

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtrechtspraak accountants (Wtra) in de zaak met nummer **19/1208 Wtra AK** van **7 februari 2020** van

X1 en X2,

wonende te [plaats1]

KLAGERS,

raadsman: mr. B. van Leeuwen,

t e g e n

mr. [Y] RB,

accountant-administratieconsulent,

kantoorhoudende te [plaats2],

BETROKKE NE,

raadsman: mr. D.J. Wolf.

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 1 juli 2019 ingekomen klaagschrift van 28 juni 2019 met bijlagen;
- het op 21 augustus 2019 ingekomen verweerschrift van dezelfde datum met bijlagen.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld op de openbare zitting van 18 november 2019 waar zijn verschenen: namens klagers [X1], bijgestaan door mr. J.S.W. van Vossen, advocaat te Goes, en betrokkene, bijgestaan door mr. D.J. Wolf, advocaat te Rotterdam.

1.1 Klagers 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 op de zitting stelt de Accountantskamer het volgende vast.

2.1 Betrokkene staat sinds [datum] ingeschreven in het accountantsregister van thans de Nba. Hij is als openbaar accountant werkzaam voor de maatschap [A] te [plaats2]. [accountantskantoor1] en [accountantskantoor2] zijn maat in de maatschap. De maatschap en vennootschappen worden hierna gezamenlijk [accountantskantoren3] genoemd.

2.2 [Accountantskantoren3] is vanaf 2017 administratieve werkzaamheden gaan verrichten voor klagers in opdracht van [BV1] (hierna: [BV1]) die met haar samenwerkt. Klagers, die een (keur)slagerij exploiteren, zijn tot 1 januari 2018 aangesloten geweest bij [BV1]. Daarvoor betaalden zij een maandelijkse franchisebijdrage. De kosten van de administratieve werkzaamheden kwamen voor rekening van [BV1].

2.3 Daarnaast heeft betrokkene op grond van een opdracht van klagers advieswerkzaamheden voor hen verricht over de omvorming van de juridische constructie van hun onderneming.

2.4 Met het oog op omzetting met terugwerkende kracht tot 1 januari 2017 van hun, in de vorm van een vennootschap onder firma, gedreven onderneming in een besloten vennootschap, heeft een medewerker van [accountantskantoren3] een voorovereenkomst opgesteld. Op 12 september 2017 heeft betrokkene uitgebreid met klagers gesproken over de omzetting. Tijdens dit gesprek hebben klagers deze voorovereenkomst ondertekend.

2.5 Hierna heeft betrokkene zoals voor hem gebruikelijk was deze voorovereenkomst ten behoeve van de (tijdige) registratie bij de belastingdienst bij terugkomst op kantoor bij het secretariaat neergelegd. Betrokkene is er toen van uit gegaan dat het origineel van de getekende voorovereenkomst voor 1 oktober 2017 naar de belastingdienst zou worden gezonden.

2.6 Toen bleek dat dat niet was gebeurd heeft betrokkene geprobeerd dat recht te zetten. Hij heeft op 31 oktober 2017 een verzoek aan de belastingdienst gericht tot geruisloze inbreng met terugwerkende kracht tot 1 januari 2017 van de onderneming in een besloten vennootschap. Daarin staat:

“Namens bovengenoemde cliënten verzoeken wij u goed te keuren, dat de voorheen onder de naam [VOF1] gedreven onderneming, geruisloos wordt ingebracht in een nieuw op te richten besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [BV2]. met terugwerkende kracht per 1 januari 2017. Tevens verzoeken wij u de verkrijgingsprijs van de aandelen middels voor bezwaar vatbare beschikking vast te stellen. Bijgaand treft u een kopie van de getekende voorovereenkomst. Deze overeenkomst, die door ons is opgemaakt op 30 augustus 2017, is bij een bezoek van ondergetekende aan cliënt op 12 september 2017 getekend. De volgende dag is de overeenkomst door het secretariaat gescand. Na het scannen van de overeenkomst is verzuimd de getekende overeenkomst ter registratie op te sturen naar de Belastingdienst. Uit een printscreen uit ons cliëntregistratiesysteem blijkt dat de getekende overeenkomst op 13 september

2017 is gescand. Tevens doen wij u een printscreen van de agenda-afspraak met cliënt en de aanmaak van het word document toekomen. Wij verzoeken u, ondanks dat registratie van de overeenkomst niet voor 1 oktober 2017 heeft plaatsgevonden, op basis van deze gegevens toch akkoord te gaan met terugwerkende kracht tot 1 januari 2017.”

2.7 De belastingdienst heeft dat verzoek afgewezen bij brief van 14 november 2017.

Daarin staat:

“Uw verzoek om een geruisloze overgang ex. artikel 3.65 wet inkomstenbelasting 2001 van de heer [X1] en mevrouw [X2] heb ik op 1 november 2017 ontvangen en in behandeling genomen. Aan de geruisloze inbreng kan geen terugwerkende kracht worden gegeven naar de datum 1 januari 2017. Dit omdat er geen geregistreerde voorovereenkomst bekend is bij de Belastingdienst. U heeft in uw brief van 31 oktober 2017 kenbaar gemaakt door welke omstandigheden deze registratie niet heeft plaats gevonden. De wet en de regelgeving, meer de goedkeuring om terugwerkende kracht te verlenen, is hier strikt en kent geen uitzonderingen. In het telefoongesprek dat we hebben gehad over de inbreng heb ik de fiscale oudedagsreserve ter sprake gebracht. Deze staat voor allebei de vennoten in de aangifte 2015 nog apart gespecificeerd voor elk € 66.794. In de aangifte van 2016 is het eigen vermogen aangegeven als een bedrag. Het verzoek moet op dit onderdeel worden aangepast.

Als u in 2017 nog gebruik wil maken van de geruisloze inbreng artikel 3.65 wet inkomstenbelasting 2001 dan ontvang ik graag een aangepast verzoek.”

2.8 Per e-mail van 1 februari 2018 hebben klagers de overeenkomst van dienstverlening met [accountantskantoren3] beëindigd.

3. De klacht

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

3.2 Ten grondslag aan de klacht liggen, zoals blijkt uit het klaagschrift en de daarop

door en namens klagers gegeven toelichting, de verwijten dat betrokkene:

1. de door klagers op 12 september 2017 gesloten overeenkomst tot inbreng per 1 januari 2017 van hun onderneming in een besloten vennootschap zonder fiscale afrekening niet tijdig heeft geregistreerd bij de belastingdienst;
2. zonder enig overleg daarna met ingang van 6 november 2017 een B.V-structuur heeft opgezet waardoor onnodige kosten zijn gemaakt;
3. zonder overleg een onwenselijke vennootschapsstructuur heeft opgezet met betrekking tot de cumulatief preferentiepositie van klager [X1];
4. zonder overleg vermogensbestanddelen heeft gewaardeerd;
5. zonder overleg en ten onrechte een loods in de vennootschapsstructuur heeft ingebracht omdat deze inbreng onwenselijk was;
6. ten onrechte bij de oprichting van de vennootschapsstructuur ervan uitgegaan is dat klaagster [X2] zou beschikken over een FOR van € 63.164..

3.3 Wat door/namens klagers 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) maar - voor zover het daartoe kan dienen - als ondersteuning van de betwisting van het gestelde in de door/namens betrokkene gegeven weerspreking van de klacht.

4. De gronden van de beslissing

Over 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 worden getoetst aan de Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGBA).

4.3 Daarbij stelt de Accountantskamer voorop dat het in een tuchtprocedure als de onderhavige in beginsel aan klagers 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 Opmerking verdient het volgende. De opdracht van klagers aan [accountantskantoren³] om de rechtsvorm van de onderneming te wijzigen is, zoals blijkt uit het dossier en de stellingen van partijen, uitgevoerd door betrokkene. Betrokkene heeft daarvoor advieswerkzaamheden verricht, de belastingdienst over de gewenste omzetting geïnformeerd en overleg met de belastingdienst gepleegd. In dat traject heeft betrokkene taken overgelaten aan een van zijn medewerkers, werkzaam op het secretariaat van zijn kantoor. Voor de uitvoering daarvan geldt dat betrokkene daarvoor op grond van artikel 14 VGBA vaktechnisch verantwoordelijk gehouden kan worden. De Accountantskamer zal aan de hand van de klachtonderdelen toetsen of betrokkene heeft gehandeld overeenkomstig de in de VGBA opgenomen fundamentele beginselen.

4.5 Klachtonderdeel 1. is gegrond. Betrokkene heeft het, met het oog op de realisatie van de omzetting van de vennootschap onder firma naar een besloten vennootschap met terugwerkende kracht tot 1 januari 2017, tot zijn taak gerekend om te zorgen voor de noodzakelijk tijdige registratie van de voorovereenkomst bij de belastingdienst. Hij heeft erkend dat dat door een omissie op het secretariaat van zijn kantoor niet is gebeurd. Omdat hij daarvoor vaktechnisch verantwoordelijk gehouden kan worden heeft betrokkene gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid.

4.6 Klagers hebben in de klachtonderdelen 2. tot en met 5. onder meer aangevoerd dat betrokkene in het kader van zijn opdracht zonder overleg keuzes heeft gemaakt over de

nieuwe ingangsdatum van de B.V-structuur en over een structuur met cumulatief preferente aandelen en dat hij zonder overleg vermogensbestanddelen heeft gewaardeerd. Betrokkene heeft betwist dat over deze onderwerpen geen overleg is gevoerd. Zo heeft betrokkene (ter zitting) naar voren gebracht dat bewust gekozen is voor de inbreng van de onderneming per 6 november 2017 en dat daarover telefonisch overleg is geweest met klager [X1], dat hij het advies over de cumulatief preferente positie van klagers conform het Besluit geruisloze omzetting met klagers heeft besproken, dat op 8/9 december 2017 telefonisch contact is geweest met klager [X1] over de waardering van de vermogensbestanddelen en dat klagers in een gesprek over de loods te kennen heeft gegeven dat deze gedeeltelijk wordt gebruikt als opslag voor de spullen die betrekking hebben op de catering- en barbecuewerkzaamheden van klagers.

4.7 Nu alleen klager [X1] of beide klagers en betrokkene (steeds) aan een gesprek of overleg (zouden) hebben deelgenomen en niet is vast te stellen of die hebben plaatsgevonden en hoe elk gesprek of overleg is verlopen, kan niet vastgesteld worden of de verwijten terecht worden gemaakt. Dit oordeel berust niet op het uitgangspunt dat het woord van klagers 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 moet worden vastgesteld dat de in dit verband door klagers gestelde feiten voldoende aannemelijk zijn gemaakt. Dat is echter niet het geval, omdat klagers en betrokkene elkaar tegenspreken en stukken ontbreken die het standpunt van klagers – in voldoende mate – ondersteunen. De juistheid van het verwijt dat geen overleg heeft plaatsgevonden hebben klagers niet aannemelijk gemaakt.

Daarbij overweegt de Accountantskamer dat niet van betrokkene kan worden verlangd dat hij de in het kader van de opdracht gevoerde gesprekken met klager(s) steeds schriftelijk heeft vastgelegd, zodat uit het ontbreken van schriftelijke verslagen van gesprekken niet de conclusie kan worden getrokken dat geen overleg heeft plaats gevonden. Gelet op vorenstaande zijn klachtonderdeel 2. en 4. ongegrond. De klachtonderdelen 3. en 5. zijn in elk geval ongegrond, voor zover zij het verwijt betreffen dat een gesprek of overleg met klager(s) achterwege is gebleven.

4.8 In klachtonderdeel 3. hebben klagers zich tevens op het standpunt gesteld dat het advies om een vennootschapsstructuur met cumulatief preferente aandelen op te zetten inhoudelijk niet juist is geweest. Dat standpunt hebben klagers echter niet in voldoende mate onderbouwd en toegelicht, terwijl betrokkene dat standpunt gemotiveerd heeft betwist. Klachtonderdeel 3 is daarom ook in zoverre ongegrond.

4.9 In klachtonderdeel 5. hebben klagers zich tevens op het standpunt gesteld dat de inbreng van de loods niet noodzakelijk was. Dat standpunt hebben klagers slechts onderbouwd met de stelling dat de loods niet dienstbaar was aan de onderneming. Betrokkene heeft dat standpunt betwist door aan te voeren dat klagers in een gesprek aan hem te kennen hebben gegeven dat de loods gedeeltelijk wordt gebruikt als opslag voor de spullen die betrekking hebben op de catering- en barbecuewerkzaamheden die klagers verrichten, zodat de loods voor het bedrijf werd gebruikt. Gelet hierop hebben klagers de juistheid van hun verwijt niet aannemelijk gemaakt. Klachtonderdeel 5. is daarom ook in zoverre ongegrond.

4.10 Klagers hebben in klachtonderdeel 6. naar voren gebracht dat betrokkene er bij de oprichting van de vennootschapsstructuur ten onrechte van uit is gegaan dat klagers beiden zouden beschikken over een fiscale oudedagreserve van € 63.164,--, terwijl mevrouw [X2] in werkelijkheid slechts een oudedagsreserve van € 3.000,-- had opgebouwd. Betrokkene heeft dit erkend. De juistheid van het verwijt staat derhalve vast. Dat is betrokkene ook tuchtrechtelijk aan te rekenen omdat hij zijn aanname louter gebaseerd heeft op een brief van de belastingdienst met betrekking tot een aangifte in 2015 terwijl van hem verwacht mocht worden die informatie ten behoeve van de situatie van klagers in 2017 te onderzoeken en de informatie van de belastingdienst in zoverre te verifiëren en/of de accountant die de aangifte over 2016 van klagers heeft verzorgd daarover informatie te vragen. Deze handelwijze acht de Accountantskamer niet vakbekwaam. Klachtonderdeel 6. is derhalve gegrond.

4.11 Nu de klacht (gedeeltelijk) gegrond moet worden verklaard, kan de Accountantskamer een tuchtrechtelijke maatregel opleggen. Bij de beslissing daarover

houdt zij rekening met de aard en de ernst van het verzuim van de betrokkene en de omstandigheden waaronder dit zich heeft voorgedaan. De Accountantskamer acht in deze klachtzaak de maatregel van waarschuwing passend en geboden.

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

5. Beslissing

De Accountantskamer:

- verklaart de klachtonderdelen 2, 3, 4 en 5 ongegrond;
- verklaart klachtonderdelen 1 en 6 gegrond;
- legt ter zake aan betrokkene op de maatregel van **waarschuwing**;
- 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 klagers betaalde griffierecht ten bedrage van € 70,-- (zeventig euro) aan klagers vergoedt.

Aldus beslist door mr. A.A.J. Lemain, voorzitter, mr. W.J.B. Cornelissen en mr. C.H. de Haan (rechterlijke leden) en drs. E. van Splunter RA en A.M.H. Homminga AA (accountantsleden), in aanwezigheid van mr. G.A. Genee, secretaris, en uitgesproken in het openbaar op 7 februari 2020.

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.