

**JOR 2020/177, Rechtbank Rotterdam, 21-02-2020, ECLI:NL:RBROT:2020:1506,
zaaknr. ROT 19/1076 (annotatie)**

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 21-02-2020
Publicatie: JOR 2020/177 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 7-8, 2020
Annotator: Affourtit, V.H.
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2020:1506
Zaaknummer: zaaknr. ROT 19/1076
Rechtsgebied: Staats- en bestuursrecht, Ondernemingsrecht
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none">• ECLI:NL:RBROT:2020:1506• FutD 2020-0652
Rechter(s): <ul style="list-style-type: none">• mr. Vrolijk• mr. Van Spengen• mr. Neuwahl
Partijen: <p>[Eiseres],</p> <p>gemachtigden: mr. S.M.C. Nuijten en mr. S.A.M. Vermeulen,</p> <p>tegen</p> <p>Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM),</p> <p>verweester,</p> <p>gemachtigden: mr. M.L. Batting en mr. G.M.C. Neuteboom-Klink.</p>
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none">• Wta art. 21• Bta art. 32

Inhoudsindicatie

Bestuurlijk boete wegens niet voldoen aan norm van beheerste en integere uitoefening van accountantsbedrijf, Beroep op zwijgrecht uitsluitend voor statutair bestuurders, Matiging boete in verband met overschrijding termijn voor beslissing over oplegging boete

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

Het is niet in geschil dat de verklaringen onder dwang zijn afgelegd en dat de cautie achterwege is gebleven. Omdat bij boeteoplegging aan een rechtspersoon het zwijgrecht volgens de AFM slechts aan de bestuurders van de rechtspersoon toekomt, heeft de AFM alleen de verklaringen van de bestuurders van [eiseres] van het bewijs uitgesloten.

Uit de uitspraak van de ABRvS 27 juni 2018 ([ECLI:NL:RVS:2018:2115](#)) volgt dat de cautieplicht niet geldt bij het horen van werknemers van een rechtspersoon. Dit heeft de Afdeling recent nog eens bevestigd in haar uitspraken van 21 augustus 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:2801](#)) en 28 augustus 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:2952](#)).

Ten aanzien van de verklaringen die werknemers van [eiseres] tijdens de gesprekken op 30 augustus 2016 hebben afgelegd in het bijzijn van een bestuurder van [eiseres] ziet de rechtbank geen grond voor een ander oordeel, met dien verstande dat uit de verslagen van deze gesprekken wel duidelijk moet blijken wat deze werknemers en bestuurders van [eiseres] ieder voor zich hebben verklaard, juist nu uitsluitend aan de bestuurders van [eiseres] het zwijgrecht toekomt.

De inlichtingenvordering van 15 september 2016 bevatte ten onrechte geen restrictie met betrekking tot het gebruik van wilsafhankelijk materiaal voor sanctiedoeleinden.

De AFM heeft niet zo zeer op grond van het feit dat zich drie incidenten hebben voorgedaan geconcludeerd dat [eiseres] art. 21 lid 1 Wta heeft overtreden, maar zij heeft die conclusie gebaseerd op de door haar vastgestelde tekortkomingen in de vormgeving en uitvoering van het beleid van [eiseres] en de wijze waarop [eiseres] naar aanleiding van deze drie incidenten is opgetreden.

Het enkele feit dat [eiseres] met haar beleid voldeed aan art. 32 lid 1 en lid 2 Besluit toezicht accountantskantoren (Bta) betekent niet dat de inrichting van haar bedrijfsvoering voldeed aan art. 21 lid 1 Wta. Het hebben van een beleid als bedoeld in deze artikelen is onvoldoende; het beleid zal ook door de vormgeving en uitvoering daarvan door de accountantsorganisatie daadwerkelijk de beheerste en integere uitoefening van het bedrijf moeten waarborgen. Dit laatste was volgens de AFM gezien de vele door haar vastgestelde tekortkomingen in de vormgeving en uitvoering van het beleid van [eiseres] niet het geval. Het kan [eiseres] niet baten dat de AFM geen guidance heeft gegeven. De accountantsorganisaties hebben een eigen verantwoordelijkheid om zich aan de wet te houden, waarbij zij naar eigen inzicht hun beleid als bedoeld in art. 32 lid 1 en lid 2 Bta kunnen vormgeven en uitvoeren, zolang daarmee maar een beheerste en integere uitoefening van hun bedrijf wordt gewaarborgd.

Tot slot is de rechtbank van oordeel dat de AFM zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat [eiseres] onvoldoende passende maatregelen als bedoeld in art. 32 lid 3 Bta heeft genomen naar aanleiding van de drie incidenten, nu [eiseres] heeft nagelaten achteraf oorzakenanalyses en zogeheten olievlekonderzoeken te verrichten en dus onvoldoende maatregelen heeft genomen gericht op het voorkomen van herhaling van soortgelijke incidenten.

De rechtbank ziet in dit geval grond voor matiging van de boete in de overschrijding van de op grond van art. 5:51 lid 1 Awb geldende termijn waarbinnen het bestuursorgaan, indien van de overtreding een rapport is opgemaakt, omtrent het opleggen van de bestuurlijke boete dient te beslissen. De AFM heeft de termijn van dertien weken met het boetebesluit van 6 juli 2018 fors overschreden. Gelet hierop is een matiging van de boete met 5% aangewezen, zodat een boete van € 855.000 passend en geboden is.

Uitspraak

(...; red.)

Overwegingen

Inleiding

1.1. [eiseres] is een accountantsorganisatie die sinds [datum] beschikt over een vergunning voor het verrichten van wettelijke controles als bedoeld in artikel 5, eerste lid, van de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta). Deze vergunning strekt mede tot het verrichten van wettelijke controles bij organisaties van openbaar belang.

1.2. Naar aanleiding van drie bij haar op grond van artikel 32, vierde lid, van het Besluit toezicht accountantsorganisaties (Bta) door [eiseres] gemelde incidenten heeft de AFM in de periode van 22 juni 2016 tot en met 12 december 2016 onderzoek gedaan naar de beheerste en integere bedrijfsvoering van [eiseres]. In dat kader heeft de AFM van [eiseres] inlichtingen gevorderd en op de kantoren van [eiseres] in [plaatsnaam 2] op 30 augustus 2016 en [plaatsnaam 3] op 31 augustus 2016 en op het kantoor van de AFM in Amsterdam op 15 november 2016 gesprekken gevoerd met bestuurders en medewerkers van [eiseres].

1.3. Op grond van de resultaten van dit onderzoek heeft de AFM in haar onderzoeksrapport (kenmerk: AnLe-16111112) van 3 april 2017 geconcludeerd dat [eiseres] sinds 22 januari 2014, de datum van de melding van het eerste incident, artikel 21, eerste lid, van de Wta overtreedt, waarin is bepaald dat een accountantsorganisatie de bedrijfsvoering zodanig inricht dat deze een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt.

Volgens de AFM beheerst [eiseres] integriteitsrisico's onvoldoende, nu zij onvoldoende tegengaat dat zij als accountantsorganisatie, de bij haar werkzame en aan haar verbonden externe accountants en/of andere medewerkers betrokken raken bij strafbare feiten en wetsovertredingen die het vertrouwen in de accountantsorganisatie of in de financiële markten kunnen schaden. Ook heeft [eiseres] volgens de AFM artikel 32, derde lid, van het Bta overtreden, nu zij naar aanleiding van de drie incidenten geen passende maatregelen heeft genomen die gericht zijn op het beheersen van de als gevolg van deze incidenten opgetreden risico's en op het voorkomen van herhaling.

1.4. Bij brief van 3 april 2017 heeft de AFM [eiseres] kenbaar gemaakt dat zij het voornemen heeft [eiseres] wegens voormelde overtredingen op grond van artikel 52 van de Wta een aanwijzing te geven tot het volgen van een bepaalde gedragslijn. [eiseres] heeft op 1 mei 2017 haar mondelinge en schriftelijke zienswijze daarop gegeven. Daarbij heeft [eiseres] een (concept)plan van aanpak ter verbetering van de beheersing van integriteitsrisico's overgelegd.

Boete voor overtreding van artikel 21, eerste lid, van de Wta

2. Na bij brief van 1 februari 2018, met als bijlage haar onderzoeksrapport (kenmerk: MsHn-17052875) van dezelfde datum, het voornemen daartoe aan [eiseres] kenbaar te hebben gemaakt en kennis te hebben genomen van de mondelinge en schriftelijke zienswijze van [eiseres] van 27 maart 2018 daarop, heeft de AFM [eiseres] bij het boetebesluit wegens overtreding van artikel 21, eerste lid, van de Wta in de periode van 22 januari 2014 tot en met 1 mei 2017 een bestuurlijke boete van € 900.000,- opgelegd. Volgens de AFM moest [eiseres] ter naleving van de in dit artikellid neergelegde "principle based" norm zelf analyseren welke risico's haar organisatie liep en aan de hand daarvan de nodige maatregelen in haar bedrijfsvoering treffen, maar heeft zij 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. Daarom kon [eiseres] niet goed tegengaan dat zij of haar medewerkers betrokken raakte(n) bij strafbare feiten en wetsovertredingen die het vertrouwen in [eiseres] of in de financiële markten kunnen schaden, of dat relaties met haar cliënten dat deden. Ook heeft [eiseres] onvoldoende passende maatregelen genomen naar aanleiding van opgetreden incidenten. [eiseres] heeft onvoldoende analyses naar de oorzaak en achtergrond van deze incidenten verricht en onvoldoende lerend vermogen getoond. De overtreding was volgens de AFM in ieder geval aan de orde vanaf de eerste incidentmelding op 22 januari 2014 tot en met de presentatie door [eiseres] aan de AFM van haar (concept)plan van aanpak op 1 mei 2017.

Bij het bestreden besluit heeft de AFM het door [eiseres] tegen het boetebesluit gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Volgorde van beoordeling van de beroepsgronden

3. De rechtbank zal eerst ingaan op de uitleg artikel 21 van de Wta. Daarna zal worden ingegaan op het betoog van [eiseres] dat het zwijgrecht van [eiseres] is geschonden en dat de inlichtingenvorderingen van de AFM ten onrechte niet geclausuleerd waren. Met inachtneming van de navolgende uitleg van artikel 21 van de Wta en overwegingen ten aanzien van het bewijs, zal de rechtbank daarna het betoog van [eiseres] beoordelen dat zij artikel 21, eerste lid, van de Wta niet heeft overtreden.

Uitleg van artikel 21 van de Wta

4. [eiseres] betoogt dat de AFM artikel 21 van de Wta onjuist en te ruim uitlegt. Volgens [eiseres] meent de AFM ten onrechte dat artikel 21, tweede lid, aanhef en onderdeel b, onder 2° en 3°, van de Wta een ruimere norm is dan de uitwerking daarvan in artikel 32 van het Bta en dat die norm kan worden geschonden terwijl aan artikel 32 van het Bta is voldaan. Verder meent de AFM ten onrechte dat artikel 21, eerste lid, van de Wta door de term “waarborgt” een resultaatverplichting bevat die is geschonden indien en zodra de integere en beheerste uitoefening van het bedrijf van de accountantsorganisatie in gevaar komt. Anders dan de AFM meent, kan de wetsgeschiedenis van de Wet op het financieel toezicht (Wft) niet worden gebruikt ter onderbouwing van de uitleg die de AFM geeft aan artikel 21 van de Wta. Bij het hanteren van een juiste uitleg van artikel 21 van de Wta, zoals ingevuld in artikel 32 van het Bta, kan van een overtreding geen sprake zijn, aldus [eiseres].

4.1. Op grond van artikel 21, eerste lid, van de Wta richt een accountantsorganisatie de bedrijfsvoering zodanig in dat deze een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt.

Op grond van het tweede lid van dit artikel kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld met betrekking tot het eerste lid. Deze regels hebben betrekking op:

(...)

b. integriteit, waaronder wordt verstaan:

1°. het tegengaan van verstrengeling van tegenstrijdige belangen;

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

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

(...).

In hoofdstuk 7 (artikelen 32 tot en met 34) van het Bta zijn bepalingen opgenomen ter uitvoering van artikel 21, tweede lid, onderdeel b, van de Wta.

Op grond van artikel 32, eerste lid, van het Bta heeft een accountantsorganisatie een beleid 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. Gedragslijnen en procedures ter waarborging van de naleving van artikel 27 maken onderdeel uit van dit beleid (deze laatste volzin is met ingang van 1 januari 2017 toegevoegd).

Op grond van het tweede lid van dit artikel stelt een accountantsorganisatie 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.

Op grond van het derde lid van dit artikel neemt een accountantsorganisatie naar aanleiding van een incident als bedoeld in het tweede lid passende maatregelen. Deze maatregelen zijn gericht op het beheersen van de als gevolg van het incident opgetreden risico's en op het voorkomen van herhaling.

Op grond van het vierde lid van dit artikel informeert een accountantsorganisatie de AFM onverwijld omtrent de in het tweede lid bedoelde incidenten.

4.2. Artikel 21, eerste lid, van de Wta schrijft niet voor hoe een accountantsorganisatie de bedrijfsvoering zodanig inricht dat deze een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt. Wel bestaat op grond van het

tweede lid van dit artikel de bevoegdheid om met betrekking tot het eerste lid ten aanzien van bepaalde onderwerpen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels te stellen. [eiseres] betoogt dat de door de AFM geconstateerde overtreding een overtreding is van artikel 21, eerste lid, van de Wta, zoals uitgewerkt in het tweede lid, aanhef en onderdeel b onder 2° en 3°, van dat artikel.

4.3. Over het in dit onderdeel b genoemde onderwerp integriteit zijn in de artikelen 32 tot en met 34 van het Bta regels gesteld die de accountantsorganisatie met betrekking tot dit onderwerp moet naleven. Doet de accountantsorganisatie dit niet, dan overtreedt zij artikel 21, eerste lid, van de Wta. Andersom betekent het enkele feit dat een accountantsorganisatie deze regels wel naleeft, anders dan [eiseres] meent, niet dat wordt voldaan aan artikel 21, eerste lid, van de Wta. Er bestaat geen grond om aan te nemen dat de wetgever of de besluitgever heeft beoogd dat het onderwerp integriteit met het stellen van regels daarover bij of krachtens algemene maatregel van bestuur uitputtend zou worden geregeld. Dit zou zich ook niet verhouden met de open norm die is opgenomen in artikel 21, eerste lid, van de Wta, waarbij de accountantsorganisatie juist ruimte wordt gelaten om haar bedrijfsvoering (grotendeels) naar eigen inzicht in te richten, zolang deze maar een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt. Naar het oordeel van de rechtbank vormen de in de artikelen 32 tot en met 34 van het Bta opgenomen regels het kader waarbinnen de accountantsorganisatie van deze ruimte gebruik kan maken. Voor dit oordeel vindt de rechtbank steun in de nota van toelichting bij het Bta (Staatsblad 2006, 380, blz. 20), waarin wordt opgemerkt dat de Wta principe georiënteerd is en hoofdnormen bevat die in meer of mindere mate verder worden uitgewerkt in het Bta.

4.4. Anders dan [eiseres] kennelijk meent, heeft de AFM aan haar standpunt dat [eiseres] artikel 21, eerste lid, van de Wta heeft overtreden niet ten grondslag gelegd dat de integere en beheerste uitoefening van het bedrijf van [eiseres] in gevaar is gekomen (doordat zich een incident voordeed), maar dat de inrichting van de bedrijfsvoering van [eiseres] tekortschoot om een dergelijk gevaar (incident) te kunnen voorkomen. De resultaatverplichting die de AFM volgens [eiseres] heeft gelezen in artikel 21, eerste lid, van de Wta, wat daarvan ook zij, speelt dan ook geen rol bij de beantwoording van de vraag of de AFM zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat [eiseres] dit artikellid heeft overtreden.

4.5. Verder wordt [eiseres] niet gevolgd in haar standpunt dat de AFM voor de uitleg van artikel 21 van de Wta ten onrechte heeft aangesloten bij de wetsgeschiedenis van de artikelen 4:14 en 4:15 van de Wft (TK, 2005-2006, 29 708, nr. 19, blz. 504-506). Zoals de AFM terecht heeft opgemerkt, is voor de formulering van artikel 21 van de Wta uitdrukkelijk aangesloten bij de tekst van deze artikelen uit de Wft (TK, 2004-2005, 29 658, nr. 8, blz. 6 en nr. 66, blz. 6, en TK, 2005-2006, 29 708, nr. 20, blz. 93). Nu de uitleg van artikel 21 van de Wta in de daarbij behorende wetsgeschiedenis beperkt is, ligt het voor de hand dat voor deze uitleg wordt aangesloten bij de uitleg van de artikelen 4:14 en 4:15 van de Wft.

4.6. Het betoog van [eiseres] faalt.

Zwijgrecht

5. [eiseres] betoogt dat het zwijgrecht van een onderneming zich dient uit te strekken tot werknemers die de onderneming vertegenwoordigen en in dit geval dus tot alle personen met wie de AFM op 30 augustus, 31 augustus en 15 november 2016 heeft gesproken. Aangezien de verklaringen van deze personen tijdens deze gesprekken onder dwang zijn afgelegd en de cautie achterwege is gebleven, dienen al deze verklaringen te worden uitgesloten van het bewijs in deze zaak, aldus [eiseres]. Daarbij heeft zij gewezen op de uitspraak van de Afdeling van 27 juni 2018 ([ECLI:NL:RVS:2018:2115](#)).

5.1. Niet is in geschil dat de verklaringen tijdens voormelde gesprekken onder dwang zijn afgelegd en dat de cautie achterwege is gebleven. Omdat bij boeteoplegging aan een rechtspersoon het zwijgrecht volgens de AFM slechts aan de bestuurders van de rechtspersoon toekomt, heeft de AFM alleen de verklaringen van de bestuurders van [eiseres] van het bewijs uitgesloten.

5.2. Zoals ook de Afdeling heeft overwogen in haar uitspraken van 24 oktober 2018 ([ECLI:NL:RVS:2018:3494](#) en [ECLI:NL:RVS:2018:3495](#)), volgt uit de door [eiseres] genoemde uitspraak van de Afdeling van 27 juni 2018

([ECLI:NL:RVS:2018:2115](#)), anders dan [eiseres] meent, dat de cautieplicht niet geldt bij het horen van werknemers van een rechtspersoon. Zelfs als [eiseres] zou moeten worden gevolgd in haar betoog dat haar werknemers tijdens de gesprekken op 30 augustus, 31 augustus en 15 november 2016 als vertegenwoordigers van [eiseres] zijn gehoord, laat dat onverlet dat zij geen bestuurders van [eiseres] waren, terwijl dat bepalend is voor het antwoord op de vraag of aan hen de cautie had moeten worden gegeven. Dit heeft de Afdeling recent nog eens bevestigd in haar uitspraken van 21 augustus 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:2801](#)) en 28 augustus 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:2952](#)).

De stelling van [eiseres] dat deze rechtspraak afwijkt de rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) en van deze rechtbank wordt niet gevolgd. De in dit verband door [eiseres] genoemde rechtspraak ([ECLI:NL:CBB:2012:BY7026](#) («JOR» 2013/48, m.nt. Nuijten; *red.*), [ECLI:NL:CBB:2012:BY7031](#) en [ECLI:NL:RBROT:2003:AI1062](#)) ziet op het (specifieke) zwijgrecht van ondernemingen zoals neergelegd in artikel 53 van de Mededingingswet, dat hier niet aan de orde is.

De door [eiseres] ter zitting genoemde uitspraak («JOR» 2019/284, m.nt. Nuijten; *red.*), van deze rechtbank van 22 oktober 2019 ([ECLI:NL:RBROT:2019:8228](#)) had betrekking op boeteoplegging aan twee natuurlijke personen. Deze uitspraak wijkt, anders dan [eiseres] stelt, niet af van de vaste rechtspraak dat bij boeteoplegging aan een rechtspersoon het zwijgrecht alleen toekomt aan de bestuurders. Zoals in voormelde uitspraken van 24 oktober 2018 ook door de Afdeling is overwogen, kan uitsluiting van verklaringen omdat deze onder dwang zijn verkregen alleen aan de orde zijn wanneer die verklaringen zijn verkregen van degene die wordt beboet.

In wat [eiseres] verder naar voren heeft gebracht over het zwijgrecht ziet de rechtbank geen grond voor een ander oordeel. In zoverre onderschrijft de rechtbank dan ook niet het standpunt van [eiseres] dat, naast de verklaringen van haar bestuurders, ook de verklaringen van haar werknemers van het bewijs in deze zaak moeten worden uitgesloten.

5.3. Ten aanzien van de verklaringen die werknemers van [eiseres] tijdens de gesprekken op 30 augustus 2016 hebben afgelegd in het bijzijn van een bestuurder van [eiseres] ziet de rechtbank geen grond voor een ander oordeel, met dien verstande dat uit de verslagen van deze gesprekken wel duidelijk moet blijken wat deze werknemers en bestuurders van [eiseres] ieder voor zich hebben verklaard, juist nu uitsluitend aan de bestuurders van [eiseres] het zwijgrecht toekomt. Met [eiseres] is de rechtbank van oordeel dat die duidelijkheid ontbreekt in de door haar genoemde passage van het verslag waar de werknemer en de bestuurder gezamenlijk een verklaring afleggen. Deze passage (“[naam 3] en (...) geven aan dat zij zich niet precies kunnen herinneren... omdat de dossiers in beslag waren genomen”, geciteerd op bladzijden 20 en 21 van het boetebesluit) moet dan ook van het bewijs worden uitgesloten. Dat alle betrokkenen de verslagen hebben kunnen inzien en aanpassen, leidt niet tot een ander oordeel, ook niet nu [naam 3] zelf deze aangepaste verslagen heeft teruggestuurd aan de AFM en in voormelde passage wijzigingen zijn aangebracht zonder dat daarbij door [naam 3] is meegedeeld dat hij deze verklaring niet heeft afgelegd. De rechtbank acht niet onaannemelijk dat, zoals [eiseres] ter zitting heeft verklaard, voor de reactie op de verslagen alleen is gekeken naar de inhoud van de verklaringen en niet zo zeer naar door wie deze verklaringen nu precies zijn afgelegd. Aannemelijk is dat het belang daarvan op dat moment nog niet door [eiseres] werd onderkend.

Wat betreft de overige door [eiseres] genoemde passages ziet de rechtbank geen grond voor het oordeel dat deze van het bewijs moeten worden uitgesloten. De door [eiseres] ter zitting als passages (1) en (2) aangeduide passages zijn in haar voordeel en de door haar als passages (3) en (4) aangeduide passages betreffen duidelijk verklaringen van [naam 3], een werknemer van [eiseres].

5.4. Uit het voorgaande volgt dat het betoog van [eiseres] slechts slaagt voor zover het voormelde op bladzijden 20 en 21 van het boetebesluit geciteerde passage betreft.

Clausulering van de inlichtingenvordering – uitsluiting wilsafhankelijk materiaal

6. [eiseres] betoogt dat de AFM ten onrechte heeft nagelaten de inlichtingenvordering van 15 september 2016 in die zin te clausuleren dat de verplichting om de inlichtingen te verstrekken geldt met de restrictie dat het te verstrekken wilsafhankelijke materiaal uitsluitend wordt gebruikt ten behoeve van toezichtdoeleinden en niet (mede) voor doeleinden van bestuurlijke beboeting. Het door haar verstrekte wilsafhankelijk materiaal had volgens [eiseres] bovendien moeten

worden uitgesloten van het bewijs.

6.1. Zoals ook het CBb in zijn uitspraak van 10 januari 2018 («JOR» 2018/98, m.nt. Nuijten; *red.*), (**ECLI:NL:CBB:2018:3**) heeft overwogen, mag de verkrijging van bewijsmateriaal waarvan het bestaan afhankelijk is van de wil van de verstrekker (wilsafhankelijk materiaal) worden afgedwongen voor toezichtsdoeleinden. Indien niet kan worden uitgesloten dat het materiaal tevens in verband met een “criminal charge” tegen de verstrekker zal worden gebruikt, zoals in dit geval, zullen de nationale autoriteiten moeten waarborgen dat de verstrekker van het wilsafhankelijk materiaal zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen. Aangezien hierop gerichte regelgeving in Nederland ontbreekt, dient de nationale autoriteit die over de bevoegdheid beschikt om de verkrijging van wilsafhankelijk materiaal af te dwingen, in de vereiste waarborgen te voorzien. Om deze reden dient deze nationale autoriteit een op het vorenstaande gerichte clausulering te verbinden aan een vordering om inlichtingen waarvan dwang uitgaat.

6.2. [eiseres] is op grond van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) verplicht om haar medewerking te verlenen aan de inlichtingenvordering van de AFM van 15 september 2016. Indien [eiseres] deze medewerkingsplicht niet nakomt, is de AFM op grond van artikel 53, eerste lid, van de Wta bevoegd om de medewerking af te dwingen via een last onder dwangsom. Op grond van artikel 54, eerste lid, van de Wta in samenhang met artikel 5 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector is de AFM ook bevoegd om bij overtreding van artikel 5:20 van de Awb een bestuurlijke boete op te leggen van de tweede categorie, met een basisbedrag van € 500.000 en een maximum van € 1.000.000. Voorts kan strafrechtelijke vervolging plaatsvinden op grond van artikel 184 van het Wetboek van Strafrecht. Gelet op de aard en zwaarte van deze in de wet voorziene maatregelen die bij overtreding van de medewerkingsverplichting dreigen, is de rechtbank van oordeel dat van de inlichtingenvordering van 15 september 2016 dwang uitgaat en dat de AFM deze inlichtingenvordering, voor zover deze wilsafhankelijk materiaal zou betreffen, in die zin had moeten clausuleren dat de verplichting om de inlichtingen te verstrekken geldt met de restrictie dat het verstrekte materiaal uitsluitend wordt gebruikt voor de uitoefening van het toezicht op de naleving van de Wta en niet (mede) voor doeleinden van bestuurlijke beboeting of strafvervolgning van [eiseres] (vergelijk de uitspraak van het CBb van 7 mei 2019 («JOR» 2019/195, m.nt. Roth; *red.*), **ECLI:NL:CBB:2019:177**).

6.3. Als het op grond van een inlichtingenvordering waarvan dwang uitgaat verkregen materiaal gebruikt wordt voor boeteoplegging, dan komt het oordeel over de vraag in hoeverre het gaat om wilsafhankelijk materiaal en over de vraag welk gevolg moet worden verbonden aan schending van voormelde restrictie toe aan de rechter die over de beboeting beslist. Dit geldt ook indien de vordering een dergelijke restrictie niet bevatte, aangezien een restrictie met betrekking tot het gebruik van wilsafhankelijk materiaal voor sanctiedoeleinden reeds uit artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden voortvloeit (vergelijk het arrest van de Hoge Raad van 8 augustus 2014, **ECLI:NL:HR:2014:2144**, r.o. 2.6). Zoals de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 24 april 2015 (**ECLI:NL:HR:2015:1141**) wordt onder “wilsafhankelijk materiaal”, verstaan “het materiaal dat weliswaar onder dwang is verkregen, maar bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte” en volgt hieruit dat de kwalificatie van materiaal als “wilsafhankelijk” dan wel “wilsafhankelijk” – welk onderscheid samenhangt met het zwijgrecht van de betrokkene – is verbonden aan de aard van het materiaal (of het in fysieke zin “bestaat” onafhankelijk van de wil van de betrokkene).

6.4. [eiseres] heeft in haar beroepsgronden in dit verband volstaan met de opmerking dat zij in de zienswijze en in bezwaar reeds heeft opgemerkt dat de AFM met de vragen 5, 6, 10, 12, 16, 24 en 25 in de inlichtingenvordering van 15 september 2016 wilsafhankelijke informatie heeft opgevraagd die had moet worden uitgesloten van het bewijs.

De rechtbank stelt voorop dat deze vragen zijn gericht aan en beantwoord door het bestuur van [eiseres]. De antwoorden op vragen 12, 16 en 24 heeft de AFM reeds in het betreden besluit van het bewijs uitgesloten. De naar aanleiding van vragen 5 en 10 verstrekte informatie betreft stukken die reeds in fysieke zin bestonden onafhankelijk van de wil van [eiseres] en van het bestaan waarvan de AFM ook mocht uitgaan. De stukken betreffen immers vragen van [eiseres] (aangeduid met versie 2016) inzake acceptatie en continuatie van respectievelijk controle-, beoordelings- en samenstelopdrachten, alsmede de accreditatieprocedure, de procedure inzake vaktechnische toetsing bij benoeming en de regeling tekeningsbevoegdheid van [eiseres]. Tot slot stelt de rechtbank vast dat de in vraag 6 verzochte informatie niet is verstrekt door [eiseres] en dat het antwoord op vraag 25 neerkomt op een schriftelijke verklaring van het bestuur van [eiseres]. Deze verklaring moet worden aangemerkt als wilsafhankelijk materiaal, zodat

de op bladzijde 44 van het boetebesluit geciteerde passage van dit antwoord (“Ter toelichting op de vergunningen-resp. BIBOB-kwestie...is er aan de bestaande kwestie/ situatie niets veranderd”) dan ook moet worden uitgesloten van het bewijs.

6.5. Uit het voorgaande volgt dat de inlichtingenvordering van 15 september 2016, zoals [eiseres] betoogt, ten onrechte geen restrictie bevatte met betrekking tot het gebruik van wilsafhankelijk materiaal voor sanctiedoeleinden en dat het betoog van [eiseres] wat betreft het uitsluiten van bewijs slechts slaagt voor zover het de voormelde op bladzijde 44 van het boetebesluit geciteerde passage betreft.

7. Met inachtneming van voormelde uitleg van artikel 21 van de Wta en de uitsluiting van voormelde in het boetebesluit geciteerde passages van het bewijs zal de rechtbank hierna het betoog van [eiseres] dat zij artikel 21, eerste lid, van de Wta niet heeft overtreden beoordelen.

Overtreding van artikel 21, eerste lid, van de Wta

8. [eiseres] betoogt dat zij artikel 21, eerste lid, van de Wta niet heeft overtreden, nu zij met haar procedure voor opdrachtaanvaarding en – continuering en haar incidentenprocedure (tezamen: het beleid) voldeed aan artikel 32, eerste en tweede lid, van het Bta en de aan dit beleid door de AFM gestelde eisen niet uit de wet of door de AFM gepubliceerd beleid of enige guidance daaromtrent volgen. Bovendien is dit beleid bij haar vergunningaanvraag reeds beoordeeld door de AFM en heeft dit destijds niet geleid tot afwijzing van deze aanvraag, aldus [eiseres]. Ook kan volgens [eiseres] uit het enkele feit dat zich drie incidenten hebben voorgedaan niet worden opgemaakt dat geen sprake was van een beheerste en integere bedrijfsvoering en heeft zij naar aanleiding van deze incidenten passende maatregelen genomen, zoals artikel 32, derde lid, van het Bta voorschrijft.

8.1. Anders dan [eiseres] kennelijk meent, heeft de AFM niet zo zeer op grond van het feit dat zich drie incidenten hebben voorgedaan geconcludeerd dat [eiseres] artikel 21, eerste lid, van de Wta heeft overtreden, maar heeft zij die conclusie gebaseerd op de door haar vastgestelde tekortkomingen in de vormgeving en uitvoering van het beleid van [eiseres] en de wijze waarop [eiseres] naar aanleiding van deze drie incidenten is opgetreden.

8.2. Dat haar beleid bij de vergunningverlening door de AFM is beoordeeld kan [eiseres] niet baten. Zoals ook blijkt uit een destijds gepubliceerd persbericht van de AFM over de beoordeling van de vergunningaanvragen van accountantsorganisaties, hebben de daarbij door de AFM verrichte onderzoeken, uitgaande van de bedoeling van de wetgever (TK, 2003-2004, 29 658, nr. 3, blz. 15), het karakter gehad van een “quick scan” en zal de AFM na verlening van de vergunningen periodiek onderzoeken verrichten die, in tegenstelling tot het onderzoek bij de vergunningverlening, een diepgaander en meer themagericht karakter zullen hebben. De stelling van [eiseres] dat de AFM thans nieuwe eisen aan haar beleid stelt, kan dan ook niet worden gevolgd, nog daargelaten dat de AFM niet zo zeer eisen aan het beleid van [eiseres] heeft gesteld, maar daarin tekortkomingen heeft vastgesteld die maken dat de beheerste en integere uitoefening van het bedrijf van [eiseres] niet is gewaarborgd.

8.3. Zoals volgt uit wat in 4.3 is overwogen, betekent het enkele feit dat [eiseres] met haar beleid voldeed aan artikel 32, eerste en tweede lid, van het Bta, anders dan zij meent, niet dat de inrichting van haar bedrijfsvoering voldeed aan artikel 21, eerste lid, van de Wta. Het hebben van een beleid als bedoeld in deze artikelleden is onvoldoende; het beleid zal ook door de vormgeving en uitvoering daarvan door de accountantsorganisatie daadwerkelijk de beheerste en integere uitoefening van het bedrijf moeten waarborgen, zoals is vereist in artikel 21, eerste lid, van de Wta. Dit laatste was volgens de AFM gezien de vele door haar vastgestelde tekortkomingen in de vormgeving en uitvoering van het beleid van [eiseres] niet het geval. De rechtbank ziet geen grond voor het oordeel dat de AFM op grond van deze niet of nauwelijks door [eiseres] betwiste tekortkomingen ten onrechte tot die conclusie is gekomen. Anders dan [eiseres] meent, kan haar niet baten dat de AFM geen guidance heeft gegeven of beleid heeft gepubliceerd waarin zij uiteenzet op welke wijze volgens haar het beleid als bedoeld in artikel 32, eerste en tweede lid, van het Bta moet worden vormgegeven en uitgevoerd om de beheerste en integere uitoefening van het bedrijf te kunnen waarborgen. De accountantsorganisaties hebben een eigen verantwoordelijkheid om zich aan de wet te houden, waarbij zij naar eigen inzicht hun beleid als bedoeld in artikel 32, eerste en tweede lid, van het Bta kunnen vormgeven en uitvoeren, zolang daarmee maar een beheerste en integere uitoefening van hun bedrijf wordt gewaarborgd. Dat [eiseres] kennelijk

meende dat het hebben van een beleid als bedoeld in artikel 32, eerste en tweede lid, van het Bta voldoende was om aan artikel 21, eerste lid, van de Wta te voldoen, berust op een misvatting die voor haar rekening en risico komt.

8.4. Tot slot is de rechtbank van oordeel dat de AFM zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat [eiseres] onvoldoende passende maatregelen als bedoeld in artikel 32, derde lid, van het Bta heeft genomen naar aanleiding van de drie incidenten, nu [eiseres] heeft nagelaten achteraf oorzakenanalyses en zogeheten olievlekonderzoeken te verrichten en dus onvoldoende maatregelen heeft genomen gericht op het voorkomen van herhaling van soortgelijke incidenten. Zoals de AFM terecht heeft opgemerkt, is een adequate oorzakenanalyse essentieel om van incidenten te leren en om de oorzaken van incidenten te kunnen wegnemen en kunnen met een olievlekonderzoek vergelijkbare dossiers en omstandigheden geïdentificeerd worden en kan worden nagegaan of wellicht meer incidenten dreigen. Verder heeft de AFM [eiseres] terecht tegengeworpen dat de incidenten ook niet zijn gebruikt als praktijkvoorbeelden in de procedures of als handvatten voor medewerkers om integriteitsrisico's en incidenten beter en/of eerder te kunnen herkennen. Naar aanleiding van de drie incidenten hadden dit soort maatregelen van [eiseres] met het oog op het waarborgen van een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf wel mogen worden verwacht. [eiseres] heeft niet aannemelijk gemaakt dat dergelijke maatregelen zijn genomen. Het enkele feit dat [eiseres] op 11 september 2014 nog een andere incidentmelding heeft gedaan vanwege fiscale structuren die vergelijkbaar zijn met die van een van de eerder genoemde drie incidenten, maakt zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, niet aannemelijk dat [eiseres] naar aanleiding van dit eerdere incident een oorzakenanalyse en olievlekonderzoek heeft verricht. Ditzelfde geldt voor de eerst na deze incidentmelding op 11 september 2014 ingestelde onderzoeken bij [eiseres] naar vergelijkbare fiscale structuren. Voorts is niet gebleken de interne onderzoeksrapporten naar de twee andere incidenten oorzakenanalyses en olievlekonderzoeken bevatten waarmee de oorzaken van de incidenten konden worden weggenomen en vergelijkbare dossiers en omstandigheden konden worden geïdentificeerd.

8.5. Het betoog faalt.

Periode overtreding

9. Verder faalt het betoog van [eiseres] dat, omdat het onderzoek van de AFM heeft plaatsgevonden in de periode van 22 juni 2016 tot en met 12 december 2016, geen sprake kan zijn van een overtreding tot 1 mei 2017. Zoals de AFM terecht heeft opgemerkt, heeft de overtreding van artikel 21, eerste lid, van de Wta een structureel karakter en heeft [eiseres] eerst op 1 mei 2017 aan de AFM een (concept)plan van aanpak ter verbetering van de beheersing van integriteitsrisico's overgelegd, zonder dat gesteld of gebleken is dat dit plan al in de praktijk ten uitvoer was gebracht.

Rechtsbescherming

10. Zoals volgt uit de eerder genoemde uitspraak van het CBB van 7 mei 2019, faalt het betoog van [eiseres] dat zij wegens het ontbreken van een standpunt over de ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding in het boetevoornemen is getroffen in haar rechtsbescherming.

11. Ook faalt het betoog van [eiseres] dat zij wegens een wijziging van de motivering van het boetebesluit ten opzichte van de motivering van het boetevoornemen ten onrechte niet opnieuw in de gelegenheid is gesteld haar zienswijze naar voren te brengen. Deze wijziging is niet meer dan een reactie op de zienswijze van [eiseres]. Bovendien berusten het boetebesluit en het boetevoornemen op dezelfde verweten overtreding, hetzelfde feitencomplex en dezelfde daaraan ten grondslag liggende bewijsmiddelen, met uitzondering van slechts een aantal voor het bewijs niet noodzakelijke verklaringen van de bestuurders van [eiseres], zodat ook daarom geen grond bestaat voor het oordeel dat [eiseres] opnieuw in de gelegenheid had moeten worden gesteld haar zienswijze naar voren te brengen.

Boetehoogte

12. [eiseres] betoogt dat er aanleiding is de boete te matigen, omdat in het gepubliceerde boetebesluit verklaringen zijn opgenomen die volgens de AFM zelf niet ter onderbouwing van het boetebesluit gebruikt hadden mogen worden en

omdat de AFM de termijn van artikel 5:51 van de Awb heeft overschreden.

12.1. In het bestreden besluit heeft de AFM ten aanzien van drie schriftelijke antwoorden van [eiseres] en een verklaring van een bestuurder van [eiseres] erkend dat deze van het bewijs moeten worden uitgesloten. Daarbij heeft zij toegelicht dat de daarin vervatte informatie zich deels ook bevindt in informatie die op toelaatbare wijze is verkregen. [eiseres] heeft deze toelichting niet weersproken. Nu [eiseres] evenmin heeft beargumenteerd waarom een en ander tot matiging van de boete zou moeten leiden, ziet de rechtbank daarvoor geen grond.

12.2. Ook in het feit dat de inlichtingenvordering van 15 september 2016 ten onrechte geen restrictie bevatte met betrekking tot het gebruik van wilsafhankelijk materiaal voor sanctiedoeleinden en het feit dat twee in het boetebesluit geciteerde passages van het bewijs moeten worden uitgesloten, ziet de rechtbank geen grond voor matiging van de boete. Het ontbreken van de restrictie heeft geen nadelige gevolgen gehad voor [eiseres] en de twee van het bewijs uitgesloten passages vormen niet meer dan ondersteunend bewijsmateriaal dat niet nodig is om de overtreding van artikel 21, eerste lid, van de Wta te kunnen bewijzen.

12.3. Wel ziet de rechtbank in dit geval grond voor matiging van de boete in de overschrijding van de op grond van artikel 5:51, eerste lid, van de Awb geldende termijn waarbinnen het bestuursorgaan, indien van de overtreding een rapport is opgemaakt, omtrent het opleggen van de bestuurlijke boete dient te beslissen. Hoewel deze termijn van dertien weken na de dagtekening van het rapport een termijn van orde is, kan de overschrijding daarvan worden verdisconteerd in de hoogte van de boete (vergelijk de uitspraak de Centrale Raad van Beroep van 5 maart 2019, **ECLI:NL:CRVB:2019:941**). Bij een beperkte overschrijding van deze termijn ligt dit in beginsel niet in de rede. In dit geval is de termijn van dertien weken, anders dan de AFM meent, niet aangevangen na de dagtekening van het hiervoor in 2 genoemde onderzoeksrapport van 1 februari 2018, maar na de dagtekening van het in 1.3 genoemde onderzoeksrapport van 3 april 2017, dat ook reeds voldoet aan de vereisten van artikel 5:48, tweede lid, van de Awb. Daarvan uitgaande heeft de AFM de termijn van dertien weken met het boetebesluit van 6 juli 2018 fors overschreden. Gelet hierop is een matiging van de boete met 5% naar het oordeel van de rechtbank aangewezen, zodat een boete van € 855.000,- passend en geboden is.

12.4. Het betoog slaagt.

Publicatie van het boetebesluit

13. [eiseres] betoogt dat de publicatie van het boetebesluit onevenredig was, nu in dit besluit verklaringen zijn opgenomen die volgens de AFM zelf niet ter onderbouwing van het boetebesluit gebruikt hadden mogen worden en zij geen zienswijze heeft kunnen geven op de in het boetebesluit door de AFM ingenomen standpunten.

13.1. Dit betoog faalt. Op grond van artikel 67, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wta maakt de AFM een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete ingevolge deze wet na bekendmaking openbaar, indien de bestuurlijke boete is opgelegd terzake overtreding van artikel 20, eerste lid van de Wta. Op grond van het vijfde lid van dit artikel geschiedt de openbaarmaking onder omstandigheden in zodanige vorm dat het besluit niet herleidbaar is tot afzonderlijke personen. De Wta voorziet niet in de mogelijkheid om de openbaarmaking van een boetebesluit volledig achterwege te laten omdat dit onevenredig zou zijn. Overigens had [eiseres] haar zienswijze op in het boetebesluit door de AFM ingenomen standpunten naar voren kunnen brengen in het kader van een verzoek om voorlopige voorziening ter voorkoming van de publicatie van het boetebesluit. Het komt voor rekening van [eiseres] dat zij geen gebruik heeft gemaakt van de gelegenheid een dergelijk verzoek in te dienen.

Conclusie

14. Het beroep van [eiseres] is gegrond. De rechtbank zal het bestreden besluit voor zover dat ziet op de boetehoogte vernietigen en zal met toepassing van artikel 8:72a van de Awb zelf in de zaak voorzien door de boetehoogte vast te stellen op € 855.000,-.

Griffierecht en proceskosten

15. Omdat de rechtbank het beroep gegrond verklaart, moet de AFM het door [eiseres] betaalde griffierecht aan haar vergoeden.

16. De rechtbank veroordeelt de AFM in de door [eiseres] gemaakte proceskosten. (...; *red.*).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit voor zover dat ziet op de boetehoogte;
- verklaart het bezwaar van [eiseres] gegrond, herroept het primaire besluit voor zover dat ziet op de boetehoogte, stelt de boetehoogte vast op € 855.000,- en bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde gedeelte van het bestreden besluit;
- bepaalt dat de AFM aan [eiseres] het door haar betaalde griffierecht (...; *red.*) vergoedt;
- veroordeelt de AFM in de proceskosten van [eiseres] (...; *red.*).

Noot

1. In deze uitspraak heeft de rechtbank zich voor het eerst uitgesproken over de open norm van art. 21 Wet toezicht accountantskantoren (Wta), die ziet op een beheerste en integere uitoefening van het accountantsbedrijf. De inhoudelijke motivering is helaas beknopt. Dit zou te maken kunnen hebben met het verloop van het debat tussen de procespartijen. In de beslissing op bezwaar, te raadplegen via de website van de AFM, wordt ingegaan op een veelheid aan procedurele bezwaren die door de accountantsorganisatie naar voren zijn gebracht. Een enkele daarvan is voldoende interessant om in deze annotatie te bespreken.

2. De accountantsorganisatie in deze uitspraak heeft in januari en oktober 2014 bij de AFM melding gedaan van in totaal drie incidenten. Waar deze incidenten op zagen, wordt uit het primaire besluit de beslissing op bezwaar en de uitspraak niet duidelijk; de beschrijving van de incidenten is in de openbare versie van de besluiten niet opgenomen. Het zal, gelet op de formulering van de meldplicht, gaan om incidenten die ernstige gevolgen hebben voor de integere bedrijfsuitoefening van de accountantsorganisatie (art. 32 lid 2 Besluit toezicht accountantskantoren (Bta)). Op deze meldingen volgde een onderzoek van de AFM, dat resulteerde in een onderzoeksrapport van 3 april 2017, waarin werd geconcludeerd dat de accountantsorganisatie art. 21 lid 1 Wta heeft overtreden, omdat zij haar bedrijfsvoering niet zodanig had ingericht dat deze een beheerste en integere uitoefening van haar bedrijf waarborgde. Daarbij heeft de AFM aangekondigd voornemens te zijn een aanwijzing te geven. Hierop heeft de accountantsorganisatie haar zienswijze kenbaar gemaakt en daarbij een plan van aanpak voor verbetering aan de AFM overgelegd. Precies acht maanden later heeft de AFM aan de accountantsorganisatie een (tweede) onderzoeksrapport toegezonden en daarbij het voornemen geuit wegens overtreding van art. 21 lid 1 Wta een bestuurlijke boete op te leggen. Deze boete, ad € 900.000, volgde ook en is in bezwaar gehandhaafd.

3. Hoewel de materiële beoordeling van de bedrijfsvoering en het beleid en de procedures van deze accountantsorganisatie in de uitspraak niet erg concreet wordt, valt daaruit wel een aantal algemene gezichtspunten te destilleren. Ten eerste is de verplichting van art. 21 lid 1 Wta, om de bedrijfsvoering zodanig in te richten dat een beheerste en integere uitoefening van het bedrijf wordt gewaarborgd, ruimer dan de verplichting op grond van art. 21 lid 2 onderdeel b Wta jo. art. 32 t/m art. 34 Bta om – kort gezegd – ter bevordering van de integriteit beleid en procedures te ontwikkelen, maatregelen te treffen naar aanleiding van incidenten en zich te houden aan de regels van de beroepsorganisatie. Of, andersom geredeneerd, de uitwerking van verlichtingen in het Bta brengt geen beperking van de open norm van art. 21 lid 1 Wta mee. Hieruit volgt dat als de accountantsorganisatie het vereiste beleid en de

vereiste procedures niet zou hebben vastgesteld, er hoe dan ook geen sprake kan zijn van een beheerste en integere bedrijfsvoering, maar het enkele feit dat er wel beleid en procedures zijn, brengt het tegenovergestelde nog niet mee. Ten tweede betekent het enkele feit dat zich een incident heeft voorgedaan in dit geval niet dat er sprake is van een overtreding van art. 21 lid 1 Wta, hoewel de rechtbank die koppeling ook niet geheel uitsluit (zie r.o. 4.4. “wat daarvan ook zij” en r.o. 8.1). Ten derde betekent het feit dat het beleid en de procedures bij vergunningverlening al zijn beoordeeld niet dat daarmee finale en eeuwigdurende goedkeuring is verkregen. De rechtbank verwijst naar de omstandigheid dat ten tijde van de vergunningverlening is meegedeeld dat het beleid slechts bij wijze van “quick scan” werd beoordeeld. Ik zou menen dat het integriteitsbeleid steeds zou moeten worden afgestemd op de aard en omvang van de accountantsorganisatie, het type cliënten dat de accountantsorganisatie bedient en de specifieke risico’s die de accountantsorganisatie heeft geïdentificeerd. Dit kan in de loop der tijd veranderen. Ook geldt dat naar aanleiding van een incident maatregelen dienen te worden genomen, wat zou kunnen leiden tot aanpassing van beleid en procedures. Kortom, het beleid en de procedures zullen geen statische verzameling documenten zijn, zodat (ook) al om die reden de vergunningverlening niet allesbepalend kan zijn. Ten vierde is voldoen aan art. 21 Wta een verplichting die op de accountantsorganisatie rust. Het ontbreken van guidance van de zijde van de AFM ontslaat de accountantsorganisatie niet van die verplichting. Ten vijfde is het van groot belang dat een accountantsorganisatie na een incident oorzakenanalyses en “olievlekonderzoek” uitvoert, zodat vergelijkbare incidenten en herhaling kunnen worden voorkomen. Ten zesde – en tot slot – kan voor de uitleg van art. 21 Wta aansluiting worden gezocht bij de sterk gelijkende regeling van art. 4:14 en art. 4:15 Wft.

4. Belangrijke onderdelen van de formele beroepsgronden waren twee argumenten die beide samenhangen met het feit dat op grond van art. 5:20 Awb een ieder verplicht is om mee te werken aan het onderzoek van een toezichthouder, maar dat als uitzondering daarop voor bestraffende sancties geldt dat niemand gehouden is mee te werken aan zijn eigen veroordeling. De accountantsorganisatie beklagde zich erover dat de AFM had verzuimd mededeling te doen van het bestaan van het zwijgrecht – de cautieplicht was geschonden. Ook was in een inlichtingenvordering ten onrechte geen uitzondering gemaakt voor wilsafhankelijk materiaal.

5. De accountantsorganisatie stelde dat aan alle werknemers die de accountantsorganisatie vertegenwoordigden een zwijgrecht toekwam en derhalve de cautie had moeten worden gegeven. Nu dit laatste was nagelaten, dienden de verklaringen van al deze personen van het bewijs te worden uitgesloten. Dat de rechtbank hier niet in meegaat, is geen verrassing. In de rechtspraak wordt ten aanzien van rechtspersonen die onderwerp zijn van een onderzoek in het kader van een op te leggen bestuurlijke boete alleen aan statutair bestuurders het zwijgrecht toegekend (zie bijvoorbeeld ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2952). In het mededingingsrecht geldt op grond van art. 12i Instellingswet ACM een ruimer zwijgrecht: het komt ook toe aan een andere, voor de marktorganisatie werkzame, natuurlijke persoon. Voor andere gebieden binnen het bestraffende bestuursrecht geldt deze uitbreiding dus niet.

6. In mijn noot onder Rb. Rotterdam 20 december 2018 («JOR» 2019/135) heb ik al opgemerkt deze zeer terughoudende benadering onjuist te vinden. Ten eerste kan niet worden uitgesloten dat de betrokken medewerker (niet-bestuurder) wel als feitelijk leidinggevende aan een overtreding kan worden aangemerkt, terwijl daarvoor de hoedanigheid van bestuurder niet is vereist. Ten tweede gaat het erom dat het zwijgrecht van de vennootschap moet kunnen worden uitgeoefend door degenen die “met de vennootschap zijn te vereenzelvigen” (ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2500). Het is niet reëel om dit onder alle omstandigheden alleen aan te nemen voor de bestuurder. Zeker bij grote ondernemingen is eerder regel dan uitzondering dat in het kader van een boeteonderzoek aan andere werknemers dan de statutair bestuurders de taak en bevoegdheid toekomen de vennootschap in de relatie met de toezichthouder te vertegenwoordigen.

7. In deze zaak had de AFM gesprekken gevoerd met bestuurders, partners van het kantoor en andere medewerkers. Alleen de onder dwang afgelegde verklaringen van de bestuurders dienden volgens de rechtbank van het bewijs te worden uitgesloten. Nu waren ook gesprekken gevoerd met meerdere personen tegelijk, waaronder een bestuurder. Van die gesprekken was (ook) een zakelijk verslag gemaakt. Waar niet duidelijk was welke verklaring afkomstig was van de bestuurder en welke van een andere betrokkene, moest volgens de rechtbank bewijsuitsluiting volgen. Dat lijkt mij op zichzelf juist. Naar mijn mening bevestigt deze gang van zaken echter vooral dat het kunstmatig is om de vertegenwoordiging van de vennootschap in boeteonderzoeken van toezichthouders alleen door statutair bestuurders mogelijk te achten. Het zijn echt niet alleen zij die “met de vennootschap zijn te vereenzelvigen”.

8. Het niet eenvoudig kunnen scheiden van de verklaringen van de bestuurder van die van andere betrokkenen zegt ook veel over de kwaliteit van de verslaglegging. A-G Keus heeft in zijn belangrijke conclusie over bewijsgaring in boetezaken (ECLI:NL:RVS:2017:1034) enkele nuttige uitgangspunten gegeven voor het vastleggen van verklaringen in het kader van een boeteonderzoek, omdat de Awb hiervoor geen harde regels bevat. Voor de verslaglegging van het verhoor van de overtreder zou volgens Keus aansluiting kunnen worden gezocht bij de bepalingen over het verhoor van de verdachte in het strafrecht, waaronder de bepaling dat de verklaring van de verdachte zo volledig mogelijk en zoveel mogelijk in vraag- en antwoordvorm wordt weergegeven. Voor de verklaringen van getuigen gelden meer materiële uitgangspunten, zo legt Keus uit. De getuige dient naar waarheid en onbevangen te verklaren over wat hij zelf heeft waargenomen en ondervonden. Gissingen en conclusies horen in deze verklaringen niet thuis. Een gecombineerd gesprek (twee verdachten, een verdachte en een getuige, twee getuigen) is natuurlijk alleen al onwenselijk omdat betrokkenen elkaar kunnen beïnvloeden en niet steeds duidelijk zal zijn wie daadwerkelijk verklaart over wat hij zelf heeft waargenomen en ondervonden. Een zakelijk verslag van een dergelijk gesprek, waarin nog meer uit beeld raakt wie, wat, op welk moment in het gesprek, op welke vraag en in welke specifieke bewoordingen heeft verklaard, maakt dat de bewijskracht van een dergelijk verslag beperkt moet zijn.

9. De AFM heeft zich in het onderzoek niet alleen gebaseerd op verklaringen, maar ook op verkregen schriftelijke inlichtingen. Voor schriftelijke inlichtingen geldt in het kader van een toezichtsonderzoek de medewerkingsplicht onverkort. Onder verwijzing naar de uitspraak van CBB 10 januari 2018 («JOR» 2018/98, m.nt. Nuijten) betoogde de accountantsorganisatie echter dat het aldus verkregen “wilsafhankelijke materiaal” van het bewijs moest worden uitgesloten. Het wilsafhankelijke materiaal is dat materiaal dat – kort gezegd – in fysieke (of digitale) zin niet bestaat onafhankelijk van de wil van de betrokkene. In dit geval ging het om de schriftelijke antwoorden van de bestuurders van de accountantsorganisatie op schriftelijke vragen van de AFM. De rechtbank oordeelt hierover dat de AFM de inlichtingenvordering had dienen te clausuleren in die zin dat de verplichting om de inlichtingen te verstrekken geldt met de restrictie dat het verstrekte wilsafhankelijke materiaal niet zou worden gebruikt voor bestuurlijke beboeting of strafvervolgning.

10. De bewijsuitsluiting brengt de accountantsorganisatie uiteindelijk materieel niets. De overtredingen kunnen ook zonder deze verklaringen worden bewezen. Ook worden de verzuimen niet tot uitdrukking gebracht in de boetehoogte.

11. Dat laatste is anders met de klachten van de accountantsorganisatie over de doorlooptijd. Op grond van art. 5:51 lid 1 Awb dient het bestuursorgaan binnen een termijn van dertien weken na de dagtekening van het rapport van de overtreding over het opleggen van de bestuurlijke boete te beslissen. Dit is een termijn van orde. Overschrijding daarvan heeft niet tot gevolg dat het recht tot het opleggen van een bestuurlijke boete vervalt. Wel kan de overschrijding worden verdisconteerd in de hoogte van de boete (*Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 150*). De rechtbank oordeelt dat hiervoor in dit geval aanleiding bestaat. Daarbij merkt de rechtbank niet het onderzoeksrapport van 1 februari 2018 aan als het rapport van overtreding, maar het onderzoeksrapport van 3 april 2017. Daarmee volgt de rechtbank de AFM niet. Die had onderscheid gemaakt tussen beide rapporten. Het eerste was niet opgesteld met het oog op het opleggen van een bestuurlijke boete, maar met het oog op een aanwijzing, aldus de AFM. Bovendien waren de twee rapporten verschillend. Ze bevatten niet alleen een andere datum en een ander kenmerk, zoals de accountantsorganisatie had betoogd, maar het eerste rapport zag bovendien op een op dat moment (3 april 2017) nog lopende overtreding, terwijl het tweede rapport ziet op een beëindigde overtreding van 22 januari 2014 tot en met 1 mei 2017. Dit laatste is formeel juist, maar het lijkt wel een heel subtiel – en daarmee toch wat gezocht – onderscheid. De rechtbank gaat hierin dan ook terecht niet mee. Zij stelt vast dat het eerste rapport reeds voldeed aan de vereisten van art. 5:48 lid 2 Awb, zodat toen de termijn van art. 5:51 lid 1 Awb is gaan lopen. De rechtbank maakt deze redenering niet helemaal af. Ik denk dat zij bedoelt dat art. 5:48 lid 2 Awb slechts weinig (vorm)voorschriften voor het rapport kent. Art. 5:48 lid 1 Awb formuleert verder neutraal dat het bestuursorgaan en de voor de overtreding bevoegde toezichthouder van een overtreding een rapport kunnen opmaken. Aan deze vereisten voldeed het eerste rapport, zodat meteen na de dagtekening van dat rapport (3 april 2017) de termijn van dertien weken is aangevangen. Deze is met het boetebesluit van 6 juli 2018 fors overschreden. Gelet hierop is volgens de rechtbank een matiging van de boete met 5% aangewezen, zodat de boete wordt vastgesteld op € 855.000.

12. Matiging van een bestuurlijke boete wegens overschrijding van de termijn van art. 5:51 lid 1 Awb is in de wetgeschiedenis wel als mogelijkheid genoemd, maar in de praktijk gebeurt dit niet vaak. Zie bijvoorbeeld CBB 15 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:503, waarin matiging bij overschrijding van tien weken werd afgewezen. In de

uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 5 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:941, waarnaar de rechtbank ook verwijst, vond uiteindelijk geen matiging plaats, omdat de boete in dat geval al was gematigd op grond van de draagkracht van de overtreder. In een uitspraak van het CBb van 4 februari 2020, ECLI:NL:CBB:2020:60, matigde het CBb de boete wel wegens overschrijding van de termijn van art. 5:51 lid 1 Awb, maar de reden daarvoor was dat het bestuursorgaan in dat geval een beleid voerde waarin dit was opgenomen. Alleen omdat het bestuursorgaan zelf consequenties aan het overschrijden van de beslistermijn had verbonden en dit in beleidsregels had neergelegd, bestond een verplichting tot matiging.

13. Voor de goede orde: van overschrijding van de in art. 5:51 lid 1 Awb genoemde termijn moet overschrijding van de redelijke termijn van art. 6 EVRM worden onderscheiden. Hiervoor geldt als hoofdregel dat in punitieve zaken de redelijke termijn voor een procedure in drie instanties in beginsel is overschreden indien die procedure in haar geheel langer dan drie jaar in beslag neemt (zie onder meer CBB 31 maart 2020, ECLI:NL:CBB:2020:205).

mr. V.H. Affourtit, advocaat bij Houthoff in Amsterdam
