

Rechtsbescherming en lerend vermogen

Impulsen voor de beroepsontwikkeling; het AFM-toezicht gezien vanuit accountantsperspectief

Het is de primaire taak van de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) om door regelgeving, handhaving en gedragsbeïnvloeding de kwaliteit van het werk van accountants steeds te verbeteren. In dat verband is het passend om ook te kijken naar de ervaringen van de NBA met de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta) en de bijdrage die de Autoriteit Financiële Markten (AFM) levert aan het toezicht. Doel daarbij is om te komen tot een versterking van het toezichtstelsel en een positieve bijdrage te leveren aan het lerend vermogen in de sector.

Het doel van de Wta en AFM is: herstel van gerechtvaardigd vertrouwen in de accountant en de accountantsverklaring. Het doel van de NBA is: bevorderen van een goede beroepsuitoefening door accountants, onder meer door het vaststellen van beroepsreglementering.

Hieruit volgt dat AFM en NBA elkaar nodig hebben: er is geen herstel van vertrouwen zonder een goede beroepsuitoefening, er is geen effectieve beroepsuitoefening zonder vertrouwensherstel.

Aanbevelingen

Het rapport *Bouwen aan Vertrouwen; Evaluatie van de Wet toezicht accountantsorganisaties* ondersteunt de positieve bijdrage aan het publieke toezicht op accountants die de AFM sinds 2007 levert. Het rapport bevat daarnaast vijf aanbevelingen over de doeltreffendheid en doelmatigheid van het toezicht op basis van de Wta. De onderzoekers plaatsen een aantal kanttekeningen bij de wijze waarop de AFM dit invult:

- De discrepantie tussen de stevige toon in de media en het geringe aantal formele handhavingsmaatregelen;
- Het gebrek aan rechtsontwikkeling, als gevolg van het geringe aantal tuchtprocedures;
- De niet altijd inzichtelijke en controleerbare toezichtstrategie en de toepassing ervan;
- Het ontbreken van de mogelijkheid om opgelegde handhavingsmaatregelen inhoudelijk te toetsen;
- De verschillende toetsingsnormen die worden gehanteerd door de AFM, door kantorenorganisatie SRA en door de NBA.
(NB: De NBA voegt hier graag aan toe dat in dat verband gesproken moet worden van toetsings- en rapportagenormen).

Met name de eerste twee aanbevelingen zijn inherent aan de benadering die de AFM kiest, de anderen zijn dat minder en geven ruimte voor verbetering. De NBA wil in deze bijdrage

een aantal ideeën presenteren met betrekking tot deze aanbevelingen. Deze ideeën moeten bijdragen aan een beter functioneren van zowel de AFM als de NBA. Dat brengt het gezamenlijke doel immers dichterbij: herstel van vertrouwen door een betere kwaliteit van de beroepsuitoefening.

Dit vereist eerst en vooral **een verbreding van het debat over kwaliteit en kwaliteitsstandaarden**.

De NBA heeft begrip voor de toezichtsbenadering van de AFM: die gaat uit van een risicobasis en kiest daarbij voor meest effectieve handhavingmiddel; als het met een normoverdragend gesprek lukt, moet je geen dure procedure willen starten.

Toch is, mede als gevolg hiervan, het debat over de beroepsstandaarden verschaald. Dat debat speelt zich nu voornamelijk af rond het opstellen van regelgeving. Het beperkt zich tot definities, formuleringen en de samenhang van regelgeving.

Niet voor niets heeft de NBA bij haar huidige strategie echter gekozen voor het motto: ‘van regels naar gedrag’. Op het punt van gedrag constateert de beroepsorganisatie nog weinig debat en tegelijk veel onzekerheid. Tegelijk wordt de vraag over wat kwaliteit is, hoe diepgaand je moet controleren, wat wel of niet kan, in toenemende mate afgemeten aan de vraag wat de toezichthouder ervan vindt. Hoewel ook de NBA de kennis en ervaring van de AFM hogelijk waardeert, kan die AFM niet de enige partij zijn die maatgevend is. Ook de inbreng van andere belanghebbenden is van groot belang voor het bepalen van de norm: opdrachtgevers, gebruikers en last but not least de professionals zelf. Daarnaast bestaat de beroepsregelgeving voor een groot deel uit open normen, hetgeen per definitie ruimte laat voor interpretatie.

Dit betekent dat een verbreding van de discussie over kwaliteit en kwaliteitsnormen noodzakelijk is. Naar het oordeel van de NBA is dit te bewerkstelligen door middel van:

1. Beroepspraktijk als onderwerp van debat

Als er te weinig discussie is, is het zaak om die simpelweg te organiseren, bij voorkeur samen met de AFM. De NBA doet dit al bij de opstelling van regelgeving (verordeningen, nadere voorschriften en handreikingen), maar dit zou verbreed moeten worden naar de praktijk: casussen, ervaringen uit reviews en toetsingen. Op deze wijze kan ook invulling worden gegeven aan de aanbevelingen 6.2 en 6.3 van het rapport *‘In het publiek belang’*: het systematisch vertalen en publiek duiden van de bevindingen van AFM, Raad van Toezicht en andere bronnen, en het omzetten hiervan in een periodieke leergang of training.

Het hoeft daarbij niet altijd te gaan over fouten. Wat de NBA juist wil is een discussie over de samenhang tussen oordeelsvorming en gedrag enerzijds en de interpretatie van de beroepsnormen anderzijds: wat is juist, wat is gewenst, tegen de achtergrond van het publiek belang. Een **systematische uitwisseling van dilemma’s en discussies rond casussen tussen toezichthouder, regelgever en praktijkbeoefenaren** is van vitaal belang. Een dergelijke uitwisseling zou moeten plaatsvinden in een informele sfeer en nádat de formele

procedures zijn afgerond. Helaas gebeurt dit momenteel te weinig.

Daarnaast wil het accountantsberoep snel kunnen leren van evidente fouten en incidenten. Dit vereist bevoegdheden om onderzoek te doen bij kantoren en relevante informatie op te vragen bij betrokken personen en kantoren. **Combinaties van meldplicht en ‘blamefree reporting’** vormen hierbij belangrijke voorwaarden en stimuleren snelle en objectieve kennisverwerving. Recent onderzoek dat instituut TNO voor de NBA heeft verricht toont aan dat hier een onontgonnen gebied ligt, waar de bestaande rechtsmiddelen niet in voorzien. Het TNO-rapport is eind november 2014 verschenen en toegelicht op de Accountantsdag van 26 november 2014. Los van de specifieke oplossingen die TNO hiervoor aandraagt, zoals het zoeken van aansluiting bij de huidige Onderzoeksraad voor de Veiligheid, is het concept van blamefree reporting in diverse sectoren een beproefd middel voor oorzakenanalyse en kennisdeling.

De minister van Financiën heeft aangegeven sympathiek te staan tegenover het uitgangspunt van kennisdeling en oorzakenanalyse, maar heeft de mogelijkheden wel begrensd. Na de presentatie van het rapport ‘In het publiek belang’ op 25 september 2014 schreef de minister: “Ik kan ermee instemmen zolang de (handhavings)bevoegdheden van de AFM op geen enkele wijze worden doorkruist of aangetast.”

De vraag is hoe deze uitspraak precies moet worden gedeut. Blamefree reporting gaat in principe niet ten koste van de bevoegdheden van andere toezichthoudende of handhavende instanties. Echter in de prioriteitsstelling kan onderzoek gericht op waarheidsvinding voorrang krijgen boven de langdurige handvingsprocedures. De vraag is dan ook wat de hoogste maatschappelijke meerwaarde oplevert: het straffen van de schuldigen en hen zo nodig weren uit het beroep, of het achterhalen van de waarheid en maatregelen treffen om herhaling van fouten te voorkomen. Met andere woorden: gaat het om de dader of om de omstandigheden die de daad hebben veroorzaakt? Beide elementen sluiten elkaar niet uit, zeker niet in absolute zin, maar ze kunnen elkaar doorkruisen. Om die reden is volgens de NBA een nadere analyse van de wisselwerking tussen beide typen onderzoek noodzakelijk, alsmede een afweging van de maatschappelijke baten.

2. Inhoudelijke toetsing van oordelen

Een tweede manier om de discussie over kwaliteit te kunnen voeren is door meer publieke openheid ten aanzien van de oordeelsvorming door toezichthouders. Dit kan door rechtsontwikkeling en rechtsbescherming hand in hand te laten gaan.

Om dit realiseren is het zaak allereerst **een meer transparante bezwaarprocedure binnen de AFM** zelf in te richten. De bezwaarfase is immers de enige fase waarin het oorspronkelijke besluit volledig kan worden heroverwogen. De AFM kent op dit moment een hoorcommissie, die onder leiding van een onafhankelijk voorzitter een bezwaarde kan horen. De verdere totstandkoming van een beslissing op een bezwaar is echter een strikt

interne procedure. Dat heeft tot gevolg dat het voor de buitenwereld niet duidelijk wordt hoe het interne advies voor een te nemen beslissing luidt en of de uiteindelijke beslissing daar van afwijkt.

Op die benadering is juridisch overigens niets aan te merken. Maar uit het oogpunt van transparantie zou de AFM deze hoorcommissie naar de mening van de NBA moeten omzetten naar een adviescommissie, zoals de Algemene wet bestuursrecht (Awb) die beschrijft. Belangrijk is daarbij dat het advies van zo'n commissie in ieder geval verplicht aan de bezwaarde ter kennis wordt gesteld, als de uiteindelijke beslissing van het bestuursorgaan afwijkt van het advies. Het effect daarvan wordt in het bijzonder duidelijk als het advies voor de bezwaarde gunstiger is dan de uiteindelijke beslissing. Een afwijkend geluid van de adviescommissie kan dan in een op de bezwaarprocedure volgende beroepsprocedure aan de orde komen.¹

De Awb eist het niet van een adviescommissie, maar het zou de transparantie nog meer ten goede komen als de adviescommissie in meerderheid bestaat uit leden die onafhankelijk zijn van de AFM. De NBA, net als de AFM een bestuursorgaan, kent een bezwaaradviescommissie die op een dergelijke manier is samengesteld en heeft daar goede ervaringen mee. Deze bezwaaradviescommissie adviseert het bestuur van de NBA bijvoorbeeld over een beslissing op een bezwaar tegen een eendoordeel van de Raad voor Toezicht van de NBA. De commissie bestaat in zo'n geval uit de onafhankelijke voorzitter, een openbaar accountant en een medewerker van de NBA die niet bij het nemen van het oorspronkelijke besluit betrokken is geweest. Het bestuur van de NBA volgt meestal het advies, maar wijkt daar een enkele keer ook van af.

Verdere voorstellen voor publieke openheid over de oordeelsvorming door de toezichthouder, in het kader van de rechtsontwikkeling en rechtsbescherming, betreffen de vervolgstap na de bezwaarprocedure: de beroepsprocedures. In dat verband merkt de NBA op dat, in het kader van de evaluatie van de Wta, door verschillende geïnterviewden is aangegeven dat de slechts marginale toetsing die inherent is aan de bestuursrechtelijke toetsing van AFM-besluiten, de rechtsbescherming onder druk kan zetten.

Een marginale toetsing betekent dat de rechter zich in principe niet inhoudelijk uitspreekt over de vaktechnisch inhoudelijke kant van een oordeel van de AFM. Het is dus niet zo eenvoudig om de vaktechnische merites van een AFM-oordeel in beroep aan de orde te stellen. Dat lijkt ons een fundamenteel gemis. Voor zowel de accountant wiens dossier het betreft, als voor het kantoor dat wordt aangesproken op de zorgplicht, kan dit leiden tot een onbevredigend gevoel.

¹ Overigens kan er per individueel bezwaar voor worden gekozen om zo'n commissie in te zetten. De commissie kan dan alleen worden ingezet voor 'vergunning gerelateerde' besluiten.

Dit werd door Tweede Kamerlid Wouter Koolmees (D66) tijdens het Algemeen Overleg van 13 november 2014 verwoord als: “Waar kan ik heen als ik het niet eens ben met de AFM?”²

Zaken die aanhangig worden gemaakt bij de Accountantskamer voor een inhoudelijk oordeel over het werk van een individuele accountant kennen een escalatieprocedure naar het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBb). Daarbij kan het gaan om inhoudelijk gelijke vaktechnische vraagstellingen. Het CBb voert in deze zaken wel een inhoudelijke toets uit.³

De conclusie is dat er op dit moment geen eenduidige rechterlijke toetsing plaatsvindt van de voor accountantsorganisaties en accountants geldende normen, waardoor binnen het huidige systeem uiteenlopende uitleg van de regelgeving kan plaatsvinden. Wijziging van die situatie vraagt om een wijziging van de wet en is daarom praktisch minder makkelijk te implementeren. Een wijziging van die situatie kan er bijvoorbeeld uit bestaan dat een rechtsgang wordt vormgegeven waarin alle procedures rondom accountants en accountantsorganisaties samenkomen.

3. Uniforme classificatie van bevindingen

Met het kantoor specifiek maken is de kwaliteit van de AFM-rapportages verbeterd. De kantoor specifieke rapportage is echter alleen nog maar toegepast in het AFM-rapport over de Big 4 van 25 september 2014. In principe zouden dezelfde maatstaven moeten gelden voor alle rapporten. In tegenstelling tot wat de respondenten in de Wta-evaluatie stellen, zijn de toetsingsnormen van AFM, SRA en NBA immers wel degelijk identiek (of zouden dat moeten zijn), maar zijn er verschillen in rapportage: een categorisering van 1 t/m 4 bij de SRA, ‘stoplichtmodellen’ bij SRA en NBA, rapportages op kantoor- of dossierniveau, generiek of kantoor specifiek. Dit leidt tot verschillende interpretaties over wat goed, voldoende of onvoldoende is, en tot verdere onzekerheid in de beroepspraktijk.

De NBA pleit dan ook voor **meer uniforme classificatie van bevindingen**, om tegemoet te komen aan de behoefte van de beroepspraktijk aan eenduidige normen en rechtsgelijkheid.

² De NBA meent zelf dat bij de vrees dat een marginale toetsing een rechter ervan weerhoudt inhoudelijk te kijken naar oordelen van de AFM, wel een relativerende opmerking past. Als gekeken wordt naar de rechtspraak die er is over ‘vergunning-gerelateerde’ zaken, dan is daarin te lezen dat het vooral gaat om het ontbreken van voldoende informatie in dossiers of het ontbreken van waarborgen. Inhoudelijke zaken kwamen daarbij eenvoudig niet aan de orde. De NBA kent slechts één uitspraak waarin een (te) strenge uitleg door de AFM van de NVCOS mede aan de rechter werd voorgelegd (Rechtbank Rotterdam, 7 april 2011). Of de vrees dat een rechter in een bestuursrechtelijke uitspraak inderdaad niets zal zeggen over inhoudelijke oordeelsvorming terecht is, valt op dit moment dus eenvoudig niet te beantwoorden, omdat de rechter dat tot nu toe niet of nauwelijks is gevraagd.

³ Daarnaast is er voor verslaggevingsvraagstukken een procedure voor de Ondernemingskamer mogelijk met een eigen beroepsprocedure.

Dialogo

Samenvattend: voor de ontwikkeling van het beroep is het cruciaal om de discussie over de toepassing van kwaliteitsstandaarden nieuw leven in te blazen. Tegelijkertijd moet de individuele beroepsbeoefenaar kunnen beschikken over transparante, eenduidige en begrijpelijke normen. Om deze beide doelen te bevorderen doet de NBA de volgende vijf voorstellen:

1. Een systematische uitwisseling en bespreking van casusmateriaal tussen toezichthouder, regelgever en beroepspraktijk;
2. Onderzoek naar de introductie van meldplicht en blamefree reporting, al dan niet geschraagd door een onafhankelijke Onderzoeksraad;
3. Een meer transparante bezwaarprocedure binnen de AFM;
4. Onderzoek naar een alternatieve rechtsgang, waarin alle procedures rond accountants en accountantsorganisaties samenkomen;
5. Een meer uniforme classificatie van toetsingsbevindingen.

Het succes van deze stappen hangt mede af van de inzet van de toezichthouder. De NBA is in dat opzicht hoopvol gestemd. Al eerder, in juni 2013, vond op de Erasmus Universiteit een symposium plaats met als thema 'de macht van de toezichthouder'.

De waarnemend voorzitter van de AFM, Theodoor Kockelkoren, hield bij die gelegenheid een betoog onder de veelzeggende titel "Toezicht en macht, van dogmatische toepassing van de 'trias' naar een dialoog". Hij benadrukte daarin het belang van het versterken van de maatschappelijke legitimiteit.

Er is steeds minder geloof in verdergaande regulering en toezicht, maar een echt alternatief voor een sturende overheid die de markt in de greep houdt, is er feitelijk niet. Kockelkoren vestigde zijn hoop in de dialoog, het gesprek tussen belanghebbende partijen over de vormgeving van de verantwoording van het toezicht. Zodat er vormen worden gekozen die naar het gevoel van alle betrokkenen daadwerkelijk bijdragen, niet alleen tot een effectief toezicht, maar ook tot maatschappelijk vertrouwen in de sector.

De NBA hoopt met de AFM dat we deze dialoog de komende jaren gaan realiseren.