PER KOERIER

Bijlage 1 – Openbare versie
Ernst & Young Accountants LLP
de directie
Boompjes 258
3011 XZ ROTTERDAM

Datum	9 november 2011
Ons kenmerk	JZ-[redacted]
Pagina	1 van 24
Kopie aan	Nauta Dutilh, mr. J. Italianer
E-mail	[redacted]@afm.nl
Betreft	Oplegging bestuurlijke boete aan Ernst & Young Accountants LLP - overtreding artikel 23 Bta

Geachte directie,

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft besloten aan Ernst & Young Accountants LLP (EY) een bestuurlijke boete van € 217.810, - op te leggen omdat in de periode van 1 januari 2009 tot 15 februari 2010 de compliance officer van EY onvoldoende heeft toegezien op de naleving van de bij of krachtens de artikelen 13 tot en met 24 van de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta) gestelde regels. Dit is een overtreding van artikel 23, eerste lid, eerste volzin van het Besluit toezicht accountantsorganisaties (Bta). Daarnaast heeft EY niet tijdig een plaatsvervangend compliance officer aangewezen. Dit is een overtreding van artikel 23, eerste lid, tweede volzin, van het Bta.

Hieronder wordt het besluit verder uitgewerkt. Paragraaf 1 bevat een weergave van de feiten die ten grondslag liggen aan het besluit. In paragraaf 2 vindt een beoordeling van de feiten plaats, waarbij ook de zienswijze van EY wordt besproken. Paragraaf 3 behandelt de algemene zienswijze van EY voor zover deze nog niet aan de orde is gekomen in paragraaf 2. Paragraaf 4 bevat het besluit en in paragraaf 5 staat hoe u bezwaar kunt maken. Het wettelijke kader waarop het besluit is gebaseerd kunt u vinden in bijlage 1. De versie van het besluit die openbaar wordt gemaakt is bijgesloten in bijlage 2.

1. Feiten

1.1 Verloop van het proces

Om vast te stellen of EY en haar externe accountants voldoen aan het bepaalde bij en krachtens de 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.

Op 22 april 2009 heeft de AFM gesproken met de heer [redacted] en de heer [redacted] over het plan van aanpak van het onderzoek van de AFM.

Op 5 mei 2009 heeft de AFM per e-mail de planning van het onderzoek uit hoofde van haar doorlopend toezicht aan EY toegestuurd. Hierin is onder meer de dossierselectie voor het onderzoek vermeld.

Op 18 mei 2009 heeft de AFM een introductiebijeenkomst met EY bijgewoond.

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. In deze periode heeft de AFM aanvullende informatie opgevraagd aan en ontvangen van EY.

Op 1 december 2009 heeft de AFM een gesprek gevoerd met de heren [redacted], [redacted] en [redacted] over de voorlopige bevindingen van het onderzoek van de AFM.

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

Per brief van 27 april 2010 heeft EY gevraagd om uitstel van de reactietermijn op het concept onderzoeksrapport.

Per brief van 3 mei 2010, met kenmerk [redacted], heeft de AFM EY uitstel verleend voor het geven van een reactie tot uiterlijk 27 mei 2010.

Op 17 mei 2010 heeft de AFM een gesprek gevoerd met de heren [redacted], [redacted] en [redacted] over de door EY getroffen maatregelen naar aanleiding van de voorlopige bevindingen van het onderzoek van de AFM.

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

Per e-mail van 30 juni 2010 heeft de AFM EY verzocht aanvullende documentatie aan de AFM te verstrekken.

Per brief van 26 juli 2010 heeft EY deze aanvullende informatie aan de AFM doen toekomen.

Op 21 september 2010 heeft de AFM een gesprek gevoerd met de heren [redacted], [redacted] en [redacted] over de voortgang van de door EY getroffen maatregelen naar aanleiding van de voorlopige bevindingen van het onderzoek van de AFM.

Per brief van 22 november 2010, met kenmerk JZ-[redacted], heeft de AFM haar voornemen tot het opleggen van [redacted] bestuurlijke boete aan EY bekend gemaakt. Bij het voornemen is het definitieve onderzoeksrapport, met kenmerk [redacted], gevoegd.

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 € [redacted].

Per e-mail van 30 november 2010 heeft de gemachtigde van EY om uitstel gevraagd voor het geven van een mondelinge zienswijze ten kantore van de AFM.

Per e-mail van 1 december 2010 heeft de AFM EY bericht dat zij bereid is uitstel te geven voor het geven van een mondelinge zienswijze tot en met 5 januari 2011.

Per e-mail van 8 december 2010 heeft de AFM EY bericht dat zij bereid is een verder uitstel te geven tot uiterlijk 18 januari 2011. Voorgesteld wordt om de zienswijze op voornoemde datum plaats te laten vinden van 14.00 tot 15.30 uur.

Per e-mail van 9 december 2010 heeft EY haar aanwezigheid ten kantore van de AFM bevestigd voor het geven van een mondelinge zienswijze op 18 januari 2011. Voorts heeft EY om een Word versie van het onderzoeksrapport verzocht. Per e-mail van 13 december 2010 heeft de AFM 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.

Per e-mail van 14 januari 2011 heeft EY de aanwezigen bij de mondelinge zienswijze van 18 januari aan de AFM doorgegeven.

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 een deskundige uit de accountancywereld gevraagd om zijn opinie te geven over een onderwerp van geschil in onderhavig boetedossier. Prof. [redacted][1] 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).

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

1.2 Feiten die aanleiding vormen voor het besluit

a. Het 'Jaarplan 2009 compliance officer (AABS[2])' (Jaarplan 2009) betreft het werkplan van de compliance officer en bestaat uit een overzicht van vijf kolommen. De eerste twee kolommen bevatten de regelgeving waarvan de compliance officer moet vaststellen of deze wordt nageleefd en in steekwoorden wat de

[1] [redacted].

[2] AABS staat voor Assurance and Advisory Business Services.

regelgeving betreft. In de derde kolom ‘key control’ wordt in een enkel steekwoord weergegeven hoe EY de betreffende regel in opzet waarborgt. In de vierde kolom ‘toezicht door CO AABS’ wordt kort weergegeven waaruit het toezicht door de compliance officer in opzet bestaat en in de vijfde kolom staat de geplande tijdsperiode aangegeven waarin de werkzaamheden dienen plaats te vinden.

b. In het dossier van de compliance officer zijn verslagen van de besprekingen van de compliance officer met de afdeling Juridische Zaken, de Independence Desk en de Compliance Desk aangetroffen. Deze verslagen bevatten een beknopte weergave van de onderwerpen die zijn besproken. 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.

c. Uit het Jaarplan 2009 blijkt dat de compliance officer ten behoeve van het toezien op de naleving van onder meer artikel 8 Bta, artikel 15 Bta en artikel 32 van het Bta heeft gepland om periodieke besprekingen te voeren met de Quality Risk Management leader en de Professional Practice Director. 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 toeziet op de naleving van de voornoemde bepalingen van het Bta.

d. Uit het Jaarplan 2009 blijkt dat de compliance officer ten behoeve van het toezien op de naleving van artikel 35 Bta voornemens is dezelfde werkzaamheden te verrichten als ten behoeve van het toezien op de naleving van artikel 31 Bta.
Artikel 35 Bta ziet op de naleving door de *externe accountants* van de verordeningen en nadere voorschriften betreffende de vakbekwaamheid, onafhankelijkheid, objectiviteit en integriteit, zoals de Nadere voorschriften controle- en overige standaarden (NV COS). Artikel 31 Bta ziet op de naleving door de *accountantsorganisatie* van de bepalingen van de Verordening Accountantsorganisaties betreffende de onafhankelijkheid.
De door de compliance officer benoemde ‘key control’ bij artikel 31 Bta is het volgende: *“bijhouden nieuwe regels via Independence Desk”,* waarbij de geplande toezichtsmaatregel *“Kwartaalrapport met Independence en Compliance Desk bespreken”* is vermeld. Omdat het toezicht op de naleving van artikel 35 Bta niet alleen met een dergelijke bespreking kan worden uitgeoefend, volgt uit het voorgaande dat de compliance officer geen toereikende werkzaamheden heeft gepland om toe te zien op de naleving van artikel 35 Bta.

e. Uit het Jaarplan 2009 blijkt dat de werkzaamheden van de compliance officer uitsluitend zijn gericht op de artikelen zoals weergegeven in de wetgeving en niet zijn ingestoken vanuit een risicobenadering inzake de naleving van de wet- en regelgeving binnen EY. Uit het Jaarplan 2009 noch uit andere vastleggingen blijkt dat de compliance officer een beeld heeft van de concrete risico’s (met betrekking tot bijvoorbeeld onderwerp, businessunits, locaties, individuele externe accountants) ten aanzien van het niet naleven van de wet- en regelgeving binnen de accountantsorganisatie zelf. Ook is niet gebleken dat hij zijn werkzaamheden hierop heeft ingericht.

f. [redacted] blijkt dat de compliance officer in het afgelopen boekjaar van EY circa [redacted] uur aan compliance werkzaamheden heeft besteed. [redacted] geeft de compliance officer [redacted] het volgende aan: "*Rol als Compliance officer kan nog beter ingevuld worden als meer tijd besteed wordt aan het daadwerkelijk opvolgen van issues en het aanbrengen van meer structuur in de activiteiten en het jaarplan*." en "*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.*"

g. Ten aanzien van de plaatsvervangend compliance officer is gebleken dat deze op 1 juli 2009 afgetreden is wegens pensionering. EY heeft pas op 15 februari 2010 een nieuwe plaatsvervangend compliance officer benoemd. Dientengevolge was er geen toezicht op de werkzaamheden waarbij de compliance officer betrokken was naast zijn compliance taken, bijvoorbeeld als AQR[3]-leader.

2. Beoordeling

2.1 Wettelijk kader

Ingevolge het eerste lid van artikel 23 Bta wijst een accountantsorganisatie, die wettelijke controles verricht bij organisaties van openbaar belang (OOB's)[4], 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. De accountantsorganisatie wijst eveneens een plaatsvervanger aan.

Het derde lid van artikel 23 Bta schrijft voor dat, indien de in het eerste lid bedoelde persoon betrokken is 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.

---

[3] AQR staat voor Audit Quality Review.

[4] Een *organisatie van openbaar belang* wordt in de Wta als volgt gedefinieerd:
l. organisatie van openbaar belang:
1°. een in Nederland gevestigde rechtspersoon naar Nederlands recht waarvan effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht;
2°. een kredietinstelling met zetel in Nederland als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht waaraan een vergunning is verleend ingevolge die wet;
3°. een centrale kredietinstelling met zetel in Nederland als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht waaraan een vergunning is verleend ingevolge die wet;
4°. een levensverzekeraar of schadeverzekeraar met zetel in Nederland als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht waaraan een vergunning is verleend ingevolge die wet;
5°. een onderneming, instelling of openbaar lichaam, behorende tot een van de ingevolge artikel 2 aangewezen categorieën.

De toelichting[5] op het eerste lid van artikel 23 Bta luidt als volgt:
"Voor accountantsorganisaties die wettelijke controles verrichten bij een of meerdere OOB's is de aanstelling verplicht van een persoon binnen de accountantsorganisatie die toeziet op de naleving van het stelsel van kwaliteitsbeheersing. 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 dagelijksbeleidsbepalers 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."

De toelichting op het derde lid van artikel 23 Bta luidt als volgt:
"De functie behoeft niet fulltime te worden uitgeoefend. Dit is afhankelijk van de omvang van de organisatie. De functie kan ook worden gecombineerd met andere functies binnen de accountantsorganisatie. Vanuit het oogpunt van onafhankelijkheid kan een persoon in deze functie niet toezien op die werkzaamheden waarbij hij zelf betrokken is. In een dergelijk geval van belangenverstrengeling zal zijn plaatsvervanger zijn taak moeten overnemen."

2.2 Beoordeling van de feiten

Uit de in paragraaf 1.2 genoemde feiten 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 niet gebleken dat de compliance officer alle werkzaamheden zoals neergelegd in het Jaarplan 2009 ook daadwerkelijk heeft uitgevoerd. [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 actiepunten die hem in deze gesprekken werden toegewezen.

Voorts is niet gebleken of de compliance officer voldoende ruimte had – gelet op zijn dubbele functie als AQR-leader – om afdoende aandacht te besteden aan zijn werkzaamheden als compliance officer. [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.[6]

[5] Staatsblad 2006, 380, p. 42.
[6] [redacted]

Tot slot is uit het onderzoek van de AFM niet gebleken dat de compliance officer concrete compliance risico's heeft benoemd of behandeld. De compliance officer heeft weliswaar een Jaarplan opgesteld, maar dit plan richtte zich uitsluitend op de artikelen zoals weergegeven in de Wta en Bta. Om gedegen toezicht te kunnen houden op de naleving van de in artikel 13 tot en met 24 genoemde regels van de Wta dient de compliance officer, naar de mening van de AFM, niet alleen de artikelen zoals weergegeven in de wetgeving in beschouwing te nemen, maar dient hij ook zijn toezicht toe te spitsen op de specifieke compliance risico's van zijn organisatie. Deze compliance risico's dient hij 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 het dossier van de compliance officer is niet gebleken dat er werkzaamheden zijn gepland 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.

Gelet op het voorgaande concludeert de AFM 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 de inrichting van haar compliance. 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.

De door EY aangestelde compliance officer functioneerde naar de mening van de AFM niet goed doordat hij onvoldoende toezicht heeft gehouden op de naleving van de Wta binnen de accountantsorganisatie. De compliance officer heeft in de praktijk de geplande werkzaamheden van zijn Jaarplan 2009 niet dan wel onvoldoende uitgevoerd. [redacted] Daar waar hij wel besprekingen heeft gevoerd met afdelingen, heeft hij hetgeen besproken is niet dan wel onvoldoende bij zijn compliance taken betrokken. Evenmin is gebleken dat hij uitvoering heeft gegeven aan actiepunten die hem in deze gesprekken werden toegewezen. Tot slot heeft de compliance officer geen concrete compliance risico's binnen EY benoemd of behandeld.

Het voorgaande wekt bij de AFM de indruk dat het aanstellen van de compliance officer slechts een formaliteit voor EY was om te voldoen aan artikel 23 Bta. In de praktijk stelde de functie van compliance officer immers vrij weinig voor.

Uit het Jaarplan 2009 volgt dat bij bestuursbesluit 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"*.

Uit feit g. blijkt echter dat de plaatsvervangend compliance officer op 1 juli 2009 is afgetreden vanwege pensionering. Ten tijde van het onderzoek op 6 juli 2009 is mondeling door de compliance officer aan de AFM medegedeeld dat diens plaatsvervanger, de heer [redacted], per 1 juli was afgetreden, aangezien hij per die datum uittrad als partner van EY.[7] Dit is voorts bevestigd in het door EY ingevulde en per 17 juli 2009 aan de AFM verzonden Wijzigingsformulier, waaruit blijkt dat de heer [redacted] uitgeschreven is uit het register als 'Partij bij de overeenkomst van maatschap of vennootschap'. Uit de notulen van een overleg van de '[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.

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.[8] In de praktijk betekende dit dat de Independence Director, als plaatsvervangend compliance officer, toezicht moest houden op de werkzaamheden van de AQR-leader. Dit was ook als zodanig opgenomen in het Jaarplan 2009 in de kolom 'Key Control' bij artikel 23, derde lid, Bta.

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 toezicht heeft plaatsgevonden op de werkzaamheden van de AQR-leader. Terzijde merkt de AFM op dat zij in haar onderzoek geen vastleggingen heeft aangetroffen waaruit blijkt dat de Independence Director, als plaatsvervangend compliance officer, toezicht heeft gehouden op de werkzaamheden van de AQR-leader, bijvoorbeeld door middel van een selectie uit de portefeuille van de compliance officer ten behoeve van de AQR, terwijl dit wel in het Jaarplan 2009 werd voorzien.

2.3 Zienswijze EY

De taken van de compliance officer waren door EY voor de invoering van de Wta grotendeels al ingevuld. De taken waren verspreid over die afdelingen die EY daartoe het meest aangewezen vond: Juridische Zaken, Independence Desk, Directoraat Vaktechniek en Quality & Risk. Bij de invoering van de Wta werd een compliance officer aangesteld als aanspreekpunt voor de AFM. Deze was, naast zijn functie als compliance officer, ook AQR-leader, wat hem een centrale positie gaf in de waarborging van het stelsel van kwaliteitsbeheersing. De wettelijke taken uit de Wta die nog niet ingevuld waren, werden over de afdelingen en de Compliance Officer verdeeld.

---

[7] De datum 1 juli is de eerste dag van het nieuwe boekjaar van EY. Per deze datum worden nieuwe partners benoemd en treden partners van EY uit.

[8] Staatsblad 2006, 380, p. 42.

De afdelingen, inclusief de compliance officer, waarover de compliance taken waren verdeeld, hebben er op toegezien dat het stelsel van kwaliteitsbeheersing werd nageleefd. Daarover hebben zij verantwoording afgelegd aan de beleidsbepalers. Navraag bij de betrokken personen leert dat die verantwoording op regelmatige basis heeft plaatsgevonden en dat de compliance officer het benodigde contact met de betrokken afdelingen had. De AFM heeft niet gesproken met de Independence Director of het hoofd JZ over de Compliance taken.

Zoals ook uit de opinie van [redacted] blijkt, is het begrip 'compliance officer' een breed op te vatten functie. De compliance functie is niet gericht op een bepaalde persoon, het is in de woorden van de wetgever veeleer een 'bewakingsproces'.[9] Het toezicht op de naleving als bedoeld in artikel 23 Bta ligt volgens EY niet alleen bij de compliance officer, maar ook elders in de organisatie. [redacted] bevestigt in zijn opinie dat in de Wta en het bijbehorend regelgevend kader niet de strikt formele naleving van voorschriften centraal staat, maar het materiële resultaat. De op de accountantsorganisaties toepasselijke toezichtregels zijn immers principle-based en niet rule-based. De AFM heeft zich desondanks uitsluitend gericht op specifieke handhaving van regels die zij pas in het boetevoornemen van een nadere materiële norm voorziet.

De AFM was volledig bekend met de werkwijze van EY ten aanzien van de invulling van de compliance functie. EY heeft de AFM daarover immers uitgebreid moeten informeren bij de vergunningaanvraag en de AFM heeft de werking van het stelsel van kwaliteitsbeheersing, waaronder de compliance officer, bij beide vergunningverleningen (2007 en 2008) beoordeeld en akkoord bevonden. De AFM heeft EY nooit laten weten dat die werkwijze in strijd zou zijn met de bij en krachtens artikel 13 tot en met 24 Wta gestelde regels. Dit blijkt onder andere uit de vastlegging van een gesprek van EY met de AFM op 11 september 2007. Tijdens dat gesprek heeft de AFM bevestigd zich te kunnen vinden in de wijze waarop EY de beleidsbepalende rol, PPD rol en CO rol heeft ingevuld. Kennelijk kan de wijze waarop de rol van de compliance officer is ingevuld dus de goedkeuring van de AFM dragen.

Daarnaast is EY van mening dat de AFM het bereik van de compliance functie te ver oprekt. Artikel 23, eerste lid Bta is namelijk beperkt tot de artikelen 13 t/m 24 Wta en de daaronder hangende lagere regelgeving. Artikel 23, eerste lid Bta heeft zodoende geen betrekking op bijvoorbeeld artikel 26 Wta. EY is van mening dat artikel 23 Bta daarop ook niet (indirect) betrekking heeft via artikel 14 Wta, waarin staat dat de accountantsorganisatie er zorg voor draagt dat de externe accountants voldoen aan de artikelen 25 t/m 31 Wta. De compliance officer ziet toe op het naleven van artikel 14 Wta door de accountantsorganisatie, maar het is niet zijn taak - ook niet indirect - erop toe te zien dat de externe accountants zich houden aan artikel 26 Wta. Zulks blijkt althans niet uit artikel 23 Bta en ook niet uit de toelichting daarop. Artikel 25 Wta valt evenmin binnen het bereik van artikel 23 Bta. Hetzelfde geldt voor het genoemde artikel 35 Bta, dat is opgenomen in Hoofdstuk 8 getiteld 'Bepalingen ter uitvoering van de artikelen 25 en 25a, derde lid, van de wet', gebaseerd op de artikelen 25 en 25a Wta. Over die artikelen strekt artikel 23 Bta zich niet uit, aangezien die bepaling ziet op de artikelen 13 t/m 24 Wta.

Tot slot merkt EY op dat in het Jaarplan tevens werd vastgesteld dat de Independence Director tevens plaatsvervangend compliance officer was. Vanwege de aankomende pensionering van de plaatsvervangend compliance officer/Independence Director in de zomer van 2009, is er een nieuwe Independence Director

[9] Staatsblad 2006, 380, p. 25.

benoemd (al in 2008). Strikt formeel bezien zou op basis van het Jaarplan gesteld kunnen worden dat daarmee tevens was voldaan aan de benoeming van een plaatsvervangend compliance officer.

2.4 Beoordeling van de zienswijze

Allereerst gaat de AFM in op hetgeen door EY wordt gesteld ten aanzien van het te ver oprekken van het bereik van de compliance functie. Artikel 23 Bta refereert aan de bij en krachtens artikelen 13 tot en met 24 van de wet gestelde regels. Via artikel 14 Wta, dat fungeert als kapstokartikel, wordt dit uitgebreid met de artikelen 25 tot en met 31 Wta, waardoor hoofdstuk 3 geheel onder het toezicht van de compliance officer valt. De uitwerking van deze wetsartikelen is opgenomen in de artikelen 8 tot en met 38 Bta.

Dat EY deze benadering ook onderschrijft blijkt uit het document 'Voorstel uitwerking functie Compliance Officer AABS', opgesteld op 9 februari 2007 door de compliance officer zelf, waarin de reikwijdte van het toezicht van de compliance officer letterlijk als zodanig is opgenomen:
"De functie van CO wordt niet rechtstreeks in de Wta genoemd, maar [wordt] *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.*
2. *De CO AABS legt aan het AABS bestuur (beleidsbepalers) verantwoording af over zijn werkzaamheden en de uitkomsten daarvan."* [onderstreping AFM]

De stelling van EY dat de AFM het bereik van de compliance functie te ver oprekt kan de AFM derhalve niet volgen.

Ten aanzien van de *invulling* door EY van de functie van compliance officer, erkent de AFM dat hier sprake is van een open norm. De norm neergelegd in artikel 23, eerste lid, eerste volzin, Bta spreekt immers alleen van het benoemen van een persoon 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. Duidelijk is dat hieruit in elk geval twee verplichtingen volgen, namelijk (i) dat de accountantsorganisatie een persoon benoemt en (ii) dat deze persoon binnen de accountantsorganisatie toeziet op de naleving van de bij en krachtens de artikelen 13 tot en met 24 van de wet gestelde regels.

Ter discussie is niet of EY een persoon heeft benoemd als compliance officer; dit is namelijk wel het geval. Ter discussie is of deze persoon (voldoende) heeft toegezien op de naleving van de regels neergelegd in artikel 13 tot en met 24 Wta en de hieruit voorvloeiende artikelen uit het Bta. De AFM concludeert dat de compliance officer onvoldoende toezicht heeft gehouden. Verwezen wordt naar paragraaf 2.2.

EY voert twee redenen aan waarom naar haar mening de compliance officer wel voldoende toezicht heeft gehouden op de naleving van de bij en krachtens de artikelen 13 tot en met 24 van de wet gestelde regels:

(i) De compliance officer was, naast zijn functie als compliance officer, ook AQR-leader, wat hem een centrale positie gaf in de waarborging van het stelsel van kwaliteitsbeheersing. De uitvoering van de AQR ziet EY als onderdeel van het toezicht dat onder verantwoordelijkheid van de compliance officer dient te worden uitgevoerd. Als eindverantwoordelijke voor het AQR proces neemt de compliance officer uiteraard kennis van bevindingen die door anderen zijn geconstateerd, stelt hij zelf de eindrapportage op en bespreekt deze met het bestuur. De stelling dat de compliance officer geen werkzaamheden verricht naar aanleiding van de AQR-uitkomsten, geen bevindingen heeft bij deze uitkomsten en deze uitkomsten niet heeft betrokken bij zijn compliance-taken is daarom volgens EY misplaatst.

(ii) Daarnaast werd de compliance officer ondersteund door meerdere afdelingen die gezamenlijk voor het toezicht op de naleving van de artikelen 13 t/m 24 Wta verantwoordelijk waren. Volgens EY volgt niet uit de wet dat de compliance functie gericht is op een bepaald persoon. Het toezicht op de naleving als bedoeld in artikel 23 Bta ligt niet alleen bij de compliance officer, maar ook elders in de organisatie.

Ten aanzien van het eerste punt overweegt de AFM als volgt. Uit (de toelichting op) artikel 23, derde lid, Bta volgt dat vanuit het oogpunt van onafhankelijkheid de compliance officer niet mag toezien op die werkzaamheden waarbij hij zelf betrokken is, zoals de werkzaamheden die hij uitvoert als AQR-leader. De suggestie van EY dat in de rol van AQR-leader ook een deel van de compliance functie is vervat, volgt de AFM dan ook niet. In een dergelijk geval van belangenverstrengeling dient zijn plaatsvervanger zijn taak over te nemen.[10] In de praktijk betekent dit dat de plaatsvervangend compliance officer toezicht moet houden op de werkzaamheden van de AQR-leader.

Daarnaast is de AFM 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 uit [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 erkent dat de compliance functie niet fulltime hoeft te worden uitgeoefend en eventueel gecombineerd kan worden met andere functies[11], mag de functie van compliance officer echter niet uitsluitend berusten op een formaliteit. De AFM heeft geconstateerd dat de compliance officer van EY geen dan wel onvoldoende werkzaamheden heeft verricht naar aanleiding van de opgestelde Jaarplan en naar aanleiding van de besprekingen met Juridische Zaken. Verwezen wordt naar paragraaf 2.2 van onderhavig boetebesluit. Doordat EY de functie van compliance officer onvoldoende materieel heeft ingevuld, wekt dit bij de AFM de indruk dat het aanstellen van de compliance officer slechts een formaliteit was om te voldoen aan artikel 23 Bta. In de praktijk stelde de functie van compliance officer immers vrij weinig voor.

Ten aanzien van het tweede punt stelt EY dat niet alleen de compliance officer toezicht houdt op de naleving van de regels binnen de organisatie, maar dat relevante afdelingen, zoals Juridische Zaken, Independence Desk, Directoraat Vaktechniek en Quality & Risk Management, hier ook aan bijdragen. Zodoende wordt, in de visie van

[10] Staatsblad 2006, 380, p. 42.

[11] Dit volgt uit de toelichting bij artikel 23, derde lid, Bta (Stb 2006, 380, p. 42).

EY, de functie van compliance officer verdeeld over meerdere personen en afdelingen. Uit de wet volgt volgens EY namelijk niet dat het toezicht op de naleving van de regels als bedoeld in artikel 23 Bta, bij één individueel persoon dient te liggen. Deze stelling van EY kan de AFM niet volgen.

De AFM onderschrijft de stelling van EY dat zij haar compliance afdeling zodanig mag inrichten dat meerdere afdelingen binnen de organisatie verantwoordelijk zijn voor het naleven van bepaalde regels. Ook ziet de AFM dat juist binnen een organisatie als EY, met kwalitatief hoogwaardige afdelingen en specialisten die belast zijn met het toezicht op specifieke onderwerpen binnen de accountantsorganisatie, de compliance ten aanzien van deze specifieke onderwerpen op die manier kan worden gewaarborgd. Bepaalde afdelingen binnen EY kunnen dus vanuit hun specialistische benadering ook toezien op de naleving van *bepaalde* regels. De compliance officer als bedoeld in artikel 23 Bta dient echter toe te zien op *alle* bij en krachtens artikelen 13 tot en met 24 van de wet gestelde regels. Uit de hiervoor weergegeven feiten die uit het onderzoek van de AFM naar voren zijn gekomen, is gebleken dat de compliance officer onvoldoende interactie heeft gehad met de relevante afdelingen om afdoende toezicht te houden op de naleving van de regels als bedoeld in artikel 23 Bta.

De functie van compliance officer dient naar de mening van de AFM bij één individueel persoon te liggen. Dit volgt uit artikel 23 Bta waarin wordt gesteld dat de accountantsorganisatie *een persoon* dient aan te wijzen die toeziet op de naleving van de bij en krachtens de wet gestelde regels. In de toelichting op artikel 23, eerste lid, Bta wordt het volgende aangegeven:
"Voor accountantsorganisaties die wettelijke controles verrichten bij een of meerdere OOB's is de aanstelling verplicht van een persoon binnen de accountantsorganisatie die toeziet op de naleving van het stelsel van kwaliteitsbeheersing. 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 dagelijksbeleidsbepalers 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." [onderstreping AFM]

De AFM benadrukt dat de wetgever expliciet spreekt van één aanspreekpunt voor zowel interne contacten met de dagelijks beleidsbepalers van de accountantsorganisatie als externe contacten met de toezichthouder. De wetgever heeft derhalve niet beoogd de functie van compliance officer te verdelen over meerdere afdelingen, zoals EY dit heeft gedaan.

De opinie van professor [redacted] ten aanzien van dit punt volgt de AFM evenmin. Professor [redacted] beweert in zijn opinie het volgende:
"Deze functie pleegt te worden aangeduid als de 'compliance functie'. Het desbetreffende proces wordt in de wetsgeschiedenis ook aangeduid als "bewakingsproces."[…] Over het bewakingsproces ontleen ik aan de wetsgeschiedenis (Stb 2006, 380, NvT p. 25): 'Dit bewakingsproces moet worden opgedragen aan een of meer personen met een zodanig toereikende ervaring en bevoegdheid binnen de organisatie dat zij die de verantwoordelijkheid op zich kunnen nemen…'. Over de uitkomst van de kwaliteitsbeoordeling blijkt (p. 41): "[…] moet worden verstrekt aan de in artikel 23 bedoelde persoon of als deze er niet is, aan de dagelijksbeleidsbepalers…"[…]
"De aanduiding 'een persoon' mag niet zo worden uitgelegd dat het om één persoon moet gaan; ook uit de NvT is duidelijk dat het gaat om de functie van 'compliance'. Dit blijkt ook uit de NvT waar op verschillende plekken is

vermeld "de in artikel 23 bedoelde persoon of als deze er niet is, aan…". De passage over 'als deze er niet is' zou anders zinloos zijn. Ook staat er in de NvT dat de functie aan een of meer personen moet worden opgedragen. In die zin moet 'een persoon' dan ook worden uitgelegd. Daarom hoeft ook niet elk facet van de 'compliance' in 'een persoon' (' een of meer personen) te zijn belichaamd, zoals volgt uit het gebruik van de woorden 'één of meer personen' in de NvT. Uiteraard, en dat blijft gelden, moet de compliance functie aanwezig zijn, herkenbaar zijn en naar behoren functioneren zoals in de NvT bij de Bta staat."

De AFM merkt op dat de toelichting niet volledig door professor [redacted] wordt geciteerd. De toelichting spreekt namelijk niet over een of meer personen ten aanzien van de compliance officer zoals bedoeld in het huidige artikel 23 Bta maar refereert hier aan ISQC 1, een van de internationale regels en voorschriften waaruit de regels van de Wta en Bta voortvloeien.

De passage waar professor [redacted] aan refereert (Stb 2006, 380, NvT p. 24/25) luidt in zijn volledigheid als volgt: "*Het merendeel van de regels die zijn opgenomen in de artikelen 8 tot en met 26 komt overeen met regels die reeds door de beroepsorganisaties zelf worden gesteld en die voortvloeien uit internationale regels en voorschriften. In dit geval zijn dat de ISA's en ISQC 1." […]*
"Op grond van artikel 23 dient een accountantsorganisatie die OOB's controleert een persoon aan te wijzen 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. ISQC 1 kent deze functie niet als zodanig, maar kent wel regels die betrekking hebben op het bewaken van de naleving van het stelsel van kwaliteitsbeheersing. Dit bewakingsproces moet worden opgedragen aan een of meer personen met een zodanig toereikende ervaring en bevoegdheid binnen de organisatie dat zij die verantwoordelijkheid op zich kunnen nemen. Dit impliceert dat artikel 23 overeenkomt met vereisten uit de (internationale) zelfregulering, waardoor dit niet leidt tot additionele administratieve lasten." [onderstreping AFM]

Het bewakingsproces, waar professor [redacted] aan refereert in zijn opinie, ziet derhalve op ISQC 1. Uit bovenstaande passage blijkt dat de functie 'compliance officer' nieuw is en niet als zodanig bestond in ISQC 1. Aangezien er wel al een soortgelijk bewakingsproces bestond in ISQC 1 zal de introductie van de functie 'compliance officer' volgens de wetgever niet leiden tot additionele administratieve lasten.

Professor [redacted] lijkt uit meerdere passages in de toelichting op te maken dat de persoon als bedoeld in artikel 23 Bta niet altijd aangewezen hoeft te zijn en dat het niet evident om één persoon moet gaan. Dit zou blijken uit passages als *"de in artikel 23 bedoelde persoon of als deze er niet is, aan…".* Volgens [redacted] zou uit de toelichting blijken dat hetgeen bedoeld in artikel 23 Bta eerder doelt op de functie van 'compliance' dan op één persoon die deze functie vervuld.

De AFM merkt op dat de passage *'of als deze er niet is'* verwijst naar accountantsorganisaties waarbij het niet verplicht is om een compliance officer aan te stellen. De compliance officer is volgens artikel 23 Bta immers alleen verplicht voor accountantsorganisaties die wettelijk verplichte controles bij OOB's uitvoeren. Aangezien EY wel wettelijk verplichte controles bij OOB's uitvoert is EY echter wel verplicht om een compliance officer aan te wijzen. De toelichting spreekt regelmatig over *'de in artikel 23 bedoelde persoon'* of *'een persoon als bedoeld in artikel 23, eerste lid'*. De enige passage waarin verwezen wordt naar *'een of meer personen'* is, zoals hierboven

reeds aangegeven, een passage die ziet op het voormalig bewakingsproces als bedoeld in ISQC 1, dat voor de inwerkingtreding van de Wta gold.

Ten aanzien van de opmerking van EY dat de AFM geen commentaar had op de inrichting van de compliance functie ten tijde van de vergunningverlening, merkt de AFM het volgende op. Het onderzoek van de AFM bij EY, in het kader van de vergunningverlening in april 2007, vond 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. 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.

EY stelt dat vanwege de aankomende pensionering van de plaatsvervangend compliance officer/Independence Director in de zomer van 2009, er een nieuwe Independence Director is benoemd (volgens EY al in 2008). Hiermee heeft EY naar haar mening ook aan haar verplichting tot benoeming van een plaatsvervanger voldaan, door in het Jaarplan op te nemen dat de Independence Director als plaatsvervanger van de compliance officer fungeert.

Hier volgt echter niet uit dat deze nieuwe Independence Director ook bekend was met zijn ‘andere’ functie als plaatsvervangend compliance officer. Niet is gebleken dat deze persoon, bijvoorbeeld door middel van een bestuursbesluit, aangewezen is als plaatsvervangend compliance officer. Bovendien blijkt niet uit het onderzoek van de AFM dat deze plaatsvervangend compliance officer/Independence Director de werkzaamheden zoals neergelegd in het Jaarplan 2009 heeft uitgevoerd, namelijk door toezicht te houden op de werkzaamheden van de compliance officer als AQR-leader door een ‘*selectie uit portefeuille CO AABS tbv AQR’* te beoordelen.

Eerst op 15 februari 2010 werd door middel van een bestuursbesluit bekend gemaakt dat een andere persoon dan de Independence Director, namelijk de voormalige compliance officer en AQR-leader, als plaatsvervangende compliance officer was benoemd.

3. Algemene zienswijze van EY

Het openbaar gemaakte rapport van de AFM over de Big Four van 1 september 2010, en het persbericht hieromtrent, hebben volgens EY schade toegebracht aan de reputatie van de vier genoemde kantoren: juist omdat de AFM bekend heeft gemaakt welke kantoren zijn onderzocht, maar niet bekend heeft gemaakt bij welk kantoor welke bevinding werd gedaan, diende het publiek per kantoor met het ergste rekening te houden. Voorts heeft de publicatie het vertrouwen in de accountancy als geheel geschaad, nu in het persbericht wordt benadrukt dat 80 procent van de totale omzet van de wettelijke controles door deze vier kantoren wordt behaald.

Hiervan uitgaand acht EY het van belang te benadrukken dat in een eventueel te nemen boetebesluit geen informatie mag worden opgenomen, die valt onder de geheimhoudingsplicht. Zoals hiervoor uiteengezet, kan uit het voornemen niet worden afgeleid op welke wijze de AFM voornemens is het boetebesluit vorm te geven. Voor

de inhoudelijke onderbouwing van het voornemen wordt slechts verwezen naar het onderzoeksrapport. Het boetebesluit dient, mede vanwege de openbaarmaking die daarvan in beginsel plaats vindt, niet meer of andere gegevens te bevatten dan de gegevens die strikt noodzakelijk zijn ter onderbouwing van het besluit, waarbij niet kan worden volstaan met een verwijzing naar het niet openbaar te maken boeterapport.

Ten aanzien van de openbaarmaking van de boetes merkt EY op dat het eerste doel van openbaarmaking, blijkens de Wta toelichting – het aan de gebruikers van accountantsverklaringen over te dragen dat normen daadwerkelijk worden gehandhaafd – zonder publicatie van de voorgenomen boetes al bereikt is door het met veel publiciteit openbaar gemaakte rapport van de AFM d.d. 1 september 2010 over de Big Four.

Het tweede doel van openbaarmaking – potentiële cliënten van accountantsorganisaties en degenen die vertrouwen op door accountantsorganisaties afgegeven verklaringen waarschuwen – kan met openbaarmaking van een aan EY op te leggen boete ook niet meer worden bereikt nu de AFM al bekend heeft gemaakt bij EY overtredingen te hebben geconstateerd en maatregelen voor te bereiden. Daarnaast heeft EY zelf op 1 september 2010 – gedwongen door de AFM – een persbericht uitgebracht waarin informatie is verstrekt over de bevindingen van de AFM en de getroffen maatregelen.

Zou door de AFM tot publicatie worden overgegaan, dan moet dit uitsluitend beschouwd worden als een zelfstandig punitieve sanctie vanwege: (i) de toegevoegde reputatieschade waartoe de publicatie zal leiden en (ii) het feit dat de publicatie geen reparatoir doel meer kan dienen. Daarmee zou de publicatie in strijd komen met artikel 6 EVRM: de Wta biedt immers geen grondslag voor een dergelijke punitieve sanctie en de combinatie van boete en publicatie leidt in elk geval tot een onevenredig hoge bestraffing.

Reactie AFM
Allereerst is de AFM het niet eens met de stelling van EY dat de publicatie van het rapport van 1 september 2010 reeds de doelstellingen van openbaarmaking hebben verwezenlijkt, en dat publicatie van dit rapport schade heeft toegebracht aan het vertrouwen in de Nederlandse accountancy en de reputatie van EY zelf. Het rapport had als doelstelling om aan te kaarten dat de kwaliteit van de accountantscontrole fundamenteel beter moet. Uit het onderzoek van de AFM bleek dat bij alle Big 4-kantoren de controles in verschillende sectoren tekort zijn geschoten. Het rapport is uitsluitend opgesteld om bovengenoemde algemene ‘kantooroverstijgende’ problematiek aan te kaarten en niet om aan te geven bij welk kantoor welke bevinding werd gedaan. Voorts zij opgemerkt dat publicatie van het betreffende rapport volledig los staat van de publicatie van een opgelegde boete. Uit de systematiek van de wet volgt dat een boete verplicht gepubliceerd moet worden.

De AFM benadrukt dat het boetebesluit geen kopie wordt van het onderliggende onderzoeksrapport. Het boetebesluit dient echter wel te voldoen aan de motiveringsplicht die op de AFM rust. Het boetebesluit bevat derhalve die feiten, omstandigheden en overwegingen die maken dat er sprake is van een deugdelijke motivering. Met betrekking tot de zorg van EY ten aanzien van de geheimhoudingsplicht, merkt de AFM op dat, na toezending van het boetebesluit, EY gedurende drie werkdagen in de gelegenheid wordt gesteld om aan te geven of er passages in de te publiceren versie van het besluit staan, die naar het oordeel van de accountantsorganisatie nog geschoond moeten worden.

Ten aanzien van de stelling van EY dat publicatie gezien moet worden als zelfstandige punitieve sanctie, merkt de AFM het volgende op. De wetgever heeft beoogd om het publicatieregime in de Wta aan te laten sluiten op het regime in de Wft. In de wetsgeschiedenis van de Wta is dit als volgt verwoord: "*Uit artikel 30 van de richtlijn volgt de verplichting voor de lidstaten om genomen maatregelen en sancties die aan een accountantsorganisatie zijn opgelegd, op passende wijze openbaar te maken. (...) Het is wenselijk dat de publicatiebevoegdheden van de AFM geharmoniseerd worden met die van de Wft. Deze publicatiemogelijkheden bieden de beste garantie om aan de gebruikers van accountantsverklaringen over te dragen dat normen daadwerkelijk worden gehandhaafd en dat is in het belang van de implementatie van artikel 30 van de richtlijn.*
Dit zal het vertrouwen in het accountantsberoep versterken. (...) De onderstaande toelichting op de artikelen 64 tot en met 71 sluit aan op de parlementaire geschiedenis (de memorie van toelichting, de vierde en zesde nota van wijziging, het amendement op stuk nr. 52 van de leden Van Egerschot en de Haan) van de Wft."
In de wetsgeschiedenis van de Wft[12] is voorts toegelicht dat, bij publicatie van onder andere een bestuurlijke boete, geen sprake is van een afzonderlijke punitieve sanctie: *"De publicatie van een bestuurlijke boete dan wel een dwangsom zoals vormgegeven in dit voorstel, is evenmin als de publicatie op grond van artikel 1:78 punitief van aard."* Nu uit het voorgaande is gebleken dat het publicatieregime van de Wta aansluiting vindt bij het publicatieregime van de Wft, kan geconcludeerd worden dat ook in het geval van publicatie van bestuurlijke boetes onder de Wta, deze publicatie niet als een zelfstandig punitieve sanctie gekwalificeerd kan worden.

Dat publicatie schade kan toebrengen aan de reputatie van EY, betekent niet 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. In de context van de Wft is dit reeds herhaaldelijk bevestigd door de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam.[13] Voorts is het gegeven dat EY zelf naar aanleiding van het rapport van 1 september 2010 informatie heeft verstrekt over de bevindingen van de AFM en de getroffen maatregelen, geen reden om af te zien van publicatie van de boete omdat ook dit gegeven er niet toe leidt dat er sprake zou zijn van strijd met het doel van het toezicht op de naleving van de Wta. Afgezien van het feit dat EY de nodige maatregelen heeft getroffen nadat de AFM EY op ernstige gebreken heeft gewezen, benadrukt de AFM dat de boete wordt opgelegd omdat ten tijde van het onderzoek EY in strijd met artikel 23 Bta handelde. De publicatie van de boete ziet op de constatering van deze overtreding. Ook wanneer een instelling haar werkwijze heeft aangepast, is dat geen reden om af te zien van publicatie: *"Dat* [de instelling] *inmiddels haar werkwijze heeft aangepast en de overtredingen betrekking hebben op een afgesloten periode, maakt niet dat boeteoplegging en publicatie van de boete niet langer opportuun is."*[14] Daarnaast volgt uit recente jurisprudentie[15] dat publicatie niet in strijd is met artikel 6 EVRM omdat - voorafgaand aan de publicatie - om een voorlopige voorziening kan worden gevraagd. Al zou de publicatie van de boete een bestraffende sanctie zijn dan nog geldt dat, ten aanzien van de combinatie van boete en publicatie, het ne bis in idem-beginsel niet in de weg staat aan de handhaving van de onlosmakelijk met de openbaarmaking verbonden bestuurlijke boete. In dit verband wordt verwezen naar de ontvankelijkheidsbeslissing van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 13 december 2005 (nr. 73661/01) in de zaak Nilsson.

---

[12] Kamerstukken II 2005-2006, 29 708, nr. 19, p. 420.
[13] Zie bijvoorbeeld Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 24 augustus 2010, UN: BN4885; 23 september 2010, *LJN* BN 9489; 16 september 2009, *LJN* BJ 8562.
[14] Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 16 september 2009, *LJN* BJ 8562.
[15] Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 8 april 2010, *LJN* BM 0507.

Juist gelet op de wens om de publicatieregimes van de verschillende financiële toezichtwetten te harmoniseren valt niet in te zien waarom deze jurisprudentie niet op gelijke wijze toepasbaar zou zijn in het kader van de Wta.

4. Besluit

4.1 Besluit tot boeteoplegging

Op grond van het voorgaande heeft de AFM besloten om aan EY een bestuurlijke boete op te leggen omdat in de periode van 1 januari 2009 tot 15 februari 2010 de compliance officer van EY onvoldoende heeft toegezien op de naleving van de bij of krachtens de artikelen 13 tot en met 24 van de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta) gestelde regels. Dit is een overtreding van artikel 23, eerste lid, eerste volzin van het Bta. Daarnaast heeft EY niet tijdig een plaatsvervangend compliance officer aangewezen. Dit is een overtreding van artikel 23, eerste lid, tweede volzin, van het Bta.[16]

Hoogte van de boete
Voor deze overtreding geldt op grond van artikel 55 Wta juncto artikel 40 Bta juncto artikel 1 van de bijlage bij het Bta een basisbedrag van € 21.781, -.

EY heeft aangegeven dat haar meest recente jaaromzet uit de wettelijke controles € [redacted] bedraagt. Daarnaast verricht EY ook wettelijke controles bij OOB's. Dit betekent dat, volgens artikel 2 van de Bijlage behorende bij artikel 40 van het Bta, draagkrachtfactor 10 van toepassing is.

De boete voor overtreding van artikel 23 Bta bedraagt op grond hiervan € 217.810, -.

Tegen de hierna weergegeven achtergrond meent de AFM dat de boete niet voor matiging in aanmerking komt. De wetsgeschiedenis bij de Wta benadrukt het belang van het objectieve oordeel van de accountant voor het functioneren van de economie. Waar de kernfunctie van de accountant is het toevoegen van zekerheid in het maatschappelijk verkeer, verliest deze functie haar waarde door het wegvallen van het in de accountantsverklaring gestelde vertrouwen. Een reeks aan gebeurtenissen in het recente verleden heeft het vertrouwen in de accountant ernstig ondergraven. De Wta beoogt gestalte te geven aan een gerechtvaardigd herstel van het vertrouwen in de accountant en de door hem ten behoeve van het publiek gegeven verklaringen.

De overtreding van artikel 23, eerste lid, Bta wordt door de wetgever als zeer ernstig aangemerkt. Dit blijkt onder meer uit het feit dat deze overtreding met een van de hogere boetecategorieën wordt aangeduid, namelijk met de een na hoogste categorie 5. EY heeft daarnaast geen beroep gedaan op matiging naar aanleiding van een beperkte financiële draagkracht.

EY moet het bedrag binnen zes weken overmaken op bankrekening [redacted] ([redacted]) ten name van AFM te Amsterdam, onder vermelding van factuurnummer [redacted]. EY ontvangt geen afzonderlijke factuur voor dit bedrag.

[16] De AFM heeft de bevoegdheid om een boete op te leggen op grond van artikel 54 Wta.

De boete moet worden betaald binnen zes weken na de datum van dit besluit.[17] Als EY bezwaar maakt tegen dit besluit wordt de verplichting om de boete te betalen geschorst totdat op het bezwaar is beslist. Die verplichting wordt ook geschorst als EY na de bezwaarprocedure in beroep gaat, totdat op het beroep is beslist.[18]

Over de periode dat de verplichting om de boete te betalen is geschorst, moet EY wel wettelijke rente betalen.[19]

4.2 Besluit tot openbaarmaking van de boete

Omdat de AFM aan EY een boete oplegt voor de overtreding van artikel 23 Bta, moet de AFM het besluit tot boeteoplegging openbaar maken, nadat deze definitief is geworden (nadat het niet langer mogelijk is om bezwaar of beroep in te stellen).[20]

De wetgever heeft het openbaarmaken van bestuurlijke boetes verplicht om deelnemers op de financiële markten te waarschuwen. Dit is in het belang van de ordelijke en transparante financiëlemarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en de zorgvuldige behandeling van cliënten.[21] Indien de openbaarmaking van het besluit 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, blijft ingevolge artikel 68 Wta openbaarmaking achterwege.

Van dat laatste is naar het oordeel van de AFM geen sprake. Het individuele belang van EY kan in dit verband niet tot een andere uitkomst leiden. Het argument dat publicatie schade kan toebrengen aan de reputatie van EY, heeft geen betrekking op de vraag of openbaarmaking van het besluit 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.

Bijlage 2 bij dit besluit bevat de volledige tekst van het besluit dat op de website van de AFM openbaar zal worden gemaakt, geschoond van vertrouwelijke informatie. Mocht u van mening zijn dat er desondanks vertrouwelijke tekst in staat die geschoond zou moeten worden, dan verneemt de AFM dat graag zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk binnen 3 werkdagen nadat dit besluit definitief is geworden. Er zal geen nadere aankondiging plaatsvinden alvorens tot publicatie wordt overgegaan.

De basis van de tekst die in het te publiceren persbericht en/of de advertentie zal worden opgenomen, is de volgende:

---

[17] Dit volgt uit artikel 4:87, lid 1 en de artikelen 3:40 en 3:41 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

[18] Dit volgt uit artikel 56, eerste lid, Wta.

[19] Dit volgt uit artikel 56, tweede lid, Wta.

[20] Dit volgt uit artikel 68 Wta.

[21] Vergelijk PG 29708, nr. 19, p. 301-303, p. 420-421, nr. 20, p. 30 en nr. 39, p. 8-10. De wetgever heeft beoogd om het publicatieregime in de Wta aan te laten sluiten op het regime in de Wft. Zie ook paragraaf 3.5 van onderhavig besluit.

“[redacted]

[redacted]“

Let op: De AFM kan, al naargelang de omstandigheden op het moment van publicatie, bovengenoemde publicatietekst wijzigen of aanvullen.

5. Rechtsgangverwijzing

Iedere belanghebbende kan tegen deze beschikking bezwaar maken door binnen zes weken na bekendmaking daarvan een bezwaarschrift in te dienen bij de AFM, t.a.v. Juridische Zaken, Postbus 11723, 1001 GS, Amsterdam. Een bezwaarschrift kan ook per fax (alleen naar faxnummer 020-797 3835), per e-mail (alleen naar e-mailadres **bezwarenbox@afm.nl)** of door middel van het formulier op de website van de AFM (**www.afm.nl/bezwaar**) worden ingediend. Aan deze elektronische wijze van verzending stelt de AFM nadere eisen die op haar website worden toegelicht. Dat een bezwaarschrift niet aan andere AFM faxnummers of AFM e-mailadressen wordt verzonden dan de hier genoemde, is één van die eisen. De AFM zal het bezwaarschrift alleen inhoudelijk in behandeling nemen als aan bedoelde eisen is voldaan.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[Was getekend]
[redacted]
Assistent boetefunctionaris

[Was getekend]
[redacted]
Boetefunctionaris

Bijlage 1 – Wettelijk kader

Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta)

Artikel 1
In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt - voor zover niet anders is bepaald - verstaan onder:
[…]
1. organisatie van openbaar belang:
1° een in Nederland gevestigde rechtspersoon naar Nederlands recht waarvan effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht;
2° een kredietinstelling met zetel in Nederland als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht waaraan een vergunning is verleend ingevolge die wet;
3° een centrale kredietinstelling met zetel in Nederland als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht waaraan een vergunning is verleend ingevolge die wet;
4° een levensverzekeraar of schadeverzekeraar met zetel in Nederland als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht waaraan een vergunning is verleend ingevolge die wet;
5° een onderneming, instelling of openbaar lichaam, behorende tot een van de ingevolge artikel 2 aangewezen categorieën.

Artikel 54
1. De Autoriteit Financiële Markten kan een bestuurlijke boete opleggen ter zake van een overtreding van een voorschrift, gesteld bij of krachtens de artikelen 5, eerste lid, 6, derde lid, 14, 15, 18, 19, 20, eerste en derde lid, 21, 22, 23, 24 en 24a van deze wet en van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht.
2. De bestuurlijke boete komt toe aan de Autoriteit Financiële Markten.
3. Onze Minister, in overeenstemming met Onze Minister van Justitie, kan regels stellen ter zake van de uitoefening van de bevoegdheid, bedoeld in het eerste lid.

Artikel 55
1. Het bedrag van de bestuurlijke boete wordt bepaald bij algemene maatregel van bestuur, met dien verstande dat de boete voor een afzonderlijke overtreding ten hoogste € 900.000 bedraagt.
2. De algemene maatregel van bestuur, bedoeld in het eerste lid, bepaalt bij elke daarin omschreven overtreding het bedrag van de deswege op te leggen bestuurlijke boete.
3. De Autoriteit Financiële Markten kan het bedrag van de bestuurlijke boete lager stellen dan in de algemene maatregel van bestuur is bepaald, indien het bedrag van de boete in een bepaald geval onevenredig hoog is.

Artikel 56
Degene jegens wie de Autoriteit Financiële Markten een handeling heeft verricht waaraan hij in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat hij ervan wordt verdacht een overtreding te hebben begaan die met een bestuurlijke boete wordt bedreigd, is niet verplicht ter zake daarvan enige inlichting te verstrekken. Hij wordt hiervan in kennis gesteld alvorens hem om informatie wordt gevraagd.

Artikel 57
1. Indien de Autoriteit Financiële Markten voornemens is een bestuurlijke boete op te leggen, geeft zij de betrokkene daarvan kennis onder vermelding van de gronden waarop het voornemen berust.
2. In afwijking van afdeling 4.1.2 van de Algemene wet bestuursrecht, stelt de Autoriteit Financiële Markten de betrokkene in de gelegenheid om naar keuze schriftelijk of mondeling zijn zienswijze naar voren te brengen voordat de bestuurlijke boete wordt opgelegd.

Artikel 61
1. De bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete vervalt drie jaren na de dag waarop de overtreding is begaan.
2. De termijn, bedoeld in het eerste lid, wordt gestuit door de bekendmaking van de beschikking waarbij een bestuurlijke boete wordt opgelegd.

Artikel 62a. lid 1
Met het oog op waarborging van de publieke functie van de accountantsverklaring en de bevordering van het vertrouwen in de financiële markten, kan de Autoriteit Financiële Markten, nadat de beschikking waarbij een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete is opgelegd, is bekendgemaakt, onverminderd artikel 2:5 van de Algemene wet bestuursrecht, het feit ter zake waarvan een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete is opgelegd, het overtreden voorschrift, alsmede de naam, het adres en de woonplaats van degene aan wie de last onder dwangsom of de bestuurlijke boete is opgelegd, ter openbare kennis brengen.

Artikel 68
Onverminderd artikel 67 maakt de Autoriteit Financiële Markten een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete ingevolge deze wet openbaar, 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 deze wet.

Artikel 71
1. Indien een verzoek om voorlopige voorziening als bedoeld in Titel 8.3 van de Algemene wet bestuursrecht is gedaan tegen een besluit als bedoeld in artikel 64, 67, eerste lid, of 69, eerste lid, vindt het onderzoek ter zitting plaats met gesloten deuren.
2. Indien de voorzieningenrechter een publicatieverbod van een besluit als bedoeld in artikel 64, 67, eerste lid, of 69, eerste lid, heeft opgelegd, vindt het horen van belanghebbenden terzake van het bezwaar niet in het openbaar plaats.
3. Indien de voorzieningenrechter een publicatieverbod van een besluit als bedoeld in artikel 64, 67, eerste lid, of 69, eerste lid, heeft opgelegd, en beroep wordt ingesteld tegen de beslissing op het bezwaar tegen dat besluit, vindt het onderzoek ter zitting plaats met gesloten deuren.

Besluit toezicht accountantsorganisaties

Artikel 23 Bta:
1. 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 b en krachtens de artikelen 13 tot en met 24 van de wet gestelde regels. De accountantsorganisatie wijst eveneens een plaatsvervanger aan.
[…]
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 40 Bta
De toezichthouder kan een bestuurlijke boete opleggen bij overtreding van de artikelen 3, eerste tot en met derde lid, 5, 7, 8, eerste tot en met het vijfde lid, 9, 10, eerste en tweede lid, 11, eerste tot en met het vijfde lid, 12, eerste, tweede en derde lid, 13, eerste en tweede lid, 14, 15, 15a, eerste tot en met vijfde lid, 16, 17, eerste en tweede lid, 18, eerste en tweede lid, 19, eerste tot en met het vijfde lid, 20, eerste, tweede en derde lid, 21, 22, eerste en tweede lid, 23, eerste tot en met derde lid, 24, eerste lid, onderdelen a, b en c, tweede en derde lid, 25, 26, eerste lid, 27, 28, 29, eerste en tweede lid, 30, eerste en tweede lid, 31, en 32, eerste tot en met het vierde lid, 33, eerste en tweede lid, 34.

Bijlage bij het Besluit toezicht accountantsorganisaties

Artikel 1
1. Voor de overtredingen, genoemd in de in lid 2 opgenomen tabel, begaan na het tijdstip van inwerkingtreding van de wet, zijn de bedragen als volgt vastgesteld:

Tariefnummer: Bedrag (vast tarief):
1 €453
2 € 907
3 €1815
4 € 5 445
5 €21781
6 €87 125

2. De in het eerste lid bedoelde overtredingen en de daarbij behorende tariefnummers zijn:

Overtreding van voorschriften in het Besluit toezicht accountantsorganisaties, gesteld bij artikel:	Tariefnummer
23, eerste lid	5

Artikel 2

1. Indien een boete wordt opgelegd, is bij de vaststelling van de hoogte van de boete de volgende categorie-indeling van toepassing, met de daarbij behorende factor:

Categorie	Omzet wettelijke controles	Factor Accountantsorganisaties die wettelijke controles verrichten bij OOB's	Factor Accountantsorganisaties die uitsluitend wettelijke controles verrichten bij niet-OOB's
1	≥ € 100 miljoen	10	5
2	≥ € 10 miljoen , < € 100 miljoen	6	3
3	≥ € 1 miljoen , < € 10 miljoen	3	1,5
4	≥ € 0,5 miljoen , < € 1 miljoen	2	0,75
5	<€ 0,5 miljoen	1	0,25

2. De boete wordt vastgesteld door het bedrag, bedoeld in artikel 1, te vermenigvuldigen met de factor behorende bij de categorie, bedoeld in het eerste lid.