

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de zaak met nummer **16/2213 Wtra AK** van **3 maart 2017** van

X B.V.,

gevestigd te [plaats1],

K L A A G S T E R,

raadsman: mr. T.W.H.M. Weller,

t e g e n

Y,

accountant-administratieconsulent,

kantoorhoudende te [plaats2],

B E T R O K K E N E,

raadsman: mr. ing. H.J.M. Smelt.

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 9 september 2016 ingekomen klaagschrift van 7 september 2016 met bijlagen;
- het op 14 november 2016 ingekomen verweerschrift van 11 november 2016;
- de op 1 december 2016 ontvangen brief van 30 november 2016 van betrokkene, met nadere stukken,
- de op 5 december 2016 ontvangen brief van 2 december 2016 van klagster met nadere stukken.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 16 december 2016 waar zijn verschenen: namens klagster [A], [B] en [C], bijgestaan door mr. T.W.H.M. Weller en mr. E.X.M. Ong, advocaten te Eindhoven, en betrokkene, bijgestaan door mr. ing. H.J.M. Smelt, advocaat te Helmond.

1.3 Klagster 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 ter zitting stelt de Accountantskamer het volgende vast.

2.1 Betrokkene staat sinds [datum] als administratie-accountant ingeschreven in het register van (thans) de Nba.

2.2 Betrokkene is zelfstandig bevoegd bestuurder en, via [D] B.V. (hierna: [D]), enig aandeelhouder van [E] B.V. (hierna: [E]). Ook is betrokkene via [D] enig aandeelhouder en zelfstandig bevoegd bestuurder van [F] B.V. Laatstgenoemde vennootschap houdt 62,50 %

van de aandelen in [G] B.V. (hierna: [G]). Daarnaast is betrokkene indirect, via [D], zelfstandig bevoegd bestuurder van [H] Beheer B.V. (hierna: [H]) die op haar beurt enig bestuurder van [G] is. De heer [I] is via zijn vennootschap [J] Beheer B.V. (hierna: [J]), eveneens bestuurder van [H]. Hij is echter slechts gezamenlijk met [D] bevoegd. Daarnaast houdt de heer [I] via [J] 37,50% van de aandelen in [G].

2.3 Bij overeenkomst van 10 september 2014 heeft [E] via een activa/passiva-transactie (een groot deel van) het door haar geëxploiteerde accountantskantoor, onder meer omvatende de cliëntenportefeuille, goodwill en bedrijfsinventaris, aan klaagster (hierna ook genoemd: [X]) verkocht. In de op die datum door partijen ondertekende overeenkomst (productie 1 bij klaagschrift) staat onder meer het volgende:

“(…)

10. Inzet van de heer [Y].

a. De heer Y [=betrokkene, naar de Accountantskamer begrijpt] zal ten behoeve van de optimale overdracht van het kantoor na Overdrachtsdatum beschikbaar zijn voor [X] voor overdrachtsactiviteiten en in een aflopende schaal voor eventuele cliënt gerichte activiteiten. (…)

b. Afstemming van de onder a genoemde overdrachtswerkzaamheden zal steeds tijdig en in redelijkheid plaatsvinden waarbij [X] zal aangeven waaraan op enig moment behoefte bestaat. Het doel hiervan is beiderzijds gericht op een succesvolle realisatie van de portefeuille- overdracht en ongestoorde doorgang van de werkzaamheden in de [E] portefeuille.

c. (…)

d. Het is uitdrukkelijk de bedoeling dat [X] de declarabele werkzaamheden na Overdrachtsdatum zal gaan verrichten. [Y] zal alleen dan uit eigen beweging declarabele cliënt werkzaamheden gaan verrichten indien hij dit uit cliëntbehoud bij de overdracht danwel vanuit zijn vaktechnische accountantsverantwoordelijkheid noodzakelijk acht. Hij zal de positie van de diverse relaties periodiek met [X] bespreken en in goed overleg de coördinatie van de werkzaamheden aan hen voorleggen.

(…)

12. Non concurrentie

a. [E] alsmede de met [E] verbonden (rechts-)personen en de heer [Y] is het op straffe van een niet voor rechterlijke matiging vatbare direct opeisbare boete van € 25.000,- per overtreding en € 500,- voor iedere dag dat de overtreding voortduurt niet toegestaan om:

Gedurende een periode van 5 jaar na Overdrachtsdatum:

(i) binnen een straal van 50 km. rond [plaats2] zonder schriftelijke toestemming van [X] direct of indirect, als kapitaal- of know-how-verschaffer, werknemer, vennoot of anderszins, direct of indirect deel te nemen in een administratie- of accountantskantoor dat concurrerend is met de overgenomen activiteiten van [E]. Deze bepaling geldt niet voor de onderneming [G] B.V.

(ii) werknemers of toekomstige werknemers van [X] en/of thans verbonden aan [E] te werven of te benaderen om deze in dienst te nemen, of trachten te bewegen het dienstverband met [X] te beëindigen;

En

Gedurende 5 jaar na Overdrachtsdatum onder hetzelfde boetebeding:

werkzaamheden te verrichten voor overgedragen cliënten in de [E] portefeuille;

een en ander onverminderd het recht van [X] op vergoeding van werkelijk geleden schade.

c. Voorgaande onder a. (i) t/m (iii) geldt uiteraard niet voor de in artikel 10 bedoelde werkzaamheden.

(...)”

Bijlage A bij de overeenkomst (productie 2 bij klaagschrift) bevat een overzicht van de relaties van [E]. In dat overzicht staan onder andere Ondernemersvereniging [K] (hierna: [K]), [L] (hierna: [L]), stichting [M] (hierna: [M]), en, op een afzonderlijke bladzijde, [N] B.V. (hierna: [N]).

2.4. In de op 29 september 2014 ondertekende “*Allonge bij de overeenkomst van koopverkoop*” (productie 13 bij verweerschrift, hierna: de allonge) staat onder meer dat (de vennootschap van) betrokkene de overgenomen cliënten van wie een assurance-opdracht is gekregen zal blijven bedienen als waren deze cliënten eigen cliënten tot en met maximaal 31 december 2015 en dat betrokkene tot uiterlijk diezelfde datum de samenstelopdrachten van de overgenomen cliënten (mede) zal ondertekenen.

2.5. Sinds 11 maart 2014 was mevrouw [O] werkzaam bij [E] en sinds 1 oktober 2014 tot 31 december 2015 in dienst van klagster op basis van een (twee keer verlengde) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Klagster wilde deze arbeidsovereenkomst niet (aansluitend) voortzetten. Mevrouw [O] is vervolgens per 1 januari 2016 in dienst getreden bij [G].

2.6. Betrokkene heeft op 16 april 2016 een beoordelingsverklaring afgegeven bij de jaarrekening van [M] (productie 3 bij klaagschrift) .

2.7. [L] heeft in 2016 twee facturen van [E] in haar administratie opgenomen.

2.8. Op 5 februari 2016 heeft de heer [I] een e-mail aan betrokkene gestuurd, en in kopie aan de heer [A] van klaagster (productie 5 bij klaagschrift). Bij die e-mail is een bijlage gevoegd, waarin onder de kop “[G] BV” en de subkop “*administratieve werkzaamheden*” het volgende staat: “10001 Ind Interne Org [voornaam1] 11-1-2016 0:55 div. werkzaamheden” en onder de subkop “Afspraak” “10001 Bespreken admin/byzonderheden [voornaam2] 26-01-2016 1:30 [F] uitleg [Q] inzake [N]”.

2.9. Tot de overname van het accountantskantoor van betrokkene was mevrouw [R] in dienst van [E] en daarna in dienst van klaagster. Daarnaast is zij enig bestuurslid van [K]. Vanwege haar functie bij klaagster had mevrouw [R] de verzorging van de administratie van [K] ondergebracht bij klaagster. Nadat klaagster om bedrijfseconomische redenen een ontslagvergunning voor haar had aangevraagd, hebben klaagster en mevrouw [R] een vaststellingsovereenkomst gesloten op grond waarvan mevrouw [R] per 1 mei 2016 uit dienst is getreden. Tijdens de mondelinge behandeling heeft de heer [A] verklaard dat mevrouw [R] met hem besproken heeft dat de administratie van [K] niet langer bij klaagster zou worden ondergebracht.

2.10. Klaagster heeft geen accountant in dienst.

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 ligt, zoals blijkt uit het klaagschrift en de daarop door en namens klaagster gegeven toelichting, kort samengevat, het verwijt dat betrokkene willens en wetens in strijd heeft gehandeld met artikel 12 van de

koopovereenkomst (hierna: het non-concurrentiebeding) door overgedragen cliënten te benaderen en hiervoor werkzaamheden te gaan verrichten dan wel in zijn opdracht te laten verrichten via [G] dan wel via zijn dochter [S].

3.3 Terzake verwijt klaagster betrokkene in concreto dat hij in 2016 het non-concurrentiebeding heeft geschonden door:

- a. een beoordelingsverklaring af te geven bij de jaarrekening 2015 van [M],
- b. werkzaamheden te (laten) verrichten voor althans te factureren aan [L],
- c. [N] onder te brengen bij [G] en een voormalig medewerkster van klaagster ertoe aan te zetten om bedrijfsinformatie betreffende [N] binnen [G] te voeren, dan wel door boekhoudkundige informatie betreffende [N] aan zijn dochter over te dragen,
- d. door [E] werkzaamheden te (laten) verrichten voor [K].

3.4 Wat door of namens klaagster 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 als een ondersteuning van de betwisting van het gestelde in de door of 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.

4.2.1 Betrokkene voert aan dat, nu in het klaagschrift staat dat het niet gaat om een

gedraging van de accountant bij de uitoefening van zijn beroep, de klacht niet-ontvankelijk dan wel ongegrond dient te worden verklaard, voor zover geklaagd wordt dat de fundamentele beginselen van integriteit en vertrouwelijkheid zijn geschonden.

4.2.2 Dit betoog wordt verworpen. 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 b van de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (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 zijn zakelijke relatie met een koper van zijn accountantskantoor 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.¹

Of de klacht of onderdelen daarvan al dan niet gegrond zijn, zal in het navolgende aan de orde komen.

4.3. Voor zover betrokkene beoogt te stellen dat de klacht niet-ontvankelijk moet worden

¹ Zie onder meer de uitspraken van de Accountantskamer van 3 augustus 2015, met nummer 14/2909 Wtra AK, ECLI:NL:TACAKN:2015:83 en van het CBb van 18 januari 2017, met nummer 15/723, ECLI:NL:CBB:2017:17.

verklaard omdat onduidelijk is, welke verwijten hem exact worden gemaakt en wat de gronden van die klachten zijn, wordt betrokkene hierin niet gevolgd. Onduidelijkheid, dan wel onvoldoende onderbouwing van een klacht, leidt niet tot niet-ontvankelijkheid maar tot ongegrondheid hiervan. Voorts blijkt uit het verweerschrift van betrokkene dat hij de klacht, zoals hiervoor weergegeven, heeft begrepen en niet in de mogelijkheid tot het voeren van verweer is beperkt.

4.4. Betrokkene heeft nog betoogd dat, althans zo begrijpt de Accountantskamer het verweer, nu het gaat om een vermeende toerekenbare tekortkoming van betrokkene in de nakoming van de verplichtingen uit de overeenkomst van koop en verkoop, een oordeel daarover aan de rechter in de civiele procedure is voorbehouden en dat, nu klaagster ook daadwerkelijk een civiele procedure tegen betrokkene is aangevangen, behandeling van onderhavige tuchtklacht in strijd met het ne bis in idem beginsel komt. Ook dit standpunt wordt verworpen, reeds omdat het tuchtrecht een ander doel dient dan het beslechten van civielrechtelijke geschillen.

4.5. 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 VGBA.

4.6. 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.

4.7. Wat betreft de in 3.3. in concreto verwoorde klachtonderdelen overweegt de Accountantskamer het navolgende.

4.8. Het is vaste jurisprudentie van de Accountantskamer dat, behoudens bijzondere omstandigheden, het door een accountant in zijn zakelijke betrekkingen al dan niet in rechte innemen van een civielrechtelijk standpunt in het kader van de door hem in acht te nemen fundamentele beginselen integriteit en professioneel gedrag (artikel 2 juncto artikel 4 c.q. artikel 6 VGBA) niet tot een gegrond tuchtrechtelijk verwijt kan leiden. Van dergelijke bijzondere omstandigheden is onder meer sprake indien geoordeeld zou moeten worden dat

een door een accountant ingenomen standpunt bewust onjuist of misleidend, en dus te kwader trouw, blijkt te zijn of naar zijn aard bezien door een redelijke en goed geïnformeerde derde, die over alle relevante informatie beschikt, zal worden opgevat als het accountantsberoep in diskrediet brengend.

4.9. In het navolgende zal ten aanzien van de verschillende klachtonderdelen worden beoordeeld of sprake is van een bijzondere omstandigheid als hiervoor bedoeld.

4.10. Ten aanzien van klachtonderdeel 3.3. sub c begrijpt de Accountantskamer, mede uit het verweer van betrokkene, dat klaagster aan betrokkene verwijt dat mevrouw [O] bij [G] in dienst getreden is. Voor zover de klacht hierop is gebaseerd, wordt zij verworpen. Het non-concurrentiebeding verbiedt om (toekomstige) werknemers van klaagster en/of op het moment van het aangaan van de overeenkomst aan [E] verbonden werknemers *“te werven of te benaderen om deze in dienst te nemen, of trachten te bewegen het dienstverband met [X] te beëindigen”*. Klaagster heeft echter niet aannemelijk gemaakt dat betrokkene de volgens het beding vereiste actieve rol heeft gespeeld bij de beëindiging van het dienstverband met klaagster en/of de indiensttreding bij [G]. Daarbij neemt de Accountantskamer in aanmerking dat de arbeidsovereenkomst van mevrouw [O] bij klaagster voor bepaalde tijd was aangegaan en per 31 december 2015 zou eindigen. Voor zover zou moeten worden aangenomen dat hiermee het non-concurrentiebeding wel zou zijn geschonden, is niet aannemelijk geworden dat betrokkene dit bewust, en dus te kwader trouw, heeft gedaan. Evenmin is aannemelijk dat het handelen van betrokkene in verband met de indiensttreding van mevrouw [O] bij [G] door een redelijke en goed geïnformeerde derde, die over alle relevante informatie beschikt, zal worden opgevat als het accountantsberoep in diskrediet brengend.

4.11. Klachtonderdeel 3.3. sub c komt er voor het overige, met de klachtonderdelen a., b. en d. op neer dat betrokkene volgens klaagster in strijd met het non-concurrentie/relatiebeding, al dan niet via [G], werkzaamheden heeft verricht of laten verrichten voor overgedragen cliënten.

4.12. Klaagster verwijt in klachtonderdeel a. betrokkene dat hij een beoordelingsverklaring heeft afgegeven bij de jaarrekening 2015 van [M], terwijl deze cliënt was overgedragen aan klaagster en door klaagster voor deze cliënt geen werkzaamheden zijn verricht en geen

facturen zijn verstuurd. Betrokkene heeft hiertegen aangevoerd dat door hem in overleg met klaagster een offerte is uitgebracht aan [M], dat de werkzaamheden voor [M] moeten worden verricht door een accountant, dat klaagster zelf geen accountantskantoor is en daarom gebruik is blijven maken van de accountantsdiensten van betrokkene en dat, zoals overeengekomen, aan klaagster voor de door betrokkene verrichte werkzaamheden 2014-2015 een creditnota is toegezonden.

4.13. Naar het oordeel van de Accountantskamer heeft klaagster in het licht van de allonge onvoldoende betwist dat betrokkene in ieder geval tot 31 december 2015 werkzaamheden voor [M] mocht verrichten. Nu eveneens als onbetwist vaststaat dat het om accountantswerkzaamheden gaat, die klaagster zelf niet kan verrichten, en de werkzaamheden rond de beoordelingsverklaring bij de jaarrekening 2015 samenhangen met de in 2015 voor [M] verrichte werkzaamheden, is niet althans onvoldoende aannemelijk dat betrokkene bewust, en dus te kwader trouw, het non-concurrentie/relatiebeding heeft overtreden door in april 2016 de beoordelingsverklaring af te geven en aldus zijn werkzaamheden voor [M] ook na 31 december 2015 voort te zetten. Ook in dit geval is geen sprake van een bijzondere omstandigheid als bedoeld in rechtsoverweging 4.8., zodat klachtonderdeel a. ongegrond is.

4.14. Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting is aannemelijk geworden dat door (medewerkers van) betrokkene en/of [G] werkzaamheden zijn verricht voor [N], [L] en [K]. Echter, tegen de achtergrond van de vaststaande feiten en tegenover het verweer van betrokkene heeft klaagster onvoldoende aannemelijk gemaakt dat betrokkene binnen [G] een zodanig beleidsbepalende, actieve rol had dat hij, zoals de klacht luidt, “willens en wets” in strijd met het non-concurrentiebeding genoemde cliënten naar [G] toe heeft gehaald om daarvoor werkzaamheden te verrichten en aldus bewust, en daarmee te kwader trouw, het non-concurrentiebeding heeft geschonden. Hierbij neemt de Accountantskamer mede in aanmerking dat betrokkene begin 2016 zijn heup heeft gebroken, waardoor aannemelijk is dat hij in de periode waarop de klachten zich concentreren (eerste helft van 2016) wat meer op afstand van de dagelijkse gang van zaken bij [G] stond.

Nu klaagster haar verwijt niet aannemelijk heeft gemaakt, is de klacht ook in haar overige onderdelen ongegrond.

4.15. Op grond van het hiervoor overwogene wordt als volgt 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. Stempfer (rechterlijke leden) en mr. drs. J.B. Backhuijs RA en A.M.H. Homminga AA (accountantsleden), in aanwezigheid van mr. G.A. Genee, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 3 maart 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.