

**Aangetekend
met handtekening retour**

Bijlage 2 - Openbare versie

Nauta Dutilh N.V.
de weledelgestrenge heer mr. J. Italianer
Strawinskylaan 1999
1077 XV AMSTERDAM

Datum	
Ons kenmerk	
Pagina	1 van 33
Telefoon	
E-mail	
Betreft	Beslissing op bezwaar Ernst & Young Accountants LLP

Geachte heer Italianer,

Bij besluit van 9 november 2011 heeft de Stichting Autoriteit Financiële Markten ('AFM') aan Ernst & Young Accountants LLP ('EY') een bestuurlijke boete (het 'Boetebesluit') opgelegd wegens overtreding van artikel 23, eerste lid, Besluit toezicht accountantsorganisaties ('Bta'). EY heeft op 20 december 2011 bezwaar gemaakt tegen dit Boetebesluit.

In deze brief deelt de AFM u mede dat zij na heroverweging tot de conclusie is gekomen dat zij het bezwaar ongegrond verklaart. Derhalve handhaaft zij haar besluit om een boete op te leggen aan EY wegens overtreding van artikel 23, eerste lid, Bta.

Deze beschikking is als volgt opgebouwd. In paragraaf 1 beschrijft de AFM de doorlopen procedure. In paragraaf 2 worden de relevante feiten die ten grondslag liggen aan dit besluit weergegeven. Eerst komt daarin het algemene regelgevend kader aan de orde (paragraaf 2.2) en het belang van de compliance officer en de plaatsvervangend compliance officer (paragraaf 2.3). Daarna wordt de opzet van deze functies bij EY beschreven (paragraaf 2.4) en vervolgens wordt de beoordeling van de feiten gegeven (paragraaf 2.5). In paragraaf 3 worden de gronden van bezwaar zakelijk weergegeven. Vervolgens beoordeelt de AFM in paragraaf 4 de bezwaargronden. In paragraaf 5 gaat de AFM in op de bezwaren van EY tegen publicatie ex artikel 68 Wta. Het besluit is opgenomen in paragraaf 6. Tot slot volgt in paragraaf 7 de rechtsgangverwijzing.

Aangehecht aan deze beschikking worden achtereenvolgens:

- het verslag van de hoorzitting d.d. 28 februari 2012;
- de pleitnotities van EY bij de hoorzitting d.d. 28 februari 2012;
- de te publiceren (geschoonde) versie van de onderhavige beschikking.

1 Procedure

Om vast te stellen of EY en haar externe accountants voldoen aan het bepaalde bij en krachtens de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta), heeft de AFM onderzoek uitgevoerd naar de opzet en de werking van het stelsel van kwaliteitsbeheersing van EY en een selectie van controledossiers beoordeeld.

Vanaf 6 juli 2009 tot en met 30 oktober 2009 heeft de AFM het onderzoek uit hoofde van haar doorlopend toezicht uitgevoerd op het stelsel van kwaliteitsbeheersing. De AFM heeft gesproken met de compliance officer en medewerkers van het Directoraat Vaktechniek en Juridische Zaken. In deze periode heeft de AFM aanvullende informatie opgevraagd en ontvangen van EY.

Per brief van 1 april 2010, met kenmerk [REDACTED], heeft de AFM het concept onderzoeksrapport toegestuurd aan EY.

Per brief van 27 mei 2010 heeft EY gereageerd op het concept onderzoeksrapport. De AFM heeft deze reactie verwerkt in het definitieve onderzoeksrapport.

Per brief van 22 november 2010, met kenmerk [REDACTED], heeft de AFM haar voornemen tot het opleggen van twee bestuurlijke boetes aan EY bekend gemaakt. Bij het voornemen is het definitieve onderzoeksrapport, met kenmerk [REDACTED], gevoegd. Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten zoals die zijn opgenomen in voornoemd onderzoeksrapport.

Per brief van 25 november 2010 heeft EY haar meest recente jaaromzet uit de wettelijke controles van EY aan de AFM kenbaar gemaakt. De meest recente jaaromzet bedraagt € 193,7 miljoen.

Op verzoek van EY heeft de AFM per e-mail van 13 december 2010 een Word versie van het definitieve onderzoeksrapport aan EY verzonden.

Per e-mail van 15 december 2010 heeft EY verzocht om een kopie van het inzagedossier. Op 20 december 2010 heeft de AFM een kopie van het inzagedossier aan EY doen toekomen.

In onderling overleg is, op verzoek van EY, de termijn voor het geven van een mondelinge zienswijze een aantal malen verlengd. Uiteindelijk is tussen partijen afgesproken dat de mondelinge zienswijze zal plaatsvinden op 18 januari 2011.

Op 18 januari 2011 heeft de mondelinge zienswijze plaatsgevonden ten kantore van de AFM. EY heeft een schriftelijke zienswijze overhandigd. De mondelinge zienswijze vormde een toelichting op deze schriftelijke zienswijze. Ook heeft EY [REDACTED]¹ gevraagd om zijn opinie te geven over een onderwerp van geschil in onderhavig boetedossier. Hij heeft zijn oordeel gegeven over het standpunt van de AFM ten aanzien van de wijze waarop EY invulling heeft gegeven aan artikel 23 Bta (compliance officer).

¹ [REDACTED].

Per brief van 3 februari 2011 heeft EY een aanvullende schriftelijke zienswijze ingediend.

Per brief van 8 november 2011, met kenmerk [REDACTED], heeft de AFM aan de advocaat van EY (mr. J. Italianer) laten weten dat zij besloten heeft EY een bestuurlijke boete van € 217.810,- op te leggen. Een kopie van deze brief is op dezelfde datum naar het bestuur van EY gestuurd.

Per brief, alsmede per e-mail van 20 december 2011 heeft EY bezwaar aangetekend tegen de beslissing van de AFM om EY een boete op te leggen wegens overtreding van artikel 23 Bta.

Per brief van 23 december 2011, kenmerk [REDACTED], heeft de AFM de ontvangst van het bezwaarschrift bevestigd.

Op 28 februari 2012 heeft de hoorzitting in bezwaar plaatsgevonden ten kantore van de AFM. EY heeft haar bezwaren mondeling toegelicht.

Nadien heeft EY een pleitnotitie aan de AFM gestuurd welke per email is ontvangen op 7 maart 2012.

Vervolgens is in onderling overleg, op verzoek van de AFM, de beslistermijn een aantal malen verlengd. Uiteindelijk is tussen partijen afgesproken dat de beslistermijn is verlengd tot en met eind september 2012.

2 Regelgeving en relevante feiten

2.1 Inleiding

De AFM vindt het belangrijk om eerst in algemene zin in te gaan op het belang van de functie van de compliance officer. Daarom wordt in deze paragraaf allereerst het algemene regelgevende kader geschetst voor de compliance officer en de plaatsvervangend compliance officer (paragraaf 2.2). Daarna gaat de AFM in op het belang van een goede uitvoering van deze functies (paragraaf 2.3). Hoe deze functies in opzet zijn geregeld bij EY komt in paragraaf 2.4 aan de orde. Tot slot wordt in paragraaf 2.5 – ‘Beoordeling van de feiten’ – ingegaan op de uitvoering van deze functies bij EY, waardoor overtreding van artikel 23, eerste lid, Bta, heeft plaatsgevonden.

2.2 Regelgevend kader voor de compliance officer en de plaatsvervangend compliance officer

Een accountantsorganisatie moet de naleving van het stelsel van kwaliteitsbeheersing waarborgen. Dit volgt uit artikel 18 en 21 Wta en wordt nader uitgewerkt in de artikelen 22 Bta tot en met 24 Bta.

Artikel 18 Wta luidt:

‘1. De accountantsorganisatie beschikt over een stelsel van kwaliteitsbeheersing.

2. Het stelsel van kwaliteitsbeheersing is zodanig ingericht dat de werkzaamheden betreffende een wettelijke

controle te allen tijde plaatsvinden onder de verantwoordelijkheid van een externe accountant.

3. *Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden met het oog op de bevordering van het vertrouwen in de financiële markten, de waarborging van het publieke belang van de accountantsverklaring en het toezicht op de naleving van de bij of krachtens deze wet gestelde regels, regels gesteld ten aanzien van de kwaliteitsbeheersing en het stelsel van kwaliteitsbeheersing.*

Artikel 21 Wta luidt:

‘1. Een accountantsorganisatie richt de bedrijfsvoering zodanig in dat deze een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt.

2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot het eerste lid. Deze regels hebben betrekking op:

a. het beheersen van bedrijfsprocessen en bedrijfsrisico's;

b. integriteit, waaronder wordt verstaan:

1°. het tegengaan van verstrengeling van tegenstrijdige belangen;

2°. het tegengaan van betrokkenheid van de accountantsorganisatie, de externe accountants of andere medewerkers van de accountantsorganisatie bij strafbare feiten en wetsovertredingen die het vertrouwen in de accountantsorganisatie of in de financiële markten kunnen schaden;

3°. het tegengaan van relaties met cliënten die het vertrouwen in de accountantsorganisatie of in de financiële markten kunnen schaden;

c. het voorkomen dat bij het verrichten van wettelijke controles de onafhankelijkheid in het geding komt van de externe accountants of andere medewerkers van de accountantsorganisatie die ten behoeve van die wettelijke controles werkzaamheden verrichten;

d. andere bij algemene maatregel van bestuur te noemen onderwerpen.’

Artikel 22 Bta bepaalt dat de accountantsorganisatie die wettelijke controles verricht bij organisaties van openbaar belang, gehouden is de naleving van het stelsel van kwaliteitsbeheersing te waarborgen. Gezien deze verantwoordelijkheid moet de accountantsorganisatie een aparte persoon aanwijzen, de zogenoemde ‘compliance officer’, die dient toe te zien op de naleving van de bij en krachtens artikelen 13 tot en met 24 van de Wta gestelde regels. Dit volgt uit artikel 23, eerste lid Bta:

‘Een accountantsorganisatie die wettelijke controles verricht bij organisaties van openbaar belang wijst een persoon aan die binnen de accountantsorganisatie toeziet op de naleving van de bij en krachtens de artikelen 13 tot en met 24 van de wet gestelde regels.’

Primair wordt in dit artikel verwezen naar de artikelen 13 tot en met 24 van de Wta. Artikel 14 Wta luidt:

‘De accountantsorganisatie draagt er zorg voor dat de externe accountants die bij haar werkzaam zijn of aan haar zijn verbonden voldoen aan het bij of krachtens afdeling 3.2 bepaalde.’

Afdeling 3.2 Wta bestaat uit de artikelen 25 t/m 31 Wta. Het toezicht van de compliance officer strekt zich derhalve uit tot de artikelen 13 t/m 31 Wta (hoofdstuk 3 Wta). De uitwerking van deze wetsartikelen is opgenomen in de artikelen 8 tot en met 38 Bta.

In de Nota van Toelichting bij het Bta is de rol van de compliance officer als volgt beschreven:²

‘Deze persoon is uit dien hoofde een belangrijk aanspreekpunt voor de dagelijksbeleidsbepalers en voor de AFM als toezichthouder. Het is een functie met een adviserende rol richting de beleidsbepalers van de accountantsorganisatie. Verder richt deze functie zich op het beheersen van de nalevingsrisico's en draagt daarmee uiteindelijk bij aan de beheersing van het reputatierisico van de accountantsorganisatie.

Gezien de verantwoordelijkheid van de accountantsorganisatie voor de adequate werking van het stelsel van kwaliteitsbeheersing, legt de in artikel 23 bedoelde persoon verantwoording af aan het bestuur van de accountantsorganisatie. Het is ook het bestuur van de accountantsorganisatie die uiteindelijk maatregelen zal dienen te nemen indien uit de bevindingen van deze persoon – al dan niet structurele – tekortkomingen blijken in het stelsel van kwaliteitsbeheersing.’

Vanuit het oogpunt van onafhankelijkheid kan de compliance officer niet toezien op die werkzaamheden waarbij hij/zij zelf is betrokken. Vandaar dat in een dergelijk geval een plaatsvervanger zijn taak zal moeten overnemen, zie artikel 23, derde lid, Bta:

‘3. Indien de in het eerste lid bedoelde persoon is betrokken bij een opdracht tot het verrichten van een wettelijke controle, is het zijn plaatsvervanger die ter zake van die opdracht toeziet op de naleving van de in het eerste lid bedoelde regels.’

Artikel 23 Bta, dat het toezicht door een compliance officer regelt, is een zogenoemde ‘kapstokbepaling’. In de Nota van Toelichting wordt uitgelegd dat dit betekent dat een dergelijke bepaling (uit hoofdstuk 5, 6 en 7 Bta) door middel van zelfregulering van de beroepsorganisaties (verordeningen) verder wordt uitgewerkt.³ Het toezicht van de AFM strekt zich ook uit over de naleving door de accountantsorganisaties van de desbetreffende verordeningen, zie artikel 34 Bta. Artikel 8 Verordening Accountantsorganisaties RA luidt:

1. *‘De accountantsorganisatie die wettelijke controles verricht bij organisaties van openbaar belang stelt een complianceregel vast.*
2. *De complianceregel beschrijft op welke wijze de compliance officer toeziet op de naleving van de bij of*

² Nota van Toelichting, Stb 2006, 380, p. 42.

³ Zie de Nota van Toelichting, Stb 2006, 380, p. 20-21.

krachtens de artikelen 13 tot en met 24 van de wet gestelde regels.'

Hoe EY de rol van de compliance officer in haar complianceregelgeving heeft beschreven, komt hieronder aan de orde in paragraaf 2.4. Eerst wordt dieper ingegaan op het belang van de rol van de compliance officer en diens plaatsvervanger.

2.3 Belang van de rol van compliance officer en de plaatsvervangend compliance officer

Compliance officer

Een accountantsorganisatie moet de naleving van het stelsel van kwaliteitsbeheersing waarborgen. Om dit te kunnen doen, heeft de accountantsorganisatie interne kwaliteitsbewaking nodig. De beleidsbepalers van de accountantsorganisatie zijn hiervoor verantwoordelijk. Ter waarborging van het interne stelsel van kwaliteitsbeheersing en -bewaking moeten accountantsorganisaties die wettelijke controles verrichten bij organisaties van openbaar belang een aparte persoon aanwijzen, de zogenoemde 'compliance officer', aldus artikel 23 Bta. De compliance officer als bedoeld in artikel 23 Bta dient toe te zien op *alle* bij en krachtens artikelen 13 tot en met 24 van de wet gestelde regels. Zoals gezegd vallen door artikel 14 Wta de artikelen 25 tot en met 31 Wta hier ook onder.

De compliance officer heeft een goed beeld van de uitvoering van het interne stelsel van kwaliteitsbeheersing binnen zijn organisatie en is daarvoor verantwoordelijk. Hij signaleert risico's, stuurt het interne toezicht aan voor zover dat door diverse afdelingen wordt uitgevoerd en houdt daar toezicht op. Een accountantsorganisatie mag de onder verantwoordelijkheid van de compliance officer vallende werkzaamheden laten uitvoeren door andere afdelingen en personen, mits de compliance officer deze werkzaamheden voldoende aanstuurt en daar toezicht op houdt. De compliance officer is een belangrijk aanspreekpunt voor de dagelijksbeleidsbepalers en voor de AFM als toezichthouder; hij ontvangt de toezichtresultaten, rapporteert deze aan de dagelijkse beleidsbepalers en stuurt het interne toezicht bij waar nodig. Hij is als de spreekwoordelijke 'kapitein op het schip' verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van het interne stelsel van kwaliteitsbeheersing. Hiermee richt de compliance officer zich op het beheersen van de nalevingsrisico's en draagt hij uiteindelijk bij aan de beheersing van het reputatierisico van de accountantsorganisatie.

Plaatsvervangend compliance officer

De functie van compliance officer kan worden gecombineerd met andere functies die een persoon heeft, bijvoorbeeld met het optreden als externe accountant en/of als verantwoordelijke voor interne reviews, voor zover een goede taakuitoefening van de compliance officer dat toelaat. Vanuit het oogpunt van onafhankelijkheid kan een persoon echter niet toezien op zijn eigen werkzaamheden. Als de compliance officer zelf ook wettelijke controles uitvoert dan dient de plaatsvervangend compliance officer te toetsen of de compliance officer daarbij het stelsel van kwaliteitsbeheersing naleeft. Voor zover een compliance officer eveneens verantwoordelijk is voor de interne reviews, zal diens plaatsvervanger moeten beoordelen of de compliance officer (in zijn hoedanigheid van externe accountant) in de interne review (dient te) word(t)en betrokken. Als dat laatste het geval is, zal de plaatsvervangend compliance officer in zoverre de selectie van de dossiers, de beoordeling, en de rapportage van de uitkomsten aan het bestuur, moeten overnemen. Daarom dient een accountantsorganisatie een plaatsvervangend

compliance officer aan te wijzen.

2.4 De opzet van de functie van de compliance officer en de plaatsvervangend compliance officer bij EY

Het Reglement Compliance Officer AABS⁴

Ter uitvoering van het voornoemde artikel 8 Verordening Accountantsorganisaties RA heeft EY de rol van de compliance officer beschreven in haar ‘Reglement Compliance Officer AABS’ van juni 2007 (hierna: “Reglement”). Dit document is een belangrijke basis om de uitvoering van het toezicht door de compliance officer aan te toetsen. In dit document staat het volgende vermeld:

‘2.1 Algemeen

1. Het bestuur van EY AABS is verantwoordelijk voor het waarborgen van de naleving van het stelsel van kwaliteitsbeheersing.
2. Het bestuur van EY AABS stelt in het kader van het hierboven genoemde een Compliance Officer (hierna CO) aan. Het bestuur van EY AABS benoemt tevens een plaatsvervanger.

2.2 Functie Compliance Officer

1. De CO ziet toe op de naleving van het stelsel van kwaliteitsbeheersing, als bedoeld in onder meer de Wta en Bta, in opdracht van het bestuur AABS. De werkzaamheden en verantwoordelijkheden in dat kader bestaan uit de volgende twee met elkaar samenhangende hoofdtaken:
 - a. Het vervullen van de functie van compliance officer als bedoeld in de Wta en Bta.
 - b. Het uitvoeren van AQR toetsingen.⁵
2. De CO legt verantwoording af aan het bestuur AABS, in het bijzonder aan de QRM Leader AABS,⁶ over zijn werkzaamheden en de uitkomsten daarvan.
3. De functie van CO kan gecombineerd worden met andere functies, bijvoorbeeld het optreden als externe accountant.
4. De CO kan niet toezien op de wijze waarop hij zelf het stelsel van kwaliteitsbeheersing naleeft. Deze toetsing moet worden gedaan door de plaatsvervanger.

2.3 Positie CO binnen EY en QRM

1. De QRM Leader AABS en de PPD⁷ zijn (hiërarchisch) verantwoordelijk voor beleidsmatige en uitvoerende taken rondom opzet en werking van het stelsel van kwaliteitsbeheersing. Zij maken gebruik van de Compliance en Independence Desk, welke onderdeel uitmaken van de QRM organisatie voor EY Nederland. De CO heeft toegang tot alle relevante informatie (lees: die informatie die betrekking heeft op het stelsel van kwaliteitsbeheersing m.b.t.

⁴ De afkorting AABS staat volgens de inleiding van het Reglement voor Ernst & Young Accountants.

⁵ AFM: de afkorting AQR staat voor Audit Quality Review. Vanuit deze functie wordt onderzocht of wordt voldaan aan de eisen die worden gesteld aan het controlewerk.

⁶ AFM: de afkorting QRM staat voor Quality & Risk Management.

⁷ AFM: de afkorting PPD staat voor Professional Practice Director.

EY AABS en in het bijzonder de naleving van wet- en regelgeving) aanwezig op of te verkrijgen via deze afdelingen.

2. De CO heeft de bevoegdheid om de Compliance en Independence Desk aanwijzingen, adviezen ter verbetering of verzoeken tot nader onderzoek te geven.
3. De CO kan tevens met alle andere betrokkenen en afdelingen (zoals DVT, VC, AABS, JZ)⁸ overleggen en heeft geen beperkingen in de toegang tot informatie die in het kader van de uitoefening van de functie relevant zijn.
4. De CO zal betrokkenen en afdelingen verzoeken schriftelijk te rapporteren over door hun uitgevoerde werkzaamheden met betrekking tot het toezicht op de werking van het stelsel van kwaliteitsbeheersing.
5. De CO heeft te allen tijde rechtstreeks toegang tot de voorzitter AABS, de QRM Leader AABS, de PPD en de voorzitter van het VC AABS.
6. De CO kan indien nodig het VC AABS, in de rol van het VC AABS als toezichthouder op het bestuur, rechtstreeks informeren over belangrijke zaken.
7. De CO zorgt voor een adequate vastlegging van relevante gesprekken, afspraken en bijeenkomsten, voortvloeiend uit de punten 2 tot en met 6 hierboven.

2.4 Taken van Compliance Officer

1. Het toezien op de naleving van het stelsel van kwaliteitsbeheersing is erop gericht een evaluatie te verkrijgen van:
 - a. Het voldoen aan de vaktechnische richtlijnen en de door wet- en regelgeving gestelde eisen;
 - b. De vraag of het kwaliteitsbeheersingssysteem juist is op gezet en effectief is geïmplementeerd;
 - c. De vraag of het stelsel voor kwaliteitsbeheersing op de juiste wijze wordt toegepast, zodat de rapporten die door de accountantsorganisatie worden afgegeven onder de gegeven omstandigheden juist zijn.
2. Eén van de taken van de CO is om het bestuur AABS in staat te stellen om jaarlijks de verklaring als bedoeld in artikel 30 Bta af te leggen. Dit betreft de verklaring als onderdeel van het transparantieverslag, waarin het bestuur verklaart dat het stelsel van kwaliteitsbeheersing al dan niet doeltreffend heeft gefunctioneerd.
3. De CO AABS stelt (jaarlijks) een plan op, waarin de invulling van het toezicht wordt aangegeven.
4. Een belangrijk instrument voor de CO bij het toezicht houden zijn de AQR toetsingen. Deze toetsingen worden door onafhankelijke teams onder coördinatie en aansturing van de CO uitgevoerd.
5. De CO rapporteert jaarlijks aan het bestuur AABS over de uitkomsten van zijn bevindingen, inclusief over de uitkomsten van de uitgevoerde AQR toetsingen.
6. Op grond van de geldende wet- en regelgeving behoren tot de taken van de CO AABS in ieder geval (art 23 Bta):
 - (...) [AFM: de eerste 11 bullets betreft het toezien op de naleving door de accountantsorganisatie van artikel 15 t/m 23 Wta]
 - Erop toezien dat de externe accountant niet langer dan 7 aaneengesloten jaren verantwoordelijk is voor de uitvoering van de wettelijke controle bij een OOB (art. 24 Wta).
 - Erop toezien dat de externe accountant voldoet aan de gestelde regels ten aanzien van zijn vakbekwaamheid, onafhankelijkheid, objectiviteit en integriteit (art 25 Wta).

⁸ AFM: de afkorting DVT staat voor Directoraat Vaktechniek; VC voor Vertrouwenscollege; JZ voor Juridische Zaken.

- *Toezen op de naleving van de overige bepalingen in art 8 t/m 38 Bta, inzake de opzet van het stelsel van kwaliteitsbeheersing, de cliëntenadministratie, het controledossier, aanvaarding of continuering van opdrachten, de uitvoering van de wettelijke controle, naleving stelsel van kwaliteitsbeheersing, klachtenregeling en tuchtrechtspraak. Dit betreft onder meer:*
 - (...)’

Voor de compliance officer is het Reglement een belangrijke basis om zich bij de uitvoering van zijn toezicht aan te houden, omdat hierin bepalingen zijn opgenomen ten aanzien van zijn functie, positie en taken. Uit het Reglement blijkt dat de compliance officer in opzet invloed kan hebben op de door de overige afdelingen te verrichten werkzaamheden. Daarnaast blijkt dat de compliance officer zelf zorgt voor adequate vastleggingen van gesprekken, afspraken, bijeenkomsten, verzoeken tot nader onderzoek etc.

Zoals uit het Reglement blijkt, zijn bij EY meerdere afdelingen betrokken bij het stelsel van kwaliteitsbeheersing. Tijdens de onderzoeksperiode was ‘compliance’ bij EY verdeeld over onder meer de volgende verschillende afdelingen en personen:⁹ de afdeling Juridische Zaken; de Compliance en Independence Desk; de AQR; het Directoraat Vaktechniek en Quality & Risk Management (welke onder meer als taak heeft te onderzoeken of voldaan wordt aan de opleidingseisen en of voldaan wordt aan de procedures inzake klantacceptatie, consultaties, independent reviews) en de Professional Practice Director (die onder meer richtlijnen uitvaardigt, verantwoordelijk is voor de opdrachtgerichte kwaliteitsbeoordeling en tevens verantwoordelijk is voor de jaarlijkse evaluatie van het stelsel van kwaliteitsbeheersing en de rapportage daarover aan het Bestuur AABS).

Om invulling te geven aan het toezicht op het stelsel van kwaliteitsbeheersing heeft EY er destijds voor gekozen om de AQR-leader de functie van compliance officer te laten vervullen. Reden hiervoor was het feit dat de AQR-leader, als verantwoordelijke voor het uitvoeren van periodieke inspecties van afgeronde controle opdrachten, deels al invulling gaf aan de monitoring van het stelsel. Daarnaast kreeg de compliance officer een aanvullende taak, aldus EY. Hij zou toezicht houden op de wijze waarop het toezicht door de voornoemde personen en afdelingen wordt uitgeoefend.

De compliance officer van EY legde zijn geplande werkzaamheden vooraf vast in het ‘Jaarplan 2009 compliance officer (AABS)’ (Jaarplan 2009). Uit het Jaarplan 2009 blijkt dat de geplande werkzaamheden van de compliance officer onder meer bestaan uit het kennisnemen van de uitkomsten van de jaarlijkse AQR en van de rapportages van de Independence en compliance desk (die toeziet op naleving van de onafhankelijkheidsregels). Daarnaast heeft de compliance officer in 2009 gepland periodiek te spreken met de Professional Practice Director (PPD), de Quality risk management leader (QRM) en met de afdeling Juridische Zaken.

⁹ Zie het Reglement; het Bezwaarschrift onder punt 7 op p. 3 en 4; bijlage 2 van het Bezwaarschrift op p. 3; en het Jaarplan 2009 van de Compliance Officer AABS in de kolom onder “Key control”.

2.5 Beoordeling van de feiten

Onvoldoende toezicht door de compliance officer

Uit de in paragraaf 1.2 van het Boetebesluit genoemde feiten (“feit a” tot en met “feit g”), waarnaar de AFM hier verwijst, blijkt naar het oordeel van de AFM dat de compliance officer onvoldoende toezicht heeft gehouden op de naleving van de artikelen 13 tot en met 24 Wta om de volgende redenen.

Uit het onderzoek van de AFM is gebleken dat de compliance officer niet alle werkzaamheden zoals neergelegd in het Jaarplan 2009 ook daadwerkelijk heeft uitgevoerd (zie “feit a” tot en met “feit d” uit het Boetebesluit). [REDACTED]

Daar waar er wel besprekingen hebben plaatsgevonden, bijvoorbeeld met de afdeling Juridische Zaken, is uit het onderzoek van de AFM niet gebleken dat de compliance officer hetgeen besproken is met deze afdeling betrokken heeft bij zijn compliance werkzaamheden. Evenmin is gebleken dat hij uitvoering heeft gegeven aan eventuele actiepunten.

Voorts is gebleken dat de compliance officer niet voldoende ruimte had – gelet op zijn dubbele functie als AQR-leader en compliance officer – om afdoende aandacht te besteden aan zijn werkzaamheden als compliance officer (zie “feit f” uit het Boetebesluit). [REDACTED]

blijkt dat hij in het afgelopen boekjaar in totaal slechts [REDACTED] uur aan compliance werkzaamheden had besteed. [REDACTED] gaf de compliance officer zelf aan dat zijn rol als compliance officer beter ingevuld kon worden. Naar zijn mening zat de compliance officer nog teveel op de achtergrond.¹⁰

Tot slot is uit het onderzoek van de AFM gebleken dat de compliance officer geen concrete compliance risico’s heeft benoemd of behandeld, zie “feit e” uit het Boetebesluit. De compliance officer heeft weliswaar een Jaarplan opgesteld, maar dit plan gaat voorbij aan een risicogebaseerde invulling. Om adequaat toezicht te kunnen houden dient de compliance officer zijn toezicht ook toe te spitsen op de specifieke compliance risico’s van zijn organisatie. Deze compliance risico’s dient de compliance officer niet alleen te identificeren, maar hij dient ook werkzaamheden uit te voeren en/of maatregelen te treffen om deze compliance risico’s te beheersen binnen de organisatie.

Dit is echter niet door de compliance officer gedaan. Uit vastleggingen van de compliance officer is niet gebleken dat er werkzaamheden zijn gepland, laat staan uitgevoerd, ten aanzien van de identificatie van concrete risico’s binnen EY, onderverdeeld naar bijvoorbeeld onderwerp, business unit, locatie, individuele externe accountants etc. Ook heeft de AFM niet geconstateerd dat de compliance officer onderzoeken heeft verricht naar het beheersen van het risico dat de accountantsorganisatie en/of haar medewerkers de wet- en regelgeving niet zouden naleven.

¹⁰ [REDACTED]

De AFM kan dan ook niet anders dan constateren dat de compliance officer onvoldoende heeft toegezien op de naleving van de bij of krachtens de artikelen 13 tot en met 24 van de Wta gestelde regels. EY heeft hiermee artikel 23, eerste lid, eerste volzin van het Bta niet nageleefd.

De AFM acht een overtreding van artikel 23, eerste lid, Bta zeer ernstig. Een essentieel onderdeel van een goed functionerende accountantsorganisatie is het toezicht door de compliance officer op het interne stelsel van kwaliteitsbeheersing. Uit de toelichting op artikel 23 Bta volgt dat de wetgever deze persoon ziet als een belangrijk aanspreekpunt voor de dagelijks beleidsbepalers en voor de AFM als toezichthouder. De AFM hecht ook daarom veel waarde aan een goed functionerende compliance officer.

Plaatsvervangend compliance officer

In paragraaf 2.1 onder 2 van het Reglement van EY staat dat de plaatsvervangend compliance officer bij bestuursbesluit moet worden aangewezen. Uit het Jaarplan 2009 volgt dat de Independence Director als plaatsvervangend compliance officer was aangewezen. Ook volgt uit het Jaarplan dat ter naleving van artikel 23, derde lid, Bta de plaatsvervangend compliance officer toezicht houdt op de compliance officer bij wettelijke controles door de volgende ‘Key control’ uit te voeren: “*Selectie uit portefeuille CO AABS tbv AQR en toezicht op uitvoering door Independence Director*”.

Ten tijde van het onderzoek op 6 juli 2009 is mondeling door de compliance officer aan de AFM medegedeeld dat diens plaatsvervanger, [REDACTED], per 1 juli 2009 was afgetreden, aangezien [REDACTED]. Dit is voorts bevestigd in het door EY ingevulde en per 17 juli 2009 aan de AFM verzonden Wijzigingsformulier, waaruit blijkt dat [REDACTED].

Uit de notulen van een overleg van het ‘[REDACTED] Management Team’ op 15 februari 2010 blijkt dat eerst op die datum een nieuwe plaatsvervangend compliance officer is benoemd. De AFM constateert hiermee dat EY vanaf 1 juli 2009 tot 15 februari 2010 geen plaatsvervangend compliance officer had. Hiermee heeft EY artikel 23, eerste lid, tweede volzin, Bta overtreden.

Een plaatsvervangend compliance officer is van groot belang om toezicht te houden op de taken van de compliance officer zelf. De functie van compliance officer kan ingevolge artikel 23, derde lid, Bta gecombineerd worden met andere functies binnen de accountantsorganisatie. Dit was ook het geval ten aanzien van de compliance officer van EY, die tevens AQR-leader was. Vanuit het oogpunt van onafhankelijkheid kan de compliance officer niet toezien op die werkzaamheden waarbij hij zelf betrokken is.

In een dergelijk geval van belangenverstrengeling zal zijn plaatsvervanger zijn taak moeten overnemen.¹² In de praktijk betekende dit dat de plaatsvervangend compliance officer, toezicht moest houden op de werkzaamheden van de AQR-leader. De plaatsvervanger moet toezicht houden op de compliance officer in zijn AQR-functie voorzover die AQR ziet op de compliance officer in zijn hoedanigheid van externe accountant.

¹¹ [REDACTED]

¹² Stb 2006, 380, p. 42.

De AFM merkt op dat gedurende de periode dat er geen plaatsvervangend compliance officer heeft gefunctioneerd, door de compliance officer 41 wettelijke controles zijn verricht,¹³ waarvan 2 door EY zijn aangemerkt als 'Moderate Risk' en 39 met 'Low Risk'. Gedurende deze periode zijn er in ieder geval enkele meldingen gedaan van afronding van OKB's bij wettelijke controles waarbij de compliance officer als externe accountant fungeerde. Deze meldingen zijn niet aan de plaatsvervangend compliance officer gedaan. Dit blijkt uit het overzicht IR-meldingen.¹⁴ Dit document wordt door de compliance officer bijgehouden en bevat de data van afronding OKB, de accountantsverklaring, de melding aan de compliance officer etc. Hieruit blijkt dus dat de compliance officer heeft toegezien op maatregelen, waarbij hij zelf als externe accountant betrokken is geweest. Aangezien er binnen EY in de periode van 1 juli 2009 tot 15 februari 2010 geen plaatsvervangend compliance officer aangewezen was, concludeert de AFM dat er in ieder geval in die periode geen onafhankelijk toezicht heeft plaatsgevonden op de werkzaamheden van de AQR-leader.

3 Gronden van bezwaar

De gronden van bezwaar van EY luiden - samengevat en zakelijk weergegeven - als volgt.

Opmerking EY voorafgaand aan de formele en materiële gronden

De AFM heeft de opzet en de werkwijze van de functie van de compliance officer al goedgekeurd bij de vergunningaanvragen van EY in 2007 en 2008.

Formele gronden

- A Schending legaliteitsbeginsel: onvoldoende deugdelijke grondslag voor de boete aan EY.
- B Artikel 23 Bta kent geen vastleggingseis; het Boetebesluit is in strijd met de onschuldpresumptie.
- C Strijd met rechtszekerheidsbeginsel en bepaaldheidsgebod.
- D De AFM treedt buiten de grondslag van het rapport.
- E Motivering van het besluit is onvoldoende, voorbereiding van het besluit is onzorgvuldig.

Materiële gronden

- F De AFM heeft onvoldoende onderzoek verricht ten aanzien van:
 - a) de opvolging van gesprekken;
 - b) de werkzaamheden van het Jaarplan 2009.

¹³ Op basis van cliëntenadministratie conform e-mail d.d. 4 mei 2009 ontvangen van [REDACTED] van EY.

¹⁴ Dit overzicht is per brief van 15 juli 2009 van EY ontvangen in een begeleidend schrijven ondertekend door [REDACTED].

- G Er is geen sprake van een overtreding van artikel 23, eerste lid, eerste volzin Bta.
- H Er is geen sprake van een overtreding van artikel 23, eerste lid, tweede volzin Bta.
- I Gronden tegen de oplegging en de hoogte van de boete.

4. Beoordeling gronden van bezwaar

In deze paragraaf worden de bezwaren van EY door de AFM samengevat en vervolgens behandeld.

Opmerking van EY vooraf

EY voert in paragraaf 2 van haar bezwaarschrift aan dat de AFM, door de vergunningverlening in 2007 en 2008, bekend was met de opzet en werking van het stelsel van kwaliteitsbeheersing en EY nooit heeft laten weten dat deze werkwijze in strijd zou zijn met artikel 23 Bta.

Reactie AFM

De AFM benadrukt dat zij EY niet verwijt dat de wijze waarop EY haar compliance functie had ingericht in opzet onjuist was (door meerdere afdelingen een rol te geven in de naleving van specifieke regels). Verweten wordt dat de compliance officer in de praktijk zelf onvoldoende toezicht heeft gehouden op de naleving van de regels als bedoeld in artikel 23 Bta. Bij de vergunningverleningen is de opzet getoetst en niet de werking van de functie van de compliance officer gedurende de boeteperiode. Als de compliance officer destijds (in 2007 en 2008) wel voldoende toezicht zou hebben gehouden, hetgeen de AFM zoals gezegd niet heeft onderzocht, doet dit niets af aan de onderhavige boete. De huidige boete van de AFM ziet namelijk op het functioneren van de compliance officer in het tijdvak van 1 januari 2009 tot en met 15 februari 2010.

Ten overvloede overweegt de AFM nog het volgende. Zoals in het Boetebesluit is onderbouwd, vond het onderzoek van de AFM bij EY, in het kader van de vergunningverlening in april 2007, relatief kort plaats na de inwerkingtreding van de Wta. Op die datum was het voor de AFM nog niet mogelijk de werking van het toezicht op de naleving van het stelsel van kwaliteitsbeheersing vast te stellen, aangezien EY destijds een nieuw stelsel van kwaliteitsbeheersing had ingericht.

Bovendien beperkt een toetsing in het kader van een vergunningverlening zich in beginsel tot een *quick scan* van de accountantsorganisatie. De wetgever gaat er vanuit dat de AFM de accountantsorganisatie bij de vergunningverlening in beginsel niet aan een indringende toetsing onderwerpt, tenzij er aanwijzingen zijn dat niet aan de in de Wta gestelde voorschriften wordt voldaan.¹⁵ Zulke aanwijzingen waren er destijds niet.

De AFM stelt vast dat de tweede vergunningverlening van juli 2008 volgt op de (juridische) structuurwijziging van EY, waarbij EY Accountants LLP als 'opvolger' fungeert van EY Accountant BV. De AFM stelt vast dat zij

¹⁵ CBb 23 december 2011, *LJN BU9582*, ro. 5.4.1

bij deze vergunningverlening de consequenties van de aanpassingen in de juridische structuur heeft beoordeeld. De AFM heeft bij deze vergunningverlening geen nadere beoordeling verricht van de compliance functie. De vergunningverlening volgde immers enkele dagen na de aanvraag door EY van de vergunning.

Formele gronden

EY is van oordeel dat er aan het Boetebesluit formele gebreken kleven, waardoor het Boetebesluit niet in stand kan blijven.

A Schending legaliteitsbeginsel: onvoldoende deugdelijke grondslag voor de boete aan EY

Beoordeling functioneren compliance officer

EY stelt dat het Boetebesluit in strijd is met het legaliteitsbeginsel omdat artikel 23, eerste lid, Bta geen deugdelijke grondslag zou bieden voor het beboeten van EY vanwege een gebrekkig functioneren van de compliance officer (paragraaf 4.1.1 van het bezwaarschrift).

EY is van mening dat uit het betreffende artikel slechts een verplichting volgt voor het aanwijzen cq. benoemen van een compliance officer en dat uit het artikel geen norm voortvloeit waarmee kan worden beoordeeld in ‘welke mate waarin en wijze waarop’ de aangestelde compliance officer daadwerkelijk toezicht houdt op de naleving van de in artikel 23 Bta bedoelde regels. EY meent dat de AFM ten onrechte een resultaatsverplichting leest in het betreffende artikel.

De regels die vallen onder artikel 23, eerste lid, Bta

Volgens EY zou het legaliteitsbeginsel zijn geschonden doordat de AFM verwijten ten grondslag heeft gelegd aan het Boetebesluit die naar de mening van EY niet onder het bereik vallen van artikel 23, eerste lid, Bta. EY is het niet eens met het oordeel van de AFM dat via artikel 14 Wta eveneens de artikelen 25 tot en met 31 Wta onder het bereik van artikel 23, eerste lid, Bta worden gebracht. EY vindt dit een onjuiste interpretatie van de wettelijke bepaling (paragraaf 4.1.2 van het bezwaarschrift).

Reactie AFM

Artikel 23 Bta biedt voldoende grondslag voor een beoordeling van het functioneren compliance officer

De AFM deelt niet de stelling van EY dat artikel 23 Bta slechts zou zien op een formele aanstellingsverplichting voor de accountantsorganisatie. Uit artikel 23, eerste lid, Bta blijkt namelijk duidelijk dat deze verplichting niet alleen ziet op de *benoeming of aanstelling* van de compliance officer, maar eveneens op het *daadwerkelijk toezien* door de aangewezen compliance officer. Dit blijkt ook uit de tekst van het artikel, te weten, de accountantsorganisatie:

‘wijst een persoon aan die binnen de accountantsorganisatie toeziet op de naleving van de bij en

krachtens de artikelen 13 tot en met 24 van de Wta gestelde regels. [onderstreping AFM]

In tegenstelling tot wat EY betoogt, leest de AFM geen resultaatsverplichting in het artikel, maar een inspanningsverplichting.¹⁶ Aan die inspanningsverplichting is echter niet reeds voldaan doordat een accountantsorganisatie een compliance officer aanwijst met de hiervoor bedoelde taak. De verplichting tot aanwijzing van de compliance officer beoogt de kwaliteitsbeheersing te waarborgen, hetgeen slechts bereikt kan worden indien er ook daadwerkelijk een materiële invulling wordt gegeven aan de functie van de compliance officer. Dat dit noodzakelijk is volgt uit de tekst van het Bta maar ook uit de Nota van Toelichting alsmede uit artikel 8 Verordening Accountantsorganisaties RA (Verordening), dat het niet bij een formele aanwijzingsverplichting kan blijven. Artikel 8, lid 2, Verordening luidt:

'De complianceregelgeving beschrijft op welke wijze de compliance officer toeziet op naleving van de bij of krachtens de artikelen 13 tot en met 24 van de wet gestelde regels'. [Onderstreping AFM]

In de Nota van toelichting bij de Bta is eveneens benadrukt dat de compliance officer een adviserende rol heeft richting de beleidsbepalers van de accountantsorganisatie en bijdraagt aan het beheersen van de nalevingsrisico's binnen de accountantsorganisatie.¹⁷ De AFM stelt op basis hiervan vast dat van de accountantsorganisatie mag worden verwacht dat de compliance officer daadwerkelijk invulling geeft aan zijn functie.

De regels die vallen onder artikel 23, eerste lid, Bta strekken zich uit tot artikel 13 tot en met 31 Wta

De AFM gaat ook niet mee in de stelling van EY dat zij artikel 23, eerste lid, Bta te ruim zou interpreteren. Dit artikellid luidt:

'Een accountantsorganisatie die wettelijke controles verricht bij organisaties van openbaar belang wijst een persoon aan die binnen de accountantsorganisatie toeziet op de naleving van de bij en krachtens de artikelen 13 tot en met 24 van de wet gestelde regels.'

Uit de wetsystematiek volgt dat de compliance officer via artikel 14 Wta méér regels in zijn toezicht moet betrekken. Artikel 14 Wta luidt:

'De accountantsorganisatie draagt er zorg voor dat de externe accountants die bij haar werkzaam zijn of aan haar zijn verbonden voldoen aan het bij of krachtens afdeling 3.2 bepaalde.'

De compliance officer moet er derhalve op toezien dat de accountantsorganisatie er zorg voor draagt dat de externe accountants voldoen aan het bij of krachtens afdeling 3.2 bepaalde. Afdeling 3.2 Wta bestaat uit de

¹⁶ Overigens merkt de AFM op dat de verwijzing van EY naar de uitspraak van 4 mei 2011 van de Rechtbank Rotterdam niet tot een ander oordeel leidt. Het gaat in die zaak om een hele andere regel (namelijk artikel 115 BGfo) en bovendien is de uitspraak nog niet onherroepelijk, omdat door de AFM hoger beroep is ingesteld.

¹⁷ Stb 2006, 380, p. 42.

artikelen 25 tot en met 31 Wta. Het toezicht van de compliance officer strekt zich derhalve ook uit tot de artikelen 13 tot en met 31 Wta (hoofdstuk 3 Wta). De uitwerking van deze wetsartikelen is opgenomen in de artikelen 8 tot en met 38 Bta. Er is aldus geen strijd met het legaliteitsbeginsel.

Daarnaast volgt dit ook uit het derde lid van artikel 23 Bta. Immers, in dat artikellid is bepaald dat indien de compliance officer *'is betrokken bij een opdracht tot het verrichten van een wettelijke controle, is het zijn plaatsvervanger die ter zake van die opdracht toeziet op de naleving van de in het eerste lid bedoelde regels'*. [Onderstreping AFM]

Hiermee is beoogd het toezicht van de compliance officer uit te doen strekken tot de regels die van toepassing zijn op het handelen van de externe accountant.

Voorts is van belang dat EY artikel 23 Bta ook in voornoemde zin heeft opgevat. In het Reglement heeft EY zelf vastgelegd dat het toezicht door de compliance officer zich niet beperkt tot de accountantsorganisatie (artikel 14 tot en met 24 Wta), maar zich ook uitstrekt tot het toezien op naleving van de regels door de externe accountants (artikel 25 tot en met 31 Wta). In paragraaf 2.4 van het Reglement van EY staat dat het toezicht van de compliance officer zich 'in ieder geval' uitstrekt tot:

- '(...)
- *Erop toezien dat de externe accountant voldoet aan de gestelde regels ten aanzien van zijn vakbekwaamheid, onafhankelijkheid, objectiviteit en integriteit (art 25 Wta).*
- *Toezien op de naleving van de overige bepalingen in art 8 t/m 38 Bta, inzake de opzet van het stelsel van kwaliteitsbeheersing, de cliëntenadministratie, het controledossier, aanvaarding of continuering van opdrachten, de uitvoering van de wettelijke controle, naleving stelsel van kwaliteitsbeheersing, klachtenregeling en tuchtrechtspraak. (...)*¹⁸

Ook heeft EY in haar 'Voorstel uitwerking functie Compliance Officer AABS' d.d. 9 februari 2007 het volgende opgenomen:

'De functie van CO wordt niet rechtstreeks in de Wta genoemd, maar beschreven in art 23 Bta. Vrij vertaald is hierin het volgende opgenomen:

1. *De accountantsorganisatie die wettelijke controles verricht bij organisaties van openbaar belang (hierna OOB's) wijst een CO AABS aan die **toeziet op de naleving** van de gestelde regels in **hoofdstuk 3 van de Wta** ('De accountantsorganisatie en de externe accountant'). Primair wordt gerefereerd aan art 13 t/m 24 Wta. Via art. 14 Wta wordt dit uitgebreid met art 25 t/m 31 Wta, waarmee hoofdstuk 3 geheel onder het toezicht valt. De uitwerking van deze wetsartikelen is opgenomen in **art 8 t/m 38 Bta**.
[Onderstreping door AFM. De zinsdelen zijn niet vetgemaakt door de AFM]*
2. *De CO AABS legt aan het AABS bestuur (beleidsbepalers) verantwoording af over zijn werkzaamheden en de uitkomsten daarvan.'*

¹⁸ Artikel 35 tot en met 38 Bta vormen een uitwerking van de artikelen 25 en 26 van de Wta en zijn gericht tot de externe accountant.

EY heeft in bovengenoemd stuk, op grond van dezelfde argumenten die de AFM thans hanteert, geoordeeld dat de compliance officer dient toe te zien op naleving van heel hoofdstuk 3 Wta.

Dat EY in 2007 ook zelf vond dat de compliance officer dient toe te zien op de naleving van deze bepalingen is van belang. Niet vanwege het feit dat dit de onderbouwing van de zienswijze van de AFM zou legitimeren - zoals EY in haar bezwaarschrift suggereert - maar vanwege het feit dat hieruit blijkt dat de reikwijdte van artikel 23 Bta niet onvoorzienbaar is en derhalve niet in strijd is met het bepaaldheidsgebod.

B Artikel 23 Bta kent geen vastleggingseis; Boetebesluit is in strijd met de onschuldpresumptie

Volgens EY legt de AFM artikel 23 Bta zo uit dat sprake is van een vastleggingseis voor de compliance officer in de uitoefening van zijn functie. Een vastleggingsvereiste zou nergens in de Wta of Bta aan de accountantsorganisatie worden gesteld (paragraaf 4.1.2, nr. 38-39 van het bezwaarschrift).

Volgens EY mag de AFM een overtreding niet enkel baseren op het feit dat geen schriftelijke vastleggingen zijn aangetroffen of de indruk dat de functie van compliance officer in de praktijk weinig voorstelde, dit is in strijd met de onschuldpresumptie (paragraaf 4.2 van het bezwaarschrift).

EY vindt overigens dat de compliance officer zijn functie wel naar behoren heeft uitgeoefend. EY voert verder aan dat uit de onschuldpresumptie voortvloeit dat de bewijslast op de toezichthouder rust om aan te tonen dat sprake is van een overtreding. Volgens EY is door de AFM niet aan deze bewijslast voldaan.

Reactie AFM

De AFM stelt voorop dat de boete niet wordt opgelegd omdat er onvoldoende vastleggingen zouden zijn, maar omdat bepaalde werkzaamheden onvoldoende zijn verricht; er is onvoldoende toezicht gehouden op de naleving van de in artikel 23, eerste lid, Bta, bedoelde regels.

Het controleren of de werkzaamheden wel in voldoende mate zijn verricht kan alleen als hiervan een goede verslaglegging is gedaan. Dit volgt ook uit het systeem van de Wta en Bta en de daaronder liggende regelgeving. Voor de toezichthouder is het van groot belang dat het stelsel van kwaliteitsbeheersing toetsbaar en controleerbaar is, zo blijkt uit de Nota van Toelichting bij artikel 8, 22 en 24 Bta.¹⁹ Uit het stelsel van de wet volgt derhalve wel degelijk een vastleggingseis. Zo wordt bijvoorbeeld bij de toelichting op artikel 8, tweede lid, Bta, benadrukt dat de werking van het stelsel van kwaliteitsbeheersing moet blijken uit vastleggingen:²⁰

‘De werking van het stelsel van kwaliteitsbeheersing blijkt uit de verschillende vastleggingen ingevolge dit besluit (onder andere in het controledossier).’

¹⁹ Nota van Toelichting *Stb* 2006, 380, p. 32-33, 41 en 43.

²⁰ Nota van Toelichting, *Stb* 2006, 380, p. 33.

EY erkent zelf ook het belang van vastleggingen en heeft zich aan dit uitgangspunt gecommitteerd. In het Reglement van EY staat dat de compliance officer verplicht is tot adequate vastleggingen van gesprekken, afspraken, bijeenkomsten, verzoeken tot nader onderzoek etc.²¹

Hierdoor wordt eens te meer bevestigd dat de compliance officer in het kader van het toezicht op de naleving van het stelsel van kwaliteitsbeheersing schriftelijke vastleggingen dient te maken.

Zoals beschreven in paragraaf 2.5, heeft de AFM een aanzienlijk aantal tekortkomingen in het toezicht door de compliance officer geconstateerd. Dat EY geen vastleggingen over heeft kunnen leggen die het tegendeel konden bewijzen, bevestigt het vermoeden dat de compliance officer niet naar behoren heeft gefunctioneerd.

Dat de bewijslast daarvan niet alleen bij de toezichthouder ligt, blijkt ook duidelijk uit een recente uitspraak van de Voorzieningenrechter waaruit blijkt dat het in de rede ligt dat juist de accountantsorganisatie aannemelijk maakt waarom zij vindt dat er geen sprake is van een tekortkoming, wanneer er geen vastleggingen zijn aangetroffen.²²

Nu het maken van vastleggingen noodzakelijk is voor het toezicht door de AFM en dit ook volgt uit het stelsel van de wet en het interne Reglement van EY en EY deze vastleggingen heeft nagelaten, ligt het bij gebreke van deze vastleggingen op de weg van EY om aan te tonen dat de vereiste werkzaamheden genoegzaam zijn verricht.

Hetgeen EY op dit punt heeft aangevoerd kan de AFM echter niet overtuigen.

In punt 68 van het bezwaarschrift stelt EY dat uit de verslagen van gesprekken tussen de compliance officer en de afdeling Juridisch Zaken blijkt van één concreet actiepunt, terzake waarvan in het daaropvolgende overleg in het gespreksverslag zou zijn vastgelegd: “*schending opnemen in de schendingendatabase*”. De AFM kan deze stelling ten voordele van EY niet controleren, aangezien er geen concrete vindplaats van deze vastlegging wordt gegeven. Los daarvan heeft te gelden dat dit ene actiepunt niet maakt dat de bevindingen van de AFM omtrent het niet functioneren van de compliance officer onjuist zouden zijn.

²¹ Paragraaf 2.3 onder punt 7 Reglement.

²² Rb. Rotterdam (vzr.) 19 januari 2012, *LJN* BV2271, r.o. 2.11. Zie ook Rb Rotterdam 28 april 2008, *LJN* BD1896 r.o. 2.3 en Rb Rotterdam 26 november 2009, *LJN* BK4740, r.o. 2. In die laatste uitspraak is één van de geconstateerde tekortkomingen het feit dat niet sprake is geweest van vastleggen van geplande en uitgevoerde werkzaamheden door de compliance officer:

- “(…)
- *als binnen AGO al een compliance officer was benoemd dan blijkt niet dat sprake is geweest van een vastlegging van geplande en uitgevoerde werkzaamheden door de compliance officer, zoals is voorgeschreven in het kennelijk voor AGO geldende handboek.*”

Hiernaast kan gewezen worden op Wft-jurisprudentie van de voorzieningenrechter, waarin eveneens wordt geoordeeld dat het voor rekening en risico van de betrokkene komt indien hij of zij een en ander niet goed of niet voldoende heeft vastgelegd: zie Rb Rotterdam (vzr.) 16 september 2009, *LJN* BJ8562, waarin wordt verwezen naar zijn uitspraken van 19 december 2008 (*LJN* BG8136), 30 juni 2009 (*LJN* BJ1748) en 2 juli 2009 (*LJN* BJ1746).

C Strijd met rechtszekerheidsbeginsel en bepaaldheidsgebod

In paragraaf 4.3 van het bezwaarschrift merkt EY op dat áls artikel 23, eerste lid, Bta al een grondslag zou bieden voor een beoordeling van het functioneren van de compliance officer, deze eisen als zó onvoorzienbaar moeten worden geacht, dat het Boetebesluit in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel en het bepaaldheidsgebod. EY noemt hierbij enkele punten die hierboven al zijn besproken, namelijk de vraag op welke regels artikel 23, eerste lid, Bta precies ziet, alsmede de veronderstelling van de AFM dat de compliance officer met vastleggingen zou moeten aantonen dat hij aan alle aan hem te stellen eisen voldoet.

EY gaat in op twee andere punten waaruit naar haar mening eveneens zou blijken dat de AFM een onvoldoende voorzienbare uitleg geeft aan artikel 23 Bta. In de eerste plaats doordat de AFM stelt dat de compliance officer zijn toezichtwerkzaamheden dient in te richten vanuit een risicogerichte benadering, terwijl EY van mening is dat dit uit de Wta noch de Bta volgt. Deze uitleg is ook nimmer door de AFM bekendgemaakt.

In de tweede plaats doordat de AFM naar de mening van EY een onjuiste en daarmee onvoorzienbare uitleg geeft aan artikel 23, derde lid, Bta. Volgens de AFM zou de plaatsvervangend compliance officer toezicht moeten houden op alle werkzaamheden waarbij de compliance officer als AQR-leader betrokken was. EY merkt echter op dat een AQR-leader niet betrokken is bij een opdracht tot het verrichten van een wettelijke controle. De AQR vormt dan ook geen onderdeel van de wettelijke controle.

Reactie AFM

Ten aanzien van de regels die onder het bereik van artikel 23, eerste lid, Bta vallen, alsmede ten aanzien van de vastleggingseisen heeft de AFM hierboven al overwogen dat geen sprake is van strijd met het rechtszekerheidsbeginsel en het bepaaldheidsgebod. De AFM zal dat daarom hier niet herhalen. Voor wat betreft de overige twee punten overweegt de AFM als volgt.

Risicogerichte benadering volgt uit het stelsel van de wet; geen strijd met het rechtszekerheidsbeginsel of bepaaldheidsgebod

De AFM is van oordeel dat uit het stelsel van de wet volgt dat de compliance officer het toezicht op risicogerichte wijze moet inrichten. Hierboven is in paragraaf 2.2 toegelicht dat het interne stelsel van kwaliteitsbeheersing erop is gericht om *bedrijfsrisico's te beheersen*, vergelijk artikel 21Wta. Het tweede lid van dat artikel luidt:

'2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot het eerste lid. Deze regels hebben betrekking op:

a. het beheersen van bedrijfsprocessen en bedrijfsrisico's;

(...) [onderstreping AFM]

Uit de Nota van Toelichting blijkt eveneens dat van de compliance officer een risicogerichte aanpak wordt

verwacht. Er wordt daarin immers overwogen:

*‘Verder richt deze functie zich op het beheersen van de nalevingsrisico’s en draagt daarmee uiteindelijk bij aan de beheersing van het reputatierisico van de accountantsorganisatie’.*²³

EY benadrukt zelf, zie bijvoorbeeld in punt 49 in het bezwaarschrift, dat het interne stelsel van kwaliteitsbeheersing in opzet uitgaat van een risicogeoriënteerde benadering. EY heeft derhalve in de opzet van het stelsel van kwaliteitsbeheersing altijd een risicogerichte benadering in gedachten gehad. Met de woorden *‘toezien op de naleving’* van de in artikel 23, eerste lid, Bta, bedoelde regels was het EY aldus voldoende duidelijk wat hiermee van de accountantsorganisatie en de compliance officer werd verwacht en dat de compliance officer in kwestie daaraan niet heeft voldaan. De AFM concludeert dat deze interpretatie voor EY aldus voldoende voorzienbaar is geweest en niet in strijd is met het legaliteitsbeginsel of het bepaaldheidsgebod.

Uitleg van artikel 23, derde lid, Bta

Ter verduidelijking van de uitleg die de AFM in het Boetebesluit heeft gegeven aan artikel 23, derde lid, Bta volgt hier een nadere toelichting.

Het derde lid van artikel 23 Bta bepaalt dat indien de compliance officer is *‘betrokken bij een opdracht tot het verrichten van een wettelijke controle’*, het zijn plaatsvervanger is die ter zake van die opdracht toeziet op de naleving van de in het eerste lid bedoelde regels.

De compliance officer van EY () was tegelijkertijd zowel compliance officer als AQR-leader, maar was daarnaast ook als (eindverantwoordelijke) externe accountant betrokken bij een aanzienlijk aantal wettelijke controles.²⁴ De plaatsvervangend compliance officer dient in een dergelijke situatie ook toezicht te houden op de AQR-taak van de compliance officer. Hij dient immers te beoordelen of het werk van de compliance officer zelf ook geselecteerd wordt, of dient te worden, voor de AQR en als dat het geval is, dient hij te beoordelen welke dossiers daarin worden betrokken. Vervolgens dient de plaatsvervanger toe te zien op de deugdelijke uitvoering van de wettelijke controles die door de compliance officer/AQR-leader zelf zijn uitgevoerd en de rapportage over de uitkomsten ervan naar het bestuur voor zijn rekening te nemen. Wanneer de compliance officer betrokken is bij een opdracht van een cliënt tot het uitvoeren van een wettelijke controle moet immers de plaatsvervangend compliance officer toezien op deze werkzaamheden.

D De AFM treedt buiten de grondslag van het rapport

EY is van mening dat de AFM buiten de grondslag van het boeterapport treedt doordat zij in het Boetebesluit verschillende feiten, omstandigheden en overtredingen heeft opgenomen die (deels) niet in het boeterapport zijn opgenomen (paragraaf 4.4 van het bezwaarschrift). Naar de mening van EY gaat het om het navolgende:

²³ Nota van Toelichting, *Stb* 2006, 380, p. 42.

²⁴ Namelijk 41, zie p. 12 van het onderhavige besluit.

1. In het Boetebesluit is een opmerking van de compliance officer opgenomen die niet is vermeld in het boeterapport, namelijk de opmerking dat de functie van compliance officer beter ingevuld kan worden.
2. De AFM heeft in het Boetebesluit een nieuw verwijt toegevoegd, namelijk dat uit vastleggingen niet is gebleken dat de compliance officer uitvoering heeft gegeven aan actiepunten die hem in de gesprekken waarvan wel verslagen zijn opgesteld, zoals de gesprekken met de afdeling Juridische Zaken, werden toegewezen.
3. De AFM heeft een tweede norm toegevoegd in het Boetebesluit: artikel 23, derde lid, Bta, terwijl zij in het boeterapport enkel artikel 23, eerste lid, Bta vermeldt. Daarmee is er strijd met artikel 6 EVRM.

Reactie AFM

De AFM meent dat deze grond niet kan slagen. Ten aanzien van het eerste punt merkt de AFM op dat dit feit wel degelijk beschreven is in het definitieve onderzoeksrapport (dat is toegezonden aan EY)²⁵ en wel in “feit j” op p. 26, waarin staat dat de compliance officer [REDACTED] aangeeft:

“Rol als Compliance officer kan nog beter ingevuld worden als meer tijd besteed wordt aan het daadwerkelijk opvolgens van issues en het aanbrengen van meer structuur in de activiteiten en het jaarplan.”

Ten aanzien van het tweede feit merkt de AFM op dat dit geen nieuw verwijt is. Deze passage staat nagenoeg letterlijk in “feit h” op p. 26 van het onderzoeksrapport:

“(…) Uit deze verslagen noch uit overige vastleggingen blijkt welke werkzaamheden de compliance officer heeft verricht of welke opvolging de compliance officer geeft aan de besproken onderwerpen teneinde toe te zien op de naleving van de bij en krachtens artikel 13 t/m 24 van de Wta gestelde regels.”

Ook uit andere feiten uit het onderzoeksrapport (d, e, f, g, i, j en k) en uit het Boetebesluit (b, c, d, e en f) blijkt steeds een verwijt van dezelfde strekking, namelijk dat op geen enkele wijze blijkt dat de compliance officer daadwerkelijk toezicht heeft gehouden op de in artikel 23 Bta bedoelde regels.

De door EY in haar bezwaarschrift genoemde jurisprudentie bij deze grond wordt naar het oordeel van AFM te ongenueanceerd toegepast op de onderhavige zaak. Uit de jurisprudentie volgt namelijk dat het noemen van feiten in het Boetebesluit die (ten dele) niet eerder zijn genoemd in het onderzoeksrapport, niet reeds om die reden een (ontoelaatbare) inbreuk op de verdedigingsrechten oplevert.²⁶ Dit is met name niet het geval als daarmee het feitensubstraat van het bestreden besluit niet is gewijzigd. Uit vaste rechtspraak volgt dat de bij de opstelling van een rapport gemaakte keuzes niet definitief en onomkeerbaar de inhoud van het daarop volgende besluit

²⁵ Definitief onderzoeksrapport d.d. 22 november 2010, met kenmerk [REDACTED].

²⁶ Rb Rotterdam (vzr) 19 januari 2012, LJN BV2271, r.o. 2.9.

afgrenzen.²⁷ Er bestaat enige ruimte om binnen het verwijt de overtreding qua reikwijdte en frequentie te kwalificeren.

Ten aanzien van het derde punt overweegt de AFM als volgt.

Overtreding van artikel 23, derde lid, Bta is niet ten grondslag gelegd aan het Boetebesluit, waardoor de AFM door het noemen van deze bepaling niet buiten de grondslag van het onderzoeksrapport is getreden. Tegen een nadere motivering in het Boetebesluit bestaat geen enkel bezwaar. Omdat dit derde lid een nadere invulling geeft aan het formele vereiste dat een plaatsvervanger moet worden aangesteld, is dit in het Boetebesluit genoemd. In dat derde lid wordt namelijk bepaald wanneer de compliance officer niet zelf mag optreden, maar alleen de plaatsvervangend compliance officer. Het is dus van belang om te bepalen in welke gevallen de aangewezen plaatsvervanger moet optreden. Hierboven onder C onder het kopje “*Uitleg van artikel 23, derde lid, Bta*” heeft de AFM een nadere verduidelijking van haar interpretatie gegeven over deze bepaling. Zij verwijst daar naar. Met het noemen van het nieuwe artikellid is het feitensubstraat van het bestreden besluit niet gewijzigd.

E Motivering onvoldoende, voorbereiding onzorgvuldig.

EY verwijt de AFM dat aan diverse in de zienswijze door EY naar voren gebrachte feiten voorbij is gegaan in het Boetebesluit (paragraaf 4.5 bezwaar). Als (enige) voorbeeld noemt EY het verwijt van de AFM ten aanzien van het toezicht op de naleving van artikel 35 Bta. Dit artikel ziet op de verplichting van de externe accountant zich te houden aan de verordeningen en nadere voorschriften die krachtens de Wet RA en Wet AA zijn gesteld ter zake van vakbekwaamheid, onafhankelijkheid, objectiviteit en integriteit.

EY heeft in haar zienswijze laten weten dat de AFM op basis van het Jaarplan ten onrechte aanneemt dat toezicht op de naleving van artikel 35 Bta alleen is gebaseerd op AQR werkzaamheden. EY heeft eerder opgemerkt als toevoeging op het Jaarplan dat het toezicht op de naleving van artikel 35 Bta hoofdzakelijk geschiedt door uitvoering van de AQR. EY voert aan dat de naleving van de NV Permanente Educatie is gewaarborgd door de verplichte deelname voor alle accountants aan de *Summercourse* en bijbehorende aanwezigheidsregistratie. De naleving van de permanente educatieverplichtingen is opgenomen in het Jaarplan bij toezicht op naleving van artikel 12 Bta. Volgens EY heeft de AFM niet op het voorgaande gereageerd in het Boetebesluit waardoor dit onvoldoende is gemotiveerd en onzorgvuldig is voorbereid.

Reactie AFM

De AFM is het niet eens met het aangevoerde. Het enige wat EY in dit verband naar voren brengt is dat aan de verplichting tot permanente educatie werd voldaan. Toezien op de naleving van artikel 35 Bta vindt hoofdzakelijk plaats via de AQR. De compliance officer heeft hieraan echter – al dan niet in zijn functie als AQR-leader – op onvoldoende wijze inhoud gegeven (zie hieronder de AFM-reactie op grond G, onder b), waarin de AQR-werkzaamheden van de compliance officer nader worden beoordeeld).²⁸ Het voorbeeld van een verplichte deelname aan een *Summercourse* in het kader van de educatieverplichting doet hier niets aan af, omdat dit slechts

²⁷ Rb Rotterdam 12 april 2012, *LJN* BW1327, r.o. 2.5.2; Rb Rotterdam 1 juli 2010, *LJN* BM9911; CBb 17 november 2004 *LJN* AR6034 (Carglass); Rb Rotterdam 5 december 2006, *LJN* BA8924 (Oxxio), r.o. 2.6.

²⁸ Zie hieronder bij G, de reactie van de AFM op grond b).

een klein onderdeel van naleving is in het kader van artikel 35 Bta. De AFM is derhalve van mening dat de compliance officer het toezien op de naleving van artikel 35 Bta op onvoldoende wijze inhoud heeft gegeven.

Materiële gronden

F Bezwaren ten aanzien van het gevoerde onderzoek door de AFM.

EY stelt dat de AFM onvoldoende onderzoek heeft verricht ten aanzien van: a) de opvolging van gesprekken, “feit b”, zie p. 4 Boetebesluit (paragraaf 5.2 bezwaar); en b) de werkzaamheden van het Jaarplan 2009, “feit c”, zie p. 4 Boetebesluit (paragraaf 5.3 bezwaar).

Ad a) EY voert aan dat de AFM zich beroept op gespreksverslagen van de compliance officer, de afdeling Juridische Zaken, Independence Desk en Compliance Desk waaruit opvolging door de compliance officer niet zou blijken. EY meent dat niet gebruikelijk is om in gespreksverslagen vast te leggen wat er naar aanleiding van dat gesprek is gebeurd of welk onderzoek wordt verricht. Andere relevante bronnen zouden door de AFM niet geraadpleegd zijn, terwijl daaruit zou zijn gebleken dat de actiepunten door de compliance officer zijn opgevolgd. EY heeft twee verklaringen bij haar bezwaar bijgevoegd, waaruit zou blijken dat de conclusie van de AFM onjuist is.

Ad b) EY voert in paragraaf 5.3 van het bezwaar aan dat de AFM het genoemde “feit c” heeft gebaseerd op onvoldoende onderzoek, aangezien de AFM geen navraag heeft gedaan bij betrokken personen en overige afdelingen en de compliance officer jaarlijks in de bestuursvergadering verslag heeft gedaan en regelmatig overleg heeft gehad met de PPD en overige afdelingen.

Reactie AFM ten aanzien van a) de opvolging van gesprekken

In “feit b” op p. 4 van het Boetebesluit heeft de AFM overwogen:

‘Uit deze verslagen noch uit overige vastleggingen blijkt welke opvolging de compliance officer heeft gegeven aan hetgeen besproken is in deze gesprekken. Evenmin is gebleken dat de compliance officer naar aanleiding van deze besprekingen werkzaamheden heeft verricht teneinde toe te zien op de naleving van de bij en krachtens artikel 13 tot en met 24 van de Wta gestelde regels.’ [onderstreping AFM]

En in “feit c” op p. 4 van het Boetebesluit heeft de AFM overwogen:

‘De AFM heeft in het dossier van de compliance officer geen vastleggingen aangetroffen waaruit blijkt dat deze periodieke besprekingen hebben plaatsgevonden. Daarnaast heeft de AFM geen vastleggingen aangetroffen waaruit blijkt dat de compliance officer met andere werkzaamheden of maatregelen toezicht op de naleving van de voornoemde bepalingen van de Bta.’ [onderstrepingen AFM]

Hieruit blijkt dat de AFM haar conclusie niet alleen baseert op de gespreksverslagen, maar baseert op alle ten tijde van het onderzoek door EY aan de AFM voorgelegde documentatie. De AFM benadrukt nogmaals dat zij in haar onderzoek alle relevante informatie ter onderzoek heeft opgevraagd en beoordeeld, zoals de compliance mappen met daarin opgenomen het jaarplan van de compliance officer, de gespreksverslagen en overige notities van de

compliance officer.

Voorts kan de AFM de stelling van EY dat de AFM niet met andere functionarissen zou hebben gesproken niet volgen. De AFM heeft niet alleen met de compliance officer gesproken, maar met meerdere functionarissen van EY, welke werkzaam zijn bij de compliance betrokken afdelingen.²⁹ De AFM heeft gesproken met:

- [REDACTED] (compliance officer) op 6, 7 en 21 juli 2009;
- [REDACTED] (Directoraat Vaktechniek) op 6 juli 2009 en 29 september 2009;
- [REDACTED] (Juridische Zaken) op 7 en 21 juli 2009;
- [REDACTED] (PPD NL/Directoraat Vaktechniek) op 6 juli 2009 en 29 september 2009;
- [REDACTED] ([REDACTED] Directoraat Vaktechniek) op 2 september 2009 inzake de cliëntenadministratie en de hierbij behorende ‘client engagement acceptance & continuation’.

EY heeft in haar bezwaarschrift voorts twee schriftelijke verklaringen toegevoegd waaruit zou moeten blijken dat de compliance officer wel degelijk opvolging heeft gegeven aan gesprekken. De verklaring van de compliance officer bevat echter slechts een opsomming van contactmomenten. Ook de verklaring van de PPD beperkt zich tot een bevestiging dat er veel contactmomenten zijn geweest en dat er veel e-mails zijn gewisseld. EY voegt echter geen nadere documentatie of e-mails toe waaruit blijkt dat de compliance officer daadwerkelijk nadere werkzaamheden heeft verricht en feitelijk opvolging heeft gegeven aan actiepunten en sturing heeft gegeven aan de toezichtwerkzaamheden.

De AFM betwist ook niet dat er contactmomenten zijn geweest, maar betwist dat uit deze contactmomenten reeds zou blijken dat de compliance officer adequaat heeft toegezien op de naleving van de in artikel 23 Bta bedoelde regels.

Zoals hierboven in de reactie van de AFM ten aanzien van een vastleggingsvereiste is besproken,³⁰ volgt uit zowel het wettelijk stelsel van de Wta als uit het door EY opgestelde Reglement,³¹ dat de compliance officer verplicht is tot adequate vastleggingen van gesprekken, afspraken, bijeenkomsten, verzoeken tot nader onderzoek etc. Voor de toezichthouder is immers van groot belang dat het stelsel van kwaliteitsbeheersing toetsbaar en controleerbaar is.³²

De AFM heeft dergelijke vastleggingen echter niet aangetroffen. Nu EY niet duidelijk heeft gemaakt op welke wijze de compliance officer opvolging heeft gegeven aan gesprekken en daarmee inhoud heeft gegeven aan zijn functie houdt de AFM het er op dat opvolging in onvoldoende mate heeft plaatsgevonden.

²⁹ Onderzoeksrapport p. 5 en 6.

³⁰ Zie hierboven in de reactie van de AFM op grond B.

³¹ Zie paragraaf 2.3 onder 7 Reglement: ‘De CO zorgt voor een adequate vastlegging van relevante gesprekken, afspraken en bijeenkomsten, voortvloeiend uit de punten 2 tot en met 6 hierboven.’

³² Zie de Nota van Toelichting bij artikel 8, 22 en 24 Bta: Stb 2006, 380, p. 32-33 en p. 41 en 43.

Reactie AFM ten aanzien van b) de werkzaamheden van het Jaarplan 2009

De AFM is van oordeel dat EY in haar bezwaar niet aantoont dat de compliance officer, middels de geplande periodieke overleggen of op een andere wijze, voldoende toezicht heeft gehouden op de naleving van de betreffende bepalingen, maar slechts aantoont dat er contactmomenten zouden zijn geweest.

Bij de hierboven aangehaalde besprekingen tussen de AFM en betrokken personen van EY, heeft de AFM steeds aandacht besteed aan het contact dat de compliance officer zou hebben gehad met andere afdelingen. Hierbij is onder meer aandacht besteed aan de taakvervulling van de compliance officer en communicatie van de betreffende medewerkers/afdelingen met de compliance officer. Zo is bijvoorbeeld in het gesprek van 29 september 2009 met [REDACTED] expliciet gevraagd welke rapportagelijnen er tussen het DVT en de compliance officer bestaan en welk overleg er onderling plaatsvindt. Daarnaast is in dit gesprek uitgebreid ingegaan op de door DVT verrichte kwaliteitsbewakingswerkzaamheden, zoals tijdige afsluiting en archivering van controledossiers. Uit deze gesprekken is niet gebleken dat de compliance officer zicht heeft gehad op de toezichtwerkzaamheden van andere afdelingen in relatie tot zijn Jaarplan, dan wel kennis heeft genomen van de bevindingen. De conclusie dat de AFM onvoldoende onderzoek zou hebben gedaan om te verifiëren of de in het Jaarplan voorgenomen besprekingen hebben plaatsgevonden is dus onjuist.

De AFM benadrukt dat het genoemde “feit c”³³ betrekking heeft op het toezicht op de naleving van onder meer de artikelen 8, 15 en 32 Bta en dat de compliance officer in dit kader afspraken plande om periodiek te overleggen met de QRM Leader en de PPD. De AFM heeft echter geen vastleggingen van deze periodieke overleggen of andere vastleggingen aangetroffen waaruit blijkt dat de compliance officer voldoende toeziet op de naleving van de genoemde artikelen. Daarnaast ligt het, zeker gelet op het ontbreken van deugdelijke vastleggingen, op de weg van EY om dit zonedig gemotiveerd te bestrijden.

G Er is geen sprake van een overtreding van artikel 23, eerste lid, eerste volzin Bta

EY heeft een aantal gronden aangevoerd waaruit zou blijken dat er geen sprake zou zijn van een overtreding van artikel 23, eerste lid, eerste volzin, Bta, omdat de compliance officer zijn functie wel goed zou hebben uitgeoefend:

- a) compliance bij EY is verdeeld over meer afdelingen (paragraaf 5.1 bezwaar);
- b) de compliance officer heeft wel voldoende toegezien op de naleving van artikel 35 Bta (paragraaf 5.4 bezwaar);
- c) de compliance officer heeft verwachte risico's wel meegenomen (paragraaf 5.5 bezwaar);
- d) de compliance officer heeft wel voldoende tijd gestoken in zijn functie (paragraaf 5.6 bezwaar).

EY stelt dat de taken van de compliance functie reeds bij invoering van de Wta vervuld werden door meerdere afdelingen en dat zij deze werkwijze nog steeds hanteert en daarnaast een compliance officer heeft aangewezen. EY stelt dat zij hiermee aan artikel 23 Bta voldoet, omdat uit de Nota van Toelichting zou blijken dat de

³³ Op p. 4 van het Boetebesluit.

compliance functie door meerdere personen kan worden uitgevoerd en deze werkwijze in lijn is met de situatie ten tijde van de vergunningverlening en de deskundigenopinie van [REDACTED] deze zienswijze onderschrijft.

De compliance officer heeft volgens EY daarnaast wel toegezien op naleving van artikel 35 Bta, omdat dit toezicht voornamelijk geschiedt door uitvoering van de AQR. Zoals gezegd was de compliance officer eveneens de AQR-leader. Voorts is het toezicht op de naleving van de NV Permanente Educatie (dat ook valt onder artikel 35 Bta) gewaarborgd en opgenomen in het Jaarplan bij het toezicht op de naleving van artikel 12 Bta.

De compliance officer heeft bovendien rekening gehouden met concrete risico's ten aanzien van het niet naleven van wet- en regelgeving binnen EY. Die staan weliswaar niet in het Jaarplan 2009, maar verwachte risico's zijn wel degelijk meegenomen. Dit zou blijken uit de selectie van opdrachten voor de AQR, waarbij onder meer specifiek naar moderate en high risk opdrachten en First year's audits werd gekeken. EY betwist dat de functie van de compliance officer slechts een formaliteit zou zijn. Juist doordat de compliance officer ook AQR-leader was, kon hij voldoende toezicht houden op de naleving van de in artikel 23, eerste lid, Bta genoemde artikelen, aldus EY.

Reactie AFM grond a)

De AFM is het niet eens met de aangevoerde gronden. De AFM is van oordeel dat de functie van de compliance officer niet uit 'meerdere personen' mag bestaan, maar dient te berusten bij één individueel persoon. Dit volgt uit zowel uit de letterlijke tekst van het Bta als uit de Nota van Toelichting (zie ook hierboven in paragraaf 2.2). Zowel het Bta als de Nota van Toelichting spreekt steeds expliciet van één persoon:

'1. De accountantsorganisatie (...) wijst een persoon aan die (...)

2. De in het eerste lid bedoelde persoon (...).

3. Indien de in het eerste lid bedoelde persoon (...)'³⁴

*'Deze persoon is uit dien hoofde een belangrijk aanspreekpunt voor de dagelijksbeleidsbepalers en voor de AFM als toezichthouder. (...) gezien de verantwoordelijkheid van de accountantsorganisatie voor de adequate werking van het stelsel van kwaliteitsbeheersing, legt de in artikel 23 bedoelde persoon verantwoording af aan het bestuur van de accountantsorganisatie. Het is ook het bestuur van de accountantsorganisatie die uiteindelijk maatregelen zal dienen te nemen indien uit de bevindingen van deze persoon – al dan niet structurele – tekortkomingen blijken in het stelsel van kwaliteitsbeheersing.'*³⁵
[onderstreping AFM]

Onderscheid moet worden gemaakt tussen de compliance functie en de functie van de compliance officer. Deze laatste dient belegd te worden bij één persoon, terwijl de compliance functie verdeeld mag worden over meerdere afdelingen mits de compliance officer hiervoor verantwoordelijkheid draagt door regie en toezicht te houden op deze afdelingen.

³⁴ Artikel 23 Bta.

³⁵ Nota van Toelichting, *Stb* 2006, 380, p. 42.

EY stelt dat de compliance officer toezicht houdt op de bij de compliance functie betrokken afdelingen, doordat de compliance officer overlegde met de betrokken afdelingen over de wijze waarop zij aan het bestuur rapporteerden. De AFM stelt echter vast dat de betreffende afdelingen rechtstreeks en zelfstandig aan het bestuur rapporteerden en dat van feitelijk toezicht door de compliance officer geen sprake was. Immers, de compliance officer had onvoldoende invloed op de door de betreffende afdelingen te verrichten werkzaamheden, de compliance officer verrichtte geen beoordeling van de door de betreffende afdelingen verrichte werkzaamheden en de compliance officer beoordeelde niet de volledigheid van de door de betreffende afdelingen verrichte werkzaamheden in relatie tot het Jaarplan. Hieruit blijkt dat de compliance officer onvoldoende interactie heeft gehad met en onvoldoende sturing heeft gegeven aan de relevante afdelingen. De compliance officer heeft dan ook niet, of althans in volstrekt ontoereikende mate toegezien op de naleving van het stelsel van kwaliteitsbeheersing.

Ten aanzien van het argument van EY dat de opzet van het stelsel bij de vergunningverlening is goedgekeurd door de AFM herhaalt de AFM dat zij EY niet verwijt de compliance *functie* verkeerd te hebben opgezet.³⁶ Zoals hierboven in paragraaf 2.3 overwogen, kunnen meerdere afdelingen een rol hebben bij de naleving van specifieke regels. Het verwijt bestaat eruit dat de aangewezen compliance officer in de praktijk zelf onvoldoende toezicht en regie heeft gehouden op het toezicht zoals dat door de afdelingen werd uitgevoerd en in onvoldoende mate verantwoording heeft afgelegd aan het bestuur van de organisatie.

Ook de opinie van [REDACTED] waar EY naar verwijst maakt het voorgaande niet anders. Deze opinie heeft EY al bij de zienswijze op het Boetebesluit naar voren gebracht en het bezwaarschrift van EY levert op dit punt niets nieuws op. De AFM blijft van oordeel dat deze opinie op een onjuiste lezing van de Nota van Toelichting berust en verwijst naar haar reactie zoals weergegeven in het Boetebesluit op p. 12 en 13. Kort samengevat komt deze erop neer dat [REDACTED] de toelichting niet volledig citeert, waardoor het lijkt alsof bepaalde passages erop duiden dat de functie van de compliance officer als bedoeld in artikel 23 Bta niet door één persoon hoeft te worden vervuld. Deze bedoelde passages zien echter niet op de compliance officer, maar op ISQC 1,³⁷ één van de internationale regels en voorschriften waaruit de regels van de Wta en Bta voortvloeien. De functie van compliance officer bestond niet als zodanig in de ISQC 1, maar wel een soortgelijk bewakingsproces. De toelichting verwijst naar de ISQC 1 om duidelijk te maken dat de introductie van de functie van ‘compliance officer’ niet tot additionele administratieve lasten zal leiden.

Reactie AFM grond b)

Volgens EY heeft de compliance officer voldoende toegezien op de naleving van artikel 35 Bta, omdat hij dit deed in zijn functie als AQR-leader. De compliance officer van EY had een dubbelrol: naast zijn rol als compliance officer was hij eveneens AQR-leader. De AQR is een onderzoek dat plaatsvindt ná afronding van de wettelijke controle en waarbij wordt getoetst of die controle is verricht in overeenstemming met wettelijke en interne

³⁶ Zie ook in de eerste reactie van de AFM aan het begin van paragraaf 4.

³⁷ International Standard on Quality Control.

vereisten (zie punt 52 van het bezwaarschrift).³⁸ Met de AQR vervult de compliance officer dan ook een deel van zijn functie als compliance officer, zo begrijpt de AFM de stelling van EY.

De AFM overweegt dat het inderdaad mogelijk is dat een compliance officer een deel van zijn functie kan invullen door middel van het uitoefenen van een functie als verantwoordelijke voor de interne reviews, zoals bijvoorbeeld de AQR-leader functie bij EY. Deze functie moet dan wel goed worden uitgevoerd. In het onderhavige geval zijn er echter geen vastleggingen aangetroffen waaruit blijkt dat de compliance officer zijn AQR-functie inhoudelijk adequaat, en niet louter faciliterend, uitoefende.³⁹ Als AQR-leader heeft hij zelf geen AQR-onderzoeken uitgevoerd, maar de teams samengesteld die de AQR-onderzoeken uitvoerde. De opdrachten voor de AQR-onderzoeken zijn niet opgenomen of verwerkt in het Jaarplan van de compliance officer. Het AQR-rapport 2009 is bovendien van zeer algemene bewoordingen. Uit het rapport of andere vastleggingen blijkt op geen enkele wijze dat de compliance officer/AQR-leader zelf daadwerkelijk toezicht en regie heeft gehouden door betekenis te geven aan de uitkomsten van de AQR-onderzoeken binnen EY.⁴⁰ Bijvoorbeeld door grensgevallen zelf te beoordelen en een beoordeling te maken van de consistente uitvoering van de AQR door de uitvoerende onderzoekteams.

Reactie AFM grond c)

Zoals in paragraaf 2.3 is overwogen richt de compliance functie zich op het beheersen van de nalevingsrisico's en draagt daarmee uiteindelijk bij aan de beheersing van het reputatierisico van de accountantsorganisatie. EY voert aan dat concrete risico's wel degelijk zijn meegenomen bij de selectie van opdrachten voor de AQR. De AFM merkt op dat een risicogerichte benadering van de compliance functie veel breder is dan de selectie van opdrachten ten behoeve van de AQR. De AFM stelt vast dat in de betreffende periode er geen onderzoeken onder verantwoordelijkheid van de compliance officer zijn verricht naar aanleiding van signalen, zoals bijvoorbeeld klachten en mediaberichtgeving over mogelijke onvolkomenheden in de controle. Daarnaast blijkt niet dat de compliance officer bij het verrichten van zijn werkzaamheden rekening heeft gehouden met specifieke sectoren van controlecliënten, vestigingen, externe accountants, specifieke onderwerpen etc.

Reactie AFM grond d)

Ten aanzien van de stelling van EY dat de compliance officer voldoende tijd had om toe te zien op de naleving van de betreffende regelgeving, aangezien hij ook als AQR-leader fungeerde, herhaalt de AFM de overwegingen daaromtrent in het Boetebesluit.

De AFM is van mening dat de compliance officer zich hoofdzakelijk bezighield met de functie van AQR-leader en hierdoor geen prioriteit gaf dan wel kon geven aan zijn functie als compliance officer. Dit blijkt onder meer uit zijn urenbesteding ten aanzien van zijn compliance functie (slechts [REDACTED] uur op jaarbasis) en [REDACTED] ('Compliance officer AABS kan echter beter ingevuld worden. hier zit ik naar mijn gevoel nog teveel op de achtergrond. Dit blijft een uitdaging voor de komende jaren'). Hoewel de AFM

³⁸ De AQR onderscheidt zich in dat opzicht van de OKB die plaatsvindt vóór de afgifte van de accountantsverklaring.

³⁹ Zie p. 31 van het onderzoeksrapport.

⁴⁰ Zie ook onder punt XI op p. 31 van het onderzoeksrapport.

meent dat de compliance functie in beginsel niet fulltime hoeft te worden uitgeoefend en eventueel gecombineerd kan worden met andere functies, moet het wel mogelijk zijn dat de compliance officer voldoende in staat is zijn werk inhoudelijk te verrichten. Hierbij dient de grootte van de accountantsorganisatie ook in aanmerking te worden genomen. Bij EY, als één van de grootste accountantsorganisaties in Nederland, moet bij een redelijke inschatting van benodigde compliance taken en activiteiten gedurende een dergelijke periode, een urenbesteding van ■ uur per jaar voor de functie van compliance officer als volstrekt ontoereikend worden geacht.

Aanvullend verwijst de AFM naar haar reactie hierboven onder ad b), alsmede naar het onderzoeksrapport.⁴¹ Hieruit blijkt dat de AQR-leader bij EY primair een faciliterende rol had en dat de AQR-leader onvoldoende de consistente uitvoering en rating van de AQR bewaakte. De AFM stelt daarmee vast dat de AQR-rol niet het beperkte aantal uren compenseert, dat de compliance officer in zijn functie heeft gestoken.

H Er is geen sprake van een overtreding van artikel 23, eerste lid, tweede volzin Bta

EY stelt in paragraaf 5.7 van het bezwaarschrift dat er geen sprake is van een overtreding van artikel 23, eerste lid, tweede volzin, Bta, omdat EY wel een plaatsvervangend compliance officer had aangewezen, namelijk de Independence Director. Bovendien was een plaatsvervanger in casu naar de mening van EY niet nodig omdat de dossiers van de compliance officer in het betreffende tijdvak niet waren geselecteerd voor een AQR-onderzoek en als dat wel zo was geweest, direct voor vervanging van de compliance officer zou zijn gezorgd.

Reactie AFM

De AFM stelt vast dat de aangewezen plaatsvervangend compliance officer op 1 juli 2009 is afgetreden. In het Jaarplan 2009 staat op p. 11: *'Bestuursbesluit: CO AABS is AQR leader. Plaatsvervanger is Independence Director.'* Er is echter niet uit vastleggingen gebleken dat de Independence Director sinds 1 juli 2009 officieel door het bestuur van EY was aangewezen als plaatsvervangend compliance officer, zoals is vereist volgens het Reglement.⁴² Eerst op 15 februari 2010 is een nieuwe plaatsvervangend compliance officer benoemd, zodat EY in de tussenliggende periode geen plaatsvervangende compliance officer had aangewezen. Het is hiermee duidelijk dat niet aan de verplichting als genoemd in artikel 23, eerste lid, tweede volzin, Bta, is voldaan. EY heeft deze overtreding ook toegegeven in het onderzoeksrapport:⁴³

"Wij zijn het eens met de voorlopige conclusie 4.2.2. Na het uittreden van de voormalige plaatsvervangend compliance officer is niet tijdig een nieuwe plaatsvervangend compliance officer aangewezen. Wij hebben dit inmiddels hersteld."

Ten aanzien van het argument dat een plaatsvervanger niet nodig was, omdat de compliance officer in de betreffende periode niet was geselecteerd voor AQR-onderzoek overweegt de AFM het volgende. De AFM stelt vast dat de tekst van artikel 23 Bta duidelijk is: de accountantsorganisatie wijst een plaatsvervanger aan. Hiertoe moet dus niet gewacht worden tot een situatie als bedoeld in artikel 23, derde lid, Bta zich voordoet. Ten

⁴¹ Zie de reactie van de AFM onder X. op p. 31 van het onderzoeksrapport.

⁴² Zie paragraaf 2.1 onder 2 Reglement.

⁴³ Zie p. 28 van het onderzoeksrapport, onder punt II.

overvloede vermeldt de AFM hier de conclusie uit paragraaf 2.5 dat de compliance officer in kwestie heeft toegezien op werkzaamheden, waarbij hij zelf als externe accountant betrokken is geweest. Hij kan en mag echter geen toezicht gehouden op de door hem verrichte werkzaamheden als AQR-leader met betrekking tot zijn eigen wettelijke controles, dit had door een plaatsvervangend compliance officer dienen te gebeuren.

I Gronden tegen de oplegging en de hoogte van de boete

EY stelt dat de AFM niet zonder enige waarschuwing en zonder EY de gelegenheid te geven de overtreding te beëindigen tot boeteoplegging over had mogen gaan, omdat de boete een ultimatum remedium zou zijn. Ook is EY van mening dat de opgelegde boete onevenredig hoog is (paragraaf 6 en 7 van het bezwaarschrift).

Reactie AFM

Boete is geen ultimatum remedium

Het handhavingsbeleid van de AFM noodzaakt niet tot het geven van een waarschuwing alvorens tot het opleggen van een boete mag worden over gegaan.⁴⁴ Een bestuurlijke boete is geen ultimatum remedium.⁴⁵ Bij de keuze voor een bestuurlijke boete is overwogen dat overtreding van artikel 23, eerste lid, Bta, door de wetgever als een zeer ernstige overtreding wordt gezien. Gezien de ernst van de overtredingen en de verwijtbaarheid is het niet onlogisch om een boete op te leggen. Er rust op de AFM geen plicht om de overtreder de gelegenheid te geven de overtreding te beëindigen alvorens tot boeteoplegging over te gaan. Bovendien kan de overtreding niet meer ongedaan worden gemaakt, maar slechts worden beëindigd.

Boete is niet onevenredig hoog

De AFM ziet gelet op de ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding van artikel 23, eerste lid, Bta, geen aanleiding om over te gaan tot matiging. Voor wat betreft de ernst van de overtreding hecht de AFM zwaar aan het achterliggende belang waarom de functie van compliance officer daadwerkelijk inhoudelijk moet worden uitgeoefend en het niet moet blijven bij een formele aanwijzing. In het Boetebesluit is overwogen dat de wetsgeschiedenis bij de Wta het belang benadrukt van het objectieve oordeel van de accountant voor het functioneren van de economie. Een reeks aan gebeurtenissen heeft het vertrouwen in de accountant ernstig ondergraven. Het stelsel van de Wta en het Bta is erop gericht om een gerechtvaardigd herstel van het vertrouwen van de accountant te bewerkstelligen. De wetgever merkt een overtreding van artikel 23, eerste lid, Bta, als zeer ernstig aan, gezien het feit dat deze overtreding valt in de één na hoogste categorie, namelijk categorie 5.⁴⁶ EY heeft de invulling van de functie van compliance officer na de afsluiting van het onderzoek door de AFM gewijzigd, hetgeen positief is. Toch heeft de overtreding gedurende langere tijd bestaan en is deze ook verwijtbaar aan EY. EY had moeten begrijpen dat de invulling van de functie van de compliance officer niet slechts een formele aangelegenheid, maar een essentiële taak is om de naleving van het stelsel van kwaliteitsbeheersing te

⁴⁴ CBB 24 april 2012, *LJN BW3574*, r.o. 6.5.

⁴⁵ Rb Rotterdam (vzr) 19 januari 2012, *LJN BV2271*, r.o.2.13.

⁴⁶ Op de onderhavige overtreding is het boetestelsel van toepassing zoals dat gold voor 1 augustus 2009.

kunnen waarborgen.

Ten slotte merkt de AFM op dat er door EY geen beroep is gedaan op beperkte draagkracht en er geen overige omstandigheden zijn gebleken die een ander licht hebben doen schijnen op de ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding.

5 Bezwaren tegen de openbaarmaking van de boete

EY heeft in paragraaf 8 van het bezwaarschrift de volgende bezwaren aangevoerd tegen de openbaarmaking van de boete:

- a) Openbaarmaking is in strijd met het doel van het toezicht.
- b) Openbaarmaking boete is in strijd met het verbod *détournement de pouvoir* (artikel 3:3 Awb).
- c) Publicatie is een zelfstandige punitieve sanctie, waardoor strijd met artikel 6 EVRM zou ontstaan.

EY stelt hiertoe dat openbaarmaking van de boete, nadat deze onherroepelijk is geworden, in strijd is met het doel van het toezicht, vanwege de omstandigheden dat:

- openbaarmaking van “feit d” (zie p. 4 Boetebesluit) geen onderdeel van de boetegrondslag lijkt te vormen;
- het doel van het toezicht al is bereikt door publicatie op 1 september 2010 van het onderzoeksrapport van de AFM over de kwaliteit van de accountantscontrole bij de Big 4-kantoren, alsmede door het persbericht dat EY op 1 september 2010 zelf heeft uitgebracht over de bevindingen van de AFM en de maatregelen die EY naar aanleiding daarvan heeft getroffen;
- openbaarmaking levert *détournement de pouvoir* op, omdat het doel van de vroegtijdige openbaarmaking (waarschuwing van het publiek) niet meer kan worden bereikt, omdat dit doel al eerder is bereikt door de hierboven genoemde publicaties van de AFM en EY;
- openbaarmaking leidt tot een onevenredige hoge bestraffing omdat het aangemerkt kan worden als een zelfstandige punitieve sanctie.

Reactie AFM

De AFM merkt voorafgaand op dat gelijktijdig met de onderhavige beslissing op bezwaar een separaat primair besluit wordt genomen tot vroegtijdige publicatie van het Boetebesluit en het onderhavige besluit, op grond van artikel 67 Wta, nu dat ten onrechte is nagelaten in het Boetebesluit. Dat besluit tot vroegtijdige publicatie vormt op zichzelf geen reden om van publicatie op grond van artikel 68 Wta af te zien. Immers, uit artikel 68 Wta volgt dat de AFM, onverminderd artikel 67, eerste lid, Wta, een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete ingevolge deze wet openbaar maakt nadat het rechtens onaantastbaar is geworden, tenzij de openbaarmaking van het besluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wta. Van dat laatste is naar het oordeel van de AFM geen sprake. Van openbaarmaking na het rechtens onaantastbaar worden van de beslissing op bezwaar kan daarom niet worden afgezien.

De stelling van EY dat in het genoemde “feit d” verwijten staan beschreven die niet aan de boete ten grondslag zijn gelegd kan de AFM niet volgen. In “feit d” is beschreven dat de compliance officer onvoldoende heeft toegezien op naleving van artikel 35 Bta. Nu artikel 35 Bta valt onder de reikwijdte van de regels als bedoeld in artikel 23, eerste lid, Bta (zie hierboven in paragraaf 3 onder grond A) vormt het als zodanig een verwijt dat aan de

boeteoplegging ten grondslag ligt.

Het individuele belang van EY – zijnde voorkomen van reputatieschade – kan in dit verband ook niet leiden tot het afzien van publicatie. Eventuele reputatieschade als gevolg van de overtreding door EY en de openbaarmaking van de daarvoor opgelegde boetes komt voor rekening van EY. Voor zover dergelijke schade wordt geleden, kan dat er niet toe leiden dat openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wta. Reeds meerdere malen is door de rechter uitgemaakt dat publicatie geen zelfstandige punitieve sanctie is.⁴⁷

Het doel van de publicatie is primair gelegen in de waarschuwende werking.⁴⁸ Dat waarschuwen strekt zich eveneens uit tot andere accountantsorganisaties (algemeen preventieve werking). Bovendien verschaft publicatie inzicht in de handhavingspraktijk van de AFM.

Het doel van het toezicht is niet reeds ‘bereikt’, zoals EY stelt, door het publiceren van het onderzoeksrapport van de AFM over accountantscontrole bij de Big 4-kantoren en het persbericht van EY, beide in september 2010. Het onderzoeksrapport noch het persbericht van EY geven immers inzicht in de specifieke overtreding door EY. Bovendien wordt uit dat onderzoeksrapport uit 2010 niet duidelijk of en zo ja, welke handhavingsmaatregelen door de AFM genomen zouden worden. Publicatie van het onderhavige besluit is daarom aangewezen, zodat inzicht wordt gegeven in de handhaving naar aanleiding van de bevindingen. Publicatie levert dan ook geen *détournement de pouvoir* op.

De AFM overweegt voorts dat er zich in de periode voorafgaand aan deze beslissing op bezwaar geen overige omstandigheden hebben voorgedaan die maken dat van publicatie moet worden afgezien.

De AFM zal dan ook na het rechtens onaantastbaar worden van het Boetebesluit, aan haar verplichting tot publicatie op grond van artikel 68, Wta, uitvoering geven door de volledige tekst van het Boetebesluit en de Beslissing op bezwaar, geschoond van vertrouwelijke informatie op haar website te publiceren onder begeleiding van een persbericht met de kern van de besluiten. Ook wordt een bericht over de boetes opgenomen in de periodieke AFM-nieuwsbrieven (consumenten/professionals). De AFM kan daarnaast de besluiten publiceren door middel van een advertentie in één of meer landelijke dagbladen.

6 Besluit

Op grond van het bovenstaande is de AFM van oordeel dat de bestreden beschikking op goede gronden en in overeenstemming met de geldende wet- en regelgeving is genomen. De AFM concludeert tot ongegrondheid van het bezwaar en handhaaft haar primaire besluit met aanvulling van de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen.

Nu het bezwaarschrift wordt afgewezen ziet de AFM geen aanleiding voor een kostenvergoeding op grond van artikel

⁴⁷ Rb Rotterdam 3 september 2008, *LJN* BF1175, r.o. 2.6 staat: ‘Dat openbaarmaking als een bijkomende straf wordt gevoeld maakt die maatregel niet reeds om die reden een bestraffende sanctie’. Zie ook Rb Rotterdam 8 april 2010, *LJN* BM0507, r.o. 2.12; Rb Rotterdam 22 juli 2011, *LJN* BN2146, r.o. 2.9.2.

⁴⁸ Zie recentelijk CBb 24 april 2012, *LJN* BW3574, r.o. 6.8.

7:15, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht (Awb).

7 Rechtsgangverwijzing

Iedere belanghebbende kan tegen deze beslissing op bezwaar beroep instellen door binnen zes weken na bekendmaking ervan een beroepschrift in te dienen bij de rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Er kan ook digitaal beroep ingesteld worden bij genoemde rechtbank via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>. Daarvoor is een elektronische handtekening (DigiD) nodig. Genoemde site bevat de precieze voorwaarden. Voor het instellen van beroep wordt een griffierecht geheven.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Hoofd
Juridische Zaken

[was getekend]
Directeur