

Openbare versie
Aangetekend verstuurd
NautaDutilh N.V.
T.a.v. mw. mr. S.M.C. Nuijten
Postbus 7113
1007 JC AMSTERDAM

Datum	24 januari 2019
Uw kenmerk	[kenmerk]
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	1 van 43
Telefoon	[telefoonnummer]
E-mail	[e-mailadres]
Betreft	Beslissing op bezwaar Baker Tilly (Netherlands) N.V.

Geachte mevrouw Nuijten,

Bij brief van 6 juli 2018 met kenmerk [kenmerk] heeft de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) aan Baker Tilly (Netherlands) N.V. (destijds Baker Tilly Berk N.V.) (**BTB**) een bestuurlijke boete (**de boete**) opgelegd omdat BTB van 22 januari 2014 tot en met 1 mei 2017 haar bedrijfsvoering niet zodanig heeft ingericht dat deze een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf waarborgde, hetgeen in strijd is met artikel 21, eerste lid, van de Wet toezicht accountantsorganisaties (**Wta**). Tegen de boete heeft BTB bezwaar gemaakt. De AFM heeft besloten de boete in stand te laten. In deze brief wordt uitgelegd hoe de AFM tot haar oordeel is gekomen.

Deze brief (**de beslissing op bezwaar**) is als volgt opgebouwd. In paragraaf I beschrijft de AFM de procedure. Paragraaf II bevat de relevante feiten en omstandigheden. In paragraaf III beschrijft de AFM kort de gronden van bezwaar en in paragraaf IV geeft de AFM een beoordeling van de gronden van bezwaar. In paragraaf V wordt beoordeeld of het uitsluiten van bewijs ingevolge paragraaf IV moeten leiden tot herroeping van het boetebesluit. In paragraaf VI staat het besluit van de AFM. Tot slot bevat paragraaf VII de rechtsgangverwijzing. Het verslag van de hoorzitting is opgenomen in de bijlage en maakt integraal onderdeel uit van de beslissing op bezwaar.

I. Procedure

1. Op 22 januari 2014 deed BTB bij de AFM op grond van artikel 32, vierde lid, Bta een melding over een incident in de zaak [A].
2. Op 27 januari 2014 meldde BTB in gelijke zin aan de AFM een incident in de zaak [B].
3. Op 30 oktober 2014 stelde de AFM per e-mail aan BTB vragen over de incidenten inzake [A] en [B], alsmede over een derde incident inzake [C].

Datum 24 januari 2019
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 2 van 43

4. Per e-mail van 13 november 2014 beantwoordde BTB voornoemde vragen van de AFM.
5. Op 9 december 2014 was ten kantore van de AFM een overleg tussen de AFM en (het bestuur van) BTB over de beheersing van incidenten. De AFM lichtte toe dat en waarom zij twijfelde of BTB voldoende *in control* was ten aanzien van de beheersing en voorkoming van incidenten. BTB zei de twijfels van de AFM te begrijpen en in te zien wat er anders moest. Afsproken werd dat BTB met deze nieuwe inzichten maandelijks updates van lopende incidenten zou sturen aan de AFM, waaronder inzake de incidenten [A], [B] en [C].
6. Op 11 december 2014 meldde BTB bij de AFM op grond van artikel 32, vierde lid, Bta het incident in de zaak [C].
7. Per e-mail van 24 september 2015 gaf BTB de AFM een update met een statusoverzicht van incidenten per 23 september 2015, waarbij was gevoegd een rapportage van een voor het bestuur van BTB uitgevoerd onderzoek naar het incident inzake [B].
8. Per e-mail van 15 oktober 2015 stelde de AFM BTB nog enkele vragen over de casus [B], die namens BTB per e-mail van 20 oktober 2015 werden beantwoord.
9. Op 13 juni 2016 kondigde de AFM in een telefonisch gesprek met [functieomschrijving] van BTB een onderzoek aan naar de beheerste en integere bedrijfsvoering van BTB.
10. Bij brief van 22 juni 2016 bevestigde de AFM dat zij op grond van artikel 21 Wta een onderzoek instelde naar de integere en beheerste bedrijfsvoering van BTB. De AFM kondigde daarbij een tweedaags bezoek aan BTB aan. Voorts bevatte de brief een inlichtingenvordering.
11. Bij e-mail van 27 juli 2016 gaf BTB in reactie op de inlichtingenvordering van de AFM informatie.
12. Bij e-mail van 3 augustus 2016 vroeg de AFM aan BTB of er nog andere dan de reeds overgelegde procedures bestonden ten aanzien van integriteitsrisico's inzake consultatie bij fraudesignalen.
13. Bij e-mail van 8 augustus 2016 antwoordde BTB dat er geen andere consultatieprocedures waren.
14. Op 9 augustus 2016 verkreeg de AFM van het Openbaar Ministerie (**OM**) voor het toezicht van de AFM op BTB relevante informatie inzake het strafrechtelijk onderzoek [A].
15. Op 30 augustus 2016 bezocht de AFM het kantoor van BTB in [plaatsnaam] en voerde zij gesprekken met:
 - [D] ([functieomschrijving]) en [E] ([functieomschrijving]);
 - [F] ([functieomschrijving]) en [G] ([functieomschrijving]);
 - [H] (partner/fiscalist en [...]) en [I] ([functieomschrijving]);

Datum 24 januari 2019
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 3 van 43

- [J] (senior manager/director);
 - [K] (partner/accountant);
 - [L] (partner/accountant).
16. Op 31 augustus 2016 bezocht de AFM het kantoor van BTB in [plaatsnaam] en voerde zij gesprekken met:
- [M] (partner/fiscalist en [...]);
 - [N] (partner/accountant en [...]);
 - [O] (senior manager/accountant).
17. Bij e-mails van 13 september 2016 stuurde de AFM aan de geïnterviewden de verslagen van de gevoerde gesprekken en verzocht de AFM hen om deze getekend te retourneren en eventuele opmerkingen of aanvullingen in een bijlage aan te hechten.
18. Bij brief van 15 september 2016 verzocht de AFM BTB naar aanleiding van de gevoerde gesprekken om aanvullende informatie. Voorts nodigde de AFM [functieomschrijving] uit voor een tweede gesprek op het kantoor van de AFM.
19. Bij e-mail van 16 september 2016 merkte BTB op het gewenst te vinden dat bij het gesprek met [functieomschrijving] ook [F] aanwezig zou zijn.
20. Bij e-mail van 19 september 2016 schreef de AFM geen bezwaren te hebben tegen de aanwezigheid van [F], nu eenieder zich in het contact met een bestuursorgaan mag laten bijstaan. Wel merkte de AFM op dat het haar opviel dat dit een [functieomschrijving] van BTB was. De AFM wees erop dat zij verwachtte dat [functieomschrijving] tijdens het gesprek de vragen van de AFM zou beantwoorden. Tot slot bevestigde de AFM dat het gesprek op 15 november 2016 op het kantoor van de AFM zou plaatsvinden.
21. Bij e-mail van 27 september 2016 berichtte BTB de AFM dat na intern overleg [I] in plaats van [F] aanwezig zou zijn bij het gesprek van de AFM met [functieomschrijving].
22. Bij een tweede e-mail van 27 september 2016 zond [functieomschrijving] van BTB de AFM de gespreksverslagen retour, voorzien van aanvullingen of aanpassingen.
23. Bij e-mail van 5 oktober 2016 zond BTB de AFM een brief met aanvullende informatie in reactie op de aanvullende inlichtingenvordering van de AFM van 15 september 2016.
24. Op 15 november 2016 vond ten kantore van de AFM het geplande gesprek plaats tussen de AFM en [E] en [I].

Datum 24 januari 2019

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 4 van 43

25. Per e-mail van 28 november 2016 zond de AFM [E] en [I] het verslag van het gesprek van 15 november 2016, met het verzoek eventuele opmerkingen en/of aanvullingen binnen twee weken aan de AFM te sturen.
26. Bij e-mail van 12 december 2016 stuurde [E] de AFM het gespreksverslag met aanpassingen retour. Hierbij merkte [E] op dat zonder een weergave in het verslag van de volledige context van de gestelde vragen, een zekere nuancering ontbreekt.
27. Op 3 april 2017 overhandigde de AFM BTB een voornemen tot het geven van een aanwijzing wegens overtreding van artikel 21, eerste lid, Wta en artikel 32, derde lid, Bta. Als bijlage bij dit voornemen was gevoegd het onderzoeksrapport (met kenmerk [kenmerk]). BTB werd in de gelegenheid gesteld om op het voornemen van de AFM te reageren.
28. Op 1 mei 2017 gaf BTB ten kantore van de AFM een zienswijze op voornoemd voornemen van de AFM, waarbij zij ook een schriftelijke zienswijze indiende. Bij deze schriftelijke zienswijze voegde BTB een concept plan van aanpak, waarmee BTB schreef verbeteringen met betrekking tot het beheersen van integriteitsrisico's te willen realiseren.
29. Op 1 februari 2018 stelde de AFM BTB per brief in kennis van haar voornemen aan BTB een bestuurlijke boete op te leggen wegens overtreding van artikel 21, eerste lid, Wta. Als bijlage bij dit voornemen was gevoegd het onderzoeksrapport (met kenmerk [kenmerk]), waarbij weer als bijlage ging de door BTB op 1 mei 2017 gegeven zienswijze op het voornemen van de AFM tot het geven van een aanwijzing. De AFM stelde BTB in de gelegenheid om een schriftelijke dan wel mondelinge zienswijze op het boetevoornemen te geven.
30. Op 27 maart 2018 gaf BTB ten kantore van de AFM mondeling een zienswijze op het boetevoornemen, waarbij zij ook een schriftelijke zienswijze overlegde.
31. Bij brief van 6 juli 2018 met kenmerk [kenmerk] (**het boetebesluit**) heeft de AFM aan BTB de boete opgelegd wegens overtreding door BTB van artikel 21, eerste lid, Wta.
32. Bij brief van 15 augustus 2018 heeft BTB bezwaar gemaakt tegen de boete. De gronden van het bezwaar zijn bij brief van 5 oktober 2018 (**het bezwaarschrift**) aangevuld.
33. Op 22 oktober 2018 heeft BTB de AFM telefonisch laten weten dat zij gebruik wil maken van het recht om te worden gehoord. Omdat het inplannen van de hoorzitting ertoe zou hebben geleid dat de AFM niet binnen de wettelijke termijn zou hebben kunnen beslissen op het bezwaar, heeft BTB ermee ingestemd dat de beslistermijn zou worden uitgesteld tot en met 24 januari 2019. Bij brief van 22 oktober 2018 met kenmerk [kenmerk] heeft de AFM dit bevestigd.

Datum 24 januari 2019

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 5 van 43

34. Op 15 november 2018 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat is bijgevoegd bij dit besluit (zie bijlage 1).

II. Feiten en omstandigheden

35. De beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in het onderzoeksrapport met kenmerk [kenmerk] (**het boeterapport**) en het boetebesluit. De feiten die zijn genoemd in het boetebesluit moeten hier, voor zover zij niet reeds zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.

III. Bezwaar

36. Het bezwaarschrift beoogt primair de herroeping van het boetebesluit en vergoeding van de kosten van het bezwaar van BTB op grond van artikel 7:15 Awb en subsidiair een matiging van de hoogte van de boete. Samengevat en zakelijk weergegeven bevat het bezwaarschrift de volgende gronden (nummering conform het bezwaarschrift):
3. Het boetebesluit is in strijd met artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (**het EVRM**).
 - 3.1 Het door de AFM beweerdelijk uitgesloten bewijs is niet geheel uitgesloten.
 - 3.1.1 Geschrapte verklaringen van de bestuurders zijn wel gebruikt.
 - 3.1.2 Niet alle verklaringen van de bestuurders zijn geschrappt.
 - 3.2 De verklaringen van de niet-bestuurders in de dubbelinterviews zijn onbruikbaar door de aanwezigheid van de bestuurders.
 - 3.3 Onvoldoende bewijs is uitgesloten.
 - 3.3.1 Wilsafhankelijke schriftelijke informatie verkregen met een ongeclausuleerde inlichtingenvordering mag niet aan het boetebesluit ten grondslag worden gelegd.
 - 3.3.2 Alle geïnterviewden hadden een zwijgrecht, afgeleid van dat van BTB.
 - 3.4 De AFM heeft de uitspraak van het CBb van 10 januari 2018 onjuist geduid; de inlichtingenvordering had moeten worden geclausuleerd.
 4. Procedurele en formele bezwaren
 - 4.1 De motivering van het boetebesluit is dermate gewijzigd ten opzichte van het voornemen dat artikel 5:53, derde lid, Awb is geschonden.
 - 4.2 Het oordeel over ernst, duur en verwijtbaarheid in het boetebesluit is nieuw en derhalve strijdig met artikel 5:53 Awb en het zorgvuldigheidsbeginsel.
 - 4.3 De termijn van artikel 5:51 Awb en 6 EVRM is geschonden door een te laat onderzoeksrapport.
 - 4.4 Het voortbestaan van een overtreding na 12 december 2016 kan niet worden bewezen met een onderzoek tot en met 12 december 2016.
 - 4.5 De AFM heeft niet gereageerd op de stelling dat het kenmerk van het boeterapport een onjuiste indruk wekt.
 - 4.6 De publicatie van het boetebesluit was onevenredig.
 - 4.7 De boete is onevenredig hoog.

Datum 24 januari 2019

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 6 van 43

5. Materiële bezwaren

5.1 De AFM heeft de beheerste en integere bedrijfsvoering ten onrechte aan de hand van de Wet op het financieel toezicht (**de Wft**) en als resultaatsverplichting uitgelegd.

5.2 Algemeen beeld

5.2.1 De procedure voor opdrachtaanvaarding en –continuering van BTB kon beter maar was niet in strijd met artikel 21 Wta.

5.2.2 De incidentenprocedure van BTB kon beter maar was niet in strijd met artikel 21 Wta.

5.2.3 Het boetebesluit wordt niet gedragen door de verklaringen die eraan ten grondslag zijn gelegd; de AFM is ongemotiveerd voorbijgegaan aan de zienswijze van BTB.

5.3 Beoordeling incidenten

5.3.1 Uit incident [A] volgt niet dat BTB geen integere en beheerste bedrijfsvoering had.

5.3.2 Uit incident [B] volgt niet dat BTB geen integere en beheerste bedrijfsvoering had.

5.3.3 Uit incident [C] volgt niet dat BTB geen integere en beheerste bedrijfsvoering had.

5.4 De overtreding is onvoldoende onderbouwd.

IV. Beoordeling van de bezwaargronden

Algemeen

37. De AFM hecht eraan om voorafgaand aan de behandeling van de bezwaargronden het volgende in herinnering te roepen. Op 6 juli 2018 heeft de AFM een bestuurlijke boete van € 900.000 opgelegd aan BTB. De boete is opgelegd omdat BTB van januari 2014 tot mei 2017 geen beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf heeft gewaarborgd.
38. De AFM benadrukt dat integriteit een belangrijke voorwaarde is voor eerlijke en transparante financiële markten. Om integriteit te waarborgen moet een accountantsorganisatie betrokkenheid van haar organisatie bij strafbare feiten en wetsovertredingen tegengaan. Ook kan zij geen relaties aangaan met cliënten die het vertrouwen in de accountantsorganisatie of in de financiële markten kunnen schaden. BTB heeft onvoldoende gedaan om deze integriteitsrisico's te beheersen.
39. De aanleiding voor het aan de boete voorafgaande onderzoek was de constatering van een aantal ernstige incidenten bij cliënten van BTB. De AFM heeft op basis hiervan bekeken hoe BTB integriteitsrisico's beheerste en hoe zij is omgegaan met het melden, oppakken en voorkomen van incidenten. Gedurende een periode van ruim drie jaar is BTB hierin tekortgeschoten.
40. Integriteitsrisico's werden door BTB niet structureel verzameld, geanalyseerd en gedeeld binnen de organisatie. Daardoor ontbrak het BTB aan het nodige overzicht en inzicht om kwesties van integriteit te beheersen. Er speelden zowel integriteitsrisico's bij cliënten van BTB als binnen haar eigen organisatie. BTB heeft onvoldoende weloverwogen keuzes gemaakt in reactie op sterke aanwijzingen dat cliënten zich schuldig hadden gemaakt aan strafbare feiten. BTB heeft tot slot nagelaten om door een analyse van de incidenten in de toekomst herhaling te voorkomen.

Datum 24 januari 2019

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 7 van 43

41. Gelet op de ernst van deze gedragingen heeft de AFM BTB een boete opgelegd van € 900.000 en heeft zij gemeend het boetebesluit te moeten publiceren.
42. Aan het boetebesluit liggen onder andere ten grondslag de verklaringen van de personen genoemd onder randnummer 15 en 16 van de beslissing op bezwaar. Hierbij heeft de AFM de verklaringen van [bestuurder] en [bestuurder]) geschrapt. De AFM heeft deze verklaringen uitgesloten als – onder druk van de medewerkingsplicht uit artikel 5:20 Awb verkregen – wilsafhankelijk materiaal van het voor deze boeteoplegging te gebruiken bewijs.¹ De AFM heeft dit (terugwerkende) zwijgrecht uitsluitend toegekend aan de (oud-)bestuurders van BTB, in navolging van vaste rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (**ABRvS**).² De door de andere personen afgelegde verklaringen zijn wél weergegeven – en op onderdelen voor het bewijs gebruikt. Hiermee heeft de AFM haar proces rond de boeteoplegging op zorgvuldige wijze ingericht. BTB heeft voorts gewezen op een recente uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (**CBb**), waarin is geoordeeld dat DNB bij het opvragen van (potentieel) wilsafhankelijk materiaal in de lasten onder dwangsom ter naleving van de inlichtingenvorderingen de restrictie had moeten opnemen dat het materiaal uitsluitend zou worden gebruikt voor toezichtsuitoefening en niet mede voor bestuurlijke beboeting of strafvervolgging.³ De AFM zal hieronder nader ingaan op deze punten.
43. Voor alle duidelijkheid: standpunten ingenomen onder een kopje beginnend met ‘Bezwaaronderdeel ...’ zijn de standpunten van BTB, en standpunten ingenomen onder een kopje beginnend met ‘Reactie AFM op bezwaaronderdeel ...’ zijn de standpunten van de AFM. De nummering van de bezwaaronderdelen komt overeen met de nummering in het bezwaarschrift. Voor zover een bezwaaronderdeel een samenvatting van of inleiding op andere bezwaaronderdelen vormt, wordt hierop gereageerd in de reactie op de samengevatte dan wel ingeleide bezwaaronderdelen.

Bezwaaronderdeel 3 – Strijd met artikel 6 EVRM

44. Volgens BTB is het boetebesluit in strijd met artikel 6 EVRM. In artikel 6 EVRM ligt onder meer het *nemo tenetur*-beginsel besloten. Dit houdt kort gezegd in dat iemand niet kan worden gedwongen om aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Het *nemo tenetur*-beginsel is van toepassing op wilsafhankelijk materiaal.⁴ Dit is informatie waarvan het bestaan afhankelijk is van de wil van de verstrekker.⁵ Verstrekking van wilsafhankelijk materiaal mag voor toezichtsdoeleinden worden afgedwongen maar

¹ Zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640 en CBb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3.

² Volgens vaste rechtspraak van de ABRvS komt het zwijgrecht alleen toe aan de bestuurders van de rechtspersoon die de overtreding wordt verweten; zie bijvoorbeeld ABRvS 27 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL0746, AB 2010/48; ABRvS 11 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2750 en ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115.

³ CBb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3.

⁴ EHRM 17 december 1996, no. 19187/91, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (Saunders v. UK).

⁵ CBb 4 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:444.

alleen als de nationale autoriteiten waarborgen dat dat materiaal niet wordt gebruikt voor bestraffende sancties.⁶

45. Het boetebesluit is onder meer gebaseerd op schriftelijke en mondelinge verklaringen die onder dwang zijn afgelegd. Deze zijn per definitie wilsafhankelijk. Dit geldt voor de informatie uit de interviews en bepaalde schriftelijke informatie, waaronder die verkregen door middel van de vragen 5, 12, 16, 24 en 25 zoals gesteld in de inlichtingenvordering van 15 september 2016. Hier wordt BTB immers gevraagd om overzichten op te stellen en mededelingen te reproduceren waarvan de AFM niet wist of deze waren gedaan of vastgelegd. Daardoor vormen de antwoorden op deze vragen ‘wilsafhankelijke informatie’.⁷
46. In een inlichtingenvordering waarmee wilsafhankelijke informatie kan worden verkregen, moet worden vermeld dat de medewerkingsplicht slechts geldt met de restrictie dat dit materiaal niet zal worden gebruikt voor beboeting of strafvervolging (**het clausuleren van een inlichtingenvordering**).⁸ Nu de inlichtingenvordering van de AFM niet is geclausuleerd, kan de daarmee verkregen wilsafhankelijke informatie niet aan het boetebesluit ten grondslag worden gelegd.

Bezwaaronderdeel 3.1 – Beweerdelijk uitgesloten bewijs niet geheel uitgesloten

47. In reactie op de zienswijze van BTB van 27 maart 2018 heeft de AFM de verklaringen van [bestuurder] en [bestuurder] uitgesloten van het bewijs, omdat beiden ten tijde van belang bestuurders van BTB waren. Deze beslissing is op zich juist, maar is niet correct uitgevoerd (zoals uiteengezet in bezwaaronderdeel 3.1.1 en 3.1.2), waardoor het boetebesluit in strijd blijft met artikel 6 EVRM. Bezwaaronderdeel 3.1 valt uiteen in twee onderdelen, die hieronder worden behandeld.

Bezwaaronderdeel 3.1.1 – Geschrapte verklaringen toch gebruikt

48. Volgens BTB bevat het boetebesluit informatie uit de mondelinge verklaringen van [bestuurder] en [bestuurder], zij het zonder bronvermelding. Een voorbeeld hiervan is een passage op pagina 63 van het boetebesluit, dat de eerste indruk wekt dat het afkomstig is van [O]. Blijkens de onderliggende gespreksverslagen is dit citaat echter afkomstig van [bestuurder]. Het citaat luidt:

‘Zo besliste [bestuurder] over de acceptatie van de cliënt. Dat deed hij met bestudering van de in het dossier gevoegde documenten (de beschrijving die de betrokken accountant van de cliënt geeft) op basis van professional judgement.’

Reactie AFM op bezwaaronderdeel 3.1.1

49. Hiervoor is onder randnummer 15 en 16 verwezen naar verklaringen die zijn afgelegd door bestuurders en werknemers van BTB. In het boetebesluit heeft de AFM gemeend de verklaringen van deze eersten, die zij te beschouwen als wilsafhankelijk materiaal dat onder dwang is verkregen, zonder dat in casu de

⁶ EHRM 3 mei 2001, no. 31827/96, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (J.B. tegen Zwitserland).

⁷ Cbb 4 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:444.

⁸ Cbb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3.

cautie is gegeven, te moeten uitsluiten van het bewijs. Aldus heeft de AFM het uit artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (**EVRM**) voortvloeiende *nemo tenetur*-beginsel ten aanzien van BTB gerespecteerd.

50. Desalniettemin blijkt dat in het boetebesluit abusievelijk toch gebruik is gemaakt van een citaat van [bestuurder], die als bestuurder van BTB de bovenbedoelde verklaring heeft afgelegd. Deze verklaring bevat wilsafhankelijk materiaal.
51. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus tot het oordeel dat het bovenstaande citaat van het bewijs moet worden uitgesloten.

Bezwaaronderdeel 3.1.2 – Niet alle verklaringen geschrapt

52. Volgens BTB vermelden de gespreksverslagen niet altijd wie wat heeft gezegd, bijvoorbeeld in het gespreksverslag van het interview van [naam] en [bestuurder]. De AFM heeft ten onrechte alleen die passages geschrapt waarvan zij zeker weet dat zij een weergave vormen van de antwoorden van [bestuurder] en [bestuurder]. De AFM had juist alle passages moeten schrappen, behalve die waarvan zeker is dat zij niet van [bestuurder] en [bestuurder] afkomstig zijn. De bewijslast ligt bij de AFM, want het was aan de AFM om van tevoren kenbaar te maken dat wilsafhankelijk materiaal niet zou worden gebruikt ter onderbouwing van een boetebesluit.

Reactie AFM op bezwaaronderdeel 3.1.2

53. Voor zover van belang luidt het gespreksverslag als volgt, waarbij de door BTB bestreden passages dikgedrukt zijn:

BTB heeft verschillende manieren om te waarborgen dat zij zich aan de wet- en regelgeving houdt. Primair ligt de verantwoordelijkheid hiervan bij het bestuur en in de uitvoering bij de professionals. Wetten, regels en procedures liggen vast in het Kwaliteitshandboek. Dit wordt periodiek geüpdatet. In dat kader heeft compliance een matrix onderhanden waarin vastligt hoe de wetten en regels voor de controlepraktijk begrepen zijn in de procedures. Wijzigingen in wetten en regels worden door BVTA of compliance verwerkt in het kwaliteitshandboek. Ook zijn er andere triggers die ertoe kunnen leiden dat de procedures worden gewijzigd. Een voorbeeld hiervan is het incident [B], die ervoor heeft gezorgd dat in de cliënt- en opdrachtacceptatie bij een prospectus verplicht door het bestuur moet worden geaccordeerd, aldus [naam].

Wijzigingen in de procedures worden bij accountancy gecommuniceerd via nieuwsbrieven aan de medewerkers. Ook vinden vaktechnische bijeenkomsten meerdere malen per jaar plaats, landelijk 3x per jaar en een summercourse en op de vestigingen in een hogere frequentie. [bestuurder] voegt toe dat er ook binnen de fiscale praktijk vaktechnische overleggen plaatsvinden. De frequentie hiervan is 14 maal per jaar en daarnaast 2 wekelijks per vestiging. Aangezien de fiscale praktijk een hoge mate van kennisdeling over wet- en regelgeving noodzakelijk maakt, ligt deze frequentie hoger dan in de accountantspraktijk. Naast het

Datum 24 januari 2019
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 10 van 43

vaktechnisch overleg is er ook nog een kennisgroep formeel recht die onder andere de ontwikkelingen op het gebied van de AWR volgt. Hierin wordt ook wel eens de acceptatie van (fiscale) klanten besproken, maar dit is beperkt.

[naam] geeft aan dat onderwerpen die in de controlepraktijk in vaktechnische bijeenkomsten worden behandeld, verschillend zijn. Hierbij is het afgelopen jaar ook aandacht besteed aan onderwerpen die te maken hebben met integriteitsrisico's. Voorbeelden hiervan zijn (vermoedens van) fraude, WWFT meldingen en corruptie. Bij de recent gehouden summercourse is ook het onderwerp corruptie aan de orde geweest. De bijeenkomsten en trainingen gaan in op frauderisico's bij cliënten en gaan niet in op interne frauderisico's, zoals het risico dat medewerkers van BTB betrokken raken bij fraude.

Cliënten krijgen bij acceptatie een WWFT risicoprofiel. Bij signalen wordt dit eventueel herzien, daarnaast vindt een jaarlijkse herevaluatie plaats. Bij assurance- en samenstelopdrachten zijn integriteits- en frauderisico's onderdeel van de standaard BTB-aanpak. Bij specifieke signalen wordt volgens [naam] de risico-inschatting herzien. De CO steunt voor de goede werking op de inzet van OKB's en reviews en de dichtheid hiervan. Iedere wettelijke controle wordt eens in de zoveel jaar aan een OKB onderworpen.

[naam] geeft aan dat van iedere externe accountant tenminste jaarlijks 20% van de portefeuille aan een OKB wordt onderworpen, met een minimum van 2 OKB's per jaar. Daarnaast wordt in principe op iedere nieuwe wettelijke controleopdracht een OKB uitgevoerd. Het minimum van 2 OKB's per jaar is ingegaan vanaf boekjaar 2015. Er vindt geen specifieke analyse plaats op bepaalde thema's of branches als het gaat om mogelijke integriteitsrisico's bij of door cliënten.'

54. De eerste door BTB bestreden passage luidt:

'BTB heeft verschillende manieren om te waarborgen dat zij zich aan de wet- en regelgeving houdt. Primair ligt de verantwoordelijkheid hiervan bij het bestuur en in de uitvoering bij de professionals. Wetten, regels en procedures liggen vast in het Kwaliteitshandboek. Dit wordt periodiek geüpdatet.'

55. De AFM is niet gewoon om in gespreksverslagen in elke zin 'aldus X' of 'X zegt' op te nemen. Dit draagt niet bij aan de leesbaarheid van het verslag. In plaats daarvan wordt veelal per alinea aangegeven wie aan het woord is. Het moment waarop een andere persoon aan het woord komt, wordt gemarkeerd (waar eerst X aan het woord was) met 'Y zegt' of woorden van gelijke strekking. Het bovenstaande citaat is afkomstig uit een alinea die eindigt met de woorden 'aldus [naam]'. Hieruit mag worden opgemaakt dat het citaat afkomstig is van [naam]. Daarom wordt dit niet van het bewijs uitgesloten.

56. De tweede bestreden passage luidt:

‘Ook vinden vaktechnische bijeenkomsten meerdere malen per jaar plaats, landelijk 3x per jaar en een summercourse en op de vestigingen in een hogere frequentie.’

57. Deze passage wordt door één witregel en één zin gescheiden van de voormelde woorden ‘aldus [naam]’. Deze passage wordt gevolgd door een zin die begint met ‘[bestuurder] voegt toe’. Hieruit blijkt dat deze passage afkomstig is van [naam] en dat het woord vervolgens overgaat op [bestuurder]. Daarom hoeft deze passage niet van het bewijs te worden uitgesloten.

58. De derde door BTB bestreden passage luidt:

‘[naam] geeft aan dat onderwerpen die in de controlepraktijk in vaktechnische bijeenkomsten worden behandeld, verschillend zijn. Hierbij is het afgelopen jaar ook aandacht besteed aan onderwerpen die te maken hebben met integriteitsrisico’s. Voorbeelden hiervan zijn (vermoedens van) fraude, WWFT meldingen en corruptie. Bij de recent gehouden summercourse is ook het onderwerp corruptie aan de orde geweest. De bijeenkomsten en trainingen gaan in op frauderisico’s bij cliënten en gaan niet in op interne frauderisico’s, zoals het risico dat medewerkers van BTB betrokken raken bij fraude.’

Cliënten krijgen bij acceptatie een WWFT risicoprofiel. Bij signalen wordt dit eventueel herzien, daarnaast vindt een jaarlijkse herevaluatie plaats. Bij assurance- en samenstelopdrachten zijn integriteits- en frauderisico’s onderdeel van de standaard BTB-aanpak. Bij specifieke signalen wordt volgens [naam] de risico-inschatting herzien. De CO steunt voor de goede werking op de inzet van OKB’s en reviews en de dichtheid hiervan. Iedere wettelijke controle wordt eens in de zoveel jaar aan een OKB onderworpen.’

59. In beide alinea’s van dit citaat wordt [naam] genoemd en de tweede alinea wordt nog eens gevolgd door een witregel en de woorden ‘[naam] geeft aan’. Er kan dus geen twijfel over bestaan dat dit citaat afkomstig is van [naam].

60. Dit citaat wordt dan ook niet van het bewijs uitgesloten.

61. De vierde bestreden passage luidt:

‘Er vindt geen specifieke analyse plaats op bepaalde thema’s of branches als het gaat om mogelijke integriteitsrisico’s bij of door cliënten.’

62. Dit citaat komt uit een alinea die begint met de voormelde woorden ‘[naam] geeft aan’. De AFM ziet dan ook geen reden om deze passage van het bewijs uit te sluiten.

63. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

Datum 24 januari 2019

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 12 van 43

Bezwaaronderdeel 3.2 – Verklaringen niet-bestuurders onbruikbaar door aanwezigheid bestuurders

64. Het boetebesluit is volgens BTB strijdig met artikel 6 EVRM, omdat [naam] en [bestuurder] in een gezamenlijk gesprek zijn gehoord, evenals [naam] en [bestuurder]. In beide gesprekken reageerden de geïnterviewden op elkaar. Als de een informatie geeft, zal de ander dat niet herhalen, doch daarop voortbouwen. Hierdoor wordt door verwijzing – ondanks de schrappingen – wilsafhankelijk materiaal uit de verklaringen van [bestuurder] en [bestuurder] gebruikt, dit in strijd met artikel 6 EVRM.
65. Door de schrappingen wordt de resterende tekst ook onevenwichtig: [naam] en [naam] hebben bepaalde dingen niet of anders gezegd dan als zij afzonderlijk waren gehoord of hadden geweten dat de verklaringen van [bestuurder] en [bestuurder] niet mochten worden gebruikt.
66. Ook relevant is dat de verklaringen van [bestuurder] en [bestuurder] weliswaar uit het boetebesluit zijn verwijderd, maar nog steeds in het ongewijzigde boetedossier staan, wat in strijd is met artikel 6 EVRM. Zelfs het verwijderen van de verklaringen van [bestuurder] en [bestuurder] uit het boetedossier zou onvoldoende zijn om dit te repareren. De informatie uit de geschrapte passages was immers onder meer input voor de overige interviews en heeft de daarmee verkregen informatie gekleurd.

Reactie AFM op bezwaaronderdeel 3.2

67. Er is geen steun in de wet of de rechtspraak voor de stelling van BTB dat beïnvloeding door zwijggerechtigden van niet-zwijggerechtigden tijdens de interviews betekent dat de verklaringen van de niet-zwijggerechtigden moeten worden uitgesloten van het bewijs. Reeds daarom faalt het betoog van BTB. In dit kader verwijst de AFM naar haar reactie op bezwaaronderdeel 3.3.2, waarin wordt uiteengezet waarom het zwijgrecht slechts toekomt aan bestuurders van de vennootschap.
68. Verder miskent BTB dat het boetebesluit louter is gebaseerd op de informatie die in het boetebesluit is genoemd. In zoverre doet de inhoud van het boetedossier niet ter zake, althans is het boetebesluit niet gebaseerd op de bestreden verklaringen. BTB hanteert hier bovendien een te ruime opvatting van het begrip ‘baseren op’. In de opvatting van BTB zou al de kleinste hoeveelheid wilsafhankelijk materiaal elk vervolgonderzoek blokkeren omdat dit wilsafhankelijke materiaal input zou zijn voor het vervolgonderzoek en alle later verkregen informatie zou kleuren.
69. Het EHRM toetst echter enkel of het gebruik van verkregen materiaal ‘*at [...] trial*’ (letterlijk: ter terechtzitting) zich verdraagt met artikel 6 EVRM.⁹ Waar het om gaat, is dat de verklaringen waaruit de feiten blijken die (bijvoorbeeld in een boetebesluit zoals in casu) worden aangemerkt als beboetbare

⁹ Zie EHRM 17 december 1996, no. 19187/91, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (Saunders v. UK), r.o. 69.

Datum 24 januari 2019
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 13 van 43

overtreding geen wilsafhankelijk materiaal vormen. Het eventuele gebruik van wilsafhankelijk materiaal *in de opsporingsfase* laat het EHRM in laatstgenoemde uitspraak buiten beschouwing.¹⁰

70. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaaronderdeel 3.3 – Onvoldoende bewijs uitgesloten

71. Volgens BTB is het boetebesluit in strijd met artikel 6 EVRM omdat, naast de verklaringen van de bestuurders [bestuurder] en [bestuurder], ook ander wilsafhankelijk materiaal er niet aan ten grondslag had mogen worden gelegd.

Bezwaaronderdeel 3.3.1 – Ongeclausuleerde schriftelijke vordering wilsafhankelijk materiaal

72. BTB stelt dat de AFM met de inlichtingenvordering van 15 september 2016 behalve wilsonafhankelijk materiaal ook wilsafhankelijk materiaal heeft verkregen van BTB. Dit zijn bijvoorbeeld de antwoorden op vraag 5, 6, 10, 12, 16, 24 en 25, aldus BTB.

73. Als de betrokkene verplicht is materiaal te fabriceren dat op dat moment niet in fysieke zin bestaat, bestaat dit materiaal niet los van de wil van betrokkene en is het daarmee wilsafhankelijk.¹¹ Daarbij is niet relevant of voor het te fabriceren stuk objectieve gegevens nodig zijn die onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaan.¹²

74. Daarom had de AFM de inlichtingenvordering van 15 september 2016 moeten clausuleren.¹³ Nu de inlichtingenvordering niet is geclausuleerd, kan de daarmee verkregen wilsafhankelijke informatie niet aan het boetebesluit ten grondslag worden gelegd.

75. Nu de AFM de inlichtingenvordering niet heeft geclausuleerd, maar ermee verkregen wilsafhankelijk materiaal wel ten grondslag heeft gelegd aan het boetebesluit, kan het boetebesluit reeds daarom niet in stand blijven, aldus nog steeds BTB.

¹⁰ Zie in vergelijkbare zin ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3494, r.o. 5.1 en ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3495, r.o. 5.1, waarin alleen ‘Uitsluiting van verklaringen [van het bewijs]’ wordt genoemd als mogelijk gevolg van een gestelde overtreding van artikel 6 EVRM, ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, AB 2018/343, r.o. 7.1, waarin de ABRvS advocaat-generaal Keus als volgt citeert: ‘Het ontbreken van de cautie heeft immers tot gevolg dat wilsafhankelijk materiaal [...] niet als bewijsmiddel mag meewerken, wanneer aan de verhoorde persoon uiteindelijk een boete wordt opgelegd.’ en Cbb 11 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX8156, r.o. 5.4, waarin het Cbb alleen bewijsuitsluiting noemt als mogelijk gevolg van een gestelde schending van artikel 6 EVRM.

¹¹ Cbb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3, r.o. 6.7 en Cbb 4 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:444.

¹² Cbb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3.

¹³ CBB 2 februari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL5463, AB 2010/317, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en GvEA van 20 februari 2001, T-112/98 (Mannesmannröhren-Werke).

Reactie AFM op bezwaaronderdeel 3.3.1

76. In bezwaaronderdeel 3.3.1 stelt BTB ongemotiveerd dat *'kopieën van bestaande documenten'* mogelijk wilsafhankelijk materiaal vormen *'als degene die de vordering doet niet weet of de gevorderde documenten bestaan'*. Deze stelling vindt geen steun in de Nederlandse bestuursrechtspraak. Die gaat uit van de definitie *'bewijsmateriaal waarvan het bestaan afhankelijk is van de wil van de verstrekker'*.¹⁴ Of toegang tot dit materiaal afhankelijk is van de wil van de verstrekker, speelt geen rol bij de vraag of materiaal wilsafhankelijk is. De AFM volgt BTB derhalve niet in deze stelling.
77. De AFM merkt op dat de uitspraak van het Cbb van 4 september 2018¹⁵ ziet op het niet clausuleren van een last onder dwangsom. Indien, zoals BTB stelt, de verklaringen verkregen op basis van een niet-geclausuleerde inlichtingenvordering niet ten grondslag mogen worden gelegd aan het boetebesluit, heeft dit betrekking op het leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs. De uitspraak van het Cbb van 4 september 2018¹⁶ heeft hier echter geen betrekking op. Zonder een oordeel te geven over de juistheid van het onderhavige betoog van BTB, verwijdt de AFM de volgende verklaringen uit het aan het boetebesluit ten grondslag liggende bewijs.

'12. [verklaring] [functieomschrijving] heeft dit op dezelfde dag doorgestuurd aan het bestuur. [bestuurder] heeft [functieomschrijving] op 12 november hierover ingelicht.'

'16. Er is naar aanleiding van incident [B] geen olievlekonderzoek verricht door BTB.'

'24. Er is destijds geen mededeling gedaan door [functieomschrijving] aan [functieomschrijving] en/of [functieomschrijving] inzake [kwestie betreffende C]. Dit kwam pas aan de orde na de incidentmelding.'

78. De AFM is van oordeel dat het op verzoek van BTB verwijderen van deze verklaringen geen afbreuk doet aan de bewijsconstructie. De AFM verwijst in dit verband naar paragraaf V hierna.

Bezwaaronderdeel 3.3.2 – Alle geïnterviewden hadden een zwijgrecht, afgeleid van dat van BTB

79. Volgens BTB kunnen niet alleen de bestuurders van een rechtspersoon zich beroepen op het zwijgrecht van die rechtspersoon; zwijggerechtigd zijn de wettelijke, statutaire en overige vertegenwoordigers van de rechtspersoon. Naar vaste rechtspraak van de Rechtbank Rotterdam omvat de laatste groep mede de werknemers van de rechtspersoon als de rechtspersoon via hen wordt gehoord.¹⁷ De AFM heeft ten

¹⁴ Zie bijvoorbeeld Cbb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3, r.o. 6.3 en 6.4.

¹⁵ Cbb 4 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:444.

¹⁶ Cbb 4 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:444.

¹⁷ Rb. Rotterdam 7 augustus 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AI1062 en Rb. Rotterdam 11 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6361.

Datum 24 januari 2019
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 15 van 43

onrechte alleen van [bestuurder] en [bestuurder] – bestuurders van BTB – erkend dat zij een zwijgrecht hebben, afgeleid van dat van BTB.

80. Ter onderbouwing van deze keuze verwijst de AFM naar drie uitspraken van de ABRvS. Volgens BTB komt aan de jurisprudentie van de Rechtbank Rotterdam en het CBb in casu meer betekenis toe dan aan de jurisprudentie van de ABRvS, omdat tegen de beslissing op bezwaar beroep en hoger beroep openstaat bij de Rechtbank Rotterdam en het CBb.
81. Het zwijgrecht van de rechtspersoon komt niet alleen toe aan haar bestuurders maar aan ‘degenen die bij de onderneming werkzaam zijn’ dan wel zijn geweest en aan wie in die hoedanigheid is gevraagd inlichtingen te geven over het handelen van de rechtspersoon.¹⁸ Het CBb acht met name de medewerkingsplicht van artikel 5:20 Awb van belang en legt het zwijgrecht ruim uit vanwege deze medewerkingsplicht, die ook in casu geldt.
82. Nu de toezichthouder van een ieder inlichtingen mag vorderen en de vertegenwoordiging van de rechtspersoon niet (zoals op grond van artikel 528 van het Wetboek van strafvordering) is beperkt tot een wettelijk vertegenwoordiger, zou het zwijgrecht van de rechtspersoon zinledig worden als alleen de bestuurders zich erop kunnen beroepen. Dan kan de toezichthouder immers steeds kiezen voor inlichtingenvorderingen aan anderen dan de wettelijk vertegenwoordigers, zodat geen beroep op het zwijgrecht van de rechtspersoon mogelijk is.
83. De AFM gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting, waar zij met een beroep op drie uitspraken van de ABRvS betoogt dat het zwijgrecht slechts toekomt aan de bestuurders van BTB. In de uitspraak van de ABRvS van 27 juni 2018¹⁹ staat niet dat het zwijgrecht van de rechtspersoon slechts door een bestuurder kan worden uitgeoefend. Uit deze uitspraak blijkt juist dat personen die namens de rechtspersoon vragen beantwoorden, zich op het zwijgrecht van de rechtspersoon kunnen beroepen. Aan deze uitspraak komt extra gewicht toe omdat het de meest recente uitspraak is die de AFM heeft aangehaald, en ook omdat het de enige uitspraak is die is gedaan door de grote kamer, waarin ook de president van het CBb, een raadsheer van de Hoge Raad en een raadsheer van de Centrale Raad van Beroep zitting hebben.
84. Aangezien in deze uitspraak niet wordt verwezen naar eerdere uitspraken van de ABRvS zoals de door de AFM aangehaalde uitspraken,²⁰ heeft de ABRvS er kennelijk voor gekozen af te wijken van haar eerdere vaste rechtspraak. Deze eerdere vaste rechtspraak hield in dat het zwijgrecht van de rechtspersoon slechts toekomt aan de bestuurder.

¹⁸ CBb 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY7026, AB 2013/49, m.nt. R. Stijnen; JOR 2013/48, m.nt. Nuijten.

¹⁹ ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, AB 2018/343, r.o. 7.4.

²⁰ ABRvS 27 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL0746 en ABRvS 11 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2750.

Reactie AFM op bezwaaronderdeel 3.3.2

85. Anders dan BTB is de AFM niet van oordeel dat zij andere mondelinge verklaringen dan die van [bestuurder] en [bestuurder] van het bewijs had moeten uitsluiten om aan artikel 6 EVRM te voldoen. Het is vaste rechtspraak van de ABRvS dat enkel een bestuurder zich kan beroepen op het zwijgrecht van een rechtspersoon.²¹ De door BTB aangehaalde uitspraak²² heeft hierin geen verandering gebracht. In deze uitspraak is overwogen dat de werknemers in kwestie niet namens de rechtspersoon hebben geantwoord, en de rechtspersoon dus niet is verhoord met het oog op het aan haar opleggen van een bestuurlijke boete. Dat de ABRvS hiermee haar vaste rechtspraak inzake artikel 6 EVRM niet heeft verlaten, is zeer recent nog uitdrukkelijk bevestigd:

‘Voor zover [appellante] betoogt dat de arbeidsinspecteurs vanaf 4 juni 2014 de cautie hadden moeten geven aan de medewerker voorafgaand aan het stellen van vragen, wordt zij daarin niet gevolgd, reeds omdat bij boeteoplegging aan een rechtspersoon het zwijgrecht alleen toekomt aan de bestuurders. Uit onder meer de uitspraak van de Afdeling van 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, volgt dat de cautieplicht niet geldt bij het horen van werknemers van een rechtspersoon. Zelfs als [appellante] zou moeten worden gevolgd in haar betoog dat de medewerker feitelijk als bestuurder van [opdrachtgever]. optrad, wat niet uit de stukken valt af te leiden, laat dat onverlet dat hij niet daadwerkelijk bestuurder was, terwijl dat bepalend is voor het antwoord op de vraag of de arbeidsinspecteurs hem de cautie hadden moeten geven.’²³

86. Hieruit blijkt ook dat de door BTB aangevoerde vertegenwoordigingsbevoegdheid van de partners of andere werknemers van BTB niet ter zake doet voor de vraag of zij zich op het zwijgrecht van de rechtspersoon kunnen beroepen. Bestuurders kunnen zich beroepen op het zwijgrecht van de rechtspersoon; anderen, hoe ook genaamd of bevoegd, kunnen dat niet. Dit is ook onlangs bevestigd door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam.²⁴
87. BTB merkt terecht op dat de ABRvS in haar uitspraak van 27 juni 2018 niet verwijst naar haar eerdere vaste rechtspraak ten aanzien van het zwijgrecht van de rechtspersoon. De gevolgtrekking van BTB dat de ABRvS er kennelijk voor heeft gekozen af te wijken van haar eerdere rechtspraak vindt echter geen steun in de tekst van de uitspraak van 27 juni 2018 en wordt uitdrukkelijk weersproken in de uitspraken van 24 oktober 2018.
88. De door BTB aangehaalde vaste rechtspraak van de Rechtbank Rotterdam²⁵ brengt de AFM niet tot een ander oordeel. Deze rechtspraak ziet immers op het zwijgrecht ‘aan de zijde van’ een rechtspersoon op

²¹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 27 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL0746 en ABRvS 11 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2750.

²² ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, AB 2018/343, r.o. 7.4.

²³ ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3494, r.o. 5.1. Vgl. ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3495, r.o. 5.1.

²⁴ V.zr. Rb. Rotterdam 20 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10909, r.o. 5.4.

²⁵ Rb. Rotterdam 7 augustus 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AI1062 en Rb. Rotterdam 11 juli 2006,

ECLI:NL:RBROT:2006:AY6361.

Datum 24 januari 2019
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 17 van 43

grond van het (inmiddels vervallen) artikel 53, eerste lid, Mededingingswet. Gezien de bewoording in dit artikel kwam dit zwijgrecht toe aan een grotere groep dan in het geval van artikel 5:10a, eerste lid, Awb, dat enkel een zwijgrecht toekent aan '*degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie*' (onderstreping AFM). De bewoording '*aan de zijde van*' is uiteraard ruimer dan '*degene die*'. De door BTB aangehaalde vaste rechtspraak van de Rechtbank Rotterdam kan dan ook geen gevolgen hebben voor de uitleg van de reikwijdte van het zwijgrecht van een rechtspersoon in het kader van artikel 5:10a, eerste lid, Awb, zoals in casu aan de orde. Ook de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam heeft dit onderkend in zijn recente uitspraak.²⁶

89. Het beroep van BTB op een uitspraak van het CBb²⁷ kan haar evenmin baten. De passage waaruit zij opmaakt dat het zwijgrecht ruim moet worden uitgelegd ziet juist op het ruimere zwijgrecht '*op grond van artikel 53, eerste lid, Mw*',²⁸ niet op het beperktere zwijgrecht in het kader van artikel 5:10a, eerste lid, Awb.
90. BTB heeft ook aangevoerd dat, in de rechtsopvatting van de AFM, een toezichthouder steeds inlichtingenvorderingen kan richten aan anderen dan de wettelijk vertegenwoordigers zodat geen beroep op het zwijgrecht van de rechtspersoon mogelijk is, en dat het zwijgrecht van de rechtspersoon hiermee '*uitgekleed*' zou zijn. Dit is onjuist. Werknemers worden gehoord in het kader van een onderzoek naar hun werkgever, niet naar henzelf. Deze werkwijze is niet anders dan wanneer de AFM werknemers van een overtreder-natuurlijke persoon hoort met het oog op het aan de natuurlijke persoon opleggen van een bestuurlijke boete. Ook in dat geval geldt dat anderen dan de overtreder geen beroep op het zwijgrecht toekomt.
91. Heroverweging ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaaronderdeel 3.4 – Onjuiste duiding uitspraak CBb 10 januari 2018

92. Volgens BTB gaat het boetebesluit er ten onrechte van uit dat de uitspraak van het CBb van 10 januari 2018²⁹ inhoudt dat een inlichtingenvordering slechts hoeft te worden geclausuleerd als al eerder de cautie is gegeven. Uit de uitspraak van het CBb van 4 september 2018³⁰ blijkt dat dit onjuist is. In deze uitspraak heeft het CBb namelijk geoordeeld dat een inlichtingenvordering moet worden geclausuleerd als niet reeds eerder de cautie is gegeven.

²⁶ V.zr. Rb. Rotterdam 20 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10909, r.o. 5.4.

²⁷ CBb 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY7026, AB 2013/49, m.nt. R. Stijnen; JOR 2013/48, m.nt. Nuijten.

²⁸ CBb 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY7026, r.o. 5.2, AB 2013/49, m.nt. R. Stijnen; JOR 2013/48, m.nt. Nuijten.

²⁹ Cbb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3.

³⁰ CBb 4 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:444.

Datum 24 januari 2019

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 18 van 43

Reactie AFM op bezwaaronderdeel 3.4

93. Zonder een oordeel te geven over de gevolgen van de uitspraak van het CBb van 4 september 2018³¹ voor het boetebesluit, heeft de AFM in reactie op bezwaaronderdeel 3.3.1 een aantal verklaringen van het bewijs uitgesloten. De gevolgen van deze bewijsuitsluiting voor het boetebesluit worden behandeld in paragraaf V.

Bezwaaronderdeel 4 – Procedurele en formele bezwaren

Bezwaaronderdeel 4.1 – Motivering boetebesluit dermate gewijzigd dat artikel 5:53, derde lid, Awb is geschonden

94. Volgens BTB heeft de AFM gehandeld in strijd met artikel 5:53, derde lid, Awb door BTB niet de gelegenheid te geven op het boetebesluit te reageren. De AFM heeft BTB op 1 februari 2018 het boetevoornemen gezonden en de gelegenheid geboden daarop een zienswijze te geven. Daarvan heeft BTB op 27 maart 2018 gebruikgemaakt. Het boetebesluit wijkt echter dermate af van het boetevoornemen dat de AFM BTB de gelegenheid had moeten geven op het voorgenomen boetebesluit te reageren om aan artikel 5:53, derde lid, Awb te voldoen. De feiten in het boetebesluit zijn dezelfde als die in het boetevoornemen (met uitzondering van enkele verwijderingen die zijn ingegeven door artikel 6 EVRM). De toepasselijke wetsartikelen zijn ook gelijk. De uitgebreide invulling van de wettelijke normen is echter nieuw ten opzichte van het boetevoornemen en de onderbouwing van de overtreding in de paragraaf ‘Beoordeling’ is volledig nieuw. De acht pagina’s onderbouwing uit het boetevoornemen zijn vervangen door 25 pagina’s ‘Beoordeling’ (paragraaf 4) met een volledig nieuwe tekst.
95. Hoewel het nodig is in het boetebesluit te reageren op de zienswijze op het boetevoornemen, kan dit de geheel nieuwe toelichting in het boetebesluit niet verklaren, zeker niet in dit geval waarin het standpunt uit het boetevoornemen is gehandhaafd in het boetebesluit.
96. Door de geheel nieuwe onderbouwing van het boetebesluit heeft BTB onvoldoende gelegenheid gehad vooraf een zienswijze te geven op het voorgenomen besluit. Juist bij een boetebesluit dat wordt gepubliceerd, vergen de zorgvuldigheid en de rechtsbescherming dat vooraf op de onderbouwing en toelichting kan worden gereageerd. Die mogelijkheid heeft BTB niet gekregen. Het boetebesluit en de volledige toelichting daarop zijn inmiddels gepubliceerd.

Reactie AFM op bezwaaronderdeel 4.1

97. Naar het oordeel van de AFM heeft zij artikel 5:53, derde lid, Awb niet geschonden. Zij heeft immers aan deze bepaling voldaan door BTB op 1 februari 2018 het boetevoornemen te zenden en de gelegenheid te bieden daarop een zienswijze te geven. Die mogelijkheid heeft BTB ook benut. Het geven van een zienswijze draagt bij aan de zorgvuldige voorbereiding van een besluit. Inherent aan dit proces is dat het uiteindelijke besluit kan afwijken van het boetevoornemen. De stelling dat artikel 5:53, derde lid, Awb in zo’n geval een extra zienswijzemoogelijkheid eist, vindt geen basis in de wettekst, de wetsgeschiedenis of

³¹ CBb 4 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:444.

de rechtspraak. Hiernaar verwijst BTB dan ook niet. De wetgever heeft het bestuursorgaan uitdrukkelijk de mogelijkheid gelaten om in een rapport in de zin van artikel 5:48 Awb bepaalde gegevens achterwege te laten, waarover het bestuursorgaan in dat stadium nog niet beschikt.³² Deze gegevens moeten uiteraard wel in een uiteindelijk boetebesluit komen te staan. Niet is vereist dat daarop nog een zienswijze kan worden gegeven. Dit blijkt ook uit het feit dat het boeterapport blijkens artikel 5:48, tweede lid, Awb slechts een beperkt aantal gegevens hoeft te bevatten. Blijkens artikel 5:50, eerste lid, Awb is de AFM slechts eenmaal gehouden de gelegenheid te geven tot het geven van een zienswijze met betrekking tot het voornemen, waarvan het boeterapport onderdeel uitmaakt. Dat volgens BTB de motivering in het boetebesluit afwijkt van die in het boetevoornemen, doet hieraan niet af.

98. Dat het boetebesluit is gepubliceerd, maakt het bovenstaande niet anders. Bovendien heeft BTB na ontvangst van het boetebesluit in zoverre erop kunnen reageren, dat het haar vrijstond om binnen vijf werkdagen te verzoeken om een voorlopige voorziening tegen de publicatie. Dit heeft BTB nagelaten.
99. Zou al sprake zijn van een schending van artikel 5:53, derde lid, Awb, quod non, dan is dit in bezwaar goedge maakt doordat BTB alsnog heeft kunnen reageren op de onderbouwing van het boetebesluit: *'Schendingen van de in afdeling 5.4.2. genoemde procedurevoorschriften kunnen overigens in de bezwaarfase worden goedge maakt. De rechter moet inhoudelijk beoordelen of de totale procedure (primaire fase en bezwaarfase) met voldoende waarborgen is omkleed.'*³³
100. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaaronderdeel 4.2 – Oordeel over ernst, duur en verwijtbaarheid nieuw en strijdig met Awb en onzorgvuldig

101. Volgens BTB bevat het boetevoornemen geen oordeel over de ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding waarop de boete is gebaseerd, maar slechts een overzicht van het relevante wettelijk kader. Daardoor heeft de AFM BTB onvoldoende geïnformeerd en het BTB daardoor onmogelijk gemaakt vooraf een zienswijze te geven. Dit geldt temeer nu ook de onderbouwing van het boetebesluit is gewijzigd, zoals in bezwaaronderdeel 4.1 gesteld. Hierdoor heeft de AFM niet voldaan aan de verplichting van artikel 5:53 jo. 4:8 Awb om BTB de gelegenheid te geven een zienswijze te geven voordat het besluit tot stand is gekomen.
102. Ook is het boetebesluit strijdig met het zorgvuldigheidsbeginsel omdat de AFM niet heeft gereageerd op dit standpunt, terwijl BTB dat standpunt reeds in haar zienswijze innam.

³² *Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 137.*

³³ *Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 148.*

Datum 24 januari 2019
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 20 van 43

Reactie AFM op bezwaaronderdeel 4.2

103. Artikel 5:53 Awb verplicht de AFM, indien voor de overtreding een bestuurlijke boete van meer dan € 340,- kan worden opgelegd, van de overtreding een rapport of proces-verbaal op te maken en de overtreder in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze naar voren te brengen.
104. Ingevolge artikel 5:48 Awb dient het rapport gedagtekend te zijn en de naam van de overtreder, de overtreding alsmede het overtreden voorschrift en zo nodig een aanduiding van de plaats waar en het tijdstip waarop de overtreding is geconstateerd te vermelden. De eisen waaraan het rapport dient te voldoen volgen uit de functie die een dergelijk rapport heeft, te weten aan de overtreder duidelijk maken wat het bestuursorgaan hem verwijt, zodat hij weet tegen welke beschuldiging hij zich moet verweren.³⁴
105. Naar het oordeel van de AFM voldoet het boeterapport aan de eisen van artikel 5:48 Awb en blijkt uit het boetevoornemen en het boeterapport voldoende duidelijk dat de AFM BTB aanmerkt als overtreder en dat de AFM BTB het verwijt maakt dat zij artikel 21, eerste lid, Wta heeft overtreden.
106. In paragraaf 1 van het boetevoornemen staat dat de AFM voornemens is aan BTB een bestuurlijke boete op te leggen omdat BTB in de periode van 22 januari 2014 tot en met 1 mei 2017 haar bedrijfsvoering niet zodanig heeft ingericht dat deze een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf waarborgde. Dit is een overtreding van artikel 21, eerste lid, Wta. De hoogte van de boete is toegelicht in paragraaf 2 van het boetevoornemen. Daarin is opgenomen welk basisbedrag geldt voor de overtreding en dat bij een eventuele boeteoplegging rekening wordt gehouden met onder meer de ernst en duur van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid van de overtreder en de draagkracht van de overtreder. Daarmee voldoen het boetevoornemen en boeterapport naar het oordeel van de AFM aan de eisen die de Awb daaraan stelt. Dit oordeel vindt steun in de rechtspraak van het CBb.³⁵
107. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaaronderdeel 4.3 – Termijn artikel 5:51 Awb en 6 EVRM geschonden door te laat rapport

108. Kort samengevat betoogt BTB in bezwaaronderdeel 4.3 het volgende. BTB ontving op 3 april 2017 de voorgenomen aanwijzing en een rapport met bevindingen uit het op 13 juni 2016 aangekondigde onderzoek naar de beheerste en integere bedrijfsvoering van BTB van 22 juni tot en met 12 december 2016 (**het aanwijzingsrapport**). Op 1 februari 2018 ontving BTB het boetevoornemen en het boeterapport, dat bijna gelijk luidt aan het aanwijzingsrapport. Het belangrijkste verschil tussen de twee rapporten zijn de dagtekening en het kenmerk: het aanwijzingsrapport ([kenmerk]) is van 3 april 2017 en het boeterapport ([kenmerk]) is van 1 februari 2018.
109. Ingevolge artikel 5:51 Awb moet een eventueel boetebesluit worden genomen binnen dertien weken na de dagtekening van het rapport. Volgens de AFM (pagina 80 van het boetebesluit) regelt artikel 5:51 Awb

³⁴ Zie ook CRvB 19 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3806, r.o. 4.6.

³⁵ CBb 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:401, r.o. 10.4.1 en CBb 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54, r.o. 10.2.

Datum 24 januari 2019
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 21 van 43

uitsluitend de beslistermijn bij het opleggen van een bestuurlijke boete en moet deze worden gelezen in het licht van de redelijke termijn die geldt bij het doorlopen van een punitief traject. Volgens de AFM is daarom de termijn niet ingegaan met de toezending van het aanwijzingsrapport. Die stelling is onjuist. Zoals ook naar voren gebracht in de zienswijze, moet volgens de wetgever de *gehele procedure* worden doorlopen binnen de gestelde termijn en *niet enkel het punitieve gedeelte*:

‘De beslistermijn bedraagt dertien weken, te rekenen vanaf het tijdstip waarop van de overtreding een rapport is opgemaakt. Binnen deze dertien weken dient dus de gehele procedure, inclusief het eventuele horen van de overtreder, te worden afgehandeld.’³⁶

110. Voor de toepassing van artikel 5:51 Awb moet volgens BTB worden uitgegaan van 3 april 2017. Het boetebesluit is van 6 juli 2018 en daarom te laat genomen. Zelfs als wordt uitgegaan van de datum van het boeterapport, 1 februari 2018, is het boetebesluit te laat genomen. Dit moet leiden tot matiging van de boete:

‘Wel zou de rechter de overschrijding van de beslistermijn kunnen verdisconteren in de hoogte van de bestuurlijke boete.’³⁷

111. De AFM stelt dat de termijn van artikel 5:51 Awb moet worden gelezen in het licht van de redelijke termijn. Voor zover de AFM daarmee stelt dat schending van artikel 5:51 Awb een schending van artikel 6 EVRM is, onderschrijft BTB die stelling. Nu de AFM meent dat artikel 5:51 Awb een uitvloeisel is van de bescherming van artikel 6 EVRM, meent BTB dat daaruit volgt dat – in afwijking van de mening van de wetgever – schending van de termijn ook ertoe kan leiden dat van het opleggen van een boete moet worden afgezien.
112. De AFM heeft niet gereageerd op de stelling van BTB dat de AFM in paragraaf 1.2 ten onrechte de indruk wekt dat BTB op een concept-onderzoeksrapport heeft kunnen reageren. BTB heeft geen concept-onderzoeksrapport ontvangen voordat het definitieve rapport op 3 april 2017 werd toegezonden. Wat de AFM bedoelt is de zienswijze tegen de voorgenomen aanwijzing, maar die kan niet met een reactie op het rapport worden gelijkgesteld. Die zienswijze ziet niet op de specifieke bevindingen van de AFM, maar op de vraag of de AFM een aanwijzing zou mogen en moeten geven.

Reactie AFM op bezwaaronderdeel 4.3

113. Wat betreft de gestelde schending van artikel 5:51, eerste lid, Awb: De dertienwekentermijn van deze bepaling vangt aan na de dagtekening van het rapport. In casu is dit 1 februari 2018, de datum van het boeterapport, en wel om de volgende twee redenen.

³⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 150.

³⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 150.

Datum	24 januari 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	22 van 43

114. Ten eerste is het ‘*rapport*’ genoemd in artikel 5:51, eerste lid, Awb en de door BTB geciteerde wetsgeschiedenis het rapport dat is opgesteld met het oog op het opleggen van een bestuurlijke boete. BTB miskent dit. De ratio van artikel 5:51, eerste lid, Awb is dat een justitiabele niet tot in lengte van dagen het zwaard van Damocles van een punitieve sanctie boven het hoofd mag worden gehouden. Het moment waarop de justitiabele zich deze dreiging gewaar wordt, is het moment waarop hij een rapport ontvangt dat is opgesteld met het oog op het aan hem opleggen van een bestuurlijke boete. Dit is uiteraard niet een eerder rapport dat is opgesteld met het oog op het opleggen van een reparatoire sanctie, zoals het aanwijzingsrapport. Op een reparatoire sanctie volgt immers niet zonder meer een punitieve sanctie.
115. Ten tweede ziet het aanwijzingsrapport niet op dezelfde overtreding als het boeterapport en het boetebesluit. BTB miskent dit waar zij beweert dat het voornaamste verschil tussen het aanwijzingsrapport en het boeterapport de dagtekening en het kenmerk zijn. Het aanwijzingsrapport ziet op een in gang zijnde overtreding van 22 januari 2014 tot en met (tot dan toe) 3 april 2017. Het boeterapport daarentegen ziet op een beëindigde overtreding van 22 januari 2014 tot en met 1 mei 2017. Daarom kan niet worden gezegd dat het aanwijzingsrapport het rapport ‘*van de overtreding*’ is in de zin van artikel 5:51, eerste lid, Awb. Het enige rapport ‘*van de overtreding*’ is het boeterapport.
116. Nu moest worden gerekend vanaf de datum van het boeterapport, 1 februari 2018, had de AFM tot en met 3 mei 2018 om te voldoen aan de termijn van artikel 5:51, eerste lid, Awb. Het boetebesluit is van 6 juli 2018. De termijn is dus met twee maanden overschreden. De termijn van artikel 5:51, eerste lid, Awb is een termijn van orde.³⁸ De overschrijding ervan kan blijkens de wetsgeschiedenis niet leiden tot het vervallen van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete. De AFM ziet derhalve niet in hoe de overschrijding zou kunnen leiden tot herroeping van het boetebesluit. Ook tot matiging van de boete ziet de AFM geen mogelijkheid. In de rechtspraak wordt immers geoordeeld dat aan het overschrijden van de termijn ‘*geen consequenties zijn verbonden*’.³⁹
117. Al zouden aan een termijnoverschrijding als hier aan de orde wel consequenties kunnen worden verbonden, quod non, dan nog ziet de AFM geen aanleiding voor het matigen van de boete. In eerdere, vergelijkbare, zaken heeft de rechter immers al geoordeeld dat geen grond bestond voor matiging van een

³⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 150. S.M.C. Nuijten, ‘Deel 1’, in: *Rechterlijke toetsing van besluiten en handelingen van de AFM en DNB: trends en analyses*. Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2018, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 17 spreekt zelfs van “‘slechts’ een termijn van orde’.

³⁹ ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2831, r.o. 6. sprak nog van ‘*geen consequenties behoeven te worden verbonden*’ (onderstreping AFM).

Datum	24 januari 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	23 van 43

boete bij een overschrijding van de termijn met een maand,⁴⁰ twaalf weken,⁴¹ acht maanden⁴² of zelfs zestien maanden.⁴³

118. Wat betreft de gestelde schending van artikel 6 EVRM: De redelijke termijn van artikel 6, eerste lid, EVRM is overschreden indien de duur van de totale procedure onredelijk lang is.⁴⁴ Behoudens bijzondere omstandigheden beslaat de redelijke termijn in elk van de procesfasen beroep en hoger beroep twee jaar.⁴⁵ De redelijke termijn begint zodra het bestuursorgaan ten aanzien van de overtreder een handeling verricht waardoor deze in redelijkheid kan verwachten dat het bestuursorgaan hem een boete zal opleggen.⁴⁶
119. In de regel verricht een bestuursorgaan eerst met de boetekennisgeving een handeling waardoor de overtreder in redelijkheid kan verwachten dat het bestuursorgaan hem een boete zal opleggen.⁴⁷ In veruit de meeste gevallen zal daarom de dag van deze kennisgeving gelden als het tijdstip waarop de redelijke termijn aanvangt. De AFM ziet geen bijzondere omstandigheden die aanleiding geven om in dit geval af te wijken van dit uitgangspunt.
120. Het boetevoornemen is van 1 februari 2018 en het boetebesluit is van 6 juli 2018. Vanwege het voorgaande is de redelijke termijn niet overschreden. Het enkele feit dat de dertienwekentermijn van artikel 5:51 van de Awb is overschreden, betekent niet dat daarmee in strijd is gehandeld met artikel 6 EVRM, aangezien de redelijke termijn de totale duur van de procedure betreft.
121. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaaronderdeel 4.4 – Onderzoek tot en met 12 december 2016 bewijst geen overtreding tot en met 1 mei 2017

122. Volgens BTB is het boetevoornemen gebaseerd op bevindingen uit een onderzoek dat op 12 december 2016 is afgerond en kan het boetevoornemen daarom niet zien op de periode na 12 december 2016. In het boetebesluit staat zonder toelichting dat de boete wordt opgelegd vanwege overtreding in de periode tot en met 1 mei 2017. Op 1 mei 2017 heeft BTB haar verbeterplan gepresenteerd. Dat laat onverlet dat de AFM na 12 december 2016 geen overtreding meer heeft vastgesteld.

⁴⁰ CBB 28 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:124, r.o. 4.4.2.

⁴¹ CRvB 14 november 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2956, r.o. 5.12.

⁴² CRvB 17 juli 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2155, r.o. 4.3.2.

⁴³ ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2831, r.o. 6.

⁴⁴ ABRvS 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2388 en ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2831.

⁴⁵ HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AO9006, r.o. 4.3.

⁴⁶ HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AO9006 en ABRvS 9 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5859.

⁴⁷ ABRvS 9 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5859.

Reactie AFM op bezwaaronderdeel 4.4

123. Met dit bezwaaronderdeel miskent BTB de aard van haar overtreding. Het niet zodanig ingericht hebben van de bedrijfsvoering dat deze een beheerste en integere uitoefening van het bedrijf waarborgt, is een doorlopende overtreding. Het beëindigen ervan vereist immers enig handelen zijdens BTB. De afwezigheid van een dergelijk handelen moet leiden tot de conclusie dat de overtreding voortduurt. Van een dergelijk handelen voorafgaand aan het verbeterplan van 1 mei 2017 is de AFM niet gebleken. BTB heeft voorts in haar zienswijze op het boetevoornemen noch in de onderhavige bezwaarprocedure een dergelijk handelen gesteld, laat staan onderbouwd. Daarom heeft de AFM terecht geoordeeld dat de overtreding heeft voortgeduurd tot en met 1 mei 2017. Het enkele benoemen van het einde van onderzoekshandelingen op een datum die daarvoor ligt, doet daaraan geen afbreuk.
124. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaaronderdeel 4.5 – Geen reactie op de stelling dat het kenmerk van het boeterapport een onjuiste indruk wekt

125. Volgens BTB geven de kenmerken van het aanwijzingsrapport ([kenmerk]) en het boeterapport ([kenmerk]) ten eerste de onjuiste indruk dat deze door verschillende toezichthouders zijn geschreven en ten tweede dat *'de AFM het Boetevoornemen tegelijk met het definitief rapport heeft toegezonden, terwijl de AFM in werkelijkheid 10 maanden heeft gewacht.'* De AFM veronderstelt dat BTB haar verwijt dat de kenmerken verhullen dat het aanwijzingsrapport het rapport van de overtreding zou zijn in de zin van artikel 5:51, eerste lid, Awb. Tot slot had de AFM volgens BTB hierop moeten reageren in het boetebesluit.

Reactie AFM op bezwaaronderdeel 4.5

126. Indien BTB heeft willen stellen dat BTB de AFM verwijt dat de kenmerken verhullen dat het aanwijzingsrapport het rapport van de overtreding zou zijn in de zin van artikel 5:51, eerste lid, Awb en dat het boetebesluit daarom moet worden herroepen, dan kan zij in die stelling niet worden gevolgd, alleen al omdat de premisse van BTB onjuist is: het aanwijzingsrapport is niet het rapport van de overtreding in de zin van artikel 5:51, eerste lid, Awb. Korthedshalve verwijst de AFM naar haar reactie op bezwaaronderdeel 4.3. Bovendien staat het de AFM vrij om haar rapporten de kenmerken te geven die zij geraden acht.
127. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaaronderdeel 4.6 – De publicatie van het boetebesluit was onevenredig.

128. Kort samengevat had de AFM volgens BTB op grond van artikel 21, vijfde lid, Wta (toevoeging AFM: bedoeld zal zijn artikel 67, vijfde lid, Wta) moeten afzien van publicatie van het boetebesluit, omdat BTB en de betrokken personen in dit geval onevenredig worden geschaad door de publicatie. Het boetebesluit bestaat immers bijna geheel uit toelichtingen en onderbouwingen waarop BTB geen zienswijze heeft kunnen geven. Daardoor is het risico veel groter dat de AFM alsnog van haar oordeel moet terugkomen. Dit maakt publicatie onevenredig.

Reactie AFM op bezwaaronderdeel 4.6

129. Naar het oordeel van de AFM was de publicatie van het boetebesluit niet onevenredig. Daarbij wijst zij er ten eerste op dat BTB geen voorlopige voorziening heeft aangevraagd tegen de publicatie van het boetebesluit, hoewel dit haar vrijstond.
130. Bovendien wijst de AFM op het volgende. Dat zij terecht tot een boetebesluit is gekomen zonder wederom een zienswijze in te winnen maakt nog niet dat BTB of andere betrokkenen onevenredig zijn geschaad door de publicatie. Anders dan de door BTB ingenomen stelling dat de AFM mogelijk zou moeten terugkomen van haar besluit, motiveert BTB niet waarom de publicatie tot onevenredige schade zou leiden. Hiervóór heeft de AFM uiteengezet waarom zij van oordeel is dat het boetebesluit kan en mag afwijken van het voornemen. De AFM vermag niet in te zien waarom zij op grond van het door BTB gestelde zou moeten terugkomen van haar oordeel. Ten overvloede merkt de AFM op dat de publicatie van een boetebesluit waarop geen zienswijze is gegeven de onder toezicht staande instelling niet in haar verdedigingsbelang schaadt.⁴⁸
131. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaaronderdeel 4.7 – De boete is onevenredig hoog

132. Volgens BTB moet de boete, ‘gelet op de hiervoor en hierna toegelichte omstandigheden’, worden gematigd.

Reactie AFM op bezwaaronderdeel 4.7

133. BTB geeft niet specifiek aan waarom de boete op grond van de door haar genoemde omstandigheden dient te worden gematigd. Nu zij dit niet motiveert, ziet de AFM geen reden op grond hiervan tot matiging over te gaan. Voor zover matiging zou moeten voortvloeien uit de overige bezwaaronderdelen, wordt verwezen naar de reactie van de AFM op deze overige bezwaaronderdelen.
134. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaaronderdeel 5 – Materiële bezwaren

Bezwaaronderdeel 5.1 – Art. 21 Wta ten onrechte aan de hand van de Wft en als resultaatsverplichting uitgelegd

135. Ten eerste mocht de AFM volgens BTB artikel 21 Wta niet mede aan de hand van de wetsgeschiedenis van de Wft uitleggen. Een wetshistorische uitleg is in beginsel toelaatbaar, maar dan moet het wel gaan om de wetsgeschiedenis en het doel van de wet waarin de bepaling staat en niet die van een andere, al dan niet vergelijkbare, wet.

⁴⁸ Rb. Rotterdam 20 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1308, r.o. 8.1.

136. Ten tweede stelt BTB dat de Wft en de Wta een verschillende definitie van het begrip *'integriteit'* hanteren en dat de AFM ook daarom artikel 21 Wta niet mede aan de hand van de wetsgeschiedenis van de Wft mocht uitleggen. Integriteit in de Wft zou *'een veel ruimer bereik'* hebben omdat integriteit op grond van de Wft ook ziet op het tegengaan van *'andere handelingen door de financiële onderneming of haar werknemers die op een dusdanige wijze ingaan tegen hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dat hierdoor het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten ernstig kan worden geschaad.'*
137. Ten derde stelt BTB dat de AFM er ten onrechte van uitgaat dat artikel 32 Bta vereist dat het beleid van de accountantsorganisatie slechts voldoet als hierdoor elke betrokkenheid bij strafbare feiten en wetsovertredingen wordt voorkomen. Artikel 32 Bta vereist slechts dat het beleid *'ertoe strekt'* (lees: ten doel heeft) om dergelijke betrokkenheid te voorkomen.
138. Tot slot zou de AFM volgens BTB eisen dat BTB elke werknemer of cliënt die een strafbaar feit of wetsovertreding begaat, heenzendt. BTB meent echter dat het de bedoeling is dat de accountant stappen neemt die nodig zijn om dit soort gedrag te beëindigen, niet de relatie te beëindigen. Bovendien zal een afgewezen cliënt terechtkunnen bij een andere accountantsorganisatie omdat deze minder stringente integriteitseisen heeft, of omdat de cliënt haar niet-integere handelen weet te verhullen.

Reactie AFM op bezwaaronderdeel 5.1

139. De wetsgeschiedenis van de Wft kan relevant zijn voor de uitleg van de Wta. Dit komt door de nauwe band tussen deze wetten. Deze blijkt bijvoorbeeld uit de memorie van toelichting bij de Wta, waarin staat dat na inwerkingtreding van de Wft zal worden bezien of het wenselijk is de bepalingen in hoofdstuk 4, 5 en 6 van de Wta te vervangen door een verwijzing naar overeenkomstige bepalingen in de Wft⁴⁹ en dat *'[v]oor artikel 40, tweede lid, [...] uit het oogpunt van consistentie en eenheid van recht [is] aangesloten bij de bepalingen inzake informatieverstrekking die gelden op basis van de bestaande financiële toezichtwetten en de voorgenomen Wet financieel toezicht'*.⁵⁰ Deze nauwe band blijkt voorts uit de inhoudelijke en tekstuele overeenkomsten tussen bepalingen uit beide wetten, zoals artikel 7 Wta en artikel 2:1 Wft en artikel 21 Wta en artikel 3:17/4:14/4:15 Wft. In de rechtspraak worden de overeenkomsten tussen beide wetten ook onderkend. Zo is overwogen dat de Wft en de Wta op een bepaald punt een vergelijkbaar publicatiestelsel kennen,⁵¹ dat het systeem van openbaarmaking van Wft en Wta vergelijkbaar is,⁵² en dat Wta-toezichthouders een geheimhoudingsplicht hebben *'net zoals'* Wft-toezichthouders.⁵³ Gelet op dit alles ziet de AFM niet in waarom het uitleggen van artikel 21 Wta aan de hand van onder andere de wetsgeschiedenis van de Wft reeds op voorhand niet toelaatbaar moet worden geacht.

⁴⁹ Kamerstukken II 2003/04, 29658, nr. 3, p. 60, 66 en 70.

⁵⁰ Kamerstukken II 2003/04, 29658, nr. 3, p. 65.

⁵¹ Zie Rb. Rotterdam 30 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3026, r.o. 7.2.

⁵² Zie Rb. Rotterdam 19 januari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV2271, r.o. 2.15,

⁵³ Zie Rb. Rotterdam 26 februari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH4580, r.o. 2.5.

Datum 24 januari 2019
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 27 van 43

140. Overigens valt op dat BTB in bezwaaronderdeel 3.3.2 ter onderbouwing van haar betoog weliswaar verwijst naar rechtspraak over een andere, in casu niet aan de orde zijnde wet (de Mededingingswet), maar dat BTB in bezwaaronderdeel 5.1 de AFM een beroep op de – relevante – wetsgeschiedenis van de Wft wil ontzeggen. Dit begrijpt de AFM niet. BTB heeft dit ook niet onderbouwd, anders dan door op te merken dat het mede aan de hand van de wetsgeschiedenis van de Wft uitleggen van artikel 21 Wta niet *‘toelaatbaar’* zou zijn.
141. Ten tweede kennen de aan het boetebesluit ten grondslag liggende Wta-bepalingen over integriteit (artikel 21, tweede lid, onderdeel b sub 2 en 3 Wta) spiegelbeeldige bepalingen in de Wft (artikel 4:14, tweede lid, onderdeel b sub 2 en 3 Wft). In beide wetten gaat het kort gezegd om het tegengaan van betrokkenheid bij strafbare feiten en wetsovertredingen dan wel relaties met cliënten die het vertrouwen in de onderneming of de financiële markten kunnen schaden. Nu het door BTB tegengeworpen deel van het integriteitsbegrip niets met het boetebesluit van doen heeft en de aan het boetebesluit ten grondslag liggende bepalingen overeenkomstige bepalingen in de Wft kennen, ziet de AFM geen aanleiding om BTB te volgen in bovenstaande redenering.
142. Met het derde punt miskent BTB welke bepalingen zij heeft overtreden. Met de woorden *‘ertoe strekt’* verwijst zij in dit kader kennelijk naar artikel 32, eerste lid, Bta. Hierin staat kort gezegd dat een accountantsorganisatie een beleid moet hebben dat ertoe strekt dat de betrokkenheid van de accountantsorganisatie en haar medewerkers wordt voorkomen bij strafbare feiten en wetsovertredingen die het vertrouwen in de accountantsorganisatie of in de financiële markten kunnen schaden. De boete is echter aan BTB opgelegd wegens overtreding van artikel 21, eerste lid, Wta, waarin staat dat een accountantsorganisatie de bedrijfsvoering zodanig moet inrichten dat deze een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt. Op pagina 79 van het boetebesluit wordt de overtreding als volgt verwoord:

‘De AFM concludeert dat BTB haar bedrijfsvoering niet zodanig heeft ingericht dat deze een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf waarborgde. BTB moest ter naleving van deze principle based norm zelf analyseren welke risico’s haar organisatie liep en aan de hand daarvan de nodige maatregelen in haar bedrijfsvoering treffen. BTB heeft echter nagelaten de voor haar organisatie relevante risico’s op het gebied van integriteit behoorlijk in kaart te brengen, kennis daarover te borgen en ervaringen breder te delen. Zo kon BTB niet goed tegengaan dat zij als accountantsorganisatie of dat haar medewerkers betrokken raakte(n) bij strafbare feiten en wetsovertredingen die het vertrouwen in de accountantsorganisatie of in de financiële markten kunnen schaden, of dat relaties met haar cliënten dat deden. Tot slot heeft BTB onvoldoende passende maatregelen genomen naar aanleiding van opgetreden incidenten. Daarmee heeft BTB artikel 21, eerste lid, Wta overtreden.’

143. Voor alle duidelijkheid: Dat BTB naar aanleiding van opgetreden incidenten onvoldoende passende maatregelen heeft genomen, vormt een overtreding van artikel 32, derde lid, Bta. BTB’s betoog over de

Datum	24 januari 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	28 van 43

betekenis van artikel 32, eerste lid, Bta kan derhalve geen gevolgen hebben voor het boetebesluit, dat immers niet op deze bepaling is gebaseerd.

144. Tot slot overtuigt het laatste punt van BTB niet. De AFM verwelkomt de door BTB geëtaleerde wil om in te grijpen wanneer de integriteit van een cliënt mogelijk in het geding is, maar plaatst daarbij twee kanttekeningen. Ten eerste is het verbreken van alle banden in sommige gevallen de enige manier om een beheerste en integere uitoefening van het bedrijf te waarborgen en zo te voorkomen dat het vertrouwen in de accountantsorganisatie of in de financiële markten wordt geschaad. Ten tweede is BTB in de onderhavige casus er niet in geslaagd om door in te grijpen (als zij dit al heeft geprobeerd) een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf te waarborgen. Ook merkt de AFM op dat een door BTB afgestoten niet-integere cliënt niet geruisloos bij een andere accountantsorganisatie terecht kan als deze accountantsorganisatie een ordentelijke cliëntacceptatieprocedure heeft. In het bijzonder zij gewezen op de mogelijkheid om collegiaal overleg te voeren met de vorige extern accountant van de cliënt en hierop kritisch te reflecteren.

145. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaaronderdeel 5.2.1 – Procedure voor opdrachtaanvaarding en –continuering niet in strijd met artikel 21 Wta

146. Volgens BTB moeten 11 constatering van de AFM over de procedure opdrachtaanvaarding en –continuering van BTB leiden tot de conclusie dat BTB heeft voldaan aan de eisen van artikel 32, eerste lid, Bta op het gebied van opdrachtaanvaarding en –continuering, waarmee dan ook geen sprake kan zijn van overtreding van artikel 21, eerste lid, Wta.

147. BTB stelt dat de AFM haar vijf verwijten maakt die volgens de AFM leiden tot de conclusie dat het beleid niet voldeed aan de eis dat het is opgesteld *‘aan de hand van analyse van de voor haar relevante integriteitsrisico’s’* en daarom niet is voldaan aan de eisen van artikel 21 Wta. BTB betwist deze conclusie omdat dit citaat afkomstig is uit de wetsgeschiedenis van de Wft en zelfs daarin niet staat dat alle genoemde criteria in het beleid moeten zijn uitgewerkt.

148. Ook is *‘de norm uit het Bta ter invulling van artikel 21 Wta’* (de AFM begrijpt: artikel 32, eerste lid, Bta) volgens BTB niet geschonden. Voor een zover gaande concretisering is bij een boete geen ruimte, zeker bij gebreke van guidance van de AFM. Ook is van belang dat de procedure opdrachtaanvaarding en –continuering ten tijde van vergunningverlening nog door de AFM akkoord is bevonden en sindsdien steeds verder is aangescherpt. Nu de wet- en regelgeving sindsdien niet zijn veranderd, ziet BTB niet in hoe nu andere, hogere, eisen kunnen worden gesteld.

Reactie AFM op bezwaaronderdeel 5.2.1

149. De AFM verwijt BTB niet een schending van artikel 32, eerste lid, Bta, maar een schending van artikel 21, eerste lid, Wta, zoals in de reactie op bezwaaronderdeel 5.1 toegelicht. Als de door BTB opgeworpen 11 constatering over de procedure opdrachtaanvaarding en –continuering al zouden leiden tot de

Datum	24 januari 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	29 van 43

conclusie dat deze procedure voldoet aan de eisen van artikel 32, eerste lid, Bta, dan laat dit onverlet dat deze procedure niet voldoet aan de eisen van artikel 21, eerste lid, Wta.

150. De procedure opdrachtaanvaarding en –continuering bevatte geen handreiking voor de vraag wanneer de integriteit van het management ter discussie stond. Deze procedure bepaalde ook niet wat de inhoud van het collegiaal overleg bij het overnemen van een opdracht van een andere accountantsorganisatie moest zijn. Verder bevatte deze procedure geen inhoudelijke maatstaven voor de beslissing tot continuering. Evenmin bevatte deze procedure een definitie van de ‘bijzondere gebeurtenissen’ die tot beoordeling van continuering konden leiden. Juist bij een moeilijk meetbare gevoelsmatige kwestie als de inschatting van integriteitsrisico's moeten in procedures relevante aandachtspunten en praktijkvoorbeelden worden genoemd. Nu deze essentiële elementen ontbraken in de procedures van BTB, waren de partners (en medewerkers) van BTB bij de door hen uit te voeren integriteitstoetsen overgeleverd aan hun eigen individuele inschattingen zonder dat zij hiervoor enige steun konden ontleen aan de procedure. Aldus heeft BTB haar bedrijfsvoering niet zodanig ingericht dat deze een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt.
151. Wat betreft de constatering dat een jaarlijkse beoordeling voor continuering soms te weinig is, merkt de AFM op (net als op pagina 60 van het boetebesluit) dat het erom gaat dat een heroverweging van het integriteitsbeeld van de cliënt plaatsvindt wanneer dat nodig is – en dat is wanneer er indicaties zijn dat er iets speelt. Ook hierin voorzag de procedure niet.
152. Ten aanzien van het bezwaar van BTB tegen de toepassing van de (in de wetsgeschiedenis van de Wft uitgewerkte) eis dat het beleid is opgesteld *‘aan de hand van analyse van de voor haar relevante integriteitsrisico’s’* verwijst de AFM allereerst naar haar reactie op bezwaaronderdeel 5.1. Het oogmerk van de wetgever bij zowel de Wta als de Wft is onder meer het tegengaan van betrokkenheid bij strafbare feiten en wetsovertredingen dan wel relaties met cliënten die het vertrouwen in de onderneming of de financiële markten kunnen schaden. Nu het integriteitsbegrip in beide wetten in zoverre overeenkomt, ziet de AFM niet in hoe artikel 21, eerste lid, Wta *niet* mede in het licht van de bedoelde eis kan worden uitgelegd. Het is bovendien vanzelfsprekend dat het zodanig inrichten van de bedrijfsvoering dat deze een beheerste en integere uitoefening van het bedrijf waarborgt, gebeurt aan de hand van analyse van de relevante integriteitsrisico's. Als men dit niet doet, loopt men immers continu achter de feiten aan en wordt mogelijk integriteitsincident op integriteitsincident gestapeld omdat voorzienbare doch door BTB niet voorziene risico's zich voordoen. Ook loopt men het risico dat vergelijkbare gevallen op verschillende manieren worden behandeld.
153. Naar het oordeel van BTB zou een niet door de AFM geconcretiseerde open norm niet met een boete kunnen worden gehandhaafd. Dit is onjuist. Het is op de eerste plaats aan de justitiabele om invulling te geven aan de desbetreffende norm. Indien aan deze verantwoordelijkheid op essentiële en vanzelfsprekende punten zoals hiervoor genoemd geen of onvoldoende invulling wordt gegeven, kan een boete niet worden uitgesloten. Daarbij komt dat zowel de Wft als de Wta zich kenmerkt door vele open normen waaraan de justitiabele in de praktijk invulling moet geven.

Datum 24 januari 2019

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 30 van 43

154. Dat de destijds vigerende versie van de procedure opdrachtaanvaarding en –continuering aan de AFM is voorgelegd in het kader van een vergunningverleningsprocedure maakt het bovenstaande niet anders. BTB heeft haar vergunning op 24 juni 2008 van de AFM ontvangen. De bijna elf jaar sindsdien zijn getekend door een financiële crisis, vele boekhoudschandalen en een breuk van het maatschappelijk vertrouwen in accountants en accountantsorganisaties. Deze vertrouwensbreuk is aanleiding geweest voor een maatschappelijk debat, tal van onderzoeksrapporten, verbetervoorstellen en -plannen en nieuwe wet- en regelgeving. De tekst van artikel 21, eerste lid, Wta is in de tussentijd weliswaar niet veranderd, maar het is alleszins redelijk om artikel 21, eerste lid, Wta mede uit te leggen in het licht van al het voorgevallene.
155. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaaronderdeel 5.2.2 – Incidentenprocedure niet in strijd met artikel 21 Wta

156. Volgens BTB moeten zes door haar opgesomde constatering van de AFM over de incidentenprocedure van BTB leiden tot de conclusie dat BTB heeft voldaan aan de eisen van artikel 32, tweede lid, Bta.
157. BTB stelt dat de twee verwijten die de AFM haar maakt geen overtreding van artikel 21 Wta of 32 Bta vormen. Deze verwijten zijn *‘het had “in de rede gelegen” dat BTB in een procedure zou voorschrijven wanneer medewerkers welke signalen moesten melden’* en *‘in het beleid had bepaald moeten worden wanneer een signaal ernstig is voor de algehele integriteit van BTB en welke vorm de vervolgacties moesten nemen.’* Volgens BTB heeft de AFM niet toegelicht waarom haar eisen uit de wettekst voortvloeien of waarom BTB dit had moeten weten. Daarbij is ook van belang dat de incidentenprocedure bij de vergunningaanvraag aan de AFM is voorgelegd en akkoord bevonden en sindsdien alleen maar is aangescherpt.

Reactie AFM op bezwaaronderdeel 5.2.2

158. De AFM verwijt BTB niet een schending van artikel 32, tweede lid, Bta, maar een schending van artikel 21, eerste lid, Wta. Als de door BTB opgeworpen zes constatering van de AFM over de incidentenprocedure al zouden leiden tot de conclusie dat deze procedure voldoet aan de eisen van artikel 32, tweede lid, Bta, dan laat dit onverlet dat deze procedure niet voldoet aan de eisen van artikel 21, eerste lid, Wta. De AFM verwijst naar haar reactie op bezwaaronderdeel 5.2.1.
159. Volgens Van Dale betekent ‘in de rede liggen’: ‘logisch zijn’. Wanneer iets ‘logisch’ is, dan is het (nog steeds volgens Van Dale) ‘vanzelfsprekend’. De AFM vindt het vanzelfsprekend om in een procedure voor te schrijven wanneer medewerkers welke signalen moeten melden. Juist bij een moeilijk meetbare gevoelsmatige kwestie als de inschatting van integriteitsrisico's moeten in procedures relevante aandachtspunten en praktijkvoorbeelden worden genoemd. Nu deze essentiële elementen ontbraken in de procedures van BTB, waren de partners (en medewerkers) van BTB bij de door hen uit te voeren integriteitstoetsen overgeleverd aan hun eigen inschattingen. Aldus heeft BTB haar bedrijfsvoering niet zodanig ingericht dat deze een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt. Ditzelfde

Datum 24 januari 2019

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 31 van 43

geldt voor de noodzaak van het in de incidentenprocedure vermelden wanneer een signaal ernstig is voor de algehele integriteit van BTB en welke vorm de vervolgacties moeten nemen.

160. BTB had dit ook moeten weten, nu het haar verantwoordelijkheid was (en is) om zich op de hoogte te stellen van de op haar toepasselijke eisen en zich te bezinnen op een concretisering hiervan voor haar eigen praktijk. Dat de destijds vigerende versie van de incidentenprocedure aan de AFM is voorgelegd in het kader van een vergunningverleningsprocedure maakt het bovenstaande niet anders. Deze procedure speelde bijna elf jaar geleden. De ontwikkelingen sindsdien (zoals beschreven in de reactie op bezwaaronderdeel 5.2.1) kunnen niet zonder gevolgen blijven voor de uitleg van artikel 21, eerste lid, Wta, ook al is de tekst hiervan gelijk gebleven.

161. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaaronderdeel 5.2.3 – Het boetebesluit wordt niet gedragen door de verklaringen die eraan ten grondslag zijn gelegd; de AFM is ongemotiveerd voorbijgegaan aan de zienswijze van BTB

162. Gezien de lengte van bezwaaronderdeel 5.2.3 en de variëteit aan daarin ingenomen stellingen zal de AFM dit bezwaaronderdeel weergegeven en hierop reageren per randnummer of reeks randnummers.

Bezwaaronderdeel 5.2.3 – randnummers 118-119

163. Kort samengevat stelt BTB dat de AFM ten onrechte het beeld geeft dat alle verklaringen de weergave van de AFM ondersteunen. De weergave van verklaringen in het boetebesluit is volgens BTB echter niet compleet. Niet vermeld wordt bijvoorbeeld dat bij het cliëntenonderzoek ook wordt gekeken naar de juridische en fiscale structuur en oude aangiftes, dat ultimate beneficial owners (UBO's) worden geïdentificeerd en geverifieerd en dat [functieomschrijving] adviseert over de toelaatbaarheid van het risico.

Reactie AFM

164. De AFM ziet geen reden om tot een ander oordeel te komen in de door BTB aangevoerde aspecten die in interviews zijn genoemd, maar beweerdelijk door de AFM buiten beschouwing zijn gelaten. Het is weliswaar prijzenswaardig als BTB bijvoorbeeld haar UBO-onderzoek zo goed op orde heeft als zij doet voorkomen, maar dit laat onverlet dat er te veel mis is geweest met haar bedrijfsvoering. Hieraan doet niet af dat de bedrijfsvoering van BTB op sommige punten mogelijk wél adequaat ingericht zal zijn geweest. Voor een opsomming van de geconstateerde tekortkomingen verwijst de AFM naar het boetebesluit. Anders dan BTB beweert, wordt hierin overigens wel genoemd dat ook wordt gekeken naar juridische en fiscale structuur en oude aangiftes en dat [functieomschrijving] adviseert over de toelaatbaarheid van het risico.⁵⁴

⁵⁴ Boetebesluit, p. 15-16.

Datum 24 januari 2019

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 32 van 43

165. In de stelling van BTB over haar UBO-onderzoek ziet de AFM overigens aanleiding om de volgende passage uit het boetebesluit in herinnering te roepen:

[zienswijze met betrekking tot incident B]⁵⁵

166. [motivering waarom het UBO-onderzoek van BTB in casu tekortschoot] Dit illustreert dat BTB, in strijd met artikel 21, eerste lid, Wta, haar bedrijfsvoering niet zodanig heeft ingericht dat deze een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf waarborgde.

Bezwaaronderdeel 5.2.3 – randnummer 120

167. Ook baseert de AFM zich volgens BTB niet op de wettelijke eisen maar op haar eigen wensen. Zo stelt zij dat overleggen niet alleen vastgelegd moeten worden wanneer dit wettelijk verplicht is, maar moeten wat haar betreft ook informele discussies worden vastgelegd. Dit kan weliswaar wenselijk zijn, maar het nalaten hiervan vormt uiteraard geen overtreding.

Reactie AFM

168. BTB doelt kennelijk op de volgende passage op pagina 62 van het boetebesluit:

‘Het valt de AFM op dat kennelijk binnen BTB de vastlegging van overleggen vooral plaatsvond als en omdat dit wettelijk verplicht was. Wat de AFM betreft zouden ook informele discussies over de acceptatie van een cliënt vastlegging verdienen, want zo kunnen bijdragen aan (een bredere) kennisdeling binnen de organisatie.’

169. Deze passage ligt niet ten grondslag aan het oordeel van de AFM dat BTB artikel 21, eerste lid, Wta heeft overtreden. Het is een constatering ten overvloede die BTB moet helpen de inrichting van haar bedrijfsvoering te verbeteren. Dit bezwaaronderdeel leidt derhalve niet tot herroeping van het boetebesluit.

Bezwaaronderdeel 5.2.3 – randnummer 121

170. Volgens BTB licht de AFM ook niet toe waarom vastgelegde overleggen over cliëntacceptatie algemeen beschikbaar moeten zijn om te voldoen aan de wettelijke eisen. De centrale organisatie had wel toegang en [O] heeft verklaard dat ook analyses konden worden uitgevoerd op aangemaakte risico's. De AFM gaat hieraan voorbij. Op basis van enkel de verklaring van [O] neemt de AFM aan dat de centrale organisatie in de laatste drie jaar minder gebruik maakte van de toegangsmogelijkheid dan daarvoor. Ook oordeelt de AFM ten onrechte dat minder onvoldoende is.

Reactie AFM

171. Vastgelegde overleggen over cliëntacceptatie moeten algemeen beschikbaar zijn, omdat deze alleen dan kunnen bijdragen aan overzicht van en inzicht in de organisatie als geheel. Met het overzicht en inzicht

⁵⁵ Boetebesluit, p. 48.

Datum 24 januari 2019

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 33 van 43

kunnen kennis en expertise over cliëntacceptatie worden opgebouwd en consistent worden geborgd. Ook kan meer duidelijkheid ontstaan over wanneer een cliënt kan worden aanvaard en wanneer niet. Zonder dit overzicht en inzicht kan de eenduidigheid van de cliëntacceptatieprocedure niet worden bewaakt. Dit geldt temeer nu de procedure opdrachtaanvaarding en –continuering evenmin tot eenduidigheid kon leiden, nu deze de partners en medewerkers weinig tot geen praktische handvatten bood. Zonder een eenduidige cliëntacceptatieprocedure bestaat het risico van willekeur. Aldus is het algemeen beschikbaar stellen van vastgelegde overleggen een noodzakelijk onderdeel van het zodanig inrichten van de bedrijfsvoering dat deze een beheerste en integere uitoefening van het bedrijf waarborgt.

172. Dat de centrale organisatie toegang had tot vastgelegde overleggen, is niet voldoende. De eerste lijn bij cliëntacceptatie zijn de medewerkers en partners en juist zij hadden geen toegang tot de vastgelegde overleggen. De AFM is terecht uitgegaan van de juistheid van de verklaring van [O] op dit punt, nu hij deze zonder voorbehoud heeft afgelegd, hij deze nadien schriftelijk akkoord heeft bevonden, van hem als senior manager/accountant mag worden verwacht dat hij op de hoogte is van hetgeen waarover hij heeft verklaard en de AFM niet bekend is met feiten op grond waarvan zijn verklaring in twijfel zou moeten worden getrokken (die overigens ook niet door BTB in bezwaar zijn aangevoerd). Overigens wijst de AFM erop dat, anders dan BTB nu stelt, de afgelopen zeven jaar (niet drie) er minder aandacht was voor het maken van analyses, blijkens de verklaring van [O]. Dit vindt de AFM ernstig omdat BTB geen overzicht en inzicht meer had in haar eigen bedrijfsvoering zodra zij deze analyses niet meer regelmatig uitvoerde. Zonder dit overzicht en inzicht kon zij ook niet waar nodig bijsturen.

Bezwaaronderdeel 5.2.3 – randnummer 122

173. Volgens BTB trekt de AFM ten onrechte de conclusie dat sommige meldingen niet bij [functieomschrijving] terechtkwamen, nu sommige partners ook over integriteitsvragen overlegden met cliënten, medewerkers, BVTA en niet alleen met [functieomschrijving]. Volgens BTB ontstaat hierdoor een onevenwichtig beeld omdat het er juist voor zorgde dat sommige problemen wel werden gemeld terwijl de betrokken partner dat wellicht niet nodig vond.

Reactie AFM

174. Deze gang van zaken is problematisch in die zin, dat de beoordeling van integriteitsvraagstukken beruiste bij personen die hiervoor niet waren geëquipeerd omdat de incidentenprocedure hen onvoldoende praktische handvatten bood. Bovendien konden zij niet varen op ervaringen van collega's in eerdere zaken nu een toegankelijke vastlegging daarvan bij BTB ontbrak. Dit blijkt ook uit het feit dat zij geen eenduidig antwoord konden geven op de relatief eenvoudige vraag wat als incident moet worden aangemerkt. Dat een informeel overleg mogelijk ooit heeft geleid tot een incidentmelding die zonder dit overleg niet zou zijn gedaan, verandert hieraan niets. Van een onevenwichtig beeld is dan ook geen sprake.

Bezwaaronderdeel 5.2.3 – randnummers 123-125

175. Volgens BTB is onjuist dat het risico bestond dat [bestuurder] onvoldoende tijd had om cliëntaanvaardingen te beoordelen omdat hij ook controlewerkzaamheden verrichtte. Per week moesten

gemiddeld slechts 2,5 opdrachtaanvaardingen worden beoordeeld, deze werden uitgebreid voorbereid door [functieomschrijving], en een tweede [functieomschrijving] was ook bevoegd om dergelijke beoordelingen te doen.

176. Volgens BTB heeft de AFM ook ten onrechte de verklaring van [O] aangemerkt als voldoende bewijs dat het bestuur vaak vooral keek naar de branche van de betrokken (potentiële) cliënt. [O] zat immers zelf niet in het bestuur en heeft in zijn mondelinge verklaring aangegeven *'dat hij niet precies weet hoe de goedkeuring van een nieuwe cliënt verloopt door het bestuur en welke informatie zij daarbij ontvangen.'* Doordat de AFM dit heeft weggelaten in het boetebesluit, ontstaat volgens BTB een misleidend beeld.

Reactie AFM

177. Anders dan BTB stelt, bevindt de volgens haar weggelaten passage zich wel degelijk in het boetebesluit (pagina 16).
178. De AFM ziet niet in hoe de stellingen van BTB kunnen leiden tot de conclusie dat geen risico bestond dat [bestuurder] onvoldoende tijd had om cliëntaanvaardingen te beoordelen. Een gemiddelde van 2,5 opdrachtaanvaardingen per week zegt nog niets. Zo valt dit gemiddelde te bereiken met 2,5 beoordelingen week in week uit, maar ook met 10 beoordelingen in één week gevolgd door drie weken met elk 0 beoordelingen. Een dergelijke concentratie van veel beoordelingen in een beperkt tijdsbestek is ook zeer wel voor te stellen, gezien de cyclische aard van de controle- en samenstelpraktijken. Een uitgebreide voorbereiding door [functieomschrijving] kan het risico dat [bestuurder] onvoldoende tijd heeft ook niet wegnemen. Een inhoudelijke beoordeling vergt nu eenmaal tijd: een schaars goed voor een bestuurder en al helemaal als hij naast zijn bestuurswerkzaamheden controlewerkzaamheden uitvoert. Het al dan niet beschikbaar zijn van een tweede bestuurder is uiteraard irrelevant voor de vraag of het risico bestaat dat [bestuurder] onvoldoende tijd heeft. De beschikbaarheid van een tweede bestuurder kan wel van belang zijn voor de vraag of de beoordeling binnen het bestuur als geheel adequaat is belegd. Inherent aan de taakverdeling binnen het bestuur van BTB is echter dat de vervanger van [bestuurder], zodra hij nodig is, geen beroep kan doen op [bestuurder]s ervaring: [bestuurder] is dan immers niet beschikbaar en er is geen voldoende concrete schriftelijke procedure om op terug te vallen. Dit vormt een continuïteitsrisico.
179. De AFM ziet ook aanwijzingen dat het risico dat [bestuurder] onvoldoende tijd had, zich heeft verwezenlijkt in de indringendheid waarmee [bestuurder] de beoordelingen uitvoerde. De beoordeling lijkt inhoudelijk beperkt te zijn geweest, nu [E] als volgt heeft verklaard: *'Het advies dat [functieomschrijving] geeft wordt in de praktijk niet overruled door het bestuur (dat heeft [E] nog niet meegemaakt).'* Ook heeft [O] verklaard dat de toetsing van het bestuur vooral plaatsvond door te kijken in welke branche de cliënt actief was; BTB wilde immers aan cliënten uit bepaalde branches geen diensten verlenen. De uitsluiting van branches in de procedure opdrachtaanvaarding en -continuering vormt nog geen degelijke integriteitstoets. Zeker van het bestuur als uiteindelijke beoordelaar had een inhoudelijkere en indringendere toets op dit punt mogen worden verwacht.

180. Dat [O] geen bestuurder is, wil nog niet zeggen dat hij geen waarheidsgetrouwe verklaringen kan afleggen over de aard van de beoordeling van cliëntaanvaarding door het bestuur. Niet aannemelijk is dat wetenschap hiervan uitsluitend berust bij het bestuur. Als senior manager/accountant moet [O] juist betrokken zijn geweest bij het proces van cliëntaanvaarding, waardoor aan zijn verklaring wel degelijk het nodige gewicht toekomt. Dat hij niet ‘*precies*’ weet hoe de goedkeuring verloopt en welke informatie het bestuur daarbij ontvangt, laat onverlet dat hij wel weet dat de beoordeling vooral plaatsvindt door te kijken in welke branche de cliënt actief is. Dit komt de AFM ook niet onwaarschijnlijk voor, gelet op de hierboven geciteerde verklaring van [E] en het gegeven dat BTB in het bezwaarschrift ook niet vermeldt hoe de beoordeling door het bestuur dan wel geschiedde.

Bezwaaronderdeel 5.2.3 – randnummer 126-129

181. Kort samengevat en voor zover niet reeds elders aangevoerd, betoogt BTB dat de AFM ten onrechte stelt dat de verslagen niet centraal raadpleegbaar waren terwijl zij vlak daarvoor nog constateert dat de centrale organisatie wel toegang had. Ook stelt BTB dat ‘*[d]e AFM schrijft dat de overleggen niet in bredere context werden geanalyseerd, terwijl in de geciteerde verklaring stond dat dat wel gebeurde, maar in de laatste drie jaar minder*’. Ook voert BTB aan dat het boetebesluit onvoldoende gemotiveerd is, omdat de AFM daarin niet heeft gereageerd op diverse punten van de zienswijze van BTB. Tot slot wijst BTB erop dat het begrip incident vele verschillende invullingen kent.

Reactie AFM

182. Met haar eerste verwijt verwijt BTB kennelijk naar pagina 63 en 64 van het boetebesluit. Hier constateert de AFM enerzijds ‘dat de centrale organisatie van BTB toegang had tot de elektronische dossiers en analyses kon maken van de in dossiers aangemaakte risico's’ en anderzijds dat ‘[w]ettelijk verplichte overleggen [...] wél hun weerslag [vonden] in de database, maar [...] niet centraal raadpleegbaar [waren]’. Met de tweede zin bedoelt de AFM niet dat de centrale organisatie van BTB wettelijk verplichte overleggen niet kon raadplegen, maar dat de niet-betrokken vestigingen van BTB deze niet konden raadplegen op een centrale (digitale) plaats.
183. Het tweede verwijt van BTB is gebaseerd op een onjuiste weergave van het verslag van het gesprek met [O]. Het verslag luidt:

‘De centrale organisatie van BTB heeft toegang tot de elektronische dossiers en de organisatie kan analyses draaien op onder andere de in dossiers aangemaakte risico’s profielen, aldus [O]. Dit werd de eerste 3 jaar van de implementatie van het elektronische dossier regelmatig gedaan. Echter, hier is de laatste jaren minder aandacht voor. De tool bestaat nu ongeveer 10jaar. Als oorzaak hiervan noemt [O] het gebruik van de elektronische tool waarmee veel meer bekendheid is.’

184. BTB miskent derhalve dat de laatste zeven jaar minder aandacht was voor het regelmatig analyses maken van risico’s. De AFM heeft terecht geconcludeerd dat wettelijk verplichte overleggen achteraf niet in

breder context werden geanalyseerd, nu er geen aanwijzingen zijn voor het hebben plaatsgevonden van een dergelijke analyse.

185. De AFM heeft reeds gereageerd op de ‘*diverse*’ punten van de zienswijze van BTB, waarmee dit gebrek met de beslissing op bezwaar is afgehandeld.
186. Tot slot merkt de AFM op dat het begrip incident slechts één invulling kent: die van artikel 32, tweede lid, Bta. Nu BTB voor het voldoen aan wet- en regelgeving te maken heeft met dit incidentbegrip, valt niet vol te houden dat ook andere invullingen van dit begrip mogelijk zijn. Hiermee blijft de AFM bij haar oordeel dat geen betekenis toekomt aan het feit dat [E] opmerkt ‘*dat eerder te veel dan te weinig werd gemeld*’ omdat BTB op onjuiste wijze invulling geeft aan het incidentbegrip.
187. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaaronderdeel 5.3.

188. Gezien de variëteit aan stellingen in de subonderdelen van bezwaaronderdeel 5.3 zal de AFM deze subonderdelen op basis van de door BTB gebruikte opsommingstekens in segmenten opdelen om deze per segment weer te geven en hierop te reageren.

Bezwaaronderdeel 5.3.1 – Uit incident [A] volgt niet dat BTB geen integere en beheerste bedrijfsvoering had

Betoog BTB (eerste opsommingstekens)

189. [betoog BTB]

Reactie AFM

190. [reactie AFM] Voor de invulling van het incidentbegrip verwijst artikel 32, vierde lid, Bta naar artikel 32, tweede lid, Bta. Dit luidt: ‘*Een accountantsorganisatie stelt procedures en regels vast ter zake van de omgang met en vastlegging van incidenten die ernstige gevolgen hebben voor de integere uitoefening van haar bedrijf.*’ Gelet op artikel 21, tweede lid, onderdeel b sub 3 Wta wordt (niet uitputtend) onder integriteit verstaan: ‘*het tegengaan van relaties met cliënten die het vertrouwen in de accountantsorganisatie of in de financiële markten kunnen schaden;*’ [reactie AFM]

Betoog BTB (tweede, vijfde en zesde opsommingstekens)

191. [betoog BTB]

192. [betoog BTB]

193. [betoog BTB]

Datum 24 januari 2019

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 37 van 43

Reactie AFM

194. [reactie AFM]

[citaat]

195. [reactie AFM]

Betoog BTB (derde opsommingsteken)

196. Volgens BTB gaat de Wta ervan uit dat een incident zich kan voordoen maar dat daarop goed moet worden geacteerd. [weergave van AFM-standpunt] Dat is gebaseerd op de onjuiste veronderstelling dat het zich enkel voordoen van een incident inhoudt dat geen sprake is van een beheerste en integere bedrijfsvoering, aldus BTB.

Reactie AFM

197. Uit Wta en Bta volgt dat van een integere en beheerste bedrijfsvoering geen sprake is als zich een incident voordoet dat ernstige gevolgen heeft voor de integere uitoefening van het bedrijf. Artikel 21, eerste lid, Wta houdt immers in dat de bedrijfsvoering zodanig moet zijn ingericht dat deze een beheerste en integere uitoefening van het bedrijf waarborgt en uit artikel 32, tweede lid, Bta volgt dat van een incident sprake is als dit ernstige gevolgen heeft voor de integere uitoefening van het bedrijf. Zodra een incident ernstige gevolgen heeft voor de integere uitoefening van het bedrijf, kan uiteraard niet worden gezegd dat een beheerste en integere uitoefening van het bedrijf gewaarborgd is. Het incident [A] heeft ook ernstige gevolgen gehad voor de integere uitoefening van het bedrijf van BTB, zoals eerder in de reactie van de AFM op bezwaargrond 5.3.1 uiteengezet. De Wta heeft weliswaar ook als uitgangspunt dat goed moet worden gereageerd op een incident, maar dit doet niet af aan het voorgaande.

Betoog BTB (vierde opsommingsteken)

198. Volgens BTB is onjuist dat haar bedrijfsvoering niet beheerst en integer was omdat zij [betoog BTB] BTB heeft juist wel stappen ondernomen, zoals toegelicht in de zienswijze. [betoog BTB]

Reactie AFM

199. Het had in de rede gelegen dat BTB naar aanleiding van het incident [A] maatregelen had genomen tegen [H]. Dit is niet gebeurd. Het had ook in de rede gelegen dat BTB naar aanleiding van dit incident onderzoek had gedaan naar mogelijke andere zaken met een vergelijkbare problematiek. Dit is ook niet gebeurd. BTB had al op [datum] een incidentmelding moeten doen bij de AFM. Dit is pas op 22 januari 2014 gebeurd. In het licht hiervan ziet de AFM niet in dat BTB zich de zaak aantrok. Ook in het hierboven door BTB aangevoerde ziet de AFM aanwijzingen dat BTB het incident niet voldoende serieus heeft genomen. Haar redenen voor het eerst opschorten en vervolgens definitief beëindigen van haar werkzaamheden voor [A] hebben immers klaarblijkelijk meer van doen met [doel] dan met het waarborgen van de integere en beheerste uitoefening van het bedrijf van BTB.

Datum 24 januari 2019

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 38 van 43

Betoog BTB (zevende opsommingsteken)

200. BTB constateert dat volgens de AFM geen of geen voldoende onderzoek is gedaan naar andere dossiers van [H]. Volgens BTB gaat de AFM hiermee eraan voorbij dat BTB op 11 september 2014 een andere incidentmelding aan de AFM heeft gedaan vanwege [zaken] vergelijkbaar met die van [A]. Hierna heeft het bestuur van BTB maatregelen genomen tegen de betrokken adviseurs van BTB. Ook zijn daarop brede onderzoeken bij BTB gedaan naar vergelijkbare [zaken]. Hierbij zijn vijf dossiers met risicovolle [zaken] aangetroffen. Hieruit blijkt dat BTB zo nodig snel en effectief handelde.

Reactie AFM

201. Uit het bovenstaande valt niet op te maken dat de incidentmelding van 11 september 2014 voortvloeide uit enig onderzoek naar aanleiding van incident [A], of dat deze incidentmelding slechts bij toeval vergelijkbaar was aan die van [A]. Van een oorzakenanalyse van incident [A] maakt BTB geen gewag. Een adequate oorzakenanalyse is essentieel om van incidenten te leren en om de oorzaken van incidenten te kunnen wegnemen. Wel constateert de AFM dat het onderzoek naar vergelijkbare [zaken] een jaar en drie maanden op zich heeft laten wachten na [gebeurtenis] van [datum]. Vanaf [gebeurtenis] had BTB de noodzaak van een oorzakenanalyse en olievlekonderzoek moeten inzien. Uit dit alles spreekt geen besef van urgentie aan de zijde van BTB.
202. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaaronderdeel 5.3.2 - Uit incident [B] volgt niet dat BTB geen integere en beheerste bedrijfsvoering had

Betoog BTB (eerste opsommingsteken)

203. [betoog BTB]

204. [betoog BTB]

Reactie AFM

205. Met het [uitkomst] bleef de vraag onbeantwoord of een cliëntrelatie met [B] het vertrouwen in BTB of in de financiële markten zou kunnen schaden in de zin van artikel 21, tweede lid, Wta. [reactie AFM]. Zij deed echter niets. [reactie AFM]
206. [reactie AFM]

Betoog BTB (tweede opsommingsteken)

207. [betoog BTB]

Reactie AFM

208. [reactie AFM]

Datum 24 januari 2019

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 39 van 43

Betoog BTB (derde opsommingsteken)

209. [betoog BTB]

Reactie AFM

210. BTB legt hier de verkeerde maatstaf aan. [reactie AFM]

211. [reactie AFM]

Betoog BTB (vierde opsommingsteken)

212. [betoog BTB]

Reactie AFM

213. [reactie AFM]

214. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaaronderdeel 5.3.3 – Uit incident [C] volgt niet dat BTB geen integere en beheerste bedrijfsvoering had

Betoog BTB (eerste opsommingsteken)

215. Volgens BTB had de AFM de afwegingen van BTB in deze casus en de door BTB ingewonnen informatie en adviezen kunnen vorderen. De AFM heeft er echter voor gekozen dit niet te doen en te overwegen dat zij deze niet kan gebruiken omdat BTB ze niet heeft overgelegd. Dit beperkt de mogelijkheden, aldus BTB.

Reactie AFM

216. De AFM vermag niet in te zien waarom zij alsnog de betreffende informatie aan het boetebesluit ten grondslag zou moeten leggen nu zij hierover niet beschikt en BTB deze haar nog steeds niet heeft verschaft. Het komt voor risico van BTB als zij de AFM informatie weerhoudt waarvan zij verlangt dat de AFM deze gebruikt.

Betoog BTB (tweede opsommingsteken)

217. [betoog BTB]

Reactie AFM

218. [reactie AFM] Ook benadrukt de AFM, net als in het boetebesluit, dat zij geen oordeel over de uiteindelijke beslissing van BTB in deze casus kan of wil geven. Onder verwijzing naar het boetebesluit moet de AFM concluderen dat de vastleggingen – en daarmee de controleerbaarheid van het handelen van BTB – in de casus [C] gebrekkig is geweest.

Datum 24 januari 2019

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 40 van 43

Betoog BTB (derde en vierde opsommingstekens)

219. [betoog BTB]

220. [betoog BTB]

Reactie AFM

221. In het kader van het incident [C] verwijt de AFM BTB niet zozeer dat BTB onjuiste afwegingen heeft gemaakt, als wel dat de juistheid van de afwegingen van BTB voor de AFM niet valt te verifiëren vanwege de gebrekkige dossiervorming door BTB. Het betoog van BTB gaat hieraan voorbij.

Betoog BTB (vijfde opsommingsteken)

222. [betoog BTB]

Reactie AFM

223. In de onderzoeken en verslagen daarvan ziet de AFM mogelijke inbreng voor een afweging. In de besluitvorming ziet de AFM mogelijke uitkomsten van een afweging. Wat de AFM echter niet ziet, is een afweging. BTB had haar afweging adequaat moeten documenteren zodat deze uitdrukkelijk uit het dossier bleek, maar heeft dit niet gedaan. Dit blijkt ook uit het feit dat BTB in het bezwaarschrift niet in staat is gebleken om een eenduidige vindplaats van haar afweging te geven.

Betoog BTB (zesde opsommingsteken)

224. [betoog BTB]

Reactie AFM

225. De door BTB beschreven reactie op het incident ontslaat BTB niet van haar verplichting om een en ander adequaat vast te leggen. Eens te meer wijst de AFM erop dat geen vastlegging bestaat van de door de relevante partijen gemaakte afwegingen inzake [C]. De informele overleggen – waarvan de AFM maar moet aannemen dat deze er wél waren – werden immers niet vastgelegd. Om aanwijzingen voor integriteitsschendingen van medewerkers of cliënten tijdig te signaleren, risico's te kunnen analyseren en de juiste afweging te maken is nodig dat duidelijke procedureregels bestaan en overleggen worden vastgelegd. Met die vastlegging kunnen ervaringen in dossiers bovendien worden gedeeld binnen de organisatie, welke kennis weer nuttig is voor de behandeling van volgende zaken. Inhoudelijke procedures en vastleggingen van overleggen in specifieke zaken ontbraken goeddeels in de bedrijfsvoering van BTB, waardoor de integriteit daarvan niet werd gegarandeerd.

226. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaaronderdeel 5.4 – De overtreding is onvoldoende onderbouwd

227. Kort samengevat en voor zover niet reeds elders aangevoerd, betoogt BTB het volgende.

228. BTB heeft de incidenten niet pas laat gemeld. In de zienswijze heeft BTB duidelijk toegelicht wanneer BTB van het bestaan van het incident op de hoogte raakte, het als incident kwalificeerde en dat direct daarna een incidentmelding is gedaan.
229. Volgens BTB stelt de AFM ten onrechte dat BTB de procedures niet heeft geëvalueerd. Na en vanwege de onderzoeken ten aanzien van de incidenten heeft BTB procedures aangescherpt, zoals de acceptatieprocedure. Er zijn geen oorzakenanalyses uitgevoerd (zoals BTB nu wel pleegt te doen) maar BTB achtte haar reactie destijds passend. Daarbij is ook van belang dat sprake was van een ander incident naar een soortgelijke casus als [A], waarin BTB een uitgebreide analyse heeft uitgevoerd en maatregelen heeft getroffen. Daarin is ook een olievlekonderzoek uitgevoerd dat hetzelfde soort feiten besloeg als aan het incident [A] ten grondslag lagen.

Reactie AFM

230. De AFM verwijt BTB niet op de eerste plaats dat zij te veel tijd liet verstrijken tussen het moment waarop zij een incident als zodanig kwalificeerde en het meldde, maar dat BTB incidenten te laat als zodanig kwalificeerde (om ze vervolgens *'direct'* te melden). Illustratief is het incident [A]: op [datum] was [gebeurtenis] inzake [A]; pas op 22 januari 2014 meldde BTB het incident. Dat is laat te noemen, nu [gebeurtenis] en de daaropvolgende [gebeurtenis] ([datum]) beide al meldenswaardige incidenten waren. Ruim [tijdsaanduiding] is zonder meer een lange tijd voor het melden van een incident dat ingevolge artikel 32, vierde lid, Bta *'omverwijld'* moet worden gemeld.
231. Naar aanleiding van de incidenten [B] en [C] heeft BTB de (werking van de) procedure ten aanzien van de risico-inschatting bij acceptatie en/of continuering niet geëvalueerd. Bij geen van de incidenten heeft BTB oorzakenanalyses uitgevoerd. Dat vond zij destijds wellicht passend, maar dat was het niet. Hiermee heeft zij immers geen maatregelen genomen gericht op het voorkomen van herhaling in de zin van artikel 32, derde lid, Bta. Zonder oorzakenanalyses valt immers niet eens te zeggen welke maatregelen ter voorkoming van herhaling nodig zijn. BTB laat in het midden wat zij tegenwoordig passend acht. Het feit dat BTB naar verluidt nu wel oorzakenanalyses pleegt uit te voeren, doet hopen dat zij deze tegenwoordig wel passend vindt.
232. Naar de incidenten [A], [C] en [B] heeft BTB ook geen olievlekonderzoeken uitgevoerd. Hierdoor kon zij niet weten of dezelfde problemen ook bij andere cliënten speelden. Ook hiermee heeft zij dus nagelaten om maatregelen ter voorkoming van herhaling te nemen. Dat zij deze onzekerheid ten aanzien van incident [A] later alsnog heeft weggenomen naar aanleiding van een ander incident, maakt dit niet anders. Juist dat dit andere incident zich na [A] heeft kunnen voordoen, laat zien dat BTB haar plicht tot het nemen van maatregelen ter voorkoming van herhaling heeft verzaakt.
233. Ten aanzien van dit bezwaaronderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

V. Gevolgen van de heroverweging voor het boetebesluit

Datum 24 januari 2019
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 42 van 43

234. De AFM heeft de volgende verklaringen van het bewijs uitgesloten:

'Zo besliste [bestuurder] over de acceptatie van de cliënt. Dat deed hij met bestudering van de in het dossier gevoegde documenten (de beschrijving die de betrokken accountant van de cliënt geeft) op basis van professional judgement.'

'12. [verklaring] [functieomschrijving] heeft dit op dezelfde dag doorgestuurd aan het bestuur. [bestuurder] heeft [functieomschrijving] op 12 november hierover ingelicht.'

'16. Er is naar aanleiding van incident [B] geen olievlekonderzoek verricht door BTB.'

'24. Er is destijds geen mededeling gedaan door [functieomschrijving] aan [functieomschrijving] en/of [functieomschrijving] inzake [kwestie betreffende C]. Dit kwam pas aan de orde na de incidentmelding.'

235. De informatie in de eerste, tweede en derde zin van het tweede citaat bevindt zich ook in het gespreksverslag van [H] van 30 augustus 2016. De informatie in deze zinnen is derhalve ook op toelaatbare wijze verkregen en kan daarom aan het boetebesluit ten grondslag blijven liggen.

236. De informatie in het derde citaat bevindt zich ook in de maandelijkse update over signalen/incidenten van 24 september 2015. Deze informatie is derhalve ook op toelaatbare wijze verkregen en kan daarom aan het boetebesluit ten grondslag blijven liggen.

237. Het uitsluiten van de bovenstaande *verklaringen* leidt dus tot het uitsluiten van de volgende *informatie*:

'Zo besliste [bestuurder] over de acceptatie van de cliënt. Dat deed hij met bestudering van de in het dossier gevoegde documenten (de beschrijving die de betrokken accountant van de cliënt geeft) op basis van professional judgement.'

'[functieomschrijving] heeft [functieomschrijving] op 12 november hierover ingelicht.'

'24. Er is destijds geen mededeling gedaan door [functieomschrijving] aan [functieomschrijving] en/of [functieomschrijving] inzake [kwestie betreffende C]. Dit kwam pas aan de orde na de incidentmelding.'

238. Naar het oordeel van de AFM leidt deze uitsluiting er niet toe dat het boetebesluit moet worden herroepen. De reden hiervoor is dat het boetebesluit is gebaseerd op een dermate grote hoeveelheid bewijs dat het uitsluiten van de bovenstaande informatie, die ook niet van wezenlijk belang is, daarvoor geen gevolgen heeft.

VI. Besluit

Datum 24 januari 2019
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 43 van 43

239. De AFM heeft besloten het boetebesluit in stand te laten.⁵⁶ De motivering van het boetebesluit wordt aangevuld met de motivering die in de beslissing op bezwaar is opgenomen.

VII. Rechtsgangverwijzing

Iedere belanghebbende kan tegen de 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. Natuurlijke personen kunnen ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden. Voor het instellen van beroep wordt een griffierecht geheven.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Hoofd
Juridische Zaken

[was getekend]
Manager
Juridische Zaken

⁵⁶ De beslissing op bezwaar is genomen door het bestuur van de AFM en conform het tekeningsmandaat ondertekend door een hoofd en een manager.