

Per e-mail verstuurd

Aan de Commissie Toekomst Accountancysector

Betreft: Reactie op 'Voorlopige bevindingen Commissie Toekomst Accountancysector'

Asten, 28 oktober 2019

Geachte leden van de Commissie Toekomst Accountancysector,

Evenals vele anderen heb ik met belangstelling kennisgenomen van de 'Voorlopige bevindingen van de Commissie Toekomst Accountancysector' d.d. 24 oktober 2019. Hoewel ik indirect bijdragen lever aan de reactie van enkele organisaties heb ik er, mede gezien uw oproep te reageren, behoefte aan op persoonlijke titel op uw opmerkingen over de wijze van opereren van de toezichthouder AFM in te gaan. Daarnaast neem ik de vrijheid nog een tweetal observaties naar aanleiding van uw interim-rapport onder uw aandacht te brengen. U treft mijn opmerkingen onderstaand aan en mijn nadere informatie in de 2 bijlagen die aan deze brief zijn toegevoegd.

Mijn opmerkingen betreffen:

1. Het toezicht door de AFM.
2. Het voorstel met betrekking tot het transparant maken van de 'audit quality'.
3. De analyse van de 'expectation gap'.

Ad.1: Het toezicht door de AFM.

In uw 'Voorlopige bevindingen' gaat u in op de kritische benadering door velen van de wijze van toezicht houden door de AFM op de accountancy-sector. In de reactie van de AFM d.d. 24 oktober 2019 op uw 'Voorlopige bevindingen', door de AFM op haar website gepubliceerd, komt naar voren dat de AFM op dit punt weinig vermogen tot kritische zelfreflectie kent. Met name verbaast daarbij dat uit de reactie naar voren lijkt te komen dat de ernstige terechtwijzing aan het adres van de AFM door het CBb in zijn uitspraken van 18 juni

2019 in de zaken PWC en EY tegen de AFM (ECLI:NL:CBB:2019; 234 resp. 235) door de AFM worden genegeerd en dat de AFM zijn beleid ten aanzien van het toezicht niet of nauwelijks wenst aan te passen op basis van de aan hen gerichte verwijten. Dit getuigt van weinig respect voor de beginselen van de Rechtsstaat. Over vragen rondom de rechtsstatelijkheid bij het toezicht en met name bij het toezicht door de AFM op accountants schreef ik in het tijdschrift TvOB, tijdschrift voor vennootschapsrecht in december 2018 een uitgebreid artikel “Rechtsstatelijke vragen bij het functioneren van toezichthouders, in het bijzonder de AFM met betrekking tot accountants”. De tekst van dit artikel voeg ik als bijlage 1 bij en verzoek u dat als hier ingelast te beschouwen. Ik hoop door de rechtsstatelijke vragen nadrukkelijker onder uw aandacht te brengen dat met betrekking tot het toezicht op de sector dit aspect bij eventuele aanpassingen op een wijze worden meegewogen die dergelijke beginselen in een democratisch rechtsstaat behoren te krijgen.

Tevens hoop ik dat mijn voorstel in dat artikel om het toezicht niet zozeer te benaderen vanuit het perspectief van ‘handhaving met betrekking tot normschendingen’ maar veeleer als ‘opvoeding’ enige steun kan vinden. Waarbij opvoeden wordt verstaan als het centraal stellen van een debat over de normen, gepaard gaande met goedkeurende en afkeurende bemerkingen en ook gemotiveerde adviezen. In die context horen straffen een ultimum remedium te zijn.

Ad.2: Het voorstel met betrekking tot het transparant maken van de ‘audit quality’.

In uw rapport suggereert u de ‘audit quality’ transparant te maken door deze op basis van wetenschappelijk ontwikkelde methoden te meten en daaromtrent te rapporteren. Ik vraag mij af of dit niet een ‘idee fixe’ zal blijken te zijn. Is de kwaliteit van de beroepsuitoefening door vrije beroepsbeoefenaren (of algemener gesteld professionals) zoals artsen, advocaten, accountants etc. werkelijk betrouwbaar (wetenschappelijk gefundeerd) te meten? Kan bijvoorbeeld voor de genoemde vertrouwensberoepen respectievelijk de ‘helingskwaliteit’, de ‘procesvoeringskwaliteit’ en de ‘auditkwaliteit’ werkelijk objectief gemeten worden? Is aan het “Freies Ermessen” dat algemeen met betrekking tot vrije beroepen wordt bepleit, niet inherent dat kwaliteit een breedspectrum van aspecten bevat die door de onderscheiden betrokkenen op eigen subjectieve wijze gewaardeerd worden? Is er bij deze kwaliteitsperceptie geen spake van intersubjectiviteit in plaats van objectiviteit? Is dat nu juist niet de reden dat al deze beroepen een tuchtrecht kennen waar beroepsgenoten behulpzaam zijn de grenzen van een behoorlijke beroepsuitoefening te bewaken? En zijn het niet juist de protocollen die zogenaamd de kwaliteit moeten helpen ondersteunen met behulp van meer of minder strikte aanwijzingen, (zoals bijvoorbeeld in de gezondheidszorg), die juist leiden tot bureaucratie en tot het minder ervaren van kwaliteit.

Uw voorstel lijkt te suggereren dat er een soort marktwerking zou kunnen uitgaan van het rapporteren van meetpunten m.b.t. kwaliteit. De vraag is of u daarbij de weergave van de kwaliteit van het vrije beroep niet inperkt tot enkele meetbare aspecten zonder recht te doen aan de breedte en complexiteit van de beroepsuitoefening en, zeker voor het accountantsberoep, de grote diversiteit aan belanghebbenden met ieder hun eigen kwaliteitsbeleving. Met een dergelijke meting en rapportering wordt de markt niet van betere maar juist van onvolledige en dus onbetrouwbare informatie voorzien. Informatie die tot gevolg kan hebben dat organisaties juist op die beperkte aspecten gaan sturen en de werkelijke kwaliteit geweld aandoen. In dit verband verwijs ik graag naar het proefschrift van

Mr.Drs E.V.A. Eijkelenboom, 'Vertrouwen voorop, Een onderzoek naar kwaliteitsbevorderende wetgeving voor Nederlandse accountantsorganisaties' (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam), Deventer Wolter Kluwer 2019, welk proefschrift nog niet in uw bijlage II 'Bronnen' voorkomt. Ik maak tevens van de gelegenheid gebruik om u te wijzen op de boekbespreking van mijn hand in het Tijdschrift Ondernemingsrecht in september 2019 van dit proefschrift, waarin ook onder meer op deze aspecten alsook op de kritiek op de AFM wordt ingegaan. Ik voeg voor uw gemak als bijlage 2 dit artikel toe.

Ad. 3: De analyse van de 'expectation gap'

U gaat in uw 'Voorlopige bevindingen' in op de 'expectation gap'. U concludeert dat het maatschappelijk verkeer meer van de openbaar accountant verwacht dan louter de beantwoording van de vraag of de financiële verantwoording een getrouw beeld geeft. U geeft als voorbeelden de vraag om aandacht (en rapportering) over fraude en continuïteit. In feite constateert u dat het maatschappelijk verkeer van de accountant verwacht dat hij niet slechts controleert maar dat hij tevens (in zekere mate) toezicht houdt, poortwachter is. Ik zond u eerder in uw hoedanigheid als leden van de commissie een artikel van mijn hand in het blad Ondernemingsrecht van mei 2014 getiteld: 'Accountants in de problemen!

Balanscommissaris, een panacee?'. U noemt in uw bijlage II Bronnen dit artikel. In bedoeld artikel ga ik in op de door u genoemde problematiek maar trek ik verderstrekkende conclusies en verbind daaraan gedachten omtrent de juridische consequenties. Het is mij uit de tekst van uw rapport niet duidelijk geworden waarom u de problematiek wel benoemt maar niet verder doortrekt tot andere aspecten dan die in uw rapport genoemd.

Daarbij merk ik op dat veel openbare accountants in het MKB de facto al als balanscommissaris / 'trusted adviser' plegen te functioneren. In het debat over de toekomst van het accountantsberoep lijkt bij vele buitenstanders een 'blinde vlek' te bestaan – mede omdat accountants daar naar mijn oordeel te weinig aandacht voor vragen – voor dit belangrijke aspect van hun functioneren. Op basis van de kennis die de accountant bij zijn werkzaamheden over de onderneming vergaart is hij, zeker in het MKB en /of in familiebedrijven waar geen raad van commissarissen fungeert, vaak de enige buitenstaander bij een onderneming die 'over de schouder van de ondernemer meekijkt' en hem van daaruit advies geeft. Dit is maatschappelijk gezien een uiterst belangrijke functie die naar mijn oordeel ernstig wordt onderschat. Het is van groot belang hieraan meer aandacht te besteden in een rapport over deze sector. Met betrekking tot hetgeen u wel vermeldt ontbreekt bij uw beschouwingen de vraag naar de juridische inbedding van deze aan de accountant toe te wijzen nieuwe verantwoordelijkheden uit hoofde van zijn poortwachtersfunctie.

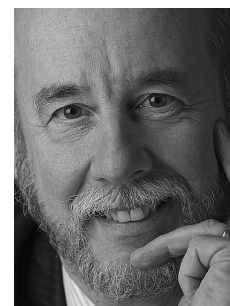
Vertrouwend op deze wijze een bijdrage te leveren aan het debat over de toekomst van het accountantsberoep.

Hoogachtend,

Prof.dr.mr.P.M. van der Zanden RA

Rechtsstatelijke vragen bij het functioneren van toezichthouders, in het bijzonder de AFM met betrekking tot accountants

De laatste decennia zijn er door de politiek een groot aantal toezichthouders ingesteld op verscheidene gebieden. De ontwikkeling laat zien dat een van de fundamenteën van de rechtstaat, ‘de scheiding der machten’, onder druk komt te staan. De normstelling, de opsporing van normschending en de bestraffing komen steeds meer in een hand. Toezichthouders wordt erg veel ‘macht’ gegund. Daarbij komt dat in nieuwere opvattingen over toezicht de toezichthouders de grenzen van hun bevoegdheden lijken op te zoeken en wellicht zelfs daaroverheen gaan om veranderingen die zij in het onder hun toezicht vallend domein wenselijk achten – zonder dat de noodzaak objectief is aangetoond – te bewerkstelligen. Nadat dit in algemene zin is toegelicht en uitgewerkt wordt een en ander, op basis van waarnemingen van en ervaringen met de AFM, getoetst met betrekking tot het toezicht van de AFM op het accountantsberoep.



1. Aanleiding en verantwoording

De aanleiding voor het schrijven van dit artikel is een toenemende ongerustheid. Die ongerustheid wordt veroorzaakt doordat in de huidige maatschappelijke verhoudingen, bij maatschappelijke onrust ten gevolge van incidenten in bepaalde sectoren, door de politiek toezichthouders in allerlei soorten en maten in het leven worden geroepen die via het bestuursrecht verstrekkende bevoegdheden krijgen.¹ De uitoefening van deze verstrekkende bevoegdheden gebeurt mijns inziens zonder voldoende politieke en rechterlijke controle. Ook in de maatschappij lijkt weinig belangstelling voor dit aspect van de bestuurlijke ontwikkeling. Dit kan in beginsel leiden tot willekeur, onnodige maatschappelijke kosten, ongerechtvaardigde leedtoevoeging en een gebrek aan geïnternaliseerd ethisch besef in maatschappelijke en ondernemende organisaties.

Vooraf moet worden opgemerkt dat, zoals ook uit onder meer een recente publicatie in *Het Financieele Dagblad*² bleek, de toezichthouders het gevoel hebben dat zij ‘nooit iets goed kunnen doen’. Ontstaat in een sector een schandaal, dan wordt door de politiek en de media vrijwel steeds kritiek geuit op de toezichthouder inhoudend dat dit bij goed toezicht voorkomen had moeten worden of althans door de toezichthouder eerder ontdekt had kunnen worden.³ Indien wordt ingegrepen door de toezichthouder wordt vanuit de onder toezicht staande sector verongelijkt gereageerd. Dat geldt zeker indien de maatregelen na een juridische procedure moeten worden teruggedraaid. Toezichthouders bevinden zich inderdaad in een spanningsveld tussen vele belangen. Dat laat echter onverlet dat de fundamenteën van de rechtsstaat niet mogen worden opgeofferd aan de belangenvertegenwoordigers.

* Prof. dr. mr. P.M. van der Zanden RA is onder meer oud-partner van Ernst & Young Accountants (aldaar werkzaam van 1966-2006), emeritus hoogleraar aan Nyenrode Business Universiteit (1991-2006), emeritus hoogleraar Universiteit van Tilburg (1993-2012, waarbij directeur van de accountantsopleiding van 2006-2012), rechter-plaatsvervanger (2009-2011) en raadsheer-plaatsvervanger (2011-2017) bij respectievelijk de Accountantskamer en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, oud-voorzitter van de Toetsing Wta Commissie (TWC), die werd ingesteld op basis van het eerste toezichtsconvenant tussen de AFM en het SRA (2006-2011), lid van de Raad van Toezicht van de Reviewcommissie van het SRA (2012 tot heden), lid van de commissie Publiek Belang bij Baker Tilly Berk (2014-2016), lid van de Raad van Commissarissen bij Baker Tilly Berk (2016-heden), lid van de Raad van Commissarissen bij een familiebedrijf (2010-heden). Hij is lid geweest van tal van commissies binnen de beroepsorganisatie en binnen het verband van de Federation des Expert Comptables Européen waarbij hij zich naast accounting onder meer bezig hield met company law, independence, corporate governance en capital markets.

De auteur benadrukt dat hij het onderhavige artikel op persoonlijke titel schrijft. Hij wil allen die hij benaderd heeft om nader advies hartelijk danken voor de bereidheid zijn teksten te becommentariëren.

1. Aan die maatschappelijke onrust liggen overigens niet altijd diepgaande analyses van de oorzaken ten grondslag, zodat over de effectiviteit van de maatregelen nogal eens discussie mogelijk is.
2. ‘De Toezichthouder heeft het altijd gedaan’, *Het Financieele Dagblad* 11 augustus 2018.
3. Zie bijvoorbeeld de berichtgeving in september 2018 over de boete die aan ING werd opgelegd in verband met het niet op orde hebben van signaleringssystemen in het kader van de WWFT: ‘Waar was DNB toen het bij ING misging?’, *NRC* 7 september 2018. Ook in andere sectoren dan de financiële sector komen dergelijke verwijten voor, zie bijvoorbeeld de fipronil-crisis waarbij kritiek werd geuit op de NVWA: ‘Een jaar na de fipronil-crisis: wie krijgt de schuld?’, *de Volkskrant* 24 juni 2018.

ger die het hardst roept, zelfs als die vertegenwoordiger het algemeen belang stelt te dienen. Dit is het geval als die roep tot te machtige toezichthouders leidt of de toezichthouders zich buiten de wettelijke grenzen menen te moeten gaan bewegen om te voldoen aan de roep uit de maatschappij of de politiek.

Het probleem dat ik waarneem en onderstaand bespreek met betrekking tot het toezicht en de gevolgen daarvan, lijkt zich in meer of mindere mate voor te doen bij allerlei soorten organisaties die onder publiek toezicht staan. Denk bijvoorbeeld aan woningbouwcorporaties (Autoriteit Woningcorporaties), ziekenhuisinstellingen (Nederlandse Zorgautoriteit), onderwijsinstellingen (Inspectie van het Onderwijs), landbouworganisaties (Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit), banken en verzekeraars (De Nederlandsche Bank), accountants en accountantsorganisaties (Autoriteit Financiële Markten), het bedrijfsleven in zijn algemeenheid (Autoriteit Consument en Markt) etc.

Hoewel ik met meer dan gewone belangstelling het toezicht op al deze terreinen volg en met sommige daarvan ook enige ervaring heb, concentreer ik me in de uitwerking van mijn observaties met name op het toezicht van de Autoriteit Financiële Markten (verder aan te duiden als AFM) op het accountantsberoep en de accountants in het algemeen. Vanuit diverse functies⁴ heb ik in de laatste 12,5 jaar de ontwikkelingen in dit toezicht kunnen volgen en heb daarover met veel betrokkenen kunnen spreken. Naast de kennis van de formele regelgeving die door studie verkregen kan worden, heb ik op die wijze op een redelijk detailniveau kennis en ervaring kunnen opdoen met de wijze van toepassing van deze regelgeving door de AFM.

Met enige aarzeling ben ik begonnen met dit artikel. Mij realiserend dat de toezichthouders niet in een makkelijke positie verkeren, weet ik dat ik me niet populair maak met het bekritisieren van hun werkzaamheden. Ik neem dit risico op de koop toe, omdat ik meen dat, zoals de AFM het zelf aan de accountants voorhoudt 'een professioneel kritische houding' de grondhouding van een accountant en overigens ook van een wetenschapper behoort te zijn. Vanuit die grondhouding de wijze van toezicht van de AFM beschouwend, komen bij mij veel vragen op met betrekking tot de rechtsstatelijkheid, rechtmatigheid en doelmatigheid van het handelen van de toezichthouder. Evenzo komt de vraag op of het optreden van de AFM past binnen de bedoelingen van de wetgever en de maatschappelijke context waarin accountants hun werk doen. Zorgen die ik ook waarneem bij veel collega's en gebruikers van accountantsdiensten.

Het is opmerkelijk dat er, ondanks de vele geuite zorgen, weinig kritische beschouwingen in de literatuur te vinden zijn die over de praktijk van het toezicht gaan.⁵ Ook wordt er ondanks de (kennelijke) onvrede weinig geprocedeerd. Voor zover ik dat uit contacten hierover kan afleiden, zien velen om pragmatische redenen van actie of stellingname af. Alle betrokkenen zien ook wel dat in het accountantsberoep zaken zich verkeerd hebben ontwikkeld, mogelijk mede een gevolg van het stimuleren door de overheid van marktwerking. Men is het er in het algemeen ook over eens dat correctieve maatregelen noodzakelijk waren en dat er binnen de eigen beroepsorganisatie in eerste aanleg niet voldoende krachten gemobiliseerd konden worden om, tegen de druk van de markt in, tot gewenste veranderingen te komen. Daarnaast speelt ook een rol dat de toezichthouder, met name in informele contacten, indirect laat blijken dat hij kritiek op zijn beleid en zijn handelen niet waardeert en over mogelijkheden beschikt om die onvrede te laten blijken. Betrokkenen willen geen problemen met de toezichthouder en zien af van echt kritische reacties. Ik acht het echter van belang voor zowel het accountantsberoep⁶ als voor de AFM, om na 12,5 jaar kennis en ervaring te hebben opgedaan met het toezicht door de AFM, wat kritische vragen bij het handelen van de AFM als toezichthouder te plaatsen. Ondanks het feit dat ik de actieve beroepsuitoefening heb verlaten, gaat het beroep – als maatschappelijke functie – mij nog altijd zeer aan het hart.

Onderstaand wil ik allereerst op hoofdlijnen analyseren wat de oorzaken van het ontstaan van autoriteiten zijn. Daarbij zal ik met name ook stilstaan bij enkele van de naar mijn oordeel principiële vraagstukken die de huidige inrichting van het toezicht oproept. Daarna zal ik kort beschrijven hoe in het bijzonder het toezicht door de AFM op accountantsorganisaties en accountants is ontstaan en ingericht. Daarbij spelen de historische context en de ontwikkelingen in het accountantsberoep een belangrijke rol. Ik besteed in dat kader ook specifiek aandacht aan de vergaande bevoegdheden die de AFM door de politiek heeft toebedeeld gekregen, dan wel zich heeft kunnen toe-eigenen⁷ zonder politieke of rechterlijke correctie. Ik bespreek vervolgens op welke wijze deze bevoegdheden op een aantal aspecten worden uitgeoefend en welke bezwaren daaraan naar mijn oordeel kleven. Om ten slotte af te ronden met enkele conclusies en aanbevelingen.

4. Zie auteursnoot. Met name in onder meer de vermelde functies na 2006 is veel ervaring opgedaan in de omgang met de AFM.

5. De meest uitgebreide publicatie met een kritische beschouwing wat dit betreft is L.F.M. Verhey & N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters – Markttoezicht in constitutioneel perspectief', in: *Toezicht Preadvies van de Nederlandse Juristen-Vereeniging 135e jaargang 2001-I*, Deventer: Kluwer 2005.

6. Als 'lid van verdienste' (de oorkonde kreeg ik in 2006 uitgereikt door de voorzitter van de beroepsorganisatie) voel ik wellicht een verdergaande betrokkenheid dan sommige andere leden.

7. Daarmee wil ik niet suggereren dat deze activiteiten niet een te respecteren doel dienen, maar dat zij mogelijk niet binnen de wettelijke taakopdracht vallen.

2. 'Government agents'/ZBO's en enkele principiële vragen rond toezicht⁸

Op veel maatschappelijke terreinen zagen politici na de Tweede Wereldoorlog zich geconfronteerd met ontwikkelingen waarop zij weinig zicht hadden en die zij te complex vonden om via wetgeving te reguleren. Mogelijk als gevolg van de in die tijd dominante invloed van de Angelsaksische cultuur werd 'leentjebuurt' gespeeld met een vorm van regulering die bij ons niet sterk ontwikkeld was, namelijk het opzetten van 'government agents'. In de VS neemt wetgeving een andere plaats in dan in de continentaal Europese rechtscultuur. De nadruk ligt in de VS op rechtersrecht waarbij betrokkenen in een bepaalde branche vaak 'richtlijnen' dan wel 'protocollen' ontwikkelen teneinde in rechterlijke procedures te kunnen aantonen welke opvattingen binnen hun vakgebied gelden. Daarnaast gebruikt de overheid voor sturing in bepaalde sectoren vaak het instellen van 'government agents' met bestuurlijke bevoegdheden. Binnen Nederland heeft dit veelal de vorm gekregen van zelfstandige bestuursorganen (ZBO's). ZBO's hebben een zelfstandige taak die zij via de wet krijgen opgelegd en waarvoor zij eigen wettelijke bevoegdheden krijgen. Voor politici heeft het instellen van een 'government agent' het voordeel dat betoogd kan worden dat 'deskundigen op het desbetreffende terrein' de overheidstaken uitoefenen maar dat, door het feit dat het ZBO op afstand staat, de minister niet voor iedere activiteit van het ZBO ter verantwoording kan worden geroepen. Het toezicht vanuit de politiek en daarmee de 'governance' is in het algemeen zwak. De minister kan via een beleidsregel weliswaar vooraf een kader geven aan het ZBO met betrekking tot de uitoefening van zijn bevoegdheden maar rechtstreekse bijzondere aanwijzingen⁹ zijn niet toegestaan. Beïnvloeding op hoofdlijnen van het beleid kan de verantwoordelijke minister in sommige gevallen doen via een algemene aanwijzingen.¹⁰ Het ZBO kan (en moet soms) de toepassing van de hem toegekende bevoegdheden in eigen beleidsregels vastleggen waarbij hij overigens, hoewel

dienaangaande wel centraal aanwijzingen bestaan, een grote mate van vrijheid heeft. Het toezicht op het bestuur van de ZBO's is nogal eens in handen van raden van toezicht die geen politieke verantwoordingsplicht hebben. Een belangrijk nadeel van ZBO's is dat de wijze van invulling van de taken, waaronder de voorlopige invulling van normeringen in het kader van de handhaving van te stellen normen, wordt 'overgelaten' aan een relatief kleine groep personen.¹¹ Bij sanctionering, zoals boetebesluiten, wordt het besluit een sanctie op te leggen binnen een afzonderlijke afdeling genomen. De vraag is dan of die eigen afdeling in voldoende mate kritisch staat tegenover de wijze van feitenverzameling en beoordeling daarvan door de andere afdelingen van hetzelfde ZBO. Daarbij komt dat in veel situaties de kosten van de 'government agent' worden verhaald op de onder toezicht gestelden,¹² waardoor er noch 'marktwerking' noch politieke druk is om een gebalanceerd toezicht te bewaren. Er kan zelfs worden waargenomen dat de 'government agent' steeds omvangrijker wordt omdat allerlei door de ZBO's zelf nuttig geachte activiteiten worden ontplooid.¹³

De tegenwerping die ongetwijfeld van de zijde van de 'government agents' zal worden gemaakt, is dat het iedere onder toezicht gestelde vrijstaat zich tot de bestuursrechter te wenden. Deze tegenwerping is formeel juist. Zoals ik ook in het onderstaande zal aantonen, is die mogelijkheid evenwel materieel vaak illusoir. De gevolgen van het medicijn 'rechtsgang' zijn vaak groter dan de 'kwaal' van het accepteren van een als onrechtvaardig ervaren sanctie. De – vaak mede door de toezichthouder zelf bewust geëntameerde – publiciteit¹⁴ is buitengewoon nadelig voor de onder toezicht gestelden. Bovendien kennen veel 'government agents' naar verluidt¹⁵ het politieke spel van het (indirect) verwijzen naar de mogelijk nadelige consequenties van verzet zonder dat de onder toezicht gestelden of anderen later het causale verband tussen dit verzet en opvolgende toezichtshandelingen zullen kunnen aantonen.

8. De in noot 5 genoemde publicatie geeft op overzichtelijke wijze de ontwikkeling na de Tweede Wereldoorlog weer.

9. Zie: Nadere regelgeving; Circulaire van de Minister President; Aanwijzingen 18 november 1992.

10. Indien dit in de desbetreffende wet is geregeld.

11. Bij de AFM gaat het voor wat de accountancy betreft om naar schatting hooguit enkele tientallen personen, die ingedeeld naar senioriteit bovendien een piramidestructuur kennen. Een bijkomend bezwaar is dat niet is uit te sluiten dat betrokkenen bij de uitleg van normen en de handhaving daarvan persoonlijke opvattingen hanteren. Weliswaar beschikt de AFM daarnaast over bijvoorbeeld een Commissie Financiële Verslaggeving waarin externe deskundigen zitten. Nergens blijkt echter welke invloed deze commissie op de besluitvorming heeft.

12. Zie Regeling bekostiging financieel toezicht 2016. De directe kosten uit hoofde van betalingen aan de AFM kunnen voor accountantsorganisaties van enige omvang al snel enkele honderdduizenden euro's tot bedragen van meer dan 1 miljoen euro, naast de indirecte kosten van tijdsbeslag voor beantwoording van vragen, interviews en onderzoeken.

13. In de theorieën over het houden van toezicht, waarnaar in het kader van de bespreking van het accountantstoezicht in het vervolg zal worden verwezen, wordt van deze aanpak gewag gemaakt.

14. Zie bijv. AFM document 'Werkwijze communicatie AFM'. Verder illustreert de website van de AFM de wijze waarop de AFM met persberichten die haar toezicht activiteiten begeleidt. In die persberichten worden in zeer algemene stellingen soms te vergaande conclusies getrokken. Ook de recente publicatie van (oud-AFM-medewerker en thans onderzoeker) A. Kasdorp, 'Geef toezichthouders ook kaders voor hun "buitenwettelijk toezicht"; Is het niet tijd voor een bredere dialoog over aanvullende informele normen?', *Het Financieel Dagblad* 10 januari 2018, refereert aan deze werkwijze om informeel druk te zetten. Daarnaast stimuleert ook de politiek deze wijze van opereren. Zie bijv.: *Handelingen II* 2017/18, 34769, 46, item 4, bespreking van het wetsvoorstel Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Wet toezicht accountantsorganisaties in verband met het vergroten van de transparantie van het toezicht op financiële markten Wet transparant toezicht financiële markten.

15. Eerder werd dit al signaleerd in het artikel van G.P. Roth, 'Rechtsbescherming tegen handelingen van DNB en de AFM, Observaties uit dogmatisch én praktisch oogpunt', *Ondernemingsrecht* 2016/48, met name par. 4 waarin hij in noot 24 verwijst naar een aantal uitlatingen dienaangaande.

In nogal wat wetten waarbij ZBO's worden ingesteld, hebben de ZBO's recht om informatie te verkrijgen van de onder toezicht gestelden en dit recht ook onder dwang te realiseren.¹⁶ Het komt vaak voor dat in deze wetten dan ook uitdrukkelijk een geheimhoudingsplicht wordt opgenomen voor het ZBO. Daarbij kennen veel van die wetten¹⁷ echter uitzonderingen die betrekking hebben op het delen van informatie in bepaalde situaties met andere toezichthouders maar ook met opsporingsinstanties. Hierdoor ontstaat er een onoverzichtelijke situatie rondom opsporing en handhaving.¹⁸ Met name gegeven het inquisitoire karakter van ons strafrecht, krijgt bij de handhaving door het Openbaar Ministerie (OM), de positie van de verdachte – tegen de vergaande macht van de overheid – daarin enige noodzakelijke bescherming. Het omgaan met, namens de overheid verkregen informatie die kan leiden tot straffen of boetes, zou mede daarom nauw moeten luisteren. Overleg tussen ZBO's waaraan ook instanties deelnemen die volgens het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) zich bezighouden met 'criminal charge' kunnen tot (ernstige) aantasting van in het strafrecht verankerde grondrechten van betrokkenen leiden.¹⁹ Daarnaast kan bijvoorbeeld het Openbaar Ministerie opportunistisch te werk gaan bij verdenkingen tegen beroepsbeoefenaren door eerst vanuit het OM de publiciteit te zoeken met de 'verdenking' dat strafbare feiten zijn gepleegd – met uit dien hoofde reeds ernstige publicitaire gevolgen voor de beroepsbeoefenaar – om vervolgens bij gebrek aan bewijs 'terug te schakelen' naar het tuchtrecht dat een lagere bewijslast kent of een boete door de toezichthouder te entameren.²⁰ Omgekeerd kan overigens een tuchtrechtzaak worden gebruikt om een betrokkene zich te doen uitlaten om daarna op te schalen naar vervolging waarbij die uitlatingen in de tuchtrechtprocedure als bewijsmiddel gebruikt worden. Er zou, naar mijn oordeel, op dit punt veel strakkere regelgeving moeten bestaan teneinde de naleving van de strafrechtelijke principes te bewaken. Zo niet dan wordt een belangrijk deel van de bescherming van de burger tegenover de overheid aangetast. Men kan zich overigens ook afvragen of gegeven het inquisitoire karakter van het toezicht en het feit dat sommige toezichthouders punitieve boetes kunnen opleggen ook in dat kader niet nadrukkelijker aandacht besteed zou moeten worden aan de rechtsbescherming.²¹ In dat verband kan

gewezen worden op een uitspraak begin 2018 van het College van Beroep voor het bedrijfsleven ten aanzien van een informatievordering van DNB²² waarin werd bepaald:

'Ter voldoening aan de eisen die uit artikel 6 van het EVRM voortvloeien, (...) had DNB in ieder geval de lasten onder dwangsom die strekken tot naleving van de inlichtingenvorderingen, voor zover het wilsafhankelijk materiaal betreft, in die zin dienen te clausuleren dat de verplichting om de inlichtingen te verstrekken geldt met de restrictie dat het verstrekte materiaal uitsluitend wordt gebruikt ten behoeve van de uitoefening van het toezicht op de naleving van de Wft en niet (mede) voor doeleinden van bestuurlijke beboeting of strafvervolgning van appellanten.'

Het verdient naar mijn oordeel echter aanbeveling de bescherming in de wet te regelen.

Opvallend is dat in de literatuur over het houden van toezicht door 'government agents' weinig aandacht lijkt te zijn voor rechtsstatelijke aspecten. Een belangrijk aspect van die rechtsstatelijkheid is de scheiding der machten (de trias politica). Juist bij toezichthouders lijkt hier een probleem te ontstaan door het vermengen van de op basis van de trias politica te scheiden machten. In de bestuursrechtelijke literatuur is er wel enige aandacht voor, zoals in het preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging uit 2005,²³ maar erg veel aandacht krijgt het onderwerp in de literatuur over toezicht in mijn waarneming verder niet. Bij het doornemen van een aantal jaargangen van twee tijdschriften op dit vakgebied²⁴ vond ik vrijwel geen enkel artikel waarin dit probleem met enig substantie werd geadresseerd. In het standaardwerk *Goed Toezicht, principes van professionaliteit, democratie en good governance*²⁵ (805 pagina's) trof ik het aspect slechts aan in par. 21.2.1 tot en met 21.2.4 (7 pagina's). Ook bijvoorbeeld in het recente Utrechtse proefschrift *De Wft-waasmeldplicht, Omvang en handhaving van de Wft-waasmeldplicht voor juridische en fiscale dienstverleners* (2012) van M. Stouten²⁶ (547 pagina's), wordt slechts in par. 2.1 (3 pagina's) gerefereerd aan, wat zij aanduidt als de grondslagen van de klassiek liberale rechtsstaat – de trias politica – waarvan de beginselen zouden zijn aangevuld door democratische rechtsstaat en vervolgens in onze tijd verruimd door de beginselen van 'good governance'. Zij

16. Zie bijv. art. 51 Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta).

17. Zie bijv. hoofdstuk 5a Wta.

18. In bijv. de beschikking in de art. 12 Sv-procedure inzake Libor bij het Gerechtshof Den Haag komt dit naar voren (ECLI:NL:GHDHA:2015:1204, zie met name randnummer 10.5).

19. Zie ook: T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbepalend overheidsingrijpen; Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014.

20. Een voorbeeld hoe een dergelijke samenloop tot 'ongelukken' kan leiden, is het uit de pers bekende geval van huisarts Tromp in Tuitjenhorn die in 2013 door zowel de toezichthouder (Inspectie voor de Gezondheidszorg) als het OM werd belaagd en zelfmoord pleegde.

21. In par. 5.6 en hoofdstuk 6 van hun preadvies besteden L.E.M. Verhey & N. Verheij ook aandacht aan dit aspect. Zie ook noot 23.

22. ECLI:NL:CBB:2018:3.

23. L.F.M. Verhey & N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters – Markttoezicht in constitutioneel perspectief', in: *Toezicht Preadvies van de Nederlandse Juristen-Vereniging 135e jaargang 2001-I*.

24. Het tijdschrift *RegelMaat*, dat wet- en regelgevingsvraagstukken behandelt, gaat op de rechtsbescherming in: L.F.M. Verhey, 'De markttoezichthouder als wetgever', *RegelMaat* 2015, afl. 3, p. 165-169 en in J.L.W. Broeksteeg, 'De regelgevende bevoegdheid van zelfstandige bestuursorganen, mede in het licht van het EU-recht', *RegelMaat* 2015, afl. 3, p. 170-181. Ook in het *Tijdschrift voor Toezicht* zijn enige beschouwingen te vinden over het onderwerp. De artikelen hebben echter over het algemeen een meer praktische dan principiële benadering.

25. D. Ruimschotel, *Goed Toezicht, principes van professionaliteit, democratie en good governance*, Amsterdam: Mediawerf Uitgevers 2014.

26. Inmiddels als senior beleidsmedewerker werkzaam bij de AFM.

erkent de trias politica impliciet als eis maar komt verder, voor zover ik kan zien, in haar proefschrift niet terug op de vraag of en zo ja, in hoeverre de nieuwe opvattingen inbreuken op die principes zouden kunnen rechtvaardigen. Oog hebben voor deze principiële grondrechten is naar mijn oordeel voor wetenschappers en professionals, actief op dit vakgebied van toezicht, echter van groot belang.

Zeker nu men kan waarnemen dat bij sommige toezichthouders de neiging bestaat om, gesteund door een aantal hierna genoemde wetenschappers, de grenzen van hun bevoegdheden op te zoeken of wellicht zelfs te overschrijden is het zaak de fundamentele beginselen in het oog te houden. De hier bedoelde activistische sfeer bij de toezichthouders blijkt bijvoorbeeld uit de eerdergenoemde publicatie in *Het Financieele Dagblad* waarbij wordt gerefereerd aan de opvattingen dienaangaande van de Canadese prof. M. Sparrow. Ook de publicaties en presentatie van een van de oud-medewerkers van de AFM, A. Kasdorp,²⁷ die thans onder meer, via de Erasmus Universiteit in het kader van de wetenschapsbeoefening, bijdraagt aan het denken over de opzet van het toezicht, neigen in een richting waarbij de rechtsstatelijkheid niet vooropstaat. Daarbij worden toezichtstrategieën ontwikkeld waarbij de auteur zelf vermeldt dat het niet onmogelijk is dat sprake is van ‘détournement de pouvoir’ bij sommige kennelijk voorgestane strategieën. Strategieën die naar mijn oordeel reeds door de AFM in zekere vorm lijken te worden toegepast²⁸ en waarbij de grenzen getrokken door de trias politica overschreden lijken te worden.

Zoals hiervoor reeds vermeld, zal ik een aantal voorbeelden van het handelen van de AFM in het kader van het toezicht op accountants en accountantsorganisaties beschrijven waarbij naar mijn observatie de grondprincipes van onze rechtsstaat onder druk (kunnen) komen te staan. Daarbij is van belang te constateren dat de AFM juridisch georganiseerd is in de vorm van een stichting met een raad van toezicht en een bestuur. In de financiering van het geheel wordt in beginsel voorzien via heffingen bij

de onder toezicht gestelden. Een systeem dat door een gebrek aan politieke wil²⁹ om daarop toezicht te houden en de angst van individuele onder toezicht gestelden om te protesteren, tot niet wettelijk verankerde, overbodige of niet doelmatige activiteiten van de toezichthouder kan leiden.³⁰

Allereerst zal ik nu de wettelijke invulling van de toezichthoudende taak op het accountantsberoep door de AFM toelichten. Vervolgens zal ik op de waargenomen feitelijke toezichtstrategie van de AFM ingaan om vervolgens ten aanzien van drie terreinen van dit toezicht de werkwijze van de AFM analyseren en, waar dit naar mijn oordeel gerechtvaardigd is, kanttekeningen plaatsen. Tot slot zal ik mijn conclusies samenvatten en enkele suggesties voor verbetering doen.

3. Het ontstaan van het toezicht op accountants en accountantsorganisaties door de AFM

De functie van de openbare accountant ontstond in continentaal Europa met name uit de functie van balanscommissaris³¹ die specifiek toezicht hield op de totstandkoming van een betrouwbare financiële verantwoording. In de Angelsaksische landen werd een deskundige buitenstaander ingeschakeld om de verantwoording te controleren en vast te stellen dat deze voldeed aan alle vereisten. In onze tijd wordt als de functie van de openbare accountant gezien: het beoordelen ten behoeve van aandeelhouders en beleggers, maar tevens ook ten behoeve van andere betrokkenen, dat de financiële verantwoording die wordt afgelegd een getrouw beeld geeft van de financiële toestand en de financiële gang van zaken van de onderneming of huishouding die het betreft en het vaststellen dat deze verantwoording in overeenstemming is met de regelgeving. Al meer dan vijftig jaar is er discussie over de vraag hoever de verantwoordelijkheid van de openbare accountant reikt.³² Ging het in het begin om de vraag wat de betekenis is van het axiomatisch voorbehoud³³ en daarna over de ‘expectation gap’,³⁴ thans gaat deze over fraudedetectie.³⁵ De laatste decennia is de vraag hoe de

27. A. Kasdorp is toezichtconsultant bij Supervision Strategy en promovendus bij RSM. Opvallend is dat de sheets waarop vermeld is dat mogelijk sprake kan zijn van ‘détournement de pouvoir’ het logo van de AFM dragen.

28. Zoals ik in het vervolg zal beschrijven.

29. Er is voor politici in het algemeen, indien in de maatschappij een sector onder kritiek staat, weinig aanleiding om de bekostiging van activiteiten van de toezichthouder ter discussie te stellen.

30. Zo lijkt de vraag gerechtvaardigd of niet wettelijk voorgeschreven onderzoeken, zoals bijvoorbeeld het themaonderzoek naar de veranderingen in accountantsorganisaties naar aanleiding van de implementatie van de 53 maatregelen aangekondigd door de NBA in het rapport ‘In het publiek belang’ tot de taak van de AFM behoort. De financiering van dat onderzoek kan op de sector worden afgewenteld. Ook is er een parallel te trekken met de heffingen voor de vroegere product- en bedrijfsschappen, zoals bij het Landbouwschap, waar veel bezwaar tegen was en die mede tot de oprichting van Boerenpartij leidden.

31. Nog te herkennen in bijv. de huidige Franse aanduiding ‘Commissaire aux Comptes’ en de in België tot circa 10 jaar geleden gebruikelijke naam ‘Commissaris-bedrijfsrevisor’ als benaming voor de openbare accountant.

32. Recent kwam (wederom) de discussie op gang over de verantwoordelijkheid van accountants voor het opsporen en melden van fraude en andere wetsovertredingen. Zie *Het Financieele Dagblad* en de website www.accountant.nl.

33. Onder het axiomatisch voorbehoud wordt onder accountants verstaan de beperking in de verantwoordelijkheid door de onmogelijkheid om fraude door samenspanning te kunnen ontdekken. Zie bijv.: H. Blokdijk, ‘Het axiomatisch voorbehoud en de verantwoordelijkheid voor fraude’, *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 1988, afl. 4, p. 118-129.

34. Zie bijv. J.E. McEnroe & S.C. Martens, ‘Auditors’ and Investors’ Perceptions of the “Expectation Gap”’, *Accounting Horizons*, December 2001, Vol. 15, No. 4, p. 345-358.

35. Zie bijv. M. Ramos, ‘Auditor’s responsibility for fraud detection’, *Journal of Accountancy*, Jan 2003, 195, 1. Zie ook noot 34.

accountant moet aantonen dat hij zijn werk als redelijk handelend accountant heeft uitgevoerd sterk bepalend. Kern van die discussies is naar mijn oordeel³⁶ het feit dat accountants, mede door de toenemende Angelsaksische dominantie in de beroepsregels, zich trachten te beperken tot 'slechts' een controle van de financiële gegevens in plaats van – hetgeen op grond van het ontstaan van de functie in continentaal Europa voor de hand liggend zou zijn – op basis van hun controle ook een zekere mate van toezicht uit te oefenen. Accountants hebben als onderdeel of als logisch vervolg van hun bevindingen bij de controle in hun beroepsuitoefening op enig moment de nadruk gelegd op het verstrekken van adviezen hetgeen weliswaar een onderdeel van de toezichtfunctie is, maar deze functie niet zou behoren te domineren.³⁷ Deze adviesfunctie is bij de grote kantoren in de jaren zeventig tot negentig extreem gegroeid.³⁸ Daarnaast was het in continentaal Europa, zowel bij kleinere als grotere kantoren gebruikelijk, om de fiscale zaken van cliënten te behandelen waaronder ook fiscale advisering.

Met name na de val van de Berlijnse Muur nam het versterken van de marktwerking in veel sectoren, waaronder ook de vrije beroepen, toe. Neoliberale opvattingen werden toonaangevend met betrekking tot de wijze waarop de economie behoort te functioneren. In de Verenigde Staten kwam binnen de daar heersende instrumentele visie³⁹ op de vennootschap de agency theory⁴⁰ tot ontwikkeling waarin het bestuur als 'agent' van de 'principals', de aandeelhouders werd gezien. Uit dien hoofde was het de belangrijkste taak van het bestuur aandeelhouderswaarde – die in de beurskoers tot uitdrukking kwam – te bewerkstelligen. Hoewel gesteld zou kunnen worden dat in de continentaal Europese context, waarin een institutionele visie⁴¹ op de vennootschap bestaat, de agency theory anders verstaan moet worden, werden ook hier

financiële waardecreatie en winstmaximalisatie belangrijke na te streven doelen voor besturen. Dit stimuleerde, in ieder geval in de accountantssector een sterker accent op het ondernemingsgewijs ter hand nemen van het beroep met een accent op maximalisatie van het winststreven. Gelijktijdig werd mede onder druk van diezelfde marktwerking het creëren van aandeelhouderswaarde bij ondernemingen als belangrijkste doel geformuleerd. Met name door grote Angelsaksische beursgenoteerde bedrijven werden in die tijd grenzen opgezocht om goede cijfers aan de markten te tonen.⁴² Dit veroorzaakte een aantal beurschandalen waarbij er (soms) terecht op werd gewezen dat ook accountants hier hadden gefaald. Dat leidde vervolgens tot een roep om maatregelen door de overheid. Men besloot onder meer op basis van Europese initiatieven⁴³ tot het versterken van het toezicht op accountants. Dit resulteerde in het toezicht op accountants dat werd opgedragen aan de AFM,⁴⁴ die als 'government agent' namens de overheid ging toezien op accountants en accountantsorganisaties, maar wel 'op afstand' van die overheid. Een toezicht dat, al voor de toedeling van een deel van de toezichtstaak aan de AFM bestond, omdat de beroepsorganisaties van accountants Nivra en NOVAA een publiekrechtelijke status hadden en de mogelijkheid hadden tegen individuele accountants een klacht in te dienen bij de tuchtrechter. De politiek vond dit alles, tegen de achtergrond van het gebeurde en de kritische perspublicaties daarover, te weinig. Het tuchtrecht werd buiten het accountantsberoep belegd⁴⁵ en de bevoegdheden van de toezichthouder – de AFM – werden uitgebreid. Op de taken van de AFM in dat kader en de wijze waarop deze die invult, wordt in het vervolg nader ingegaan.

Overigens werd dit patroon versterkt door de conclusies van de AFM inzake de controles van de Big 4 c.q.

36. In een aantal artikelen heb ik dat in het verleden uitgewerkt: 'Accountants in de problemen! Balanscommissaris, een panacee?', *Ondernemingsrecht* 2014, afl. 10/11; 'Onderneming is met balanscommissaris beter af', *Het Financieel Dagblad* 21 februari 2014; 'Het vrije beroep van balanscommissaris?', in: M.N. Hoogendoorn, J.C.A. Gortemaker, E.A. de Knecht, H.C. Kockx & Chr. de Kruis, *Maatschappelijk aanvaardbaar, opstellenbundel aangeboden aan prof. A.B. Bindenga RA*, Deventer: Kluwer 2003, p. 153-162; 'De balanscommissaris als oplossing', *De Accountant* juni 2003, p. 54.
37. Advies hoort bij toezicht, zoals ook uit de omschrijving van de taak van de commissaris in Boek 2 BW blijkt, maar slechts tot het advies dat hoort bij de deskundigheid van de toezichthouder zelf. Gegeven de nog te bespreken diffuse verhouding tussen de externe accountant en de accountantsorganisatie is vervolgens een relevante vraag of het in dit kader gaat om de deskundigheid van de accountant of om die binnen de organisatie.
38. Het zogenaamde 'collisiegevaar' heeft altijd veel aandacht in de accountantsliteratuur gekregen. Enerzijds onderkende men dat bij de controle van de administratie nogal eens het falen naar voren kwam of dat werd geconstateerd dat processen efficiënter of effectiever konden worden ingericht. Het lijkt niet doelmatig indien men wel over de kennis beschikt geen adviezen dienaangaande te geven. Het probleem is echter dat indien bij een volgende controle blijkt dat de adviezen niet juist waren, de betrokkene een eigen belang heeft gekregen dat zijn oordeel kan beïnvloeden.
39. Binnen de instrumentele visie wordt de vennootschap, kort gesteld, gezien als een instrument in handen van de aandeelhouders om te ondernemen. De aandeelhouders worden gezien als eigenaren van de vennootschap.
40. M.C. Jensen & W.H. Meckling, 'Theory of the Firm, Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure', (1975) *Journal of Financial Economics* 3 (4) p. 305-360.
41. Binnen de institutionele visie wordt de vennootschap, kort gesteld, gezien als een zelfstandig instituut. De aandeelhouders hebben een lidmaatschapsverhouding dat tevens een financieel belang inhoudt.
42. Enron en Worldcom zijn daar bekende voorbeelden van. Met betrekking tot Europa wordt vaak Ahold genoemd. De vraag is echter of dit inderdaad om het tonen van goede cijfers ging. In de strafrechtprocedure tegen een aantal bestuurders heeft dat aspect niet tot een veroordeling geleid.
43. Zie mededeling van de Europese Commissie: Mededeling inzake de versterking van de wettelijke accountantscontrole in de EU uitgebracht (COM(2003)286) en Richtlijn nr. 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 17 mei 2006 betreffende de wettelijke controles van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen, tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 84/253/EEG van de Raad.
44. Zie het ontwerp van de Wet toezicht accountantsorganisaties (dossiernummer 29658) uit 2006.
45. Zie bijv.: Initiatiefnota van R. Plasterk: 'De accountancy na de crisis', *Kamerstukken II* 2010/11, 32643, 2.

9 OOB-vergunning houdende accountantsorganisaties in 2010,⁴⁶ 2013⁴⁷ en 2014⁴⁸ die een (naar mijn oordeel te) negatief beeld schetste van de sector en ook van de financiële crisis van 2008, waarvan de belangrijkste oorzaak eveneens in de Angelsaksische (zakenbank)wereld lag. Ook ten aanzien daarvan kregen accountants het – in dit geval naar mijn oordeel onredelijke – verwijt het effect van het opstapelen van schulden niet gesignaleerd te hebben.⁴⁹ De reactie van de politiek op die, grotendeels onterechte verwijten,⁵⁰ was uiteindelijk het uitbreiden van de bevoegdheden van de AFM.⁵¹

4. De wettelijke invulling van de toezichthoudende taak op het accountantsberoep door de AFM

De toezichthoudende taak van de AFM met betrekking tot het accountantsberoep is vastgelegd in de Wet toezicht accountantsorganisaties (verder aan te duiden als Wta).⁵² In de wet wordt een aantal maatregelen genoemd die het de toezichthouder mogelijk moeten maken corrigerend op te treden tegenover accountantsorganisaties en individuele openbare accountants. Dit artikel heeft niet ten doel een uitvoerige analyse te geven van de werking van de Wta en de wijze waarop deze door de AFM is ingevuld. Ik beperk me hier tot de hoofdlijnen van het toezicht door de AFM. Daarmee beoog ik de bedreigingen te illustreren die het toenemend gebruik van ‘government agents’ meebrengt. Ik gebruik het toezicht op accountants en accountantsorganisaties daarbij als voorbeeld.

Het is van belang zich te realiseren dat het toezicht van de AFM zich richt op zowel de accountantsorganisatie als de externe accountant.⁵³ Daar waar de beroepsreglementering van accountants zich lang richtte op de individuele beroepsbeoefenaar en indirect, via deze regelgeving eisen stelde aan het organisatorische verband waarbinnen de accountant werkzaam was, onderkent de wet uitdrukkelijk de accountantsorganisatie enerzijds en de externe accountant (de controlerend accountant) anderzijds als

betrokkenen bij de wettelijke controle.⁵⁴ Het toezicht door de AFM richt zich op beide. Op zich is dit al opmerkelijk omdat hier zonder uitgebreide discussie binnen het beroep of de wetenschap een paradigmashift wordt geïnstitutionaliseerd die voor de individuele vrije beroepsbeoefenaar verstrekkende gevolgen heeft. Welke gezagsrelatie bestaat er ten aanzien van vakinhoudelijke kwesties tussen de organisatie en de individuele vrije beroepsbeoefenaar? Slechts in het Besluit toezicht accountantsorganisaties is aan de verhouding aandacht besteed met de bepaling: ‘Een accountantsorganisatie stelt de benodigde tijd en middelen en het benodigde gekwalificeerde personeel aan de externe accountant beschikbaar, opdat hij zijn [de externe accountant, PZ] taak naar behoren kan uitvoeren’. Voor zover mij bekend, zijn er geen andere vrije beroepen waar de gezagsrelatie onderwerp van overheidsregelgeving is.⁵⁵ Dit aspect wordt onderstaand niet verder uitgewerkt, maar als gegeven aanvaard.

Met betrekking tot de accountantsorganisaties is er bij de wet een vergunningsplicht ingevoerd⁵⁶ waarbij de vergunningverlening is voorbehouden aan de AFM. Bij de vergunning wordt onderscheid gemaakt tussen accountantsorganisaties die organisaties van openbaar belang (OOB's⁵⁷) controleren en de overige accountantsorganisaties. Bij de invoering van de vergunningsplicht is in de parlementaire behandeling uitdrukkelijk aan de orde geweest dat het niet de bedoeling was via het vergunningstelsel tot marktordening⁵⁸ te komen. Het is van belang dit te vermelden, omdat de ontwikkelingen in het accountantsberoep, mede door de wijze van toezicht door de AFM, wel lijken te resulteren in een marktordening die niet zou zijn opgetreden zonder de wijze van interveniëren door de AFM. Bij haar toezicht richt de AFM zich namelijk onder meer op de aanwezige documentatie van kantoorvoorschriften en de (systematische) vastlegging van een groot aantal formele aspecten en daarnaast op het aanwezig zijn van allerlei functies. Voor alleen werkende accountants en kleine kantoren is nauwelijks te

46. AFM Rapport algemene bevindingen kwaliteit accountantscontrole en kwaliteitsbewaking 1 september 2010.

47. AFM Rapport naar aanleiding van AFM-onderzoek naar kwaliteit accountantscontrole en stelsel van kwaliteitsbeheersing en -bewaking bij negen OOB-vergunninghouders 21 maart 2013.

48. AFM Rapport Uitkomsten onderzoek kwaliteit wettelijke controles Big 4-accountantsorganisaties 25 september 2014.

49. Een van de grote problemen in de financiële crisis was het herverpakken van door rating agencies beoordeelde geseceureerde vorderingen, hetgeen als macro-economisch effect had dat niemand meer wist wie uiteindelijk de echte risico's moest dragen. In redelijkheid kan accountants niet worden aangerekend dat zij dit niet adresseerden daar waar zelfs de toezichthouders op de financiële markten zich niet van dat gevaar bewust waren.

50. Men kan zich afvragen of accountants zich niet kritischer hadden moeten opstellen met betrekking tot de waardering van financiële activa en de ‘related-party’-transacties en -verhoudingen. Het macro-economisch effect van het herverpakken en verkopen van schuldtitels en ten gevolge daarvan ‘stapelen’ van risico's is echter een fenomeen waarvoor de accountant niet als eerste verantwoordelijk is bij het onderkennen van het risico van een ‘kettingreactie’.

51. Zie Wijziging van de Wet toezicht accountantsorganisaties, het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten op het terrein van accountantsorganisaties en het accountantsberoep in verband met het versterken van de governance van accountantsorganisaties (Wet aanvullende maatregelen accountantsorganisaties), *Stb.* 2018, 139.

52. Zie het ontwerp van de Wet toezicht accountantsorganisaties (dossiernummer 29658) uit 2006.

53. De natuurlijke persoon die werkzaam is bij of verbonden is aan een accountantsorganisatie of auditkantoor en die verantwoordelijk is voor de uitvoering van een wettelijke controle (art. 1 lid 1 onderdeel f Wta). De externe accountant wordt door de accountantsorganisatie bij de AFM aangemeld voor opname in het register als externe accountants (art. 11 Wta).

54. Zie Wta afdeling 3.1 De accountantsorganisatie en afdeling 3.2 De externe accountant.

55. Zo heeft het advocatenkantoor bijvoorbeeld geen wettelijke zeggenschap over de wijze van procederen door de individuele advocaat.

56. Zie Wta hoofdstuk 2 Toegang tot de markt.

57. Tot OOB's behoren kort gezegd beursvennootschappen, banken, verzekeraars en door de minister bij AMvB aangewezen instellingen die een groot maatschappelijk belang hebben.

58. Zie MvT bij Voorstel van wet 29658 Wet toezicht accountantsorganisaties (2006), hoofdstuk 11 onderdeel ‘Gevolgen voor de marktwerking’.

voldoen aan de eisen. Voor kleinere kantoren is het vaak efficiënter in een groter geheel op te gaan.

Behoudens een aantal formele vereisten moet voor het verkrijgen van de vergunning ook voldaan worden aan een aantal kwalitatieve vereisten.⁵⁹ Daartoe behoren onder meer betrouwbaarheidseisen aan de bestuurders van de accountantsorganisatie,⁶⁰ geschiktheidseisen aan het bestuur en sommige andere (mede) beleidsbepalers van accountantsorganisaties die OOB's controleren,⁶¹ een stelsel van kwaliteitsbeheersing,⁶² een passend belonings- en winstdelingssysteem dat voldoende prestatieprikkels bevat om de kwaliteit van wettelijke controles te verzekeren,⁶³ onafhankelijkheidseisen⁶⁴ en een zodanige inrichting van de bedrijfsvoering dat een beheerste en integere uitoefening⁶⁵ van het bedrijf is gewaarborgd. Voor enkele van deze kwalitatieve vereisten worden nog nadere preciseringen in de wet zelf gegeven maar voor een meerderheid wordt de mogelijkheid gegeven deze nader uit te werken in AMvB's hetgeen deels heeft plaatsgevonden in het Besluit toezicht accountantsorganisatie (Bta). Al deze nadere preciseringen in de AMvB's betreffen echter louter formele aspecten en geven niet of nauwelijks nader toetsbare invulling aan de normering die de wet geeft met betrekking tot begrippen als betrouwbaarheid, kwaliteit van de controle, integriteit, onafhankelijkheid en geschiktheid.

Met betrekking tot de accountants die wettelijke controles mogen uitvoeren en die in de wet worden aangeduid als 'externe accountants' bepaalt de wet dat zij in een door de AFM bij te houden register worden opgenomen. Het initiatief daartoe ligt niet bij de accountant maar bij de accountantsorganisatie. De in art. 25 Wta opgenomen in algemene bewoordingen gestelde eisen voor de externe accountant lijken te suggereren dat naast de beroepsregels, zoals door de beroepsorganisatie NBA in detail zijn uitgewerkt, nog andere normen gelden. Aandacht verdienen verder nog de bepalingen inzake de beperking van de geheimhoudingsplicht.⁶⁶ Uit de tekst van de wet blijkt dat deze geheimhoudingsplicht voor externe accountants niet absoluut is. Het probleem is echter dat onduidelijk blijft onder welke omstandigheden de accountant op eigen initiatief, zonder ernstige persoonlijke risico's, zich

tot derden buiten het organisatorisch verband dat hij/zij controleert mag richten anders dan voor het voldoen aan uitdrukkelijke wettelijke verplichtingen. De Wta legt een meldingsplicht op in art. 26 lid 2 in geval van '(...) fraude van materieel belang ten aanzien van de financiële verantwoording van een controlecliënt (...)'. Een wettelijke verplichting tot melding kan uit de onderhavige wet slechts worden gelezen ten aanzien van fraude met de jaarrekening. Een verdere verplichting, anders dan in andere wetten opgenomen,⁶⁷ kan daaruit volgens mij niet worden gelezen.⁶⁸

Het toezicht van de AFM richt zich op accountantsorganisaties in het wettelijk controledomein. Bij dit toezicht richt zij zich begrijpelijkerwijs zowel op de organisatie als op de personen die daar werkzaam zijn en met name op de externe accountants en de beleidsbepalers. Het gaat daarbij gezien het vorenstaande om de naleving van het bepaalde in de Wta en het Bta. Het is goed voor ogen te houden dat, zoals geschetst, die regelgeving zeer algemeen is en maar weinig concrete voorschriften bevat. Ik kom daar onderstaand op terug.

5. Het feitelijk toezicht door de AFM

Allereerst moet worden geconstateerd dat, bij het introduceren van het nieuwe toezicht, geen publiekelijk debat is gevoerd met de beroepsgroep over wat een verantwoord toezichtmodel zou zijn. In een 'high-trust' society, zoals Nederland ten minste tot de eeuwwisseling werd beschouwd, zou het gepast hebben dat ten aanzien van een van de vertrouwensberoepen, waarin in de ogen van de politiek een vertrouwenscrisis dreigde te ontstaan, overleg werd gevoerd over het karakter van het toezicht. Toezicht, en met name gedragstoezicht, kan het karakter hebben dat ook opvoeden heeft: het met elkaar in gesprek gaan over normen en waarden, bij positieve ontwikkelingen stimulerend zijn, bij negatieve waarschuwend en uiteindelijk bestraffend. Gekozen is echter voor een systeem waarbij handhaving (bijna zoals in het strafrecht voorzien) vooropstaat. Wellicht is dat veroorzaakt doordat de eerste voorzitter van het bestuur van de AFM, de heer A. Docters van Leeuwen, onder meer verbonden was geweest aan het Openbaar Ministerie. Hij was het

59. Deze zijn opgenomen in de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta), het Besluit toezicht accountantsorganisaties (Bta) en in een aantal beleidsregels en andere uitingen van de AFM.

60. Zie art. 15 Wta en hoofdstuk 4 Bta.

61. Zie art. 16 Wta en hoofdstuk 4 Bta en AFM beleidsregel Geschiktheid beleidsbepalers OOB-accountantsorganisaties.

62. Zie art. 18 en 18a Wta en hoofdstuk 5 Bta.

63. Zie art. 18b Wta.

64. Zie art. 19 Wta.

65. Zie art. 21 Wta.

66. Zie art. 26 Wta en hoofdstuk 9 Bta.

67. Bijvoorbeeld de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme.

68. In de recente discussie over fraude (zie noot 33, 34 en 35) lijkt het uitgangspunt dat de externe accountant bijvoorbeeld bij iedere materiële onrechtmatige betaling die hij ontdekt, deze bij een opsporingsambtenaar moet melden. De vraag is echter of een dergelijke betaling een fraude van materieel belang *ten aanzien* van de financiële verantwoording is indien deze wel administratief juist in de verantwoording is opgenomen waardoor de verantwoording getrouw is. Indien de betaling (met eventuele boete) juist in de jaarrekening is verwerkt is er geen sprake van fraude met de jaarrekening maar van fraude verwerkt in de jaarrekening.

die het toezicht vormgaf bij de aanvang van de onder toezicht stellen van de externe accountants en de accountantsorganisaties.⁶⁹

In het kader van een dergelijke toezichtstrategie lijkt, zoals eerder uiteengezet, juist van eminent belang dat het principe dat aan onze rechtsstaat ten grondslag ligt, de trias politica, in acht wordt genomen. Het onderscheid tussen de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende functie behoort verzekerd te zijn juist indien de nadruk op handhaving gelegd wordt. Deze scheiding kan naar mijn oordeel ook niet door interpretaties van de zijde van de toezichthouder, aangaande dat wat de rechtsstaat behelst, worden aangetast. De normering moet losstaan van de handhaver evenals de uitleg indien de handhaver gevolgen wenst te verbinden aan door hem veronderstelde normschending. De vaststelling van deze normschending moet vol door de rechter getoetst kunnen worden. Onder volle toetsing versta ik in dit verband dat de rechter de aan de orde zijnde (in de accountantsregelgeving opgenomen norm) in de concrete situatie die aan de accountant voorligt, op basis van de vastgestelde feiten en de tekst van de relevante regelgeving interpreteert. In het navolgende zal hier nog nader op in worden gegaan. Dit klemte te meer gezien de in de voorgaande paragraaf beschreven meer activistische houding van de AFM.

Tegen de achtergrond van de hiervoor geschetste sfeer is, naar mijn waarneming, een toezichtregime ontstaan en in stand gehouden dat zijn doel voorbijschiet. Daartoe beschrijf ik onderstaand een aantal aspecten van dit toezicht die ik, zoals eerder gesteld, aan de praktijk van het toezicht houden door de AFM over de laatste 12,5 jaar ontleen. Ik doe dat aan de hand van het invullen van de wettelijke normering door de AFM, waarbij naar mijn oordeel vraagtekens zijn te plaatsen met name ten aanzien van de vraag of de AFM niet buiten de grenzen van het wettelijke toezicht treedt.

5.1. Normering van de kwalitatieve vereisten zoals in de wet vermeld

Veel van de eisen die in de Wta worden gesteld zijn, zoals hiervoor is opgemerkt, algemeen geformuleerd en van kwalitatieve aard. De invulling daarvan is vrijwel altijd subjectief. Evident is dat wil men de toepassing van algemeen geformuleerde normen beoordelen, een voorlopige eerste interpretatie moet worden gekozen waaraan een feitencomplex in de praktijk getoetst wordt. Deze interpretatie zou uiteindelijk in een afweging, zoals in een debat binnen de beroepsorganisatie of voor de rechter, een publiekelijk kenbare invulling moeten krijgen. Zo

wordt een systeem van precedentes gecreëerd, waarmee de rechtszekerheid is gediend en betrokkenen aan de rechtsvorming kunnen deelnemen.

De situatie is echter dat de AFM in de praktijk bij een eerste debat, in het kader van toezicht op een feitelijke situatie, zich kennelijk niet eerst de vraag stelt wat de concrete normschending is, en zo ja, daarover geen gemotiveerd standpunt inneemt en over de tegenargumenten en de weging van de feiten geen beargumenteerd oordeel geeft. Zoals uit gepubliceerde uitspraken⁷⁰ inzake boetesbesluiten, maar ook uit gesprekken met de AFM blijkt, neemt zij echter nog wel eens 'ex cathedra' een standpunt in. Een standpunt dat (jaren later) weliswaar bestuursrechtelijk getoetst kan worden hetgeen overigens zelden gebeurt. Als dit aan de orde is, richt het debat voor de rechter zich niet zozeer op de volle toetsing van de invulling van de onderliggende norm, bijvoorbeeld met betrekking tot de uitvoering van werkzaamheden die geschonden zou zijn, maar meer op de vraag of de toezichthouder in redelijkheid tot het oordeel is kunnen komen dat een bovenliggende norm, bijvoorbeeld de instandhouding van een bepaald intern systeem dat die werkzaamheden overziet, geschonden is. Daarmee kan onduidelijk blijven hoe de norm van het primaire proces moet worden geïnterpreteerd, wat dit voor gewicht heeft en hoe dit behoort door te werken in het interne systeem. De uitspraak komt daarbij bovendien vaak vele jaren nadat de discussie bij het toezicht speelde en verliest daarmee in belangrijke mate de functie van gids voor de praktijk. Enkele voorbeelden kunnen het voorgaande illustreren.

5.1.1. Toetsing systeem van kwaliteitsbeheersing

Een belangrijk element in het toezicht van de AFM is het oordeel of het kwaliteitsbeheersingssysteem van de accountantsorganisaties voldoet. Het begrip 'controlekwaliteit' is echter niet zonder meer helder noch is de wijze waarop dat is vast te stellen duidelijk. Uit zowel wetenschappelijk onderzoek⁷¹ als uit de recente discussie binnen de beroepsorganisatie⁷² blijkt dat wel aspecten kunnen worden aangeduid maar het begrip zelf kan nauwelijks gedefinieerd worden, evenals dat het geval is bij bijvoorbeeld procesvoeringskwaliteit bij advocaten, behandelkwaliteit bij artsen en rechtsprekende kwaliteit bij rechters. Indien men zich richt op aspecten van het begrip komen al snel allerlei formele eisen naar voren. Deze raken echter zelden de kern van het functioneren van de accountant bestaande uit het voorkomen van onrecht afgegeven accountantsmededelingen over de getrouwheid van financiële verantwoordingen en het voldoen van deze verantwoording aan de wettelijke vereisten. Duidelijk is

69. Die strafrechtelijke insteek leek ook terug te vinden in de uitingen van sommige medewerkers van de AFM die in gesprekken vermelden dat 'de accountants in de ogen van de politiek toch niets goeds konden doen en dat het enige risico voor de AFM bestond in het feit dat de AFM een schandaal niet tijdig op het spoor was'. Accountants zouden bij publiek noch politiek gehoor vinden voor hun opvattingen over het toezicht. Ook bij een machtswisseling binnen de AFM werd bij de afscheidsreceptie gerefereerd aan het 'crime fighting' door de AFM in dit verband en niet aan een open vorm van toezicht.

70. Zie bijv. de boetesbesluiten van de AFM inzake KPMG Accountants N.V. d.d. 21 februari 2011, Ernst & Young Accountants Llp d.d. 9 november 2011, Baat accountants en adviseurs d.d. 16 december 2014, Deloitte Accountants d.d. 16 maart 2016, KPMG Accountants N.V. d.d. 16 maart 2016, EY Accountants Llp d.d. 16 maart 2016, Baker Tilly Berk N.V. d.d. 6 juli 2018.

71. Zie met name: 'What do we know about audit quality?', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfsconomie (MAB, Special Issue)* 2016, afl. 9.

72. Zie 'De definitie van audit kwaliteit' van de NBA stuurgroep Publiek belang, juni 2017 en de reacties daarop op de website www.accountant.nl.

dat het economisch niet mogelijk is absolute zekerheid te verschaffen over financiële verantwoordingen. Een integrale volledige controle (in accountantskringen ‘volkomen controle’ genoemd) is in vrijwel alle gevallen onmogelijk en in ieder geval economisch onhaalbaar.

Een belangrijk element in vrije beroepen, dat tegenwoordig nauwelijks genoemd lijkt te mogen worden, is het opdoen van ervaring en het daarmee ontwikkelen van intuïtie.⁷³ Intuïtie is een aspect waarvan de toepassing nauwelijks te beoordelen is. Het is vanuit die observatie begrijpelijk dat toezichthouders op intellectuele vrije beroepen moeite hebben dit in hun beoordeling in te passen. Een kwaliteitsbeheersingssysteem binnen de omgeving van intellectuele vrije beroepen moet zo veel mogelijk zeker stellen dat de kennis en ervaring bij de professional aanwezig is en dat deze professional die kennis en ervaring, gegeven de eigen verantwoordelijkheid als professional, op eigen wijze kan toepassen binnen maatschappelijk aanvaardbare grenzen die overigens een voldoende ‘Freies Ermessen’⁷⁴ aan de professional behoren te geven. Het gaat daarbij over een inspanningsverplichting en niet over een resultaatsverplichting van zowel de organisatie als de professional. Met name binnen het begrip ‘professional judgement’ in de accountancy wordt dit aspect van ervaring en intuïtie teruggevonden. In de wijze waarop op de kwaliteit door de AFM toezicht wordt gehouden lijkt weinig ruimte voor dit aspect. Enerzijds lijkt dit te worden veroorzaakt door het in het voorgaande besproken probleem van de diffuse verhouding tussen de verantwoordelijkheid van de accountantsorganisatie en de individuele externe accountant en anderzijds door het kennelijk niet in aanmerking nemen van de mate waarin professional judgement een rol in de oordeelvorming speelt.

De AFM heeft bij de vergunningverlening beoordeeld of de betrokken accountantsorganisaties in opzet een adequaat kwaliteitsbeheersingssysteem hebben. Nadien is bij de reguliere toetsing door de AFM van de OOB-vergunning houdende organisaties, die met een zekere periodiciteit wordt uitgevoerd, een zeer beperkt aantal dossiers per beoordeelde accountantsorganisatie getrokken. Deze trekking was niet aselekt, maar op basis van een risicoanalyse van een verhoogde kans op fouten bij de controle. Dit beperkte aantal (bijvoorbeeld een tiental uit duizenden) kennelijk in de ogen van de AFM ‘kwetsbare’ dossiers werden op een beperkt deel van inhoud beoordeeld. In dat kader toetsten toetsers van de AFM, vaak met betrekkelijk geringe ervaring in de (brede) accountantspraktijk,⁷⁵ de inhoud van de dossiers aan hetgeen in de Nadere Voorschriften Controle en Overige Standaarden bestaande uit circa 1500 pagina’s tekst (verder aan te

duiden als NV COS) van de NBA is neergelegd als richtlijnen voor het uitvoeren van controles van financiële verantwoordingen. Daarbij gaat de AFM wel eens van eigen interpretaties van deze richtlijnen uit, daarbij negerend dat deze – zoals boven reeds beschreven – als richtlijnen in een andere rechtscultuur zijn ontwikkeld en zeker niet de status hebben van een wettelijk voorschrift. Ook het gewicht dat aan het niet voldoen aan een van de duizenden alinea’s moet worden gehecht, werd niet duidelijk.⁷⁶ Daarbij komt dat het begrip ‘overtreding’, dat zowel in de Wta als door de AFM in convenanten wordt gebruikt, in dit kader niet duidelijk is. De indruk wordt gewekt dat de AFM in beginsel ieder niet voldoen aan de richtlijnen van de NV COS als een overtreding ziet. Desgevraagd heeft de AFM nooit inzicht willen geven in hun wijze van ‘wegen’ van dit niet voldoen aan de NV COS in het kader van het kwalificeren van gedragingen als ‘overtreding’. Het lijkt er echter op dat dossiers op ieder aspect altijd ‘perfect’ moeten zijn. De vraag moet echter zijn wanneer de dossiers voldoende zijn, waarbij er ruimte moet zijn voor een verschil in opvatting en professionele oordeelsvorming, die uit zijn aard een zekere subjectiviteit, een ‘Freies Ermessen’ kent. De wijze van toetsen van de AFM heeft onder accountants een ware vlucht in bureaucratie veroorzaakt die zeer kostenverhogend heeft gewerkt en nauwelijks tot betere controles lijkt te leiden.

Op basis van deze discutabele benadering op een beperkt aantal niet aselekt gekozen dossiers met verhoogd risico op fouten, werd door de AFM over het accountantsberoep – op basis van de toetsing van de Big 4-kantoren – (zeer) negatief gerapporteerd.⁷⁷ Naar mijn oordeel hebben die rapportages onvoldoende basis, zowel gezien de beperkte waarnemingen ten aanzien van het kwaliteitsbeheersingssysteem als gezien de wijze van feitenvaststelling met betrekking tot uitvoering van de controlehandelingen met de daaraan gekoppelde interpretatie van de regelgeving voor de uitvoering van accountantscontroles en mede gezien de beperkte plaats die ‘professional judgement’/intuïtie kreeg. In ieder geval konden de waarnemingen de daaruit getrokken algemene conclusies met betrekking tot de kwaliteitsbeheersingssytemen van de accountantsorganisaties niet dragen. Het gevolg van de rapporteringen was een verdieping van de vertrouwens kloof tussen enerzijds het publiek en de politiek en anderzijds het accountantsberoep. Het beroep durfde zich kennelijk niet te verdedigen gezien de machtspositie van de AFM en de verwachte reputatieschade bij publieke discussie waarbij in de sector de aannemelijke verwachting bestond en bestaat dat zowel politiek als media zich achter de toezichthouder scharen. Naast de Big 4-kantoren werden op dezelfde wijze eenmaal alle OOB-vergunning houdende

73. Zie voor het belang van intuïtie de interessante observatie inzake het ontwikkelen van expertise van prof. Lokke Morrel hoogleraar Global ICT aan de TiU in het kader van ‘artificial intelligence’ en algoritmes in L. Morrel, ‘Als algoritmen routinewerk overnemen nekt dat ook expertise’, *Het Financieele Dagblad* 19 juni 2018.

74. Het ‘Freies Ermessen’ is hetgeen ten grondslag ligt aan het feit dat de bestuursrechter slechts toetst of het bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn besluit is kunnen komen. Het bestuursorgaan heeft een zeker ‘Freies Ermessen’.

75. En mogelijk hierdoor ook weinig affiniteit met ‘intuïtie’ of professional judgement.

76. Zo is bijvoorbeeld een van de richtlijnen dat een opdrachtbevestiging met de afspraken samen met de te controleren organisatie moet worden opgemaakt. Binnen de wetgeving in de VS, waar een omvattende regelgeving als ons Burgerlijk Wetboek ontbreekt, heeft dit een heel andere betekenis dan in Nederland waar we beschikken over Boek 7 van het BW ‘Bijzondere Overeenkomsten’, titel 7 ‘Opdracht’.

77. Zie noot 46, 47 en 48.

de kantoren (9: te weten de 'Big 4' en de 'Next 5') in een beoordeling betrokken met dezelfde benaderingswijze.⁷⁸ Ten aanzien van de kleinere (niet-OOB-)kantoren klemde dit alles nog meer, omdat de conclusies van de AFM ten aanzien van deze kantoren waren gebaseerd op een waarneming door de AFM bij 30 van de 366 niet-OOB-kantoren,⁷⁹ waarbij per kantoor slechts een zeer beperkt aantal dossiers op een beperkt aantal aspecten werd beoordeeld.

Inmiddels heeft, na de laatste 'toetsingsronde' voor de Big 4 waarbij wederom schade aan het vertrouwen in het beroep werd toegebracht, een aantal grote accountantsorganisaties zich tot de rechter gewend om te doen vaststellen dat deze aanpak van de AFM niet deugt. Nog voor de hoogste rechter uitspraak deed, heeft het verantwoordelijk bestuurslid van de AFM de rechter gewaarschuwd dat een negatieve uitkomst van de procedure voor de AFM grote gevolgen zou hebben.⁸⁰ Naar mijn oordeel was dat niet passend voor een 'government agent'. Deze opstelling getuigt van het door mij eerder in dit artikel gesignaleerde (hopelijk vermeende) gebrek aan gevoel voor rechtsstatelijkheid. Inmiddels kan overigens uit de opstelling van de AFM in het kader van aangekondigde nieuwe toetsingen worden afgeleid dat zij de uitspraak in eerste aanleg in het onderhavige geschil ter harte neemt.⁸¹ Mij is niet bekend of omtrent deze aanpak enige vorm van overleg met het beroep, zoals in de door mij voorgestane vorm van behoorlijk toezicht, heeft plaatsgevonden.

5.1.2. Toetsing beheerste en integere bedrijfsvoering

Zoals hiervoor besproken, is in de Wta vastgelegd en nader geregeld in het Bta, dat accountantsorganisaties procedures en regels moeten opstellen en toepassen die een beheerste en integere bedrijfsvoering waarborgen. In dat kader bepaalt het Bta in art. 32 dat accountantsorganisaties incidenten die ernstige gevolgen hebben voor de integere uitoefening van hun bedrijf vastleggen en melden bij de AFM. Of sprake is van een incident hangt mede af van de vraag of er een kans is dat negatieve publiciteit ontstaat rondom de accountantsorganisatie of het accountantsberoep.

De praktijk leert dat de AFM gemelde incidenten gebruikt als ingang voor onderzoek naar een mogelijke overtreding van de bepalingen inzake de integere bedrijfsvoering en/of onderzoek naar de vraag of een accountantsdossier op orde is in het kader van een gemeld incident. De wetgever heeft recent in art. 63c Wta de AFM de bevoegdheid gegeven voor bepaalde overheidsstaken relevante vertrouwelijke gegevens of inlichtingen, verkregen bij de vervulling van de haar taak, te verstrekken aan de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst, de Belastingdienst, de Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst, de Nationale Politie, het Bureau Financieel Toezicht, de Financiële Inlichtingen

Eenheid en het Openbaar Ministerie. De AFM heeft die bevoegdheid slechts voor zover dit dienstig is voor het versterken van de integriteit van de financiële markten of van accountantsorganisaties en mag slechts gegevens verzamelen die dienstig zijn aan haar eigen taak. Daarbij moet worden opgemerkt dat in de praktijk vast te stellen is dat de AFM contacten heeft met bijvoorbeeld het OM, de FIOD en de Belastingdienst en dat tot een tussen deze organisaties afgestemde benadering van incidenten wordt gekomen. Deze afstemming onttrekt zich aan de waarneming van betrokkenen en komt ook in eventuele rechterlijke procedures niet altijd naar voren.

Het is van belang erop te wijzen dat de verschillende instanties verschillende bevoegdheden en machtsmiddelen hebben jegens onder toezicht gestelden/verdachten/getuigen. Met name in ons strafrecht zijn beschermingsmaatregelen opgenomen voor burgers tegen een overheid die sterke en ingrijpende machtsmiddelen heeft indien een burger als verdachte wordt blootgesteld aan een onderzoek door deze overheid om het principe van de 'equality of arms' te garanderen in ons inquisitoir strafrechtssysteem. Voor de bemoedissen van de AFM geldt, vanuit het bestuursrecht/handhavingsrecht en meer in het bijzonder vanuit de Wta, dat accountantsorganisaties verplicht zijn gevraagde inlichtingen aan de AFM te verstrekken. Medewerkers moeten in 'interviews' met de AFM antwoorden. In de praktijk worden de onderzoeken door de AFM dienaangaande in eerste instantie in een redelijk informele sfeer uitgevoerd waarbij betrekkelijk willekeurige personen die meer of minder intensief bij de materie zijn betrokken worden 'geïnterviewd'. Bij die 'interviews' wordt geen cautie gegeven en van die 'interviews' wordt geen verbatim verslag ter goedkeuring aan de 'geïnterviewde' voorgelegd.⁸² Ook de verdere informatieverzameling lijkt meer gericht op bewijzen zoeken voor het onderbouwen van een sanctie in plaats van bredere waarheidsvinding.

In het kader van de praktijk van de AFM om door middel van 'interviews' informatie te verzamelen kan nog worden opgemerkt dat hier, zoals in het vorenstaande reeds betoogd, een grijs gebied wordt betreden. Accountantsorganisaties ervaren dat zij met de beste bedoelingen meewerken aan 'onderzoeken' van de AFM en vervolgens worden geconfronteerd met zeer aanzienlijke boetes op basis van soms betrekkelijk ondoordachte mededelingen door personen in een 'interview'. Er moet, wil niet een uitermate groot wantrouwen tussen de toezichthouder en de onder toezicht gestelden ontstaan met aanzienlijke maatschappelijke consequenties, duidelijkheid komen wanneer men mag verwachten dat de mededelingen en gegevens in het kader van een punitieve sanctie gebruikt kunnen gaan worden. Naar mijn oordeel zou een cautie al in een vrij vroeg stadium moeten worden gegeven. Het is voor een onder toezicht gestelde nauwelijks duidelijk

78. Zie noot 77.

79. Zie AFM rapport 11 juli 2013 Themaonderzoek niet-OOB-accountantsorganisaties.

80. Zie bijv. www.accountant.nl, 21 december 2017: Everts (AFM): 'Uitspraak rechter is "grote stap terug in de tijd"'.
81. ECLI:NL:RBROT:2017:9978 en ECLI:NL:RBROT:2017:9977.

82. Zoals uit een aantal bekende procedures blijkt, mag er soms wel op het verslag gereageerd worden door de geïnterviewden, maar dat leidt lang niet altijd tot aanpassingen.

wanneer iets bestraft of beboet zou kunnen worden en of de AFM daartoe zal overgaan. Vaak gaat het ook niet om kwesties die raken aan een sterk gevoelde ethische norm waarvan men mag verwachten dat eenieder weet dat daarop sancties staan. Mededelingen die vrijwillig zijn gegeven en later ‘tegen’ de organisatie worden gebruikt schaden ten diepste het vertrouwen in een eerlijke rechtspleging. Van de wijze waarop de AFM met het begrip ‘cautie’ omgaat, is de neerslag te vinden in het recente boetebesluit inzake schending van de onafhankelijkheidsregels door EY.⁸³

De AFM kan op basis van de onderzoeken meedelen dat ze voornemens is aanwijzingen te geven die alsdan opgevolgd moeten worden. In dat kader geeft de AFM de accountantsorganisatie soms de gelegenheid zelf initiatieven te nemen tot maatregelen. Het zelf initiatieven nemen kan echter worden uitgelegd als het erkennen van het feit dat de bestaande situatie voor verbetering vatbaar was, zelfs indien men meent dat de bestaande situatie voldoende is (het was een 7 maar er wordt gestreefd naar een 9).

Gegeven het feit dat op basis van een onderzoek ook zware boetes kunnen worden opgelegd, tot wel € 2,5 miljoen, is de aldus gecreëerde situatie met betrekking tot de feitenvaststelling te diffuus. Dit klemmt temeer nu weliswaar een beroep op de bestuursrechter (na bezwaar bij de AFM) openstaat van de beschikking waarbij de boete wordt opgelegd, maar dat deze rechtsgang grote gevolgen voor de reputatie van de organisatie kan hebben en dus geen goed begaanbare weg voor de beboete organisatie is. Daarbij komt dat de toetsing door de bestuursrechter zich richt op de vraag of het bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn oordeel is kunnen komen, waarbij het in het voorgaande geschetste probleem, gegeven de aanpak van het onderzoek en het daarop gebaseerde boetebesluit, gemakkelijk kan ontstaan dat de ‘onderliggende normen’ onduidelijk blijven. Dit impliceert dat indien het bestuursorgaan een omvangrijk en gecompliceerd feitencomplex beoordeelt met een weinig concreet uitgewerkt normenstelsel of een normenstelsel dat weliswaar uitgewerkt is, maar aan interpretatie onderhevig is (zoals vaak het geval zal zijn met protocollen voor professionals), het oordeel met betrekking tot de afzonderlijke normschendingen niet duidelijk wordt en dat daarmee de uitkomst van de procedure ook onduidelijk is. In de praktijk durven organisaties veelal niet op te komen tegen de macht van de ‘government agent’ en onderwerpen zij zich aan deze macht die niet op gelegitimeerd gezag lijkt

te zijn gebaseerd, omdat er geen normen bestaan, die in de jurisprudentie voldoende zijn uitgewerkt dan wel welke door alle betrokkenen worden gedeeld en op grond waarvan de procespositie kan worden ingeschat.

Met betrekking tot de bedoelde normering is nog op te merken dat incidenten in een aantal situaties betrekking hebben op verdenkingen van onder meer het OM of de FIOD jegens cliënten van een accountantsorganisatie. Een probleem daarbij is dat zolang sprake is van verdenking en geen definitieve rechterlijke beslissing voorhanden is, de accountantsorganisatie, die niet over alle informatie beschikt, moet beslissen of deze stopt met de wettelijke accountantscontrole voor deze cliënt. In de huidige tijd kan deze periode van onzekerheid zeer lang zijn, waardoor de accountantsorganisatie in een onmogelijke positie komt. Als zij stopt, doet zij dat in het volle bewustzijn dat deze cliënt wettelijk verplicht is zijn jaarrekening te doen controleren door een accountant en een opvolgend accountant niet makkelijk gevonden zal kunnen worden.⁸⁴ Dat heeft voor de cliënt grote gevolgen, terwijl de verdenking nog op geen enkele wijze toetsbaar en objectief is beoordeeld.

5.1.3. De toetsing van de geschiktheid van het bestuur en raad van commissarissen door de AFM

Vooraf kan met betrekking tot deze toetsing het volgende worden opgemerkt. De roep in de politiek om een geschiktheidstoets naar aanleiding van de incidenten die zich rond de financiële crisis van 2008 voordeden, is wellicht begrijpelijk maar lijkt niet gebaseerd op gedegen onderzoek naar de voor- en nadelen van een dergelijk systeem dat vergelijkbaar is met een ‘Berufsverbot’. Gegeven de ervaringen bij banken kan men zich afvragen of het een goede keuze is geweest.⁸⁵ Zeker is dat aan de inrichting van een dergelijk proces hoge eisen zouden moeten worden gesteld gezien de grote persoonlijke en beroepsmatige belangen van betrokkenen. Te allen tijde zou willekeur uitgesloten moeten zijn.

Personen die het dagelijks beleid bepalen van een accountantsorganisatie met een OOB-vergunning⁸⁶ worden door de AFM getoetst op geschiktheid zo schrijft de gewijzigde Wta voor.⁸⁷ De AFM, die belast is met deze geschiktheidstoets, heeft daartoe een beleidsregel opgesteld. Deze beleidsregel is in belangrijke mate gebaseerd op een eerdere

83. Zie openbare versie d.d. 8 oktober 2018: www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2018/okt/boete-ey.

84. Een goed voorbeeld daarvan is de beursvennootschap Lavide Holding N.V., die na het opzeggen van de opdracht door Gran Thornton geen nieuwe accountant kan vinden: www.accountant.nl/nieuws/2018/9/beursfonds-lavide-kan-geen-accountant-vinden. Dit wordt mede veroorzaakt door het feit dat op grond van de Wta/het Bta en zijn beroepsregels de opzeggende accountant de opvolgend accountant moet informeren. Indien deze de cliënt accepteert zonder uitgebreid te motiveren waarom deze accountant meent de opdracht wel te kunnen uitvoeren loopt hij het aanmerkelijke risico dat de AFM zal vinden dat het integriteitsbeleid niet op orde is.

85. Uit de praktijk bij ABN AMRO ten aanzien van de benoeming van de president-commissaris in 2016 – waarbij ook politieke beïnvloeding van het proces van selectie lijkt te hebben plaatsgevonden, hetgeen het proces van beoordeling nog riskanter maakt – als ook uit de situatie rondom de in de ogen van het publiek exorbitante salarisverhogingen van bestuurders van ING, blijkt dat een geschiktheidstoets niet leidt tot toezichthouders die geen fouten maken.

86. Voor het begrip ‘OOB’ zie noot 42. Voor het mogen uitvoeren van wettelijke controles bij dergelijke organisaties is een afzonderlijke vergunning nodig voor een accountantsorganisatie.

87. Zie het recent gewijzigde art. 16 lid 2 Wta. Dit betreft de geschiktheid als (mede)beleidsbepaler in verband met de uitoefening van het bedrijf van de accountantsorganisatie.

beleidsregel van DNB en AFM⁸⁸ over dit onderwerp. Op basis van deze laatste beleidsregel zijn eerder bij de banken en verzekeraars de bestuurders en commissarissen getoetst. Deze toetsing heeft, mede door de wijze van uitvoering, tot nogal wat kritiek geleid.⁸⁹ Zelfs zodanig dat er een onderzoek, overigens in opdracht van DNB en AFM, werd ingesteld onder leiding van prof. Ottow die daaromtrent in 2016 rapporteerde en aanbevelingen deed voor verbetering.

In dit kader lijkt het ook relevant dat de AFM het concept van de beleidsregel inzake de geschiktheidstoetsing weliswaar voor discussie naar partijen die aan de regeling onderworpen zouden worden, heeft gezonden voor commentaar, maar weinig tot niets heeft gedaan met de aanbevelingen van de Commissie-Ottow of met door anderen gemaakte opmerkingen. Naast de observatie dat met de aanbevelingen van de Commissie-Ottow weinig was gedaan betrof dit bijvoorbeeld het feit dat uit de beleidsregel niet bleek op welke wijze de procedure van beoordeling zal plaatsvinden en met name welke garanties er bestaan met betrekking tot de onpartijdigheid en deskundigheid van de beoordelaars (aan welke opleiding en ervaring ontlent zij hun recht om te kunnen oordelen?). Noch omtrent de wijze waarop in een concreet geval de normering tot stand komt, noch omtrent de wijze van communiceren en de bescherming van de belangen van betrokkenen is iets opgenomen in de beleidsregel. De AFM heeft het achterwege laten van het opvolgen van de aanbevelingen van de Commissie-Ottow en het ingaan op de kanttekeningen getracht op te lossen door een vermelding op de website.⁹⁰

Met betrekking tot de in de bijlage van de beleidsregel genoemde, niet gemotiveerde, uitgebreide catalogus van eisen die gesteld moeten worden aan de te beoordelen persoon, is nog op te merken dat dit een opsomming lijkt te zijn van alle denkbare kwaliteiten die relevant zouden kunnen zijn in de bedoelde functies. Zeker is dat geen enkele persoon aan al deze kwalificaties kan voldoen. In die zin creëert de AFM voor zichzelf erg veel macht. De AFM stelt zich op het standpunt dat deze 'kwaliteiten' niet bij één persoon aanwezig behoeven te zijn maar binnen de gremia waarbinnen de te beoordelen personen functioneren. Dit maakt de toetsing door een rechter vrijwel onmogelijk, omdat dan alle personen gelijktijdig in de beoordeling moeten worden betrokken. Het geeft de AFM bovendien de mogelijkheid het oordeel in een individueel geval te beïnvloeden door indien een kwali-

teitsei door twee personen gezamenlijk wordt 'afgedekt' te kiezen voor wie niet voldoet.

Met betrekking tot de vraag of één persoon of het collectief moet worden getoetst, is bijzonder dat de Wta in art. 16 met betrekking tot de geschiktheidstoets zich richt tot 'natuurlijke personen die het dagelijks beleid bepalen'. In de uitwerking in de beleidsregel door de AFM wordt gesproken over de beleidsbepalers en medebeleidsbepalers waarbij zoals gesteld, de normering en beoordeling zich niet op de geschiktheid van één persoon richt maar op het gremium als geheel. Dit lijkt in strijd met de tekst van de wet maar kan steun vinden in de MvT die weliswaar steeds spreekt over de geschiktheid van de natuurlijke personen maar op één plaats refereert aan het collectief.⁹¹ De Wta gebruikt de term 'personen die het beleid bepalen' een aantal malen zonder die term te definiëren. De AFM hanteert een eigen definitie van het begrip 'beleidsbepaler', een begrip dat onder meer ook in de misbruikregeling in het vennootschapsrecht wordt gehanteerd. In het kader van het handhaven van de eenheid van recht is het wenselijk dat in de verschillende met elkaar in verband staande wettelijke regelingen aan een begrip dezelfde betekenis wordt gegeven. Bijzonder is dat bij de door de AFM gekozen uitleg commissarissen worden beschouwd als beleidsbepalers. Evident is dat in het Nederlandse vennootschapsrecht die bevoegdheid niet aan commissarissen toekomt. De commissarissen zijn door hun toezicht- en adviestaken wel betrokken bij de beleidsvorming maar bepalen deze niet. Hooguit dienen zij ervoor te zorgen dat het beleid binnen bepaalde grenzen van de gekozen strategie en van de maatschappelijke betamelijkheid blijft. Van de zijde van de AFM is betoogd dat de Wta en het Bta zelf een aanvullende opdracht aan de commissarissen geven,⁹² doch deze kunnen de fundamentele bevoegdheden en de daaraan ten grondslag liggend beginselen uit het vennootschapsrecht naar mijn oordeel niet aantasten.

Naar mijn oordeel is de benadering van de AFM van de geschiktheid van een collectiviteit op zichzelf principieel juist, omdat inderdaad in Nederland – in tegenstelling tot bijvoorbeeld de VS – het bestuur en de raad van commissarissen als afzonderlijke gremia fungeren. Het ware tegen die achtergrond beter dat de AFM het recht zou hebben het gesprek over de samenstelling van de afzonderlijke gremia aan te gaan zonder uitgebreid onderzoek maar op basis van concrete ervaringen die zij met beide gremia heeft. Het 'open' bespreken van de waarnemingen met betrekking tot het functioneren van beide

88. Beleidsregel van De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) en de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) inzake de toetsing van de geschiktheid van beleidsbepalers krachtens de Wet op het financieel toezicht, de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en de Wet toezicht trustkantoren (Beleidsregel geschiktheid 2012).

89. Rapport 'Externe evaluatie toetsingsproces AFM en DNB' door de Commissie-Ottow in opdracht van Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank 30 november 2016.

90. Het achterwege laten van verbetering wordt op de website van de AFM als volgt verwoord: 'In het toetsingsproces worden de aanbevelingen van de Commissie Ottow meegenomen. Zie hiervoor het overzicht van verdere verbetervoorstellen op onze website. Naar aanleiding hiervan zal een pilot starten met een externe deskundige. Ook start een pilot met een onafhankelijke vertrouwenspersoon, tot wie de kandidaat zich kan wenden over de bejegening tijdens de toetsing. Daarnaast wordt in lijn met deze aanbevelingen op de website meer transparantie gegeven over de geschiktheidstoetsingen door de informatievoorziening uit te breiden en te verbeteren.'

91. Zie MvT bij Voorstel van Wet Wijziging toezicht accountantsorganisaties, 34667, par. 2.1, p. 4.

92. Met name in art. 34 onderdeel f Bta leest men een aanvullende taak in verband met de kwaliteitsbewaking en het publiek belang. De vraag is of dit bij een accountantsorganisatie niet in het vennootschappelijk belang is geïncorporeerd.

gremia lijkt vele male effectiever en met minder kans op een diffamerende werking dan de geschiktheidstoets, die thans met behulp van de beleidsregel uitgevoerd gaat worden en een subjectief karakter heeft. Indien de AFM in het door mij voorgestane model na intensieve gesprekken tot de overtuiging komt dat door de samenstelling van een van de gremia er sprake is van een bedreiging van het publieke belang dan moet zij inderdaad de mogelijkheid hebben in te grijpen. Alsdan zou er bijvoorbeeld een regeling moeten bestaan om, net zoals door DNB bij banken in moeilijkheden wordt gedaan, door de AFM een stille curator te doen aanstellen.

Verder kan nog worden geconstateerd dat in de enige rechterlijke procedure die over de geschiktheidstoets door DNB is gevoerd (te weten door Delta Lloyd inzake haar financieel bestuurder) de rechter de motivering van het besluit onvoldoende vond en opdracht gaf dit besluit beter te motiveren en opnieuw te nemen.⁹³ Door het staken van de procedure is geen definitief besluit beschikbaar, maar is wel duidelijk dat de bestuursrechter hoge eisen stelt aan de motivering van een dergelijk besluit. Dit is begrijpelijk, omdat het besluit diep ingrijpt in de persoonlijke en beroepsmatige levenssfeer van betrokkene. Een adequate motivering van een dergelijk besluit lijkt mij overigens zeer moeilijk. Het zou moeten steunen op zowel een evident relevant, begrijpelijk en vooraf geformuleerd normenkader als op informatie verkregen in een adequaat (feiten)onderzoek (waaronder mogelijk begrepen gezaghebbende deskundigenberichten). Behoudens de situatie van ernstig verwijtbaar handelen door de betrokkene ligt de lat daarvoor hoog.

De vraag is gerechtvaardigd of aan de AFM door deze wijze van toetsing niet te veel (ongecontroleerde) macht wordt verleend. Allereerst richt de beschikking tot heenzending van een ongeschikt bevonden natuurlijk persoon zich niet tot deze persoon maar tot de accountantsorganisatie. Het is dus de accountantsorganisatie die in beroep moet komen. Voor de ongeschikt bevonden persoon geldt dat deze zich een discussie over zijn of haar kwaliteiten moet laten welgevalen die in een publiek proces voor de bestuursrechter reputatieschade voor betrokkene zal opleveren. Slechts personen op leeftijd die nadien geen verdere activiteiten wensen te ondernemen en over voldoende overige 'credentials' beschikken, kunnen zich dat wellicht permitteren. Ook voor de betrokken organisaties lijkt het zich verzetten tegen een dergelijk oordeel nauwelijks een reële optie. Daarmee wordt een politiek noch juridisch ter verantwoording te roepen orgaan gecreëerd dat de macht heeft personen de toegang tot een functie te ontzeggen op nauwelijks controleerbare gronden.

5.2. De uitbreiding van de activiteiten van de AFM buiten het strikt wettelijke toezicht

De taakopvatting van de AFM lijkt met betrekking tot het accountantsberoep een bredere te zijn dan die in de wet staat omschreven.

Zo meent de AFM onder meer de veranderingen in accountantsorganisaties naar aanleiding van de implementatie van de aanbevelingen die een commissie van de beroepsorganisatie heeft ontwikkeld om het vertrouwen in het beroep te herstellen, te moeten beoordelen.⁹⁴ Daarnaast laat zij zich met regelmaat uit over de toekomstige richting van ontwikkelingen in het accountantsberoep, zoals vrij recent werd aangekondigd ten aanzien van de vraag of fundamentele wijzigingen noodzakelijk zijn. Gegeven de grote internationale verwevenheid van het accountantsberoep moet ervan worden uitgegaan dat fundamentele wijzigingen in de opzet van het beroep het resultaat zijn van internationaal overleg. De vraag kan gesteld worden of het beroep zelf respectievelijk de politiek hier niet de initiatiefnemer moet zijn. Een nationale toezichthouder mag daarover natuurlijk een mening hebben maar zou zich dienaangaande toch bescheidener behoren op te stellen. Een ander initiatief waarin de AFM, zonder overleg met de beroepsgroep, veel energie en tijd steekt betreft het thema 'cultuurverandering'. Zonder dat duidelijk is aangetoond dat er een causaal verband is tussen de gesignaleerde problemen in de accountancy en het vage begrip 'cultuur', wordt zonder verder overleg, de eis gesteld dat cultuurveranderingen plaatsvinden. Over de betekenis van cultuur in een bedrijfs- of beroepsomgeving is de laatste jaren veel geschreven.⁹⁵ Uit de literatuur wordt duidelijk dat het een weinig strikt omlijnd terrein is dat door veel aspecten wordt bepaald. Cultuur als zodanig is eerder een resultante van bepaalde gedragingen dan dat de gedragingen op zichzelf door de cultuur worden bepaald. Natuurlijk is het bestaan van een bedrijfscultuur een gegeven, waarbij de gezamenlijke gedragingen van invloed zijn op de gedragingen van individuen, maar sturing om tot veranderingen te komen, dient zich te richten op gedragingen die uiteindelijk tot een andere 'cultuur' zullen leiden. Het is te gemakkelijk om de indruk te wekken dat een cultuur 'wel even te wijzigen is', om veranderingen te bewerkstelligen zonder concreet onwenselijk gedrag te adresseren.

Het ter discussie stellen van deze niet op de wet gebaseerde activiteiten van de AFM klemt temeer omdat het grootste deel van de kosten van het toezicht – en dus ook deze kosten – niet uit de algemene middelen komt maar door de beroepsgroep zelf moet worden gedragen, zonder dat zij daar zelf enige zeggenschap over heeft.

93. ECLI:NL:RBROT:2015:5634.

94. Zie bijv. AFM rapport Dashboard 2015 Verandering en Verbetermaatregelen OOB-accountantsorganisaties 15 oktober 2015 en AFM rapport Kwaliteit OOB-accountantsorganisaties onderzocht; Uitkomsten van onderzoeken naar de implementatie en borging van verandertrajecten bij de OOB-accountantsorganisaties en de kwaliteit van wettelijke controles bij de Big 4-accountantsorganisaties van 28 juni 2017.

95. Zie bijv. B.T.M. Steins Bisschop & T.F. van der Meer, 'Voorstel voor herziening van de Nederlandse Corporate Governance Code: enige opmerkingen over "cultuur"', *TvOB* 2016, afl. 4, p. 120-124.

6. Afrondend

In het bovenstaande heb ik onder de aandacht willen brengen dat het hanteren van ‘government agents’ in de vorm van instituten die juridisch zelfstandig zijn en op afstand van de overheid staan – dit wil zeggen dat er geen rechtstreekse ministeriële verantwoordelijkheid is – tot een aantasting van de rechtsstaat kan leiden. Deze aantasting wordt niet geëcarteerd door het feit dat de ‘government agent’ beschikkingen afgeeft die vatbaar zijn voor beroep op de rechter.

Ik heb een en ander geïllustreerd aan de hand van eigen ervaringen en waarnemingen met betrekking tot de AFM en de beroepsgroep van accountants, waartoe ik zelf behoor. De basis van mijn ervaringen ligt in een aantal verschillende functies waarin ik contact heb of heb gehad met de AFM of kon waarnemen op welke wijze zij functioneerde. Samenvattend meen ik dat de volgende conclusies mogelijk zijn.

6.1. Conclusies met betrekking tot de rechtsstatelijkheid

6.1.1. Normstelling door toezichthouders, vermenging van wetgevende en uitvoerende macht

Toezichthouders vullen de normen voor een vakgebied waarop zij toezicht houden soms zelf in zonder overleg met het betrokken veld. Zij neigen er zelfs soms toe zichzelf als normsteller te zien, terwijl zij ‘slechts’ belast zijn met uitvoering. Evident is dat bij het houden van toezicht onontkoombaar is dat een interpretatie van de gestelde normen plaatsvindt, maar deze behoort gedragen te worden door degenen die onder toezicht staan dan wel aan een democratische procedure van totstandkoming te zijn onderworpen. Het argument dat uitiem de rechter de interpretatie van de norm door de toezichthouder kan toetsen, is illusoir. Door deze gang van zaken ontstaat naar mijn oordeel een vermenging van de wetgevende en uitvoerende macht.

Voorbeelden van het bovenstaande wat betreft de activiteiten van de AFM zijn de hiervoor genoemde aspecten van de uitleg van de wijze waarop de kwaliteitsbeheersing moet plaatsvinden, alsook de beheersing van de integriteit en onafhankelijkheid. Ook de interpretatie van de geschiktheid zoals geschetst is een uiting hiervan. Verder kan de wijze van hantering van de NV COS in het kader van het onderzoek naar de kwaliteitsbewaking bij accountantsorganisaties worden genoemd. In de gekozen methode worden enkele dossiers getoetst; niet aan de vraag of die dossiers in het geheel genomen het accountantsoordeel kunnen dragen maar of de dossiers op bepaalde punten voldoen aan de NV COS en wel in de interpretatie die de AFM daarvan geeft.

6.1.2. Het beroep op de rechter om de toepassing van de normen door de toezichthouder te toetsen is in hoge mate illusoir

Door de diffamerende werking van publiciteit voor individuen en organisaties bij een rechtsgang over het toezicht is een grote aarzeling ontstaan en feitelijk een barrière

om geschillen over bepaalde interpretaties of in dat kader relevante feitenvaststellingen aan de rechter voor te leggen. Daarbij komt dat de beoordeling door de rechter vaak uiterst complex en daarmee onzeker in de uitkomst is, omdat het feitensubstraat waarover geoordeeld moet worden zeer veel verschillende relevante aspecten kent en een hoog technisch gehalte heeft. Bovendien beoordeelt de rechter, zeer kort geformuleerd en met te weinig eerbied voor die taak, binnen het bestuursrecht of het bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn besluit is kunnen komen. Deze toetsing betekent dat niet of nauwelijks uitgebreid op de onderliggende in dat kader relevante normen wordt gereflecteerd. Een probleem daarbij is dat die onderliggende normen soms niet zonder meer duidelijk zijn en het debat voor de rechter zich daarop niet pleegt te richten, waardoor de indruk kan ontstaan dat de interpretaties van de toezichthouder worden gevolgd. Daarnaast draagt aan het ontstaan van deze verhoudingen bij, dat de toezichthouder zijn macht en invloed gebruikt om te laten blijken dat hij in het vervolg bij de uitvoering van zijn taak rekening zal houden met de opstelling van de onder toezicht gestelde. Door dit alles wordt de toezichthouder degene die feitelijk in laatste instantie de (interpretatie van de) norm vaststelt. Dit lijkt mij een vermenging van de uitvoerende en rechtsprekende macht.

Voorbeelden van het vorenstaande wat betreft de activiteiten van de AFM zijn de toetsing van de NV COS in het kader van kwaliteitsonderzoek en de geschiktheids-toets voor (mede)beleidsbepalers.

6.1.3. Aantasting van de rechten van betrokkenen in het kader van strafoplegging

Door de informele informatie-uitwisseling tussen toezichthouders en organisaties die belast zijn met de opsporing van strafbare feiten, wordt de strafrechtelijke rechtsbescherming van verdachten aangetast. Ons strafrecht is, in afwijking van bijvoorbeeld het Angelsaksische strafrecht dat accusatoir is, in hoge mate inquisitoir, waarbij de overheid relatief veel macht heeft in het kader van opsporing en vervolging. Deze macht wordt in het kader van de ‘equality of arms’ kort gesteld, gecompenseerd door het feit dat de overheidsinstanties naar de waarheid moeten zoeken (dus geen ‘crime fighters’ behoren te zijn!) en verdachten een zekere rechtspositie hebben. De taakopvatting die een aantal toezichthouders, waaronder de AFM, heeft gekozen lijkt meer op het louter handhaven van gedragsnormen, zoals die ook in het strafrecht voorkomen. Omdat zij zich bij de opzet van hun activiteiten vooral lijken te richten op Angelsaksische modellen, wordt de rechtsbescherming bij veronderstelde schending van de normen, ‘ingekleurd’ naar Angelsaksische ‘snit’. Dit heeft tot gevolg dat de rechtsbescherming van ‘verdachten’/informatieverstrekking, die wellicht in hun beroepsuitoefening onjuist hebben gehandeld, in het kader van het toezicht beperkter is dan in het kader van het strafrecht. De vraag dringt zich op of er niet een adequatere rechtsbescherming in het toezicht behoort te komen. Dit verschil lokt overigens op zijn beurt uit dat met elkaar overleggende overheidsinstanties kunnen besluiten om voor henzelf de weg van de minste (mogelijkheden van)

weerstand te kiezen. Die vermenging wordt in de gepubliceerde uitspraak van het Hof Den Haag van 19 mei 2015 uitdrukkelijk als probleem geadresseerd.⁹⁶ Het via een procedure met minder rechtsbescherming verzamelen van informatie en die vervolgens gebruiken in een strafrechtprocedure ('criminal charge') vormt een aantasting van de rechten van burgers tegen de staat waaraan het vervolgings-/handhavingsmonopolie toekomt. Dit levert een schending op van de beginselen van onze rechtsstaat door de overheid zelf.⁹⁷

Voorbeelden daarvan in het kader van de activiteiten van de AFM betreffen integriteitsonderzoeken naar aanleiding van incidentmeldingen.

6.1.4. Toezichhouders treden op buiten het wettelijk kader van de taak die hen is toebedeeld

Toezichhouders lijken op sommige terreinen hun taken buiten de wettelijk geformuleerde grenzen te willen uitoefenen. De vraag is in hoeverre de onder toezicht gestelden zich daartegen kunnen verzetten en eventuele maatregelen, die de toezichthouder wenst te nemen, kunnen bestrijden, indien zij zich daarin niet kunnen vinden. Mede door het feit dat vaak de onder toezicht gestelden de kosten van toezicht (in belangrijke mate) moeten dragen en de politiek het veelal niet opportuun zal achten zich te verzetten tegen de kosten van activiteiten van een toezichthouder die niet ten laste van de algemene middelen komen, maar wel stroken met bij het publiek en/of in de media populaire opvattingen, zullen bezwaren van de zijde van de onder toezicht gestelden veelal weinig weerklank vinden ook al zijn zij gerechtvaardigd.

Voorbeelden van het vorenstaande in het kader van de activiteiten van de AFM in verband met het accountants-toezicht zijn het toezien op de veranderingen in accountantsorganisaties naar aanleiding van de door de NBA aanbevolen 53 maatregelen ter herstel van het vertrouwen en de acties ter zake van cultuurverandering en onderzoek naar eventuele fundamentele wijzigingen in de opzet van het accountantsberoep.

6.2. Conclusies met betrekking tot de AFM en het accountantsberoep

Een gevolg van de in het voorgaande geschetste situatie is dat aan toezichhouders (te) veel macht wordt toegerekend, waarbij deze 'Autoriteit' haar autoriteit in de praktijk te veel op macht en te weinig op gezag weet te baseren. Zoals opgemerkt, leert de ervaring dat weinigen, indien zij van mening zijn dat de 'autoriteit' ongelijk heeft, tegen de 'autoriteit' opkomen uit angst voor een getroebleerde verhouding in de toekomst. Dit gaat binnen het accountantsberoep zelfs zo ver dat bij elke nieuwe publiciteitsgolf rondom observaties van de AFM of de politiek, collectief het boetekleed lijkt te worden aange trokken en geen enkel verweer lijkt te worden gevoerd, hoewel dat zakelijk gezien wel mogelijk is. Ik wil daarmee zeker niet beweren dat het niet terecht is dat een aantal aspecten van de beroepsuitoefening ter discussie wordt

gesteld en gestreefd wordt naar verandering. De uitlatingen van de AFM, waarbij gesuggereerd wordt dat sprake is van grote wantoestanden, missen echter nogal eens een deugdelijke grondslag (zoals dat in accountantstermen heet) en zijn daardoor niet effectief. Beter zou zijn als met gezag aangetoond wordt dat bepaalde aspecten anders kunnen. Vrije beroepsbeoefenaren worden makkelijker overtuigd door goede argumenten en succesvolle voorbeelden dan door instructies en sancties. Het beroep had naar mijn oordeel veel eerder stelling moeten innemen en moeten analyseren wat werkelijk moest wijzigen en wat wellicht (nog) beter kon, welke succesvolle aanpassingen konden worden gedaan en op welke termijn etc. Daarbij zou het adresseren van de internationale context van de beroepsuitoefening niet ontbroken moeten hebben. Door geen stelling te nemen heeft het beroep zelf ook bijgedragen aan de nu ontstane situatie.

Dat de AFM zelf geen deugdelijk onderzoek aan haar oordeel ten grondslag legt, niet slechts wat opbouw betreft, maar ook wat normering betreft, blijkt onder meer uit de recente beslissing van de Rechtbank Rotterdam.⁹⁸ De AFM dient bij de normering nauwer contact te onderhouden met de onder toezicht gestelden. De onder toezicht gestelden dienen via hun publiekrechtelijke beroepsorganisatie in dat kader ook nadrukkelijker initiatieven te nemen. Het gaat om technische normen op een gebied waar de beroepsgroep grote deskundigheid bezit. De norm dient door de beroepsgroep 'gedragen' te worden en dient door die beroepsgroep ook internationaal te worden afgestemd. Dit laat overigens onverlet dat uiteindelijk de macht met betrekking tot regelgeving ook op dit gebied bij de wetgever en de rechter behoort te liggen. De normering moet dus in beginsel van de beroepsgroep komen, niet van een instituut dat toezicht moet houden en onvoldoende over regelgeving ter verantwoording kan worden geroepen. Een kenbaar overleg tussen de beroepsgroep, vertegenwoordigd door haar publiekrechtelijk organisatie NBA, en de toezichthouder AFM zou de autoriteit van de AFM ook doen vestigen op gezag (gezag verkregen van de wetgever maar erkend door degenen die aan gezag onderworpen zijn vanwege de wijsheid van het gebruik ervan) en niet op macht (omdat degenen onderworpen aan het toezicht dit toezicht vrezen). Voor de duidelijkheid: ik wil niet betogen dat een autoriteit de 'oren moet laten hangen' naar de beroepsgroep, maar wel dat bij afwijkende inzichten tussen autoriteit en beroepsgroep een dialoog behoort plaats te vinden op basis van ieders verantwoordelijkheid en bevoegdheden en tevens met deugdelijke kenbare argumenten. Uiteindelijk kan bij verschil van inzicht een dergelijk geschil aan een rechter worden voorgelegd. De huidige situatie is nog dat de autoriteit de (interpretatie van de) norm vaststelt en de onder toezicht gestelde theoretisch de mogelijkheid heeft dit aan de rechter voor te leggen. Soms is dit de tuchtrechter, waarbij het veelal gaat om een normschending die de AFM of het OM voorlegt. Alsdan wordt de norm in zijn volle omvang getoetst. Daarbij is echter de

96. ECLI:NL:GHDHA:2015:1204.

97. Zie ook: T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen; Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014.

98. ECLI:NL:RBROT:2017:9977 en ECLI:NL:RBROT:2017:9978.

selectie van de wijze van voorleggen van het feitencomplex en de te toetsen normen aan de klager. In veel andere situaties is het de bestuursrechter waaraan een geschil wordt voorgelegd. Die bestuursrechter beoordeelt dan of de toezichthouder in redelijkheid tot dit oordeel kon komen. Daarbij is vaak de inkleuring van een uitgebreid feitencomplex en de selectie van elementen uit het feitencomplex zodanig dat de rechter zich niet nadrukkelijk kan uitlaten over de juistheid van de normstelling. Aldus wordt ten onrechte wetgevende macht aan de uitvoerende macht gegund.

Ook de contacten tussen de verschillende overheidsorganen zouden transparanter en vooral veel terughoudender moeten plaatsvinden, waarbij nadrukkelijk aan de waarheidsvinding en de rechtsbescherming van de burger aandacht moet worden besteed.

6.3. Een andere benadering

Een terechte vraag na bovenstaande kritiek zou zijn: welke aanpak zou deze problematiek kunnen verhelpen? Reeds in 2011 bij gelegenheid van een seminar⁹⁹ in het Haagse Nieuwspoort over dit onderwerp heb ik gesuggereerd het toezicht en zeker gedragtoezicht niet primair als 'handhaven' maar eerder als 'opvoeden' te benaderen. De kern van toezicht zou dan, evenals bij opvoeden, begrip en respect omvatten voor degene die opgevoed wordt. Aan de zijde van de toezichthouder vereist dat inhoudelijk gezag. Vanuit dat gezag – en niet vanuit macht – kan een vruchtbaar gesprek met de onder toezicht gestelden worden aangegaan over normen en waarden die behoren te gelden op het toezichtsterrein.

Daarbij behoort ook dat de toezichthouder, wil deze zijn gezag behouden, zich onder omstandigheden kwetsbaar durft op te stellen. Bovendien dient aandacht gegeven te worden aan wat goed gaat, terwijl uiteraard ook ruimte moet bestaan voor sanctiëring/bestrafing. In het algemeen zal dat bestraffen niet in het openbaar behoren te geschieden, omdat de praktijk leert dat dan degene die onderworpen is aan de bestrafing de neiging zal hebben zich te verzetten om het beeld dat anderen van hem/haar hebben te beschermen. De openbaarheid maakt de maatregel dan minder effectief. Slechts wanneer de toezichthouder goede redenen heeft om evident ongewenst gedrag publiekelijk te sanctioneren, bijvoorbeeld om in het kader van generale preventie een voorbeeld te stellen, kan openbare sanctie werken. In het algemeen zal het dan moeten gaan om normschendingen die zonder uitgebreide motivering ook door anderen als onaanvaardbaar wordt ervaren. Als dit niet het geval is, zal openbaarmaking het gezag van de toezichthouder doen slinken waarbij de toezichthouder wellicht in de toekomst in toenemende mate van zijn macht gebruik moet maken. Bij sanctiëring hoort overigens naar mijn oordeel altijd, wil het effect hebben, een heldere motivering die het gezag van het oordeel helder en duidelijk onderbouwd.¹⁰⁰

Voor een toezichthouder kan het hiervoor bedoelde gezag overigens aanzienlijk worden versterkt indien kenbaar is dat bij de oordeelvorming gezaghebbende personen uit het vakgebied zijn betrokken bijvoorbeeld door het raadplegen van adviescommissies. Daarnaast wint een dergelijk goed gemotiveerd oordeel – dat niet slechts is opgesteld om de toets van een rechterlijke beslissing te kunnen doorstaan, maar is opgesteld met alle overwegingen voor en tegen die van invloed waren – aan kracht, indien het op een eerlijke en oprechte wijze bij verschil van inzicht volledig getoetst kan worden door een onafhankelijke rechter. Dus niet slechts de toets of de toezichthouder in redelijkheid tot het oordeel kon komen, maar een oordeel dat gezien de normering en alle aspecten van het geval, de juiste interpretatie van norm vastlegt.

In die aanpak past ook dat indien de toezichthouder in gesprek gaat met de onder toezicht gestelden bij door hem of de onder toezicht gestelden waargenomen veranderingen in het maatschappelijk verkeer, bijvoorbeeld door nieuwe technische ontwikkelingen of anderszins. Dat draagt bij aan het ontwikkelen van aanvaardbare nieuwe normen.

99. SRA seminar van 26 september 2011 in Nieuwspoort over het toezicht door de AFM met medewerking van R. Gerritse (bestuursvoorzitter AFM), R. Plasterk (parlementariër) en ondergetekende.

100. In dat kader is ook het feit dat de AFM al bevindingen publiceert en interviews geeft terwijl de onderliggende rapporten nog in concept aan de betrokkenen voorliggen en de definitieve rapportages soms meer dan een jaar op de publiciteit volgen een punt van aandacht.

Mr. drs. E.V.A. Eijkelenboom, Vertrouwen voorop. Een onderzoek naar kwaliteitsbevorderende wetgeving voor Nederlandse accountantsorganisaties (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 114), Deventer: Wolters Kluwer 2019, 300 p.

Prof. dr. mr. P.M. van der Zanden RA, datum 10-09-2019

Datum

10-09-2019

Auteur

Prof. dr. mr. P.M. van der Zanden RA [\[1\]](#)

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS85430:1

Vakgebied(en)

Ondernemingsrecht / Algemeen

1. Inleiding

Het proefschrift met de bovengenoemde titel heeft mevrouw mr. drs. E.V.A. Eijkelenboom met succes op 24 mei 2019 verdedigd aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. De promotoren zijn prof. mr. H.M. Vletter-van Dort en prof. mr. J.B.S. Hijink. Het proefschrift is een onderzoek dat voortbouwt op eerder onderzoek dat Eijkelenboom tezamen met prof. dr. J.B.S. Hijink en anderen in 2014 uitvoerde in het kader van een opdracht van de Minister van Financiën. [\[2\]](#) In dit onderzoek gaat Eijkelenboom in op enerzijds de totstandkoming en ontwikkeling van kwaliteitsbevorderende wet- en regelgeving voor Nederlandse accountantsorganisaties en anderzijds evalueert zij deze wetgeving. De evaluatie beperkt zij tot een drietal maatregelen te weten: (i) de invoering van een stelsel van extern, onafhankelijk toezicht op accountantsorganisaties; (ii) de invoering van een stelsel van onafhankelijk intern toezicht binnen accountantsorganisaties; en (iii) de uitbreiding van de accountantsverklaring.

Het proefschrift is een goed leesbare studie. Het bevat na een uiteenzetting over de probleemstelling, de context en de opzet van het onderzoek (de hoofdstukken 1 tot en met 3), een goed gedocumenteerde historie van de totstandkoming van de regelgeving rondom het accountantsberoep en met name de wetgeving die beoogt het aangetaste vertrouwen in het accountantsberoep te herstellen door kwaliteitsbevorderende maatregelen (hoofdstuk 4). Vervolgens wordt het drietal hierboven genoemde maatregelen vanuit juridisch perspectief behandeld (hoofdstuk 5). Daarna wordt de doeltreffendheid en doelmatigheid van deze drie maatregelen in afzonderlijke hoofdstukken geanalyseerd en van commentaar voorzien (hoofdstukken 6 tot en met 8).

Het getuigt van moed om als promovenda die niet geschoold is in accountancy, en daarmee als relatieve buitenstaander, een onderwerp dat de regulering van een ander dan juridisch vrij beroep betreft, diepgaand te bestuderen, te analyseren en van commentaar te voorzien. Daarvoor is noodzakelijk dat een aanmerkelijke kennis over dat vak vergaard wordt en zelfs dan zullen niet alle finesses onderkend worden. Het siert Eijkelenboom dat zij zich, zoals uit het boek blijkt, veel aspecten van het accountantsberoep heeft eigengemaakt maar zich in haar studie de beperking oplegt niet zozeer de inhoudelijke organisatorische accountancy-aspecten als wel de meer formeel juridische maatregelen met betrekking tot organisatie en communicatie diepgaand te bestuderen.

Wellicht is dat laatste ook mede te verklaren uit het feit dat, zoals zij op een aantal plaatsen in het boek constateert, [\[3\]](#) het begrip 'auditkwaliteit' nergens eenduidig is gedefinieerd (en waarschijnlijk ook niet gedefinieerd kan worden). Een probleem dat zich overigens ook ten aanzien van andere vrije beroepen voordoet: wat is bijvoorbeeld 'medische kwaliteit' van een arts, 'procesvoeringskwaliteit' van een advocaat etc. Bij gebrek aan een heldere definitie is het ook onmogelijk met grote stelligheid een (causaal) verband vast te stellen tussen regelgeving, daarop gebaseerde interventies en de resultaten van de werkzaamheden van vrije beroepsbeoefenaren.

Dit lijkt er ook toe te hebben geleid dat met betrekking tot de door Eijkelenboom bestudeerde en geanalyseerde formele maatregelen, zij haar conclusies zeer terughoudend formuleert. De conclusies zouden wat mij betreft wat minder 'lief'

mogen zijn geweest. De analyses geven mij soms aanleiding om - in accountantstermen gesproken - professioneel kritische kanttekeningen te maken. Als blijkt dat aan voorgestelde maatregelen geen bewijs ten grondslag ligt⁴ en deze slechts gebaseerd zijn op opvattingen/vooroordelen dan mag daar vanuit wetenschappelijk oogpunt naar mijn oordeel wel een nadrukkelijke kanttekening bij worden gemaakt. Bij bespreking van de afzonderlijke hoofdstukken zal ik enkele voorbeelden noemen waar ik, op basis van de in de analyse getrokken conclusies wellicht een wat diepgaandere analyse of een wat former standpunt had verwacht.

Tot slot van deze inleiding merk ik op dat ik, met een achtergrond van zowel accountant als jurist maar zeker ook als iemand die 40 jaar in het accountantsvak heeft gewerkt, mij bij het lezen van dit proefschrift niet los kan maken van mijn achtergrond. De kanttekeningen die ik mede vanuit die achtergrond in het vervolg plaats, doen niets af aan de bewondering die ik heb voor iemand die zonder accountancy-achtergrond zo diep in het accountantsvak wil en kan doordringen en daarover met zo'n helder betoog met ook veel, soms wat impliciete, kritiekpunten kan en durft te komen. Kritiekpunten die naar mijn oordeel op korte termijn aandacht behoeven van het beroep, de toezichthouder maar zeker ook van de overheid en de politiek als toezichthouder op de regering. Op sommige punten is duidelijk ook de rechtstaat in het geding.⁵

2. De probleemstelling, de context en de opzet van het onderzoek

De inhoud van de eerste hoofdstukken, hoewel die voor een goed begrip van de conclusies natuurlijk noodzakelijk zijn, laat ik vrijwel onbesproken. Ik ga ervan uit dat degenen die in de onderbouwing van de conclusies in het proefschrift geïnteresseerd zijn daarvan zeker kennis zullen nemen.

Wel wil ik kort stilstaan bij de bespreking van de achtergronden die Eijkelenboom noemt voor de vertrouwenscrisis die is ontstaan met betrekking tot de werkzaamheden van accountants. Met name daar waar zij aansluit bij de in accountantskringen al decennialang bediscussieerde 'expectation gap' die op te splitsen zou zijn in een 'deficient performance gap', een 'deficient standards gap' en een 'reasonableness gap'.⁶ Indien ik de door haar gegeven beschrijving, analyse en voorbeelden lees, die aansluiten op de 'mainstream' accountancy-literatuur, zou ik verwachten dat door een onbevagen onderzoeker van buiten het vak, deze 'gap' niet alleen wordt benaderd over het door het beroep plat getreden pad maar de vraag wordt gesteld of het niet zo is dat het 'maatschappelijk verkeer' verwacht dat de accountant niet alleen controleert maar ook - in zekere mate - toezicht houdt.⁷ Zeker tegen de achtergrond van de genoemde voorbeelden en de in het proefschrift behandelde uitgebreide accountantsverklaring. Die duiden erop dat een belangrijk deel van de problematiek rond het vertrouwen in accountants weleens zou kunnen liggen in het feit dat deze onuitgesproken verwachting in het debat niet voldoende geadresseerd wordt. Het zou interessant zijn geweest indien dit aspect was meegenomen in de verdere analyses. Het hoofdstuk over de uitgebreide accountantsverklaring had dan wellicht in een heel andere sleutel gestaan.

3. De ontwikkeling van de wetgeving voor accountantsorganisaties in Nederland

Eijkelenboom schetst de totstandkoming van de regelgeving voor het accountantsberoep vanaf de 19^e eeuw. Zij merkt terecht op dat de regelgeving zich lange tijd richtte op de individuele beroepsbeoefenaar. Eerst in het begin van deze eeuw werd regelgeving ontwikkeld die zich richtte op de accountantsorganisatie en die het feitelijk onderwerp van de studie is. Deze wordt dan ook uitgebreid besproken. Eijkelenboom lijkt dat min of meer als een gegeven te aanvaarden, hetgeen begrijpelijk is omdat zij vertrekt vanuit het positieve recht. In mijn ogen heeft echter op het einde van de vorige eeuw en begin van deze eeuw een 'paradigmashift' plaatsgevonden die binnen de accountantssector niet diepgaand is geanalyseerd en bediscussieerd op zijn consequenties. Accountancy (zowel 'audit' als 'accounting') zijn geen rocket sciences. Er komt bij het opstellen van een rekening en verantwoording en bij het ontwerpen van een controleplan nogal wat 'professional judgement' kijken. Dit betekent dat competente en integere professionals, net zoals in andere intellectuele beroepen, soms in gelijke situaties tot andere beoordelingen komen. De vraag is dan wat de positie is van het individu indien voor bijvoorbeeld een interpretatie van regels een centraal ondersteuningsorgaan binnen de organisatie is ingericht.⁸ Eijkelenboom raakt dat probleem wel aan maar gaat daar niet principiële op in, ook niet binnen de context van de nieuwe juridische regelgeving terwijl zij op een aantal punten wel op die spanning wijst.⁹

Die spanning bestaat overigens ook daar waar de beroepsorganisatie voor accountants NBA van haar verordenende bevoegdheid gebruikmaakt. Slechts natuurlijke personen met een accountantsdiploma zijn lid van deze organisatie. In de verordeningen kan het NBA zich dan ook in beginsel slechts richten tot de individuele accountant als normadressaat. De wet gebiedt¹⁰ de NBA een verordening op te stellen over de kwaliteitsbewaking en de integere bedrijfsvoering van accountantsorganisaties. De navolging van deze verordening kan slechts worden afgedwongen via plichten opgelegd aan de individuele accountants die belast zijn met het bestuur.

In het hoofdstuk gaat Eijkelenboom ook in op de taken van de AFM in het kader van het toezicht op accountants en accountantsorganisaties. Daarbij lijkt zij zich te laten leiden door de ruime taakopvatting die de AFM in de uitoefening van

haar taak aanhangt waarbij soms ook duidelijk sprake lijkt te zijn van 'buiten-wettelijk' toezicht. Een klein voorbeeld hiervan is te vinden in de bespreking van de 53 maatregelen die het NBA ter verbetering van de kwaliteit van de accountantswerkzaamheden in 2014 publiceerde. Vrijwel alle grote en middelgrote accountantskantoren hebben verklaard deze aanbevelingen op te volgen. Aanbevelingen zijn echter geen voorschriften en laten ook ruimte om het beoogde doel op andere wijze te bereiken. De minister laat vervolgens in een brief aan de Tweede Kamer weten dat de AFM de implementatie zal monitoren en daarover zal rapporteren. Het vervolg is echter geweest dat de AFM allerlei (thema)onderzoeken heeft geïnitieerd bij accountantsorganisaties en een grote mate van dwang heeft gelegd op implementatie *volgens de interpretatie* van de AFM van deze *aanbevelingen*. Eijkelenboom verwoordt de opdracht als zou de AFM door de minister belast zijn met het toezicht op de implementatie. Dat lijkt mij geen juiste weergave voor deze opdracht die naar mijn oordeel heeft geleid tot toezicht op de implementatie in een vorm van (thema)onderzoek die geen grondslag vindt in de wet en waarbij dus sprake is van een buitenwettelijk onderzoek door de AFM.^[11]

Tot slot wordt de aandacht getrokken door de opmerking, die in dit hoofdstuk min of meer terzijde wordt gemaakt, over de verschuiving van informatieplicht van gecontroleerde naar accountant, aangeduid als het dubbel agent-principaal probleem.^[12] In het kader van de uitgebreide accountantsverklaring komt het aspect van informatie verstrekken over de gecontroleerde in plaats van het verstrekken van zekerheid over de informatieverstrekking door de gecontroleerde aan de orde. Ik verwijs naar mijn opmerkingen aldaar.

4. Enkele kwaliteitsbevorderende maatregelen vanuit juridisch perspectief

In dit hoofdstuk selecteert Eijkelenboom een drietal maatregelen die zij in de volgende hoofdstukken met meer diepgang analyseert. Zij bespreekt op een heel degelijke wijze de juridische context van deze maatregelen.

Zij constateert dat het onafhankelijk extern toezicht op het accountantsberoep een kantelpunt is, maar gaat niet in op de motivering voor deze keuze hoe deze in te vullen. Dit kan interessant zijn daar waar in andere lidstaten een andere keuze is gemaakt.

Met betrekking tot het voorgeschreven intern toezicht merkt zij terecht op dat een (wetenschappelijke) onderbouwing voor die verplichte invoering op zijn plaats zou zijn gezien het bijzondere type organisatie.^[13] Daarnaast besteedt zij met betrekking tot dit verplicht onafhankelijk intern toezicht aandacht aan het feit dat de wetgeving niet zonder meer aansluit op het fenomeen van de raad van commissarissen zoals in het vennootschapsrecht bekend is en van welke raad de introductie eerder door het NBA als maatregel ter versterking van de governance was aanbevolen. Door deze handelwijze wordt, zoals zij beschrijft, onduidelijkheid gecreëerd. Ik ben dat graag met haar eens. Ik meen overigens daarnaast dat eenheid van recht voor de rechtszekerheid een groot goed is dat door deze handelwijze dit door de wetgever tamelijk argeloos terzijde is geschoven.

Tot slot beschrijft zij de gang van zaken rond de het opnemen van meer informatie in de accountantsverklaring bij de jaarrekening. Jammer is dat zij daarbij niet diepgaander analyseert hoe zich het verstrekken van informatie door de accountant over de gang van zaken binnen de gecontroleerde entiteit in zijn accountantsverklaring (het betreft dus geen informatie *over* de controle maar *uit* de controle) zich verhoudt tot de verantwoordelijkheid/het prerogatief van het bestuur van de gecontroleerde entiteit om informatie die slechts intern beschikbaar is, aan derden kenbaar te maken.^[14]

Een opmerking van Eijkelenboom^[15] - een opmerking die veel vaker wordt gehoord^[16] - die dringend de aandacht behoort te krijgen van de politiek en met name ook het Ministerie van Justitie en Veiligheid, is die betreffende de slechte rechtsbescherming die accountant en overigens ook beleidsbepalers hebben tegen (oneigenlijk) machtsgebruik door de AFM.

5. Onafhankelijk extern toezicht op accountantsorganisaties

In het hoofdstuk over het extern onafhankelijk toezicht beschrijft Eijkelenboom uitgebreid de wijze van acteren van de AFM in het kader van het toezicht op accountants. Wellicht had de bespreking van de door de AFM ontwikkelde toezichtstrategie in dat verband - waaromtrent bij mijn weten met geen enkele relevante partij overleg is gevoerd - scherper gemogen. De vraag is of de AFM met bijvoorbeeld haar thema-onderzoeken en ook anderszins niet buiten de wettelijke grondslag en daarmee buiten de wettelijke grenzen van haar toezicht gaat. Eijkelenboom adresseert dit probleem wel maar werkt het niet verder uit.^[17] Ook beschrijft zij hoe de AFM tracht normen te stellen voor de accountancy. In het kader van de Trias Politica is dat geen taak die bij de toezichthouder thuishoort. Begrijpelijk is dat de door de wetgever en het NBA (in het kader van haar verordenende bevoegdheid) opgestelde regelgeving bij de uitvoering van het toezicht interpretatie behoeven en dat de AFM derhalve een - zij het voorlopige - interpretatie dient te hanteren, maar deze mag geen eigen normering gaan vormen, laat staan dat de AFM gerechtigd zou zijn de normering verder te 'verengen'. Zoals Eijkelenboom beschrijft lijkt dit wel het geval en zelfs een (wettelijke grondslag ontberende) activiteit van de AFM.

Eijkelenboom zet verder uiteen hoe de AFM in staat lijkt te zijn om de geschiktheidstoets (oneigenlijk *PZ*) te gebruiken als pressiemiddel om de door haar beoogde (soms buitenwettelijke *PZ*) toezichtsdoelen af te dwingen. Ik merk op dat de

bevoegdheid geschiktheidsbeoordelingen uit te voeren - los van de vraag of dat middel werkelijk doeltreffend kan zijn - niet is bedoeld om geschikte maar de AFM onwelgevallige beleidsbepalers buiten de deur te houden of een 'Berufsverbot' op te leggen omdat de opvattingen van de AFM niet worden gedeeld.

Tot slot is het opvallend, zoals Eijkelenboom beschrijft, dat in de eigen externe verslaggeving van de AFM de transparantie ontbreekt om met voldoende betrouwbaarheid de kosten van het toezicht op de accountantsbranche te bepalen, hetgeen voor de beoordeling van zowel de doeltreffendheid als de doelmatigheid relevant is.

6. Stelsel van onafhankelijk intern toezicht bij accountantsorganisaties

In dit hoofdstuk beschrijft Eijkelenboom heel mooi de wijzigingen die zich in het accountantsberoep - mede veroorzaakt door de schaalvergroting - hebben voorgedaan. Zoals zij eerder al in haar proefschrift stelt is het samenwerkingsverband tussen accountants een bijzondere organisatie. In dit hoofdstuk sluit zij aan op de bevinding dat de maatschap - die kennelijk door de wetgever en de toezichthouder als 'out-dated' wordt beschouwd - op grond van wetenschappelijk onderzoek niet als zodanig kan worden aangemerkt. De vraag is dan ook of de recente wetswijzigingen betreffende de voorgeschreven vorm waarin de governance moet worden ingericht bij accountantsorganisaties die een vergunning hebben om de wettelijke controle van OOB-organisaties uit te voeren, niet te veel symboolpolitiek is.

Ook komt de eerder geconstateerde spanning tussen de verantwoordelijkheid van de individuele beroepsbeoefenaar en de van organisatie aan de orde. Eijkelenboom lijkt in die spanning de nadruk op de verantwoordelijkheid van de organisatie te willen leggen. De vraag is echter gerechtvaardigd of niet nader onderzoek in de praktijk zou moeten worden gedaan om te zien of het 'verlichten' van de verantwoordelijkheid van de individuele beroepsbeoefenaar - wat als sequeel een grotere verantwoordelijkheid van de organisatie heeft - wel tot verbetering van de 'audit quality' leidt.

Jammer is dat Eijkelenboom, als gevolg van het feit dat de invoering van het voorschrift van onafhankelijk toezicht eerst van recente datum is, niet in de gelegenheid was onderzoek naar de praktijk van dit toezicht te doen.

7. De uitgebreide accountantsverklaring

Als laatste zelfstandig hoofdstuk beschrijft en analyseert Eijkelenboom de ontwikkelingen naar een uitgebreidere accountantsverklaring. Zoals in het voorgaande (en ook elders^[18] door mij gesteld) roept het meer informatie verstrekken dan over de controle door de controlerend accountant over de door hem gecontroleerde entiteit, vragen op over de verantwoordelijkheden rond de informatievoorziening van entiteiten. Deze vragen liggen overigens begrijpelijkerwijs ook in het verlengde van de in het voorgaande besproken vraag wat de functie van accountant is: 'slechts' controleur van de juistheid van de informatievoorziening door een ander of ook 'toezichthouder' op basis van zijn waarnemingen.

Ik meen dat accountants terughoudender zouden behoren te zijn met het verstrekken van informatie over de entiteit. Dat ligt echter anders met het verstrekken van de informatie over de controle.

Eijkelenboom richt zich bij de informatieverstrekking over de controle met name op het verstrekken van gegevens over de gehanteerde (controle) materialiteit. In haar beschrijving^[19] benadert zij het begrip erg kwantitatief. Daardoor besteedt zij naar mijn oordeel wellicht te weinig aandacht aan de ook kwalitatieve aspecten van materialiteit. Een kleine afwijking veroorzaakt door een onrechtmatige ingreep van een leidinggevende kan materieel zijn in de uitvoering van een controle. Overigens begrijp ik zeer wel dat, gezien de enorme diversiteit in mogelijke kwalitatieve indicaties, het niet eenvoudig is daarover vooraf te communiceren. Ook het achteraf verantwoorden van de handelwijze rondom kwalitatieve indicaties lijkt vrijwel onmogelijk gezien de aard van eventuele incidenten, de genomen maatregelen e.d.

Vanuit de kwantitatieve benadering maakt Eijkelenboom trends zichtbaar in de door accountants in hun verklaring gerapporteerde materialiteit. Uit de ontwikkeling daarin trekt zij conclusies over mogelijke verbeteringen in de 'audit quality'. Los van de eerder al besproken problematiek rond de inhoud van dit begrip, vraag ik mij af of de causale relatie tussen controlematerialiteit en de kwaliteit is vast te stellen zonder diepgaand onderzoek naar de wijze hoe deze norm effectief in het controleproces heeft gefunctioneerd. Het enige wat waarschijnlijk vaststaat is dat de accountants trachten met minder 'marge' te controleren dan voorheen. Dat is niet noodzakelijk een betere kwaliteit.

8. Samenvatting

In de samenvatting zijn zoals gebruikelijk de eerder getrokken conclusies verwoord en worden aanbevelingen gedaan. Daaraan behoeft, met in achtname van het vorenstaande, niets te worden toegevoegd.

Als ik mijn eigen samenvatting van het boek geef dan meen ik al met al dat Eijkelenboom een mooi en waardevol proefschrift heeft geschreven, waarvan de kennismaking door iedereen die rechtstreeks met het toezicht op accountants door de AFM te maken heeft, zonder meer aan te bevelen zo niet noodzakelijk is. Ook is duidelijk dat alle opvattingen over het toezicht nog lang niet zijn uitgekristalliseerd en dat de AFM soms, als een wellicht wat jonge toezichthouder, een al te actieve houding meent in te moeten nemen. Waarschijnlijk heeft dat te maken met de groei naar volwassenheid.

Voetnoten

[1]

Peter van der Zanden is o.m. commissaris bij een accountantorganisatie, emeritus Hoogleraar bedrijfseconomie aan Tilburg University, oud-partner van een accountantorganisatie, was voorheen Raadsheerplaatsvervanger in het CBb en in het Gerechtshof Den Haag.

[2]

E.V.A. Eijkelenboom & J.B.S. Hijink (red.), *Bouwen aan vertrouwen. Evaluatie van de Wet toezicht accountantsorganisaties* ('Wta'), ICFG deel 1, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2014.

[3]

Zie onder meer p. 8-12 van het proefschrift.

[4]

Zo betoogt in hoofdstuk 7 Eijkelenboom dat niet is aangetoond dat de maatschap geen goede organisatievorm voor accountantsorganisaties zou zijn, terwijl de benadering van de wetgever en de AFM dat wel impliceert. Andere voorbeelden van maatregelen waarvoor naar mijn waarneming onvoldoende wetenschappelijke grondslag bestaat zijn de scheiding van controle en advies op de rigoureuze wijze waarop dit is vormgegeven, de noodzaak tot cultuurverandering anders dan die welke voor iedere organisatie (incl. de AFM) geldt om in de sociale omgang bij 'de tijd te blijven', de overdreven eisen in de NBA Verordening inzake onafhankelijkheid.

[5]

De angst dat de rechtstaat in het geding is heb ik recent verwoord in 'Rechtstatelijke vragen bij het functioneren van toezichthouders, in het bijzonder de AFM met betrekking tot accountants', *TvOB, Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur*, 2018/6, december.

[6]

Zie p. 11 en 12 van het proefschrift.

[7]

Zie ook P.M. van der Zanden, 'Accountants in de problemen! Balanscommissaris, een panacee?', *Ondernemingsrecht* 2014/96.

[8]

In Nederland was in 1983 Moret Ernst & Young Accountants het eerste accountantskantoor dat een Bureau Vaktechniek inrichtte ter ondersteuning van de accountantspraktijk. Ondergetekende maakte van het begin tot zijn uittreden als partner voor 50% van zijn tijd deel uit van dit orgaan. De andere, toen nog Big 5, kantoren, volgden in de jaren daarna. De mate waarin de adviezen/opinies van de vaktechnische bureaus moesten worden gevolgd door de verantwoordelijke accountants verschilde tussen de kantoren zeker in de beginperiode van deze bureaus aanzienlijk.

[9]

Zie p. 58 van het proefschrift. Ook bij de bespreking van de governancestructuur in hoofdstuk 7 komt dit naar voren.

[10]

In art. 19 lid 2 onder a van de Wet op het accountantsberoep wordt het de ledenvergadering van het NBA voorgeschreven verordeningen met betrekking tot de onafhankelijkheid, het stelsel van kwaliteitsbeheersing en de integere bedrijfsvoering van accountantsorganisaties vast te stellen.

[11]

Zoals Eijkelenboom op p. 125 beschrijft baseert de AFM haar toezichtaanpak kennelijk (slechts) op de theorie van de Amerikaanse professor Malcolm Sparrow. Niet uit te sluiten is dat dit tot niet op de wet gebaseerd toezicht leidt zoals ook geconcludeerd kan worden uit de publicaties en presentatie van een van de oud-medewerkers van de AFM, A. Kasdorp, die thans onder meer via de Erasmus Universiteit bijdraagt aan het denken over de opzet van het toezicht. Hij constateert (met vermelding op de sheets met het logo van de AFM) dat er toezichtstrategieën worden ontwikkeld waarbij het niet onmogelijk is dat sprake is van "detournement de pouvoir".

[12]

Zie p. 67 van het proefschrift.

[13]

Zie p. 83 van het proefschrift.

[14]

P.M. van der Zanden, Forum 'Accountants op het hellend vlak? Behoort het tot de taak van accountants informatie over derden te verstrekken?', *Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht*, 2011/2, jaargang 6, juni 2011.

[15]

Zie p. 109 van het proefschrift.

[16]

Zie ook het artikel genoemd in noot 5.

[17]

Zie p. 131/132 van het proefschrift. Zeker in relatie tot de rechtsbescherming van accountants, accountantsorganisaties en allen die bij die organisaties betrokken zijn zoals medewerkers en cliënten is dit van wezenlijk belang.

[18]

Zie P.M. van der Zanden, Forum 'Accountants op het hellend vlak? Behoort het tot de taak van accountants informatie over derden te verstrekken?', *Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht*, 2011/2, jaargang 6, juni 2011 en 'Geen hoofdrol accountants bij ontbrekende info', *Het Financieele Dagblad*, donderdag 10 maart 2011.

[19]

Zie p. 197-199 van het proefschrift.