

TUCHTCOLLEGE

NEDERLANDSE ORDE VAN ADMINISTRATIE- EN BELASTINGDESKUNDIGEN

Bij afkorting aangeduid als NOAB

Nummer TC 66/2019

Beslissing inzake de klacht, ingediend door:

1. **A BV**, rechtsgeldig vertegenwoordigd door haar directeur
2. **de heer A**,
3. **B BV**, rechtsgeldig vertegenwoordigd door haar directeur
4. **de heer B**,

hierna gezamenlijk aan te duiden als: klagers, tegen

C B.V. te C en diens rechtsvoorganger VOF C, NOAB-lid, hierna betrokkene.

1. DE PROCEDURE

Het Tuchtcollege heeft kennisgenomen van het klaagschrift gedagtekend 18 december 2019 en binnengekomen bij NOAB op 19 december 2019 en het verweerschrift gedagtekend 28 januari 2020, beide stukken voorzien van bijlagen.

Partijen hebben hun standpunt mondeling toegelicht ter zitting van vrijdag 6 maart 2020 te 's-Hertogenbosch. Op deze zitting zijn toen verschenen en gehoord, namens klagers, de heren A en B voornoemd, bijgestaan door de heer D RA, verbonden aan D accountants & belastingadviseurs, alsmede, betrokkene, vergezeld van de heer mr. E van advocaten-belastingkundigen te E, te dezer zake optredend als gemachtigde van betrokkene.

Zowel klager als betrokkene hebben ter zitting een pleitnota voorgedragen en een exemplaar daarvan overgelegd aan de wederpartij en aan het Tuchtcollege. Daarnaast heeft C voornoemd aan het slot van de zitting nog een korte verklaring gedagtekend 6 maart 2020 voorgelezen en een afschrift ervan aan het Tuchtcollege en aan klagers verstrekt.

Het Tuchtcollege heeft aan het einde van de zitting het onderzoek gesloten en een schriftelijke uitspraak op de klacht aangekondigd binnen -zo mogelijk- zes weken.

2. DE KLACHT

2.1. Klagers stellen zich in de van hen afkomstige stukken op het standpunt dat betrokkene ten opzichte van klagers heeft gehandeld in strijd met de artikelen 1, 3 en 19 van de toepasselijke Gedrags- en Beroepsregels van de NOAB. Klagers verwijten betrokkene het volgende:

- Betrokkene had klagers in de gevoerde gesprekken in 2015 en 2016 moeten adviseren over de slechte situatie waarin zij terecht waren gekomen door het uitblijven van revenuen uit de (hierna nader aan te duiden) participaties, het niet uitbetalen van overuren en de oplopende schuld op de lening uit hoofde van de koopsom van de aandelen. Tevens had betrokkene klagers moeten informeren over het feit dat de berekeningen die ten grondslag lagen aan de koopsommen van de participaties niet juist waren opgesteld.
- De gesprekken in 2015 en 2016 waren een gevolg van de gefrustreerde verhouding tussen partijen en betrokkene heeft de belangen van (de eveneens hierna nader aan te duiden) F Beheer B.V. ten onrechte boven de belangen van klagers geplaatst.
- Betrokkene wist en/of had moeten weten en/of had kunnen weten dat de door haar opgestelde berekeningen die ten grondslag hebben gelegen aan de in 2011 betaalde koopsom niet juist waren en heeft nagelaten klagers daarvan met name in de jaren 2015 en 2016 tijdens de gevoerde gesprekken op de hoogte te brengen.
- Op de door klagers gestelde vragen over het traject van de overname van de participaties in 2011 heeft betrokkene in 2017 niet naar waarheid geantwoord. Betrokkene heeft destijds wel degelijk het traject voor beide partijen begeleid en behartigd.
- Op de vraag van klagers in december 2016 aan betrokkene om nog eens naar de in 2011 door haar gemaakte berekeningen van de koopsom te kijken en daarin de op- en aanmerkingen van de adviseur van klagers, de heer D RA, mee te nemen, heeft betrokkene ten onrechte afwijzend gereageerd en heeft betrokkene nimmer geantwoord.
- Betrokkene laat haar gemachtigde mr. E in diens brief van 28 mei 2018 een aantal feitelijke onjuistheden verkondigen.

2.2. Betrokkene stelt zich op het standpunt dat de klacht primair niet-ontvankelijk, en, subsidiair, feitelijk ongegrond dient te worden verklaard.

3. DE VOORGESCHIEDENIS

3.1. F Beheer B.V. is gevestigd te F. Enig aandeelhouder van de vennootschap was aanvankelijk de heer G via zijn persoonlijke holding H Holding B.V.. De bestuurder was de heer G voornoemd. De belangrijkste activiteit van F Beheer B.V. is de exploitatie van restaurant J te J.

3.2. Klager de heer A was vanaf 1 april 2007 in loondienst bij F Beheer B.V.. Klager de heer B was vanaf 11 augustus 2003 in loondienst bij v.o.f. K, welke onderneming in 2006 is voortgezet door F Beheer B.V.. In 2011 was de heer B als chef-kok in dienst bij F Beheer B.V. en de heer A als gastheer. F Beheer B.V. exploiteerde van oudsher het succesvol café/restaurant/ J te J. Achterliggende eigenaar (via H Holding B.V.) was/is de heer G. Zowel de heer B als de heer A hebben de wens te kennen gegeven in 2011 om (mede)ondernemer te worden in de onderneming waarin zij werkzaam waren. Het geplaatste aandelenkapitaal bij F Beheer B.V. bestaat uit 40 gewone aandelen elk nominaal groot € 453,78.

3.3. In januari 2011 heeft klager de heer A via zijn nieuw opgerichte holding A B.V. 20% van de aandelen in F Beheer B.V. overgenomen en heeft klager de heer B via zijn nieuw opgerichte holding B B.V. 10% van de aandelen in F Beheer B.V. overgenomen.

3.4. Begin 2017 zijn de heren A en B uit dienst getreden bij F Beheer B.V. en zijn de aandelen in F Beheer B.V. door A B.V. en B B.V. verkocht aan H Holding B.V.. De daarop betrekking hebbende verkooponderhandelingen hebben plaatsgevonden in december 2016 en januari 2017. Op 19 december 2016 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen klagers, vergezeld van de heer D RA en betrokkene. Tot de stukken van het geding behoort een brief van de heer D RA aan betrokkene d.d. 30 december 2016 waarin hij zijn bevindingen naar aanleiding van genoemd gesprek heeft vastgelegd. De brief wordt als volgt afgesloten: *“Ik vraag u nogmaals om het gehele traject van de overname van de aandelen in ogenschouw te nemen en uw conclusies daar aan te verbinden (...).”*

3.5. Tot de stukken van het geding behoort een “Deskundigenbericht”, afkomstig van de heer D RA voornoemd, opgemaakt op 12 april 2018. Daarin wordt als “doel van het onderzoek” gemeld:

“1. Hoe is de koopsom van de aandelen in 2011 berekend en is de wijze van berekening juist en overeenkomstig in het maatschappelijk verkeer aanvaardbare normen.

2. Hoe is het verloop van de financiële ontwikkeling geweest vanaf 2011.

Hoe groot is het financieel nadeel dat A BV en B BV ten gevolge van de participatie in het aandelenkapitaal van J hebben geleden.”

3.6. Klagers hebben op 1 februari 2017 de opdracht tot dienstverlening met betrokkene opgezegd.

4. STANDPUNTEN VAN PARTIJEN

4.1. Voor de onderbouwing van het standpunt van klagers wordt verwezen naar de inhoud van de van hen afkomstige stukken, waaronder de ter zitting overgelegde en voorgedragen pleitnotitie en hetgeen klagers mede bij monde van hun woordvoerder, de heer D RA, al dan niet op vragen van het Tuchtcollege en deels ter herhaling daaraan nog hebben toegevoegd. Kort samengevat, komt dat standpunt neer op het volgende: Vooropgesteld, de klacht is ontvankelijk en dient inhoudelijk in behandeling te worden genomen. Immers, op 18 december 2016 is door de heer D RA een notitie uitgewerkt over de overname van de aandelen in 2011, de uitleg over de sheet van de aandelenwaardering die ten grondslag heeft gelegen aan de koopsom van de aandelen en de financiële gang van zaken nadien. Die notitie is de volgende dag op 19 december 2016 voorafgaand aan de bespreking bij betrokkene ten kantore van een door klagers ingeschakelde advocaat besproken. De advocaat heeft tijdens die bespreking ook kort het voorstel van 19 december 2016 om de transactie terug te draaien op papier gezet. Eerst tijdens die bespreking werd het handelen of nalaten van betrokkene ten aanzien van de berekening van de koopsom van de aandelen bij de participaties bij klagers bekend. Het klaagschrift is ingediend op 18 december 2019 en dat is daarmee binnen de (relatieve) termijn van drie jaren na de constatering van klagers over het handelen of nalaten van betrokkene. Klachten die op deze zaak betrekking hebben over het handelen of nalaten binnen de termijn van zes jaren voorafgaand aan 18 december 2019 vallen binnen de in artikel 5 van het Reglement van Tuchtrechtspraak NOAB (hierna: het Reglement) gestelde termijn. Overigens vallen de klachten betrekking hebbend op het handelen of nalaten in de periode vanaf 18 december 2016 naar de mening van klagers al rechtstreeks onder de in artikel 5 van het Reglement vermelde termijn. Inhoudelijk bezien zijn klagers -kort samengevat- van mening dat betrokkene bij de berekening van de waarde van de aandelen in 2011 fouten heeft gemaakt. En nadat klagers dat op 19 december 2016 hebben geconstateerd en aan betrokkene kenbaar hebben gemaakt, had betrokkene als adviseur van klagers de opmerkingen en vragen van klagers over de berekeningen in de betreffende sheet moeten beantwoorden en moeten uitleggen hoe het werkelijk zat en wat de gevolgen voor klagers daarvan zijn geweest en dat heeft betrokkene nagelaten. In de jaren 2015 en 2016 had betrokkene klagers moeten adviseren over de slechte financiële positie waarin zij door de aandelenparticipatie en de daarbij behorende lening terecht waren gekomen. Betrokkene wist en/of had moeten dan wel kunnen weten dat de koopsommen van de aandelen gebaseerd waren op foutieve berekeningen. Betrokkene is ook niet eerlijk over haar rol in de periode dat de overname van de aandelen tot stand is gekomen. Klagers blijven erbij dat betrokkene ter zake heeft gehandeld in strijd met artikel 19 van de Gedrags- en Beroepsregels NOAB.

De kern van onze klachten ziet dus niet op het uittredingsproces maar op de berekening van de waarde van de aandelen, de daarbij behorende lening, een en ander zoals heeft plaatsgevonden in 2011 en op het niet adequaat reageren door betrokkene op onze vragen e.d. eind 2016.

4.2. Betrokkene stelt zich op het standpunt dat de klacht primair geheel niet-ontvankelijk, en, subsidiair, geheel ongegrond dient te worden verklaard.

Voor de (verdere) onderbouwing van het standpunt van betrokkene wordt verwezen naar de inhoud van de van haar afkomstige stukken, waaronder de ter zitting overgelegde en voorgedragen pleitnota en hetgeen door of namens betrokkene, al dan niet op vragen van het Tuchtcollege en deels ter herhaling, ter zitting daaraan nog is toegevoegd. Dit komt op het volgende neer, zakelijk weergegeven:

Primair stel ik dat de klacht in al zijn onderdelen niet binnen de in artikel 5 van het Reglement genoemde termijnen (relatieve driejaarstermijn en absolute zesjaarstermijn) is ingediend en om die reden niet-ontvankelijk dient te worden verklaard.

De klachtbrief dateert van 18 december 2019 en daarin wordt -al dan niet indirect- feitelijk alleen geklaagd over beweerdelijk handelen en/of nalaten in 2011, dus is sprake van een forse overschrijding van genoemde zesjaarstermijn. En mocht het Tuchtcollege nog daaraan toekomen, dan stelt betrokkene dat in casu ook de driejaarstermijn is overschreden. Immers, de heer D RA heeft meer dan 3 jaren voor de indiening van de klacht, namelijk zeker vóór 19 december 2016, hun financiën en de voorgeschiedenis met klagers voorbesproken in zijn voorbereiding op de uitkooponderhandelingen met de heer G; dat betekent dat klagers daarmee dus eerder - vóór 19 december 2016 - op de hoogte waren en dan ook eerder hadden kunnen klagen.

De verwijten jegens betrokkene zijn derhalve alle niet-ontvankelijk (want te laat) en - mocht het Tuchtcollege daaraan toekomen- daarnaast ook nog eens feitelijk onjuist.

5. DE BEOORDELING

5.1. Ingevolge artikel 5 van het Reglement, zoals laatstelijk gewijzigd in de ledenraad van 24 november 2016), dienen klachten tegen NOAB-leden binnen drie jaar na de constatering van het handelen of nalaten te worden ingediend bij de bemiddelaar van NOAB. Voorts -zo vervolgt deze bepaling - wordt de klacht niet in behandeling genomen indien tussen het moment van het handelen of nalaten en de indiening van de klacht een periode van zes jaar is verstreken. Blijkens de daarbij gegeven Toelichting, beoogt deze bepaling een NOAB-lid te beschermen tegen late en daardoor moeilijk te betwisten klachten. Op straffe van verval van het recht om een klacht in te dienen, dient een klager zijn klacht in te dienen binnen drie jaar na de constatering van het handelen of nalaten waarover hij klaagt. Daarbij geldt dat tussen het moment van het betreffende handelen of nalaten en het moment waarop een klager zijn klacht indient minder dan zes jaar moet zijn verstreken.

5.2. Toegespitst op het onderwerpelijke geschil betekent dat dat op grond van artikel 5 van het Reglement in beginsel ter beoordeling aan het Tuchtcollege slechts kunnen worden voorgelegd in elk geval die klachtonderdelen die zien op door klager gesteld handelen en/of nalaten dat zich heeft afgespeeld na 19 december 2013, te weten de datum van de ontvangst van het klaagschrift bij de NOAB op 19 december 2019 minus de hiervoor gememoreerde termijn van zes jaar.

5.3. Betrokkene stelt zich op het standpunt dat klagers steeds, al dan niet verkapt, klagen over beweerdelijk handelen en/of nalaten door betrokkene in 2011 en dat als gevolg daarvan - gelet op evengenoemd artikel 5 van het Reglement - de klacht zoals ingediend volledig niet (inhoudelijk) in behandeling kan worden genomen, primair op grond van overtreding van de daarin gestelde termijn van zes jaren en subsidiair op grond van overschrijding van bedoelde driejaarstermijn.

5.4. Klagers hebben in dit verband aangevoerd:

- dat op 18 december 2016 door de heer D RA een notitie is uitgewerkt “over de participatie in 2011, de uitleg over de sheet van de aandelenwaardering die ten grondslag heeft gelegen aan de koopsom van de aandelen en de financiële gang van zaken nadien.”,

- dat eerst bij de bespreking van een en ander op 19 december 2016 het handelen of nalaten van betrokkene ten aanzien van de berekening van de koopsom van de aandelen bij klagers bekend was,

- dat nu het klaagschrift is ingediend op 18 december 2019 het in elk geval binnen drie jaar na de constatering van klagers over het handelen en/of nalaten van betrokkene op 19 december 2016 – en daarmee tijdig - is ingediend, en

- dat klachten die op deze zaak betrekking hebben over het handelen of nalaten binnen de termijn van zes jaar voorafgaand aan 18 december 2019 binnen de in artikel 5 van het Reglement gestelde termijn vallen.

5.5. Het Tuchtcollege is het in dezen volledig eens met betrokkene. In alle klachtonderdelen die klagers hebben aangevoerd, wordt één en andermaal - al dan niet indirect - geklaagd over de berekening van de aandelenparticipatie en de daarbij behorende lening. En te dier zake staat nu eenmaal tussen partijen vast dat zulks in het begin van het jaar 2011 heeft plaatsgevonden, dus ruim buiten de hiervoor bedoelde zesjaarstermijn. Dit oordeel wordt ondersteund door de eigen verklaring van klagers ter zitting, luidende dat de kern van hun klachten niet ziet op het uittredingsproces maar op de berekening van de waarde van de aandelen en het aangaan van de daarbij behorende lening in 2011.

5.6. Dit leidt tot de conclusie dat alle door klager aangevoerde klachtonderdelen reeds vanwege overschrijding van genoemde zesjaars klachttermijn niet inhoudelijk kunnen worden beoordeeld.

Hieraan doet niet meer af of de specifieke - door betrokkene overigens gemotiveerd betwiste - klacht dat door betrokkene niet (adequaat) zou zijn gereageerd op door klagers gedane verzoeken om informatie naar aanleiding van het gesprek op 19 december 2016, wel binnen de driejaarstermijn is ingediend.

5.7. De slotsom is dat klagers met betrekking tot de volledige klacht niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard. Hieraan doet niet af al hetgeen klagers in dit verband overigens nog hebben aangevoerd.

5.8. Het voorgaande brengt met zich dat de overige stellingen en verweren van partijen met betrekking tot de overige klachtonderdelen buiten bespreking (kunnen) blijven.

5.9. Het Tuchtcollege acht termen aanwezig om te besluiten tot openbaarmaking van een geanonimiseerde samenvatting van deze uitspraak.

5.10. Nu de klacht niet-ontvankelijk wordt verklaard, bestaat er geen aanleiding te bepalen dat het door klagers betaalde bedrag aan griffierecht ad € 500 op de voet van het bepaalde in artikel 7, lid 6, van het hiervoor genoemde Reglement door NOAB aan hem wordt gerestitueerd.

5.11. Op grond van al het vorenstaande dient te worden beslist als hierna is vermeld.

6. De beslissing

Het Tuchtcollege:

1. verklaart klager niet-ontvankelijk in zijn klacht;
2. bepaalt dat een samenvatting van deze uitspraak in geanonimiseerde vorm openbaar wordt gemaakt door publicatie in de nieuwsbrief en op de website van NOAB.

Aldus beslist op

door mr. W. Brouwer, voorzitter, prof. mr. dr. A.H.H. Bollen-Vandenboorn en mr. J.J.J. Engel, leden, in aanwezigheid van R.O.J.M. de Windt, griffier. De uitspraak is alleen door de voorzitter en de griffier ondertekenend.

Afschriften van deze uitspraak zijn aangetekend aan partijen verzonden op:

Tegen deze beslissing kan ingevolge het bepaalde in artikel 21 van het Reglement van Tuchtrechtspraak NOAB in beroep worden gekomen bij het College van Beroep binnen twee maanden na verzending van het afschrift van deze uitspraak conform het bepaalde in artikel 24 van laatstgenoemd Reglement.