

Incidentmanagement: wat te doen als het toch mis gaat? Oftewel: wat je moet weten over onderzoek & handhaving

19 DECEMBER 2016 DOOR ACCOUNTANCY VANMORGEN



Van de regen in de drup? Of toch niet.

In onze vorige blogs waren wij een pleitbezorger voor het (tijdig) doen van incidentmeldingen. In deze vierde blog is het tijd voor een kritische noot: want kleeft aan een incidentmelding niet het risico om van de regen in de drup te geraken? Eén van de boetes uit maart 2016 is (mede) gebaseerd op een onderzoek naar aanleiding van twee incidentmeldingen.^[1] Incidentmeldingen kunnen ook aan de wieg staan van een tuchtzaak. Dat u niet staat te springen om (ruimhartig) incidentmeldingen te doen kunnen wij ons dan ook goed voorstellen. Met een terughoudende opstelling kunt u zich echter in de voet schieten. De AFM ontvangt per week tientallen signalen en incidentmeldingen. Dit zijn zowel verplichte meldingen als meldingen van derden zoals de Accountantskamer, curatoren, FIOD, DNB.^[2] Zij volgt ook het nieuws. Oftewel, als een incident niet wordt gemeld, is er een dikke kans dat de AFM daar vroeg of laat achter komt. En dan staat u 1-0 achter. Dus toch melden! Om daarna 'in control' te blijven is inzicht in wat vervolgacties van de AFM kunnen zijn onmisbaar. Een goede voorbereiding is ook hier het halve werk en voorkomt missers.

Wat kan er gebeuren? Overzicht van bevoegdheden en informatiedeling

De uitkomst kan zijn dat er na een incidentmelding niets gebeurt, omdat het incident niet ernstig genoeg is. Of omdat de AFM niet in staat is het op te pakken. De melding kan ook aanleiding vormen voor onderzoek en handhaving. De onderzoeksbevoegdheden houden in dat de AFM inlichtingen kan vorderen, inzage kan vorderen in documenten, documenten kan kopiëren of zelfs een inval kan doen. Er geldt daarbij een medewerkingsplicht. De onderzoeksbevoegdheden zijn weliswaar verstrekkend, maar niet onbegrensd. Zo mag de AFM geen informatie opvragen waarop het verschoningsrecht van toepassing is (bijvoorbeeld een advies van een advocaat aan een accountantsorganisatie over aansprakelijkheid). Ook moeten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht worden genomen. Dit houdt onder meer in dat het informatieverzoek proportioneel is en dat zij geen *fishing expedition* mag uitvoeren. Als een boete in het spel is (*criminal charge*), zullen de strafrechtelijke waarborgen verder in acht moeten worden genomen zoals de cautieplicht en het zwijgrecht.^[3] Uit de boetebesluiten uit maart 2016 volgt dat ter discussie is gesteld of de oorzakenanalyse wilsafhankelijk materiaal is dat niet als bewijs voor de boete kan worden gebruikt.^[4]

Als uit het onderzoek overtredingen blijken, kan de AFM informeel handhaven door bijvoorbeeld het voeren van een normoverdragend gesprek. Maar zij kan ook overgaan tot formele handhaving. Daarbij hanteert zij de uitgangspunten in het **handhavingsbeleid**. Relevante omstandigheden voor de keuze van het handhavingsinstrument zijn bijvoorbeeld of de overtreding zelf is beëindigd en de mate van compliance-gericht gedrag. De voornaamste handhavingsmaatregelen zijn:

- Aanwijzing

Dit is een besluit waarin wordt aangegeven hoe de accountantsorganisatie zich moet gedragen en binnen welke termijn.

- Last onder dwangsom (LOD)

Dit betreft een aanwijzing (last) om een bepaalde overtreding (o.a. zorgplicht) te beëindigen of om herhaling ervan te voorkomen op straffe van een dwangsom. Dit besluit wordt gepubliceerd wanneer de dwangsom wordt verbeurd

- Het opleggen van een bestuurlijke boete

Voor bepaalde overtredingen kan de AFM een bestuurlijke boete opleggen, o.a. ter zake van een zorgplichtschending en/of niet beschikken over integere bedrijfsvoering.

Indien bij de overtredingen (mede)beleidsbepalers betrokken zijn, kan een hertoetsing worden gestart. Indien deze leidt tot de slotsom dat een (mede)beleidsbepaler niet langer betrouwbaar is en niet zelf het initiatief neemt af te treden, kan ook een aanwijzing tot heenzending worden opgelegd. De AFM kan verder ook een tuchtklacht indienen tegen accountants. Een voorbeeld is de [tuchtklacht tegen de accountant van Vestia](#).

Afgezien van onderzoek en handhaving is het verstandig er rekening mee te houden dat informatie ook bij andere toezichthouders terecht kan komen. Op de AFM rust een geheimhoudingsplicht, maar hier bestaan uitzonderingen op. De AFM kan onder bepaalde voorwaarden onder meer informatie verstrekken aan de NBA, SRA, DNB, andere toezichtafdelingen binnen de AFM en de Accountantskamer alsmede de strafrechtelijke autoriteiten. Het [wetsvoorstel Wet aanvullende maatregelen accountantsorganisaties](#) voorziet in een aanzienlijke uitbreiding. Het is de bedoeling dat informatie kan worden gedeeld met AIVD, de Belastingdienst, FIOD, de Nationale Politie, het BFT, FIU en het OM 'voor zover de gegevens of inlichtingen dienstig zijn voor de uitoefening van hun wettelijke taken'. Een (beperkt) aantal normen uit de Wta is niet alleen beboetbaar, maar ook strafbaar gesteld. De AFM kan verder in haar onderzoek aanlopen tegen tekortkomingen waarbij de onderliggende gedragingen ook strafbare feiten opleveren zoals (medeplichtigheid aan) valsheid in geschrifte. Ook kan parallel een strafrechtelijk onderzoek lopen. Er is een [convenant tussen de AFM en het OM](#) gesloten dat in geval van samenloop verplicht tot afstemming. De strafrechtelijke autoriteiten kunnen met inzet van hun bevoegdheden informatie verkrijgen van de AFM.

Een praktijkvoorbeeld

Kortom, de aan de AFM versterkte informatie kan gevolgen hebben voor zowel de accountant(sorganisatie) als haar cliënten. Een zorgvuldige beoordeling of en welke informatie moet worden verstrekt tijdens een onderzoek is dan ook een must. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Laten we terugkeren naar het voorbeeld in onze [tweede blog](#). Een (mede)beleidsbepaler van accountantsorganisatie BV X ontdekt dat BV X door het verzorgen van de aangiften heeft meegewerkt aan een Btw-belastingfraude waarbij EUR 10 miljoen ten onrechte is terugbetaald. BV X meldt dit bij de AFM als incident. De AFM besluit onderzoek in te stellen en

vordert mondelinge inlichtingen van de beleidsbepaler. Hij vertelt bij aanvang al sterke twijfels te hebben gehad aan de facturenstroom vanuit het bedrijf van de echtgenote. De AFM vordert verder een schriftelijke oorzakenanalyse. De AFM houdt er rekening mee dat art. 14 en 21 Wta niet juist zijn nageleefd, maar ziet ook dat de BV X mogelijk kan worden beschouwd als medeplichtige aan belastingfraude en witwassen. Na enige tijd start ook een strafrechtelijk onderzoek waarbij BV en haar beleidsbepaler als verdachten worden aangemerkt. Het OM kan de AFM kunnen informeren indien de gedragingen duiden op overtreding van toezichtwetgeving (Wta). De AFM zal op haar beurt het OM moeten informeren als zij een boete wenst op leggen indien de Wta-overtredingen samenlopen met strafbare feiten waarvoor alleen strafrechtelijke afdoening openstaat. Niet uitgesloten is dat de strafrechtelijke autoriteiten bevoegdheden aanwenden om informatie te verkrijgen van de AFM die dan in beginsel (nadat zij haar zienswijze heeft gegeven) verplicht zal zijn om de informatie te verstrekken. Dit betekent dat de informatie die tijdens het AFM-onderzoek is verkregen bij de strafrechtelijke autoriteiten terecht zou kunnen komen. Als de samenstellende verdachte is in het onderzoek, krijgt hij daar uiteindelijk inzage in. Lang niet altijd komt het overigens tot formele handhaving door de AFM. De mate van compliance-gericht gedrag inclusief het voldoen aan de meldplicht spelen hierbij een rol. Niet melden om deze gevolgen te ontlopen, is geen oplossing omdat de AFM mogelijk ook op andere wijze op de hoogte kan zijn van het incident. Het (onterecht) niet melden levert bovendien ook zelfstandig een (nieuwe) overtreding op.

Praktische tips

Kortom, goed incidentmanagent vergt een goede voorbereiding op en inzicht in wat de gevolgen kunnen zijn van een incidentmelding inclusief het besef dat (belastende) informatie onder omstandigheden aan andere toezichthouders kan worden verstrekt. Laat zien aan stakeholders dat je 'in control' bent. Onze tips zijn:

- Wees voorbereid op een (onaangekondigd) onderzoek. Maak een draaiboek waarin onder meer is vastgelegd: aanspreekpunt, de verplichting om de onderzoekshandelingen zorgvuldig vast te leggen en het 4-ogenprincipe. Neem dit onderwerp periodiek op in het interne opleidingsprogramma, zodat de interne procedures bekend zijn.
- Heb een proactieve en transparante houding richting toezichthouder, maar ga niet speculeren en verstrek alleen die informatie waartoe je wettelijk verplicht bent en vraag zo nodig voorbereidingstijd. Houd ook uw klant – voor zover mogelijk – op de hoogte.
- Schakel externe (juridische) hulp in om het onderzoek te begeleiden, met name als het risico op boete of strafvervolgning bestaat.

Annemarije Schoonbeek is advocaat en partner bij ACJS Advocaten en werkte voorheen bij de AFM. Alex Boxum is Hoofd Training en Compliance bij V&A accountants-adviseurs. Niels van Nieuw Amerongen is associate professor Auditing & Assurance aan Nyenrode Business Universiteit en is tevens directeur bij V&A accountants-adviseurs. De auteurs werken geregeld samen op het snijvlak van accountancy en juridische zaken.

[1] Zie het boetebesluit: <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2016/mrt/boete-kpmg> (zie paragraaf 3).

[2] Zie hierover: <https://www.afm.nl/nl/werken-bij-afm/limperg-gesprekken/don-raaijmakers.aspx>

[3] Cautieplicht is de plicht om een verdachte voorafgaand aan een verhoor met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie voor te houden dat antwoorden niet verplicht is.

[4] In het zogeheten Saunders-arrest uit 1996 heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) als hoofdregel gesteld dat onder dwang verkregen wilsafhankelijk materiaal niet mag worden gebruikt in een punitieve procedure, nog los van de vraag of ten tijde van de verkrijging van het materiaal reeds sprake was van een criminal charge. Zie EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699 m.nt. Knigge (Saunders)