit dat dit nieuwe samenwerkingsverband met een klant een overeenkomst voor het verrichten van dezelfde diensten tegen exact dezelfde prijs heeft gesloten, is daartoe niet voldoende, nog daargelaten dat betrokkene tijdens de mondelinge behandeling heeft verklaard hiervan niet af te weten.

Klaagster stelt dat betrokkene wist althans behoorde te weten dat [F] en [G] onrechtmatig jegens haar hebben gehandeld en dat hij door hieraan actief mee te werken het professionaliteitsbeginsel heeft geschonden. Dit betoog faalt, nu niet althans onvoldoende aannemelijk is geworden dat [F] en [G] onrechtmatig hebben gehandeld. Hierbij neemt de Accountantskamer in aanmerking dat niet is gesteld of gebleken dat klaagster met [F] en [G] een non-concurrentie- of relatiebeding was aangegaan en wat de inhoud daarvan was, noch in hoeverre betrokkene met een en ander bekend was.

4.9 Klaagster verwijt betrokkene ten slotte dat hij in strijd heeft gehandeld met de door hem ondertekende geheimhoudingsverklaring. Daarmee doelt zij kennelijk op de in 2.4 geciteerde passage. Klaagster laat echter na dit verwijt met voldoende concrete feiten en omstandigheden te onderbouwen. Anders dan klaagster kennelijk veronderstelt, is het gebruik maken van de kennis van het bedrijf van klaagster bij het nemen van de beslissing om in [I] B.V. te investeren, geen schending van de geheimhoudingsovereenkomst, nog daargelaten dat betrokkene betwist dat hij dit heeft gedaan. Daarbij komt dat ook [F] en [G] de beschikking hadden over de verstrekte gegevens.

4.10 Uit het vorenstaande volgt dat de klacht - in al haar onderdelen - ongegrond dient te worden verklaard. Aldus zal dan ook worden beslist.

5. Beslissing

De Accountantskamer:

- verklaart de klacht ongegrond.

Aldus beslist door mr. M.B. Werkhoven, voorzitter, mr. A.L. Goederee en mr. drs. M. Stempher (rechterlijke leden) en S.L.J. Graafsma RA en D.J. ter Harmsel AA RB (accountantsleden), in aanwezigheid van mr. G.A. Genee, secretaris, en uitgesproken in het openbaar op 27 januari 2017.

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.