

AANGETEKEND MBVO

Bijlage 3 – Openbare versie

Ernst & Young Accountants LLP
De directie
Boompjes 258
3011 XZ ROTTERDAM

Datum	17 september 2012
Ons kenmerk	JZ- [REDACTED]
Pagina	1 van 7
Kopie aan	Nauta Dutilh, mr. S.M.C. Nuyten
Telefoon	[REDACTED]
E-mail	[REDACTED]@afm.nl
Betreft	Besluit tot publicatie

Geachte directie,

Op 9 november 2011 heeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) aan Ernst & Young Accountants LLP (EY) een bestuurlijke boete opgelegd wegens overtreding van artikel 23, eerste lid, van het Besluit toezicht accountantsorganisaties (Bta). EY heeft hiertegen bezwaar gemaakt.

De AFM heeft besloten het boetebesluit, de beslissing op bezwaar en dit besluit tot publicatie te publiceren.¹

Hieronder wordt het besluit verder toegelicht. In paragraaf 1 vindt u de weergave van de feiten die ten grondslag liggen aan het besluit. Paragraaf 2 geeft een beoordeling van de zienswijze van EY. Paragraaf 3 bevat het besluit en in paragraaf 4 staat hoe u bezwaar kunt maken.

De openbare versies van het boetebesluit, de beslissing op bezwaar en dit besluit treft u aan in de bijlagen.

1. Feiten

Bij brief van 9 november 2011, met kenmerk JZ- [REDACTED], heeft de AFM aan EY een bestuurlijke boete opgelegd wegens overtreding van artikel 23, eerste lid, van het Besluit toezicht accountantsorganisaties (Bta).

Op 20 december 2011 heeft EY bezwaar gemaakt tegen dat boetebesluit. Tijdens de behandeling van het bezwaar is gebleken dat er in het boetebesluit ten onrechte geen besluit is genomen over de vroegtijdige openbaarmaking hiervan.

¹ De AFM neemt dit besluit op grond van artikel 67, eerste lid, sub b juncto artikel 55 van de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta), juncto artikel 40 Bta juncto artikel 1 van de Bijlage bij het Bta, zoals deze bepalingen luiden vóór 1 augustus 2009.

Datum

Ons kenmerk

JZ- [REDACTED]

Pagina

2 van 7

Bij brief van 13 juli 2012, met kenmerk JZ- [REDACTED], heeft de AFM haar voornemen tot publicatie van voornoemd boetebesluit en de beslissing op bezwaar aan EY kenbaar gemaakt.

Op 20 juli 2012 heeft EY schriftelijk haar zienswijze gegeven op het voornemen van de AFM.

2. Beoordeling

2.1 Zienswijze EY

2.1.1 Geen wettelijke grondslag

EY is van oordeel dat voor de voorgenomen openbaarmaking van het boetebesluit en de beslissing op bezwaar geen wettelijke grondslag bestaat waardoor deze in strijd zou komen met de op de AFM rustende geheimhoudingsplicht. EY stelt dat artikel 67, lid 1 Wta de AFM de bevoegdheid geeft een primair boetebesluit openbaar te maken na het verstrijken van vijf werkdagen na bekendmaking. EY voert aan dat het artikel geen bevoegdheid geeft voor openbaarmaking van de beslissing op bezwaar. Voorts ziet dit artikel volgens EY op openbaarmaking kort na bekendmaking van het besluit. EY stelt dat in het onderhavige geval na de bekendmaking van het boetebesluit thans reeds 8,5 maanden is verstreken.

Reactie AFM:

De AFM is van oordeel dat artikel 67, lid 1 Wta niet uitsluitend ziet op de bevoegdheid een primair boetebesluit openbaar te maken, maar tevens op openbaarmaking van de beslissing op bezwaar kan zien. Wanneer de AFM alleen het primaire besluit zou publiceren, terwijl zij wel een beslissing op bezwaar heeft genomen waarin het primaire besluit is aangepast (bijvoorbeeld door de boete lager vast te stellen) of de motivering van het primaire besluit is aangevuld, zou er een onvolledig beeld worden gegeven.

Daarnaast geldt dat de Rechtbank Rotterdam heeft geoordeeld dat afdeling 1.5.2 van de Wft voldoende ruimte biedt om de boete ook na de heroverweging op enig tijdstip te publiceren, mits die beslissing stand houdt.²

Ten slotte heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven in een recente uitspraak geoordeeld dat zij niet inziet dat het stelsel van de Wft met betrekking tot de openbaarmaking van boetebesluiten zich ertegen zou verzetten dat vroegtijdige openbaarmaking plaatsvindt op een later moment dan ter gelegenheid van het primaire boetebesluit.³

De AFM meent dat deze jurisprudentie ook relevant is voor het publicatieregime van de Wta. In de eerste plaats is de redactie van de bepalingen over de publicatie van boetebesluiten in de Wta nagenoeg identiek aan de redactie van de artikelen over dit onderwerp in de Wft. In de tweede plaats heeft de wetgever in de wetsgeschiedenis bij de totstandkoming van de Wta uitdrukkelijk de wens uitgesproken om de publicatieregimes van de verschillende financiële toezichtwetten te harmoniseren. In de wetsgeschiedenis van de Wta is dit als volgt verwoord:

² Rechtbank Rotterdam 28 januari 2010, LJN: BL1972.

³ CBb 24 april 2012, LJN: BW3574.

Datum

Ons kenmerk

JZ- [REDACTED]

Pagina

3 van 7

*"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."*⁴

2.1.2 Tijdsverloop

Naar het oordeel van EY zou de AFM moeten afzien van publicatie, omdat het tijdsverloop tussen bekendmaking en publicatie maakt dat de openbaarmaking van het boetebesluit in strijd is of zou kunnen komen met het door de AFM uit te oefenen toezicht. EY beroept zich op een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 7 december 2010 (LJN: BO7553). Het tijdsverloop is in dit geval zelfs zo groot dat voor een groot deel van de in het Besluit betrokken periode van overtreding – 1 januari 2009 tot 15 februari 2010 – ten tijde van de openbaarmaking door verjaring al geen boete meer zou kunnen worden opgelegd.

Reactie AFM:

De AFM meent niet dat de openbaarmaking van het boetebesluit uitsluitend door genoemd tijdsverloop in strijd is of zou kunnen komen met het door de AFM uit te oefenen toezicht. Het belang van en de wettelijke verplichting tot vroegtijdige publicatie blijft onverkort gelden, ook als de AFM ten onrechte de publicatie niet op een eerder moment heeft verricht.

De uitspraak van 7 december 2010 van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam, waar EY naar verwijst, is voor het onderhavige besluit niet relevant. Die uitspraak ziet op de publicatie van een boetebesluit op grond van 1:98 Wft. Dat is de publicatie die vergelijkbaar is met de publicatie die is geregeld in artikel 68 Wta, te weten de publicatie die plaatsvindt na het onherroepelijk worden van de boete. De publicatiebesluiten die in die uitspraak centraal stonden, zagen bovendien op boetes die al eerder waren gepubliceerd op grond van artikel 1:97 Wft (vergelijkbaar met artikel 67 Wta) en waarbij de AFM met een persbericht kenbaar wilde maken dat die besluiten inmiddels onherroepelijk waren geworden. Over die situatie oordeelde de voorzieningenrechter. Zo'n situatie doet zich in dit geval niet voor; het boetebesluit dat in deze beslissing centraal staat, is nog niet eerder openbaar gemaakt en de AFM neemt in deze beslissing geen besluit over de publicatie die plaatsvindt na onherroepelijk worden van het besluit.

De AFM merkt terzijde nog op dat de publicatie die voor de tweede keer plaatsvindt na onherroepelijk worden van het besluit, anders dan in de aangehaalde uitspraak het geval was, doorgaans niet langer plaatsvindt aan de hand van een persbericht. De AFM volstaat met een toevoeging aan het eerdere persbericht dat het boetebesluit inmiddels in rechte onaantastbaar is geworden (en voegt daar zonodig de beslissing op bezwaar aan toe).

⁴ Kamerstukken II 2007-2008, 31 270, nr. 3, p. 21.

EY heeft, afgezien van de verwijzing naar de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, in haar zienswijze niet verder toegelicht waarom in dit specifieke geval het enkele tijdsverloop noopt tot de conclusie dat openbaarmaking van het boetebesluit in strijd is of zou kunnen komen met het door de AFM uit te oefenen toezicht. Voor dit standpunt is evenmin steun te vinden in de wetsgeschiedenis, de systematiek van de wet of jurisprudentie. Uiteraard beoordeelt de AFM bij een besluit tot openbaarmaking wel steeds of er sprake is of kan zijn van strijd met het toezicht. Dat is in dit geval niet aan de orde.

Het standpunt van EY dat ten tijde van de openbaarmaking door verjaring geen boete meer zou kunnen worden opgelegd, gaat – afgezien van de vraag of dit juist is – eraan voorbij dat de boete reeds op 9 november 2011 is opgelegd.

2.1.3 Twee publicatiemomenten

EY voert aan dat de AFM in dit geval vanwege het vermeende verschil in openbaarmakingsregime heeft gekozen voor twee afzonderlijke boetebesluiten. Zou de AFM van het juiste wettelijk kader zijn uitgegaan dan zouden beide boetes zoals gebruikelijk in één brief aan EY bekend zijn gemaakt en zou slechts op één moment openbaarmaking hebben plaatsgevonden. Door de door de AFM gekozen benadering is EY van oordeel dat haar belangen ernstig worden aangetast, aangezien zij wordt geconfronteerd met twee publicatiemomenten in plaats van één.

Reactie AFM:

De AFM merkt allereerst op dat er geen sprake is van een door de AFM gekozen benadering. De AFM heeft er niet bewust voor gekozen om later dan het moment van boeteoplegging een besluit te nemen over de vroegtijdige publicatie van die boete. Als gezegd is tijdens de behandeling van het bezwaar gebleken dat de AFM ten onrechte geen besluit heeft genomen over de vroegtijdige openbaarmaking van het boetebesluit. Nu de AFM bij boetes die zij oplegt voor overtreding van artikel 23, eerste lid, Bta de verplichting heeft om die te publiceren, herstelt de AFM in dit besluit de omissie in het boetebesluit, die zij tijdens de behandeling van het bezwaar heeft geconstateerd.

De AFM ziet niet in dat de belangen van EY ernstig worden aangetast door dit besluit tot publicatie. Het voornoemde boetebesluit is niet openbaar gemaakt in november 2011 zodat er op dat moment geen aandacht is geweest voor deze boete. Dat de publicatie nu alsnog plaatsvindt, maakt – afgezien van de vraag of dit bij de nu te maken afweging een rol kan spelen – niet dat de belangen van EY meer of minder worden aangetast.

2.2 Conclusie

Omdat de AFM aan EY een boete heeft opgelegd voor de overtreding van artikel 23, eerste lid, Bta, moet de AFM het besluit tot boeteoplegging vroegtijdig openbaar maken. Dit laatste volgt uit artikel 67, eerste lid, sub b juncto artikel 55 van de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta), juncto artikel 40 Bta juncto artikel 1 van de Bijlage bij het Bta.

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 financiële marktprocessen, zuivere

Datum

Ons kenmerk

JZ- [REDACTED]

Pagina

5 van 7

verhoudingen tussen marktpartijen en de zorgvuldige behandeling van cliënten.⁵ De AFM kan slechts afzien van openbaarmaking, als die 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.

Van dat laatste is naar het oordeel van de AFM geen sprake. De hiervoor besproken argumenten van EY leiden niet tot een andere conclusie.

3. Besluit

Op grond van het voorgaande heeft de AFM besloten de volledige tekst van het boetebesluit, de beslissing op bezwaar en dit besluit tot publicatie (met uitzondering van vertrouwelijke informatie) op haar website te publiceren, onder begeleiding van een persbericht met de kern van het boetebesluit en de beslissing op bezwaar. Van het persbericht zal tevens een Engelse vertaling worden opgenomen. Ook wordt een bericht 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.

De bijlagen bij dit besluit bevatten de volledige tekst van het boetebesluit, het besluit tot publicatie en de beslissing op bezwaar die op de website van de AFM openbaar zullen 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 na bekendmaking van dit besluit.

De volgende basistekst wordt in het te publiceren persbericht en/of de advertentie opgenomen:

“ [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

⁵ Vergelijk PG 29708, nr. 19, p. 301-303, p. 420-421, nr. 20, p. 30 en nr. 39, p. 8-10. Als eerder aangegeven heeft de wetgever beoogd om het publicatieregime in de Wta aan te laten sluiten op het regime in de Wft.

Datum

Ons kenmerk

JZ-

Pagina

6 van 7

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

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

Op grond van het bepaalde in artikel 67, tweede lid, Wta geschiedt openbaarmaking van de besluiten niet eerder dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit aan EY bekend is gemaakt. Indien wordt verzocht om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht, wordt op

Datum

Ons kenmerk

JZ- [REDACTED]

Pagina

7 van 7

grond van het bepaalde in artikel 67, derde lid, Wta de openbaarmaking van het boetebesluit, de beslissing op bezwaar en het besluit tot publicatie opgeschort totdat er een uitspraak is van de voorzieningenrechter. De hiervoor genoemde termijnen gelden na de datum van bekendmaking van dit besluit.

Als EY om een voorlopige voorziening vraagt, verzoekt de AFM dit per e-mail ([REDACTED]@afm.nl) aan haar door te geven. Als u hier niet toe overgaat zal de AFM de boete openbaar maken zoals hiervoor genoemd. Ook vraagt de AFM EY het verzoek om voorlopige voorziening per fax toe te sturen (faxnummer [REDACTED]).

4. Hoe kunt u bezwaar maken?

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 (faxnummer 020-797 3835), per e-mail (e-mailadres bezwarenbbox@afm.nl) of met het bezwaarformulier op de website van de AFM (www.afm.nl/bezwaar) worden ingediend. Aan deze elektronische verzending stelt de AFM nadere eisen die op haar website worden toegelicht. Een van die eisen is dat een bezwaarschrift niet aan andere AFM faxnummers of AFM e-mailadressen dan de hier genoemde kan worden gestuurd. De AFM neemt het bezwaarschrift alleen inhoudelijk in behandeling als aan deze eisen is voldaan.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[Was getekend]

[REDACTED]

Assistent boetefunctionaris

[Was getekend]

[REDACTED]

Plaatsvervangend boetefunctionaris