

Heeft de AFM altijd gelijk?

Marten Renes

Nu de overgangstermijn voor de invoering van de WTA ten einde loopt, dalen de eerste stofwolken neer. Een aantal kantoren heeft terloops te horen gekregen dat het wel goed komt, maar op weg naar de eindstreep op 1 oktober 2008 worstelen nog genoeg accountantsorganisaties met hun vergunningaanvraag. Accountantsorganisaties doen er in de tussentijd goed aan om scherp te blijven letten op het toezicht van de AFM en daarbij te beoordelen of de toezichthouder wel binnen haar bevoegdheden blijft.

DE worstelende accountantsorganisaties bestaan in een enkel geval uit kantoren die een volledig verkeerd beeld hebben van de inhoud van de WTA en het toezicht dat de AFM uitvoert. Die kantoren ontvangen vaak direct een voornemen tot afwijzing van de AFM en voeren een vervelend juridisch gevecht over de juistheid van de vergunningafwijzing. De meeste accountantsorganisaties die nog werk moeten verrichten voor de vergunningverlening, hebben een discussie met de AFM op één of enkele onderwerpen. Dit zijn onderwerpen die per stuk of gezamenlijk wel tot een afwijzing kunnen leiden, maar waarbij de mogelijkheid bestaat om de zaken nog aan te passen. Die mogelijkheid biedt de AFM dan ook aan de marktpartijen. In dit artikel bespreek ik verscheidene van die discussiepunten, met name omdat hierbij de vraag opdoemt of de AFM altijd gelijk heeft.

Voornemen tot afwijzing

Inmiddels hebben veel kantoren een onderzoek ter plaatse gehad, waarbij een deel van het onderzoek plaatsvond op het kantoor van de AFM. Deze onderzoeken zijn intensief en diepgaand. Vrijwel zonder uitzondering hebben marktpartijen daar respect voor. Aan het

einde van het onderzoek deelt de AFM haar negatieve bevindingen mee. In verscheidene gevallen heeft de AFM daarbij gezegd dat de bevindingen waarschijnlijk zullen leiden tot een voornemen tot afwijzing. In sommige gevallen schijnen toezichthouders bij de AFM zelfs gezegd te hebben dat de vergunningaanvrager dit voornemen moet afwachten. De aanvrager mag dan op het voornemen zijn commentaar inbrengen.

'Een vergunningaanvrager moet nooit het voornemen tot afwijzing afwachten.'

Vrijwel zonder uitzondering hebben marktpartijen daar geen respect voor. Het is ook een weinig charmante manier van werken. En onjuist. Een vergunningaanvrager moet nooit het voornemen tot afwijzing afwachten, maar juist alles in het werk stellen om de bevindingen die de AFM heeft geconstateerd zo snel mogelijk aan te passen. Door het voornemen af te wachten, gaat kostbare tijd verloren. Ik vind het daarom kwalijk dat de AFM bij vergunningaanvragers – bedoeld of onbedoeld – de

suggestie wekt dat zij het voornemen moeten afwachten. De AFM moet er juist voor zorgen dat deze aanvragers er alles aan doen om alsnog aan de vergunningvereisten te voldoen.

Bevindingen

De bevindingen die leiden tot een afwijzende houding van de toezichthouders bij de AFM lopen zeer uiteen. Toch zijn er overeenkomsten, waarvan ik er een aantal wil uitlichten. Deze onderwerpen zijn de vertegenwoordiging van de accountantsorganisatie, de eisen omtrent de kwaliteitswaarborging, de regels rond de controledossiers en de afgegeven accountantsverklaring.

Vertegenwoordiging

Bij de vertegenwoordiging van de accountantsorganisatie gaat het nog wel eens mis, omdat verschillende handboeken en accountantsorganisaties er van uitgaan dat externe accountants automatisch de organisatie mogen vertegenwoordigen. In meerdere praktijken is dit ook correct, omdat de externe accountant tevens bestuurder of partner is van de accountantsorganisatie. Het is echter geen wet van Meden en Perzen. Bij andere organisaties zijn externe accountants 'stakeholder', maar hebben ze de juridische vertegenwoordiging in handen gelegd van een dagelijks bestuur. De AFM let scherp op dit onderwerp. Externe accountants die geen juridische vertegenwoordigingsbevoegdheid hebben, mogen geen handelingen verrichten die volgens de WTA aan de accountantsorganisatie zijn voorbehouden, zoals het accepteren van nieuwe cliënten. Hier maakt de AFM terecht een punt van.

Kwaliteitsbeoordeling

Ten aanzien van de kwaliteitswaarborging ziet de AFM graag dat alle wettelijke controles worden getoetst door een op-

drachtgerichte kwaliteitsbeoordelaar, bij voorkeur een kwaliteitsbeoordelaar die op een andere vestiging werkt. De wenselijkheid van dit verlangen vanuit de toezichthouder is duidelijk. Bij niet-OOB-kantoren heeft de AFM echter geen wettelijke grondslag voor deze wens. Een niet-OOB-kantoor moet toetsingscriteria vaststellen aan de hand waarvan beoordeeld wordt voor welke wettelijke controles een kwaliteitsbeoordeling dient plaats te vinden. Het is nadrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever geweest dat voor iedere wettelijke controle een kwaliteitsbeoordeling plaatsvindt.

Bij vergunningverlening kan het evenwel raadzaam zijn om tijdelijk alle wettelijke controles te laten toetsen door een kwaliteitsbeoordelaar. Ten eerste kan een accountantsorganisatie zo een soort nulmeting uitvoeren. Ten tweede kan de AFM tijdens de vergunningverlening daarmee gepaaid worden. Ik zou het daarentegen onverstandig vinden als accountantsorganisaties toestaan dat de AFM artikel 18 Bta zo ver oprekt dat de facto voor alle wettelijke controles een kwaliteitsbeoordeling plaatsvindt.

Controledossiers

Mijn ervaring is dat meerdere accountantsorganisaties relatief weinig aandacht hebben gehad voor naleving van artikel 11 Bta. In dit artikel heeft de wetgever de eisen opgenomen met betrekking tot de controledossiers. Met name artikel 11 lid 3 sub j Bta is door menig accountantsorganisatie over het hoofd gezien. Het helpt daarbij niet dat verschillende handboeken weinig tot geen aandacht besteden aan dit onderwerp. In sub j is bepaald dat een accountantsorganisatie de overige relevante gegevens en bescheiden moet opnemen in het controledossier die onder meer van belang zijn voor de onderbouwing van de afgegeven accountantsverklaring. De AFM heeft altijd veel waarde gehecht aan dit deel van artikel 11 Bta. Het geeft haar namelijk de mogelijkheid om controledossiers te bestuderen op een deugdelijke onderbouwing van de afgegeven accountantsverklaring. Ontbreekt die onderbouwing in

het dossier, dan heeft de accountantsorganisatie verzaakt om artikel 11 Bta na te leven en kan de AFM optreden. Op deze manier heeft een variant van 'niet gedocumenteerd is niet gecontroleerd' een wettelijke basis gekregen. De AFM toetst scherp op de bepalingen in artikel 11 Bta. Omissies in controledossiers stelt zij direct aan de kaak. Door de nadruk die de AFM legt op de naleving van dit artikel ontstaat wel het gevaar dat zij de proportionaliteit uit het oog verliest. Een accountantsorganisatie moet in voorkomende gevallen de AFM daarop aanspreken.

'Omissies in controledossiers stelt de AFM direct aan de kaak.'

Ten aanzien van de sluiting van het controledossier schijnen enkele toezichthouders van de AFM te verlangen dat het dossier zichtbaar wordt afgesloten. Dit volgt echter niet uit artikel 11 lid 4 Bta. De insteek van artikel 11 lid 4 Bta is bewijsrechtelijk. Zonder dit artikel zou een accountantsorganisatie een ommissie in het dossier in de rechtszaal kunnen rechtzetten, zodat de overtreding van artikel 11 Bta vervalt. Met de toevoeging van lid 4 is het toevoegen van stukken niet langer zinvol. Of de accountantsorganisatie moet erkennen dat het dossier niet compleet is of erkennen dat het niet tijdig is afgesloten. In beide gevallen is het een overtreding van artikel 11 Bta. Dit maakt de bewijspositie van de AFM een stuk aantrekkelijker. Daarbij doet het niet ter zake of het dossiermapje gewoon is dichtgeslagen of is dichtgeplakt.

Accountantsverklaring

Zodra de AFM constateert dat een controledossier incompleet of onjuist is, ontstaat bij de AFM de vraag welke consequenties dit heeft voor de accountantsverklaring. De AFM ziet graag dat de afgegeven accountantsverklaring wordt heroverwogen of zelfs ingetrokken.

De accountantsverklaring valt echter onder de verantwoordelijkheid van de

externe accountant. De AFM kan de accountantsorganisatie niet vragen om die verantwoordelijkheid over te nemen. Natuurlijk moet een accountantsorganisatie direct actie ondernemen om herhaling in de toekomst te voorkomen door bijvoorbeeld kwaliteitsbeoordelaars scherpe instructies mee te geven of een externe accountant niet meer te benoemen. Dit neemt niet weg dat de accountantsverklaring toch echt een verklaring van de externe accountant is. En niet van de accountantsorganisatie of van de AFM. De AFM heeft geen bevoegdheden ten aanzien van de inhoud van de accountantsverklaring. Anders zou de AFM verworden tot een staatsaccountant en dat is nadrukkelijk niet de bedoeling van de WTA. Hier ligt in mijn ogen een belangrijke taak voor alle accountantsorganisaties om de grenzen tussen de bevoegdheden van de AFM en de verantwoordelijkheden van de externe accountant te bewaken.

Juridische grondslag niet altijd aanwezig

Heeft de AFM altijd gelijk? De vraag stellen is – zoals zo vaak – de vraag beantwoorden. De AFM bezondigt zich op alle toezichtsterreinen wel eens aan de wiskundige onjuistheid 'willen = kunnen': 'Ik wil graag toezicht houden op dit terrein, dus vind ik dat ik dat kan.' Zoals uit het voorgaande blijkt, is de juridische grondslag niet altijd aanwezig. Het is aan de accountantsorganisaties om scherp toezicht te houden op het toezicht van de AFM en te beoordelen of de AFM wel binnen haar bevoegdheden blijft. An



Mr. Marten Renes is als compliance adviseur en advocaat verbonden aan Certa Legal te Amsterdam, daarvoor was hij betrokken bij de invoering van de WTA en het Bta.