

De AFM en incidenten(politiek)

mr. drs. J.F. Garvelink¹

Een accountantsorganisatie moet proberen te voorkomen dat zij betrokken raakt bij zogenaamde 'incidenten'. Kort gezegd gaat het om gebeurtenissen die "ernstige gevolgen hebben voor de integere uitvoering van haar bedrijf".² Voor dergelijke incidenten bestaat een meldplicht bij de AFM.³

Op zich is dat laatste geen probleem. Accountantsorganisaties willen best melden. Het probleem is eerder dat onduidelijk is wanneer er moet worden gemeld. Het gekke is dat die onduidelijkheid niet uit de wettekst volgt. Zoals alle regels zijn de Wta en het Bta aan interpretatie onderhevig, maar op zich is het systeem hier vrij helder. Bovendien zit in de wet beleidsvrijheid ingebakken, zodat accountantsorganisaties ruimte hebben om daar op een verstandige wijze invulling aan te geven. Het was ook nadrukkelijk de bedoeling van de wetgever dat incidentmeldingen zouden voortkomen uit de bestaande inrichting van accountantsorganisaties en dus niet zouden leiden tot lastenverzwaring.

Het probleem is eigenlijk ontstaan toen de AFM op haar website een interpretatie van het wettelijk systeem publiceerde.⁴ Die interpretatie is niet alleen verwarrend, maar leek in ieder geval ook behoorlijk af te wijken van de wet. Zo verving de AFM het criterium 'gevolgen hebben' van artikel 32 Bta door 'met zich kunnen brengen'. In combinatie met de opstelling van de AFM in specifieke casussen, waarin dat 'kunnen' nogal ruim werd uitgelegd, kwam die neer op een forse uitbreiding van het begrip 'incident' en dus van de meldingsplicht. Dat leidde in de markt tot allerlei verwarring en discussie, waarbij organisaties zich voor de keuze zagen geplaatst zich aan de tekst van de wet te houden, of de AFM gewoon maar te volgen (voor zover dat dan duidelijk was).

De Accountantskamer gaf vorig jaar duidelijkheid:⁵

"De Accountantskamer stelt vast dat niet in enige wettelijke bepaling nader is ingevuld wat moet worden verstaan onder 'incidenten die ernstige gevolgen hebben voor de integere uitoefening van haar bedrijf'. De door de AFM hieraan gegeven interpretatie, waarnaar klager in dit verband heeft verwezen, die onder meer is gepubliceerd op de website van de AFM, kan niet bepalend zijn voor hoe deze bepalingen moeten worden uitgelegd. De door de AFM gegeven interpretatie is immers geen wetgeving. Verdergaande verplichtingen dan volgen uit de wettekst kunnen niet worden opgelegd."

Het is niet mijn indruk dat die uitspraak heeft geleid tot een gewijzigde opstelling.

Wat er wel gebeurd is, is dat de AFM zelf onderkent dat de huidige situatie tot discussie en verwarring leidt. De AFM heeft daarom besloten om met de markt in debat te gaan over de uitleg van het begrip 'incident' en de meldingsplicht. De AFM heeft recent een consultatieversie van een nieuwe, op haar website te publiceren interpretatie van de verplichting tot het doen van incidentmeldingen geopenbaard.⁶ Het aangaan van dat debat is te prijzen.

Ik meen echter dat de consultatieversie herschrijving verdient. Zowel de onderliggende denkwijze als de uitwerking is niet goed. Ik zal de consultatieversie niet regel voor regel bespreken, maar ik maak een aantal - onderling samenhangende - hoofdpunten.

-
1. Jan Garvelink is advocaat in Amsterdam en vaste medewerker van dit tijdschrift.
 2. Artikel 21 lid 1 Wta bevat de verplichting tot een beheerste en integere bedrijfsvoering. Dat wordt uitgewerkt in artikelen 21 lid 2 sub b Wta en 32 Bta.
 3. Artikel 32 lid 4 Bta.
 4. www.afm.nl/nl-nl/professionals/onderwerpen/interpretaties-incidentmeldingen
 5. Accountantskamer 1 mei 2020, ECLI:NL:TACAKN:2020:39, r.o. 4.11.3. Ik merk op dat ik betrokken ben geweest bij deze casus, die ik verder niet bespreek.
 6. "Interpretatie van het begrip incident op grond van de Wet toezicht accountantsorganisaties en het Besluit toezicht accountantsorganisaties" versie mei 2021. De consultatie liep tot 29 juni 2021. Dit artikel is afgesloten voor die datum en ik weet dus niet wat dat allemaal heeft opgeleverd.

- a. De consultatieversie wijkt nog steeds duidelijk af van wat de wetgever voor ogen had. Allerlei schendingen van lagere regelgeving (zoals de controlestandaarden in de NV COS) en omstandigheden die wel eens gevolgen zouden kunnen hebben, worden opgewaardeerd tot incident. De consultatieversie is daarmee contra legem (de ironie van een toezichthouder die tegen de wet ingaat, ontgaat de lezer niet). De heldere uitspraak van de Accountantskamer lijkt door de AFM ook over het hoofd te zijn gezien.⁷
- b. Een heldere analyse van het doel van de wet in combinatie met de wetsgeschiedenis, de tekst van de wet en de inmiddels opgedane kennis ontbreekt.⁸ Zonder een goede analyse kom je niet tot een goede interpretatie.
- c. De consultatieversie is (dan ook) bijzonder verwarrend. Het is duidelijk dat de AFM van het wettelijk criterium af wil, maar een helder nieuw criterium wordt er niet voor in de plaats gesteld. Ik lees bijvoorbeeld: *"Niet elke overtreding is qua feiten en omstandigheden dusdanig dat er ook sprake is van een incident. Een accountantsorganisatie dient bij geconstateerde overtredingen te beoordelen of sprake is van een incident dat gemeld moet worden bij de AFM."* Dat is niet alleen een open deur (natuurlijk is niet alles een incident), maar ook niet erg behulpzaam.
- d. Alles bij elkaar opgeteld is de uitkomst, in weerwil van de hierboven geciteerde tekst, intussen dat volgens de AFM vrijwel alles een incident is. Als je de consultatieversie als geheel leest zie je dat vrijwel alles onder de definitie valt. Leg dat naast het *"ernstige gevolgen voor de integere uitoefening van haar bedrijf"* van het Bta, waarbij de lat duidelijk veel hoger ligt, en u begrijpt mijn kritiek.
- e. De consultatieversie merkt daarbij ook gebeurtenissen als incident aan die zich buiten de accountantsorganisatie afspelen, dus bij cliënten of netwerkorganisaties (bijvoorbeeld als een cliënt herhaaldelijk in de publiciteit komt). Dat illustreert niet alleen dat de AFM veel verder gaat dan de wet, maar het lijkt er ook op dat de AFM zich daarmee verheft tot pseudo-toezichthouder van niet onder toezicht staanden (zoals de controlecliënten van accountantsorganisaties) en daarbij bovendien in feite de uitoefening van haar toezicht weglegt bij de accountantsorganisaties.
- f. Als accountantsorganisaties gaan doen wat de AFM wil, zullen ze talrijke meldingen per jaar moeten doen. Het aantal incidenten zal sterk toenemen, waarmee de indruk zou ontstaan dat er allerlei gevallen zijn met ernstige gevolgen voor de integere bedrijfsvoering van accountantsorganisaties. Bijdragen aan het vertrouwen in accountantsorganisaties zal een dergelijke statistiek niet. De AFM heeft ook geen capaciteit om al die incidenten op te volgen, dus voor de kwaliteit van het toezicht is het ook niet bevorderlijk. Het toezicht zou zich moeten focussen op wat belangrijk is: de integere bedrijfsvoering van de accountantsorganisatie.
- g. Dat laatste is ook het doel van Wta en Bta, die niet over één nacht ijs tot stand zijn gekomen.

Deze consultatieversie is niet te redden met redactionele aanpassingen maar heeft mijns inziens herschrijving. Het is nodig daarbij binnen de wettelijke kaders te blijven en duidelijkheid in plaats van verwarring te scheppen. Daarbij moet leidend zijn dat het melden van gruis alleen maar leidt tot ruis.

7. De consultatieversie lijkt eerder verder te gaan dan de huidige interpretatie dan wat gas terug te nemen.

8. Waar de wet beschreven is, gebeurt dat bovendien vaak niet accuraat, of verdwijnen essentiële criteria.