

REACTIE INTERNETCONSULTATIE AANVULLENDE MAATREGELEN AC- COUNTANTSORGANISATIES

10060553/15-00448676/eti

Aan : rijksoverheid / ministerie van financiën
Van : Ellen Timmer, advocaat verbonden aan Pellicaan Advoca-
ten N.V. (op persoonlijke titel)
ellen.timmer@pellicaan.nl
<http://nl.linkedin.com/in/ellentimmer>
Datum : 7 augustus 2015
Betreft : consultatie wetsvoorstel aanvullende maatregelen
accountantsorganisaties

Hierbij maak ik gebruik van de mogelijkheid om op persoonlijke titel deel te nemen aan deze internetconsultatie, die is aangekondigd op <http://www.internetconsultatie.nl/aanvullendemaatregelen>.

Inhoudsopgave:

Tekortkoming (artikelen 14a en 25b Wta).....	2
Artikel 16 lid 1, beleidsbepaler, geschiktheidstoetsing.....	3
<i>Beleidsbepaler</i>	3
<i>Geschiktheidstoetsing</i>	4
Artikel 16 lid 4, beleidsbepaler en netwerk.....	5
Artikel 22a lid 6, onafhankelijk intern toezicht.....	5
Artikel 48a, toevoeging aan lid 5 en nieuw lid 6.....	6
Artikel 63c, gegevensuitwisseling door AFM met onder andere FIU-Nederland.....	6
Verbetering rechtsbescherming.....	7
Bevordering transparantie toezichthouder.....	8

TEKORTKOMING (ARTIKELEN 14A EN 25B WTA)

In artikel I wordt op twee plaatsen voorgesteld het begrip 'tekortkoming' in de *Wet toezicht accountantsorganisaties* (Wta) te introduceren, nl. in onderdeel A:

Artikel 14a

De accountantsorganisatie zorgt ervoor dat tekortkomingen bij een wettelijke controle worden hersteld.

en in onderdeel E:

Artikel 25b

Een externe accountant herstelt de tekortkomingen bij een wettelijke controle.

Het begrip '*tekortkoming*' komt in de Wta nog niet voor. Een definitie van dit begrip ontbreekt. Aangenomen mag worden dat hier niet wordt bedoeld op het begrip 'tekortkoming' zoals wij dit uit het civiele recht kennen. Naar mijn mening is er alle aanleiding dit begrip te verduidelijken.

Uit de tekst van de twee artikelen valt af te leiden dat het niet om de methodiek bij wettelijke controles in het algemeen gaat, maar om niet-naleving van voorschriften bij een individuele controle. Het valt op dat de tekst van de voorgestelde artikelen 14a en 25b veronderstelt dat tekortkomingen per definitie herstelbaar zijn. Dus wellicht betekent dit dat iets alleen een tekortkoming is, als het ook herstelbaar is. Is door de ontwerpers van het voorstel onder ogen gezien dat het denkbaar is dat in individuele gevallen herstel onmogelijk kan zijn (bijvoorbeeld op grond van andere wettelijke voorschriften of beroepsregels).

Uit de 'bevel'vorm waarin artikelen 14a en 25b zijn gesteld valt niet af te leiden wie de accountantsorganisatie respectievelijk de externe accountant kan aanspreken op naleving van deze verplichting. Wellicht dat op grond van artikel 14 Wta de accountantsorganisatie de accountant kan aanspreken bij niet-naleving van artikel 25b. Kan dit nader worden toegelicht?

Aanbevelingen:

- Verschaf een nadere toelichting op het begrip 'tekortkoming'.
- Geef een toelichting op de vraag of onder ogen is gezien dat er mogelijk tekortkomingen zijn die niet herstelbaar zijn en zo ja, dat dit betekent dat alsdan iets geen 'tekortkoming' als bedoeld in artikelen 14a en 25b is.
- Kan worden toegelicht wie de betrokkene kan aanspreken op artikelen 14a en 25b. Is dat alleen de toezichthouder of ook een ander?

ARTIKEL 16 LID 1, BELEIDSBEPALER, GESCHIKTHEIDSTOETSING

BELEIDSBEPALER

In lid 1 worden in de eerste volzin degenen genoemd die het dagelijkse beleid van een accountantsorganisatie bepalen :

- accountantsorganisaties
- auditkantoren
- natuurlijke personen die voldoen aan de krachtens artikel 25 te stellen regels inzake vakbekwaamheid van externe accountants of regels die daaraan gelijkwaardig zijn

De tweede volzin lijkt betrekking te hebben op natuurlijke personen. Het is aan te bevelen te verduidelijken of dit het geval is.

De eerste volzin roept de vraag op of het dagelijkse beleid van een accountantsorganisatie wel door een (andere) accountantsorganisatie of auditkantoor bepaald kan worden. (Dat een rechtspersoon in algemene zin beleidsbepaler kan zijn, lijkt me juist). De overige onderdelen van artikel 16 richten zich op natuurlijke personen, immers alleen een natuurlijke persoon kan deskundig zijn (lid 2) of geschikt (leden 3 tot en met 5).

Aanbeveling:

- Het is aan te bevelen om artikel 16 uitsluitend te richten op natuurlijke personen als dagelijks beleidsbepaler.

GESCHIKTHEIDSTOETSING

Artikel 16 is een belangrijke bepaling als het om de toetsing van geschiktheid en deskundigheid gaat. De facto kan sprake zijn van een beroepsverbod voor betrokken personen, als die toetsing niet zorgvuldig en op voldoende niveau plaats vindt.

Nu dat artikel toch wordt aangepast, is dat een goede gelegenheid om aan dit artikel een bepaling toe te voegen dat die toetsing slechts zal plaats vinden door personen die voldoende ervaring en competenties hebben om de betrokken personen te beoordelen. In dit verband attendeer ik er op dat niet alleen Lakeman kritiek heeft op de praktijk van geschiktheidstoetsingen in het financiële toezicht¹; ook anderen oefenen kritiek uit. Zo schreven Toorn en Galle in hun artikel van december 2014² dat het beter moet, zowel voor wat betreft de aanpak van de toetsing, als wat betreft de personen die de toetsing uitvoeren. Zij schrijven onder meer

Zo rijst de vraag of 'juniore' toezichthouders in staat waren/zijn om de geschiktheid van commissarissen bij de grootste banken en verzekeraars ... te beoordelen. Kunnen deze toetsers risico's in het functioneren van de governance bij deze grote financiële instellingen onderkennen, die deze ondernemingen zelf over het hoofd hebben gezien? Het oogt dan ook tegenstrijdig om de beslissing over de 'bagage' van een seniore bestuurder/commissaris over te laten aan iemand die deze 'bagage' zelf niet heeft.

Ook anderen oefenen kritiek uit.³

Aanbevelingen:

Vanwege de afhankelijkheidsrelatie van de vergunninghouders, hier de accountantsorganisaties, ten opzichte van het bestuursorgaan (AFM), is aan te bevelen in de wet regels op te nemen om te waarborgen dat de kwaliteit van de geschiktheidstoetsing hoog is. Daarbij valt te denken aan het volgende:

- het stellen van geschiktheidseisen aan degenen die als toetser optreden; het eventueel gebruik maken van derden met de juiste competenties als toetser;
- degene die getoetst wordt dan wel diens accountantsorganisatie kan verzoeken om andere toetsers;

¹ Met zijn rapport over toetsing door DNB <http://www.sobi.nl/wp-content/uploads/2015/07/De-nieuwe-kleren-van-Keizer-Knot-27-juli-2015-ex-matrix.pdf> kwam hij eind juli 2015 in het nieuws, zie onder meer <https://www.accountant.nl/nieuws/2015/7/dnb-toetst-beleidsbepalers-amateuristisch-en-misbruikt-bevoegdheid/#>.

² Mr. drs. E. Toorn en mr. dr. J.G.C.M. Galle, 'Kanttekeningen bij geschiktheidstoets voor bestuurders en commissarissen', Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht, december 2014, pagina 132-139.

³ Zie onder meer mr. G.P. Roth en mr. J.S. Roepnarain, 'De toetsing van bestuurders en commissarissen door de AFM en DNB', Tijdschrift voor Ondernemingsrecht, augustus 2014, pagina 479-487.

- periodiek overleg tussen AFM en de accountantsorganisaties over de toetsingscriteria, de werkwijze bij de geschiktheidstoetsing en de geschiktheid van de toetsers;
- toegankelijke procedure bij de onafhankelijke rechter (bijvoorbeeld de Accountantskamer) inzake criteria, werkwijze en de geschiktheid van de toetsers.

ARTIKEL 16 LID 4, BELEIDSBEPALER EN NETWERK

Vanwege de belangrijke betekenis van het begrip 'beleidsbepaler' dient er voor betrokken accountantskantoren helderheid te zijn wat dit inhoudt als het accountantskantoor deel uitmaakt van een netwerk. Zo'n netwerk kan er op grond van artikel 1 lid 1 immers ook al zijn als door zelfstandige kantoren wordt opgetreden met een gemeenschappelijk merk. Van het 'bepalen van beleid' hoeft in een dergelijk netwerk geen sprake te zijn.

Voorts is de vraag of deze bepaling van toepassing kan zijn op een buitenlands onderdeel van het netwerk. Dat lijkt vreemd, omdat men dan kennis moet hebben van het Nederlandse recht en over passende bevoegdheden moet beschikken.

Aanbeveling:

- Geef een verduidelijking van de betekenis van het begrip beleidsbepaler in de sfeer van een netwerk.

ARTIKEL 22A LID 6, ONAFHANKELIJK INTERN TOEZICHT

Gelet op de belangrijke inhoud van de in lid 6 bedoelde algemene maatregel van bestuur is het te betreuren dat het concept niet mede in consultatie is gebracht.

Aanbeveling

- Breng de algemene maatregel van bestuur alsnog zo spoedig mogelijk in consultatie.

ARTIKEL 48A, TOEVOEGING AAN LID 5 EN NIEUW LID 6

Voorgesteld wordt dat de AFM mededelingen kan doen aan het auditcomité of de algemene vergadering van de controlecliënt. Dat is een vergaande bevoegdheid waarbij een betere rechtsbescherming hoort dan slechts de mogelijkheid voor de accountantsorganisatie om een zienswijze naar voren te brengen.

Aanbeveling

- Verbeter de rechtsbescherming door in een dergelijke situatie beroep op de Accountantskamer open te stellen in een spoedprocedure.

ARTIKEL 63C, GEGEVENSUITWISSELING DOOR AFM MET ONDER ANDERE FIU-NEDERLAND

In het voorstel is een op artikel 1:93 lid 1 aanhef en sub f. Wet op het financieel toezicht (Wft) geïnspireerde bepaling over gegevensverstrekking aan opsporingsinstanties opgenomen. In de summier toelichting (pagina 7, paragraaf 2.6 en pagina 17, onder G) wordt slechts in algemene bewoordingen gezegd dat deze doorbreking van de geheimhoudingsplicht wenselijk zou zijn.

Stilzwijgend lijkt de tekst van artikel 1:93 lid 1 aanhef en sub f. Wft in andere toezichtwetten terecht te komen.

Aanbeveling

- Verschaf een nadere toelichting op de ervaringen die met artikel 1:93 lid 1 aanhef en sub f. Wft zijn opgedaan en dan met name aan de vraag of in de praktijk aan de eisen (onder meer doelbinding, waarborging geheimhouding, geen strijd met detournement de pouvoir) wordt voldaan. De werkelijkheid is immers soms anders als de theorie, zoals uit het Suwinet schandaal⁴ is gebleken.

⁴ Zie bijvoorbeeld de privacy impact assessment, te vinden via <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-459213>.

VERBETERING RECHTSBESCHERMING

In de laatste tien jaar zijn de bevoegdheden van bestuursorganen in het financiële recht sterk uitgebreid. Die ontwikkeling is ook zichtbaar in de regelgeving op het gebied van accountants, accountantsorganisaties en jaarverslaggeving. De rechtsbescherming van degenen die met de overheid te maken krijgen is niet verbeterd.

Ik verwijs in dit verband naar het onlangs verschenen proefschrift van A.G. Mein, ‘*De boete uit balans*’⁵, waarin hij uiteenzet dat de bestuurlijke boete oorspronkelijk nooit bedoeld is geweest voor zwaardere overtredingen. In de praktijk wordt de bestuurlijke boete ingezet voor relatief ernstige overtredingen, in plaats van lichte en veelvoorkomende waarvoor het was bedoeld als aanvulling op het strafrecht.

Voorts verwijs ik naar de nieuwe bevoegdheid die de AFM op grond van het consultatievoorstel implementatiewet richtlijn en verordening wettelijke controles jaarrekeningen⁶ zou moeten krijgen. Het betreft:

- de mogelijkheid om medewerkers en personen die het dagelijks beleid van een organisatie van openbaar belang bepalen een beroepsverbod op te leggen⁷ (artikel 57 voorstel);
- een handhavingsbesluit wordt openbaar gemaakt, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn (artikel 67 voorstel).

Kenmerkend voor de sancties die op grond van de *Algemene wet bestuursrecht* (Awb) en andere bestuursrechtelijke wetten kunnen worden opgelegd, is dat de sancties door het bestuursorgaan kunnen worden opgelegd zonder tussenkomst van de rechter. In dat verband speelt ook dat (petten)

Dat systeem is volledig verouderd als het gaat om de zware sancties die thans mogelijk zijn en zal naar mijn mening moeten worden vervangen door een nieuw systeem waarin het bestuursorgaan – in casu de AFM – optreedt als ‘aanklager’ in een speciale handhavingsprocedure.

⁵ Zie http://www.eur.nl/fileadmin/ASSETS/press/2015/Juni/Mein_A.G._De_boete_uit_balans.pdf

⁶ <http://www.internetconsultatie.nl/wettelijkecontroles>

⁷ Een verbod van ten hoogste drie jaar om een functie te bekleden bij een accountantsorganisatie of een organisatie van openbaar belang.

Bekendmaking van de personalia van de overtreder (naming & shaming), zoals nu in het financiële recht vaak mogelijk is, hoort pas plaats te vinden nadat de uitspraak van de rechter in eerste instantie onherroepelijk is geworden. De huidige praktijk waarin het primaire besluit al tot naming & shaming kan leiden (met correctie achteraf als het bestuursorgaan de sanctie ten onrechte oplegde) acht ik zeer ongewenst.

Aanbeveling:

- Nieuwe regelgeving inzake het sanctieprocesrecht tot stand brengen

BEVORDERING TRANSPARANTIE TOEZICHTHOUDER

Het is van belang dat de accountant en de accountantsorganisatie de mogelijkheid hebben om met de toezichthouder in discussie te gaan over de vraag of de toezichthouder terecht veronderstelt dat sprake is van niet-nakoming van de Wta en de daarop gebaseerde uitvoeringsregelingen.

Dit probleem speelt ook bij andere wetten in de sfeer van het financiële recht.⁸ Het komt regelmatig voor dat toezichthouders weigeren beleidsregels bekend te maken. Regelmatig komen vergunninghouders pas achter het beleid en de interpretaties van de toezichthouder tijdens het toezichtbezoek, met als consequentie dat de vergunninghouder in de ogen van de toezichthouder niet aan wet- en regelgeving voldoet en die vergunninghouder het risico loopt dat er afkeurend wordt gerapporteerd en dat er sancties worden opgelegd. Het is van belang dat ook buiten de sfeer van sanctionering de discussie met de toezichthouder over interpretatie en beleidsregels kan worden aangegaan.

Voorts is het van belang dat vergunninghouders de gelegenheid hebben om de discussie met de toezichthouder aan te gaan over die interpretatie en beleidsregels.

De transparantie is ook van belang om een gelijk speelveld te creëren voor kleinere en middelgrote ondernemingen. Zij hebben nl. een achterstand ten opzichte van grote ondernemingen, vanwege een kleinere bezetting op het gebied van vaktechniek en met minder (formele en informele) contacten met de toezichthouder en met de circuits waar de beleidsvorming tot stand komt. Transparantie dient een onderdeel te zijn van een mindset bij de toezichthouder dat het gedrag van de toezichthouder voor de vergunninghouder voorspelbaar dient te zijn.⁹

⁸ Anders dan in het belastingrecht waar zeer veel informatie beschikbaar is via beleidsregels en dergelijke.

⁹ In het verlengde van het 'lex certa' beginsel.

In het huidige systeem van de Wta ontbreken mogelijkheden voor accountants-organisaties en accountants om bij de toezichthouder aan te dringen op transparantie inzake de uitleg van wet- en regelgeving en de gehanteerde beleidsregels.

Het is naar mijn mening dringend nodig in het financiële recht, en ook in de Wta, dat de transparantie van het toezicht wordt bevorderd.

Aanbevelingen

In de huidige systematiek van de Wta is het passend als in hoofdstuk 3 een nieuwe afdeling 3.3 wordt toegevoegd, waarin bepalingen zijn opgenomen die de transparantie door de toezichthouder bevorderen. Daarbij denk ik aan bepalingen in de navolgende zin:

- De toezichthouder maakt de interpretatie en beleidsregels zo veel mogelijk publiek bekend via de eigen website. De toezichthouder draagt zorg voor een kwalitatief hoogwaardige databank met alle relevante gegevens, die ook op datum raadpleegbaar zijn. Alle informatie dient op eenvoudige wijze gedownload en afgedrukt te kunnen worden.
- De toezichthouder pleegt over interpretatie en beleidsregels vooraf overleg met de beroepsorganisatie en houdt – daar waar het belangrijke onderwerpen of wijzigingen betreft – een openbare consultatie over nieuwe interpretaties en beleidsregels.
- Beleids- en interpretatiewijzigingen worden tijdig aangekondigd.
- Er wordt de mogelijkheid voor een procedure bij de Accountantskamer gecreëerd waarin accountants of accountantsorganisaties of de beroepsorganisaties discussies of interpretatie en beleidsregels kunnen voorleggen aan de Accountantskamer. Indien gewenst kan een ‘voorprocedure’ worden ingebouwd of kunnen bepaalde eisen worden gesteld, om te voorkomen dat de Accountantskamer wordt lastig gevallen met onbelangrijke procedures.

X - X - X