

AFM-verkenning “Kwetsbaarheden in de structuur van de accountancysector”

Ondernemingsrecht 2019/24

Op 21 november 2018 publiceerde de AFM een rapport naar aanleiding van een door haar uitgevoerd verkennend onderzoek naar de “kwetsbaarheden” in de structuur van de accountancysector. Diezelfde dag kondigde de Minister van Financiën aan, mede in het licht van de bevindingen van de AFM, dat een onafhankelijke “Commissie toekomst accountancysector” zal worden ingesteld. De AFM heeft met haar verkennend onderzoek beoogd bij te dragen aan het maatschappelijke en internationale debat over duurzame en consistente kwaliteit van wettelijke controles door enkele symptoom- en oorzaakbestrijdende maatregelen aan te dragen. Bij de AFM-verkenning kan echter een aantal methodologische en inhoudelijke kanttekeningen worden geplaatst. Zo heeft de AFM haar analyse grotendeels gebaseerd op wetenschappelijk onderzoek dat is verouderd of niet op de Nederlandse accountancysector is toegespitst. Daarnaast lijkt de AFM in haar analyse te abstraheren van effecten van nieuwe wetgeving. Ten slotte geeft de AFM in de presentatie van de door haar voorgestelde symptoombestrijdende maatregelen blijk van een onjuiste interpretatie van toepasselijke wetgeving en kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de (internationale) haalbaarheid van enkele van de door haar aangedragen oorzaakbestrijdende maatregelen. Een kritische beschouwing van de AFM-verkenning leidt om die reden tot de conclusie dat deze moet worden beschouwd als niet meer dan een groot aantal proefballonnen van wisselende kwaliteit. Een aantal daarvan lijkt – gegeven de op onderdelen beperkte beleidsruimte van de Nederlandse wetgever en de internationale verwevenheid van de accountancysector – al op voorhand te kunnen worden doorgeprikt. Dat roept de vraag op waarom de AFM die ballonnen met publicitair – en politiek – geweld heeft opgelaten, temeer nu – ook bij de AFM – bekend is dat in de media en vanwege de politieke geldingsdrang de nuances in het politieke en maatschappelijke debat al snel ver te zoeken zijn.

1. Inleiding

Op woensdag 21 november 2018 publiceerde de Autoriteit Financiële Markten (“AFM”) een rapport naar aanleiding

¹ Eva Eijkelenboom is werkzaam bij Erasmus School of Law en een accountantsorganisatie. Zij schrijft dit artikel op persoonlijke titel. Steven Hijink en Lars in 't Veld zijn werkzaam bij het Van der Heijden Instituut, Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (Radboud Universiteit Nijmegen) en bij een advocatenkantoor te Amsterdam.

van een door haar uitgevoerd verkennend onderzoek naar de “kwetsbaarheden” in de structuur van de accountancysector (“AFM-verkenning”).² De AFM heeft zich daarbij met name gericht op de markt van wettelijke controles van organisaties van openbaar belang (“OOB’s”).³ De AFM beoogt met haar verkenning bij te dragen aan het maatschappelijke en internationale debat over duurzame en consistente kwaliteit van wettelijke controles door accountants.

Diezelfde dag kondigde de Minister van Financiën aan, mede in het licht van de bevindingen van de AFM-verkenning, dat een onafhankelijke “Commissie toekomst accountancysector” (“Commissie”) zal worden ingesteld.⁴ Op 18 december 2018 zijn de leden van de Commissie bekendgemaakt.⁵ De Commissie krijgt als taak onderzoek te doen naar en te adviseren over de vraag hoe de kwaliteit van wettelijke controles duurzaam geborgd kan worden en te adviseren over (de juridische haalbaarheid van) eventueel gewenste beleids- en/of wetwijzigingen. Tweede Kamerleden van verschillende politieke kleuren reageerden enthousiast op dat voornemen; het dreigen met nieuwe wettelijke maatregelen werd niet geschuwd.⁶

Over de onwenselijke gevolgen van de geldingsdrang van politici en de toezichthouder hebben wij ons eerder uitgelaten.⁷ In deze bijdrage staan wij stil bij de inhoud van de AFM-verkenning.

2. Aanloop naar de AFM-verkenning

Ruim vier jaar geleden, op donderdag 25 september 2014, beleefde de accountantssector zijn *Freaky Thursday*.⁸ Sinds-

² Zie het rapport “Kwetsbaarheden in de structuur van de accountancysector” van de AFM, beschikbaar via www.afm.nl.

³ Art. 1 lid 1, onderdeel I, Wet toezicht accountantsorganisaties (“Wta”).

⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 33977, 21. Zie ook de tekst van de voordracht van de Minister van Financiën, te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-financien/documenten/toespraken/2018/11/21/minister-hoekstra-sprak-tijdens-de-accountantsdag-van-de-koninklijke-nederlandse-beroepsorganisatie-van-accountants-nba-op-woensdag-21-november-2018-in-de-rai-in-amsterdam-over-de-instelling-van-een-onafhankelijke-commissie-die-onderzoek-zal-doen-of-en-welke-aanvullende-maatregelen-nodig-zijn-om-de-kwaliteit-van-wettelijke-accountantscontroles-in-nederland-te-verbeteren.

⁵ Regeling van de Minister van Financiën en de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 18 december 2018, 2018-0000224375, directie Financiële Markten, houdende de instelling van een commissie in verband met de advisering over een duurzame verbetering van wettelijke controles door accountants (*Strct.* 2019, 105).

⁶ Zie ‘Enthousiasme in Kamer voor ingrijpen Hoekstra’, *Het Financieele Dagblad* 22 november 2018, p. 3.

⁷ Zie Eva Eijkelenboom, Steven Hijink & Lars in 't Veld, ‘Geldingsdrang van politiek en toezichthouder ondermijnt herstel vertrouwen in accountants’, *Het Financieele Dagblad* 26 november, p. 11.

⁸ Zie uitgebreid: J.B.S. Hijink, “Freaky Thursday” voor accountants – veranderingen in wet- en regelgeving voor de accountantssector aangekondigd”, *Ondernemingsrecht* 2014/139.

dien zijn er door accountants(organisaties), maar ook door de wetgever, maatregelen genomen om de kwaliteit van de door accountants verrichte wettelijke controles te verbeteren.⁹ Recent, op 1 juli 2018, zijn – als voorlopig sluitstuk – de Wet aanvullende maatregelen accountantsorganisaties (*Stb.* 2018, 139) en het bijbehorende Besluit aanvullende maatregelen accountantsorganisaties (*Stb.* 2018, 187) in werking getreden. Deze maatregelen zijn in het bijzonder gericht op het verbeteren van de kwaliteit van de door accountants verrichte wettelijke controles door middel van het versterken van de governance van accountantsorganisaties.¹⁰ Zo dienen accountantsorganisaties met een vergunning die strekt tot het verrichten van wettelijke controles bij OOB's (“OOB-vergunninghouders”) te beschikken over een stelsel van onafhankelijk intern toezicht met een orgaan dat met dat toezicht is belast (veelal: de raad van commissarissen (“rvc”)).¹¹ Ook is een geschiktheidstoets ingevoerd voor personen die het dagelijks beleid bepalen van OOB-vergunninghouders (“dagelijks beleidsbepalers”) en personen die zitting hebben in de rvc van die accountantsorganisaties.¹²

Aan de invoering van de Wet aanvullende maatregelen accountantsorganisaties ging de inwerkingtreding van Verordening EU 537/2014 (“Auditverordening”) en de omzetting van Richtlijn 2014/56/EU (“Auditrichtlijn”) vooraf. Met de Auditverordening introduceerde de Europese wetgever de roulatieplicht voor accountantsorganisaties. De Nederlandse wetgever was even daarvoor al voor de Europese troepen uitgelopen door in de Wet op het accountantsberoep een scheiding aan te brengen tussen het verlenen van controle- en adviesdiensten bij OOB's.¹³

Ook de Koninklijke Nederlandse beroepsorganisatie van accountants (“Nba”) heeft de afgelopen jaren verschillende voorstellen en maatregelen aangekondigd. Zo heeft de Nba in 2014 en 2015 maatregelen ter verbetering van de kwaliteit en onafhankelijkheid van de accountantscontrole gepubliceerd.¹⁴ Tevens heeft zij een poging gedaan om de invloed van de structuurkenmerken van de accountancysector op de kwaliteit van de wettelijke controles door accountants te evalueren. Dat heeft geleid tot het Green paper “Structuurmodellen accountancy”.¹⁵ De analyse van drie alternatieve structuurmodellen – “audit only”, “corporate model” en overheidsaccountants – leidde tot de conclusie dat verbanden tussen de huidige structuur van de accountancysector en tekortkomingen in de kwaliteit van wettelijke con-

troles niet zijn aangetroffen en dat de alternatieve modellen weer nieuwe risico's tot gevolg zouden hebben.¹⁶

3. Inhoud van de AFM-verkenning

Tegen de in de vorige paragraaf geschetste achtergronden heeft de AFM de mogelijke oorzaken van de achterblijvende kwaliteit van wettelijke controles vanuit de economische theorie van marktfalen onderzocht. De AFM hanteert daarbij als onderzoeksvraag of sprake is van marktfalen in de accountancysector als gevolg van kwetsbaarheden in de structuur van de sector of accountantsorganisaties, en zo ja, of er aanwijzingen zijn dat dit marktfalen de kwaliteit van wettelijke controles negatief beïnvloedt.¹⁷ Andere factoren die mogelijk van invloed zijn op de achterblijvende kwaliteit van wettelijke controles, waaronder de rol van de AFM als toezichthouder, zijn in de AFM-verkenning buiten beschouwing gelaten.¹⁸

In de AFM-verkenning wordt geconcludeerd dat aanwijzingen in de wetenschappelijke literatuur te vinden zijn die erop wijzen dat in de huidige structuur van de accountancysector meer bronnen van marktfalen besloten liggen die mogelijk een negatieve invloed hebben op de kwaliteit van wettelijke controles. De AFM identificeert vijf potentiële bronnen van marktfalen. Deze liggen volgens de AFM besloten in de imperfecte werking van de vraag- en de aanbodzijde van de markt voor wettelijke controles en in de schadelijke prikkels die het gevolg zijn van het verdienen-, partner- en bedrijfsmodel van de accountantsorganisatie. Zo zou aan de vraagzijde van de markt voor wettelijke controles het marktfalen in de accountancysector toegerekend kunnen worden aan het gegeven dat een omvangrijk deel van de gebruikers de kwaliteit van de wettelijke controles niet kan of wil beoordelen,¹⁹ terwijl de problematiek aan de aanbodzijde van de markt voornamelijk is gelegen in het beperkte aantal OOB-vergunninghouders.²⁰ Schadelijke prikkels die het gevolg zijn van het verdienmodel in de accountancysector zijn volgens de AFM te wijten aan de juridische systematiek dat de rechtspersoon die aan een wettelijke controle onderworpen is, ook als opdrachtgever van de opdracht tot het verrichten van die wettelijke controle kwalificeert.²¹ Ten slotte staat de AFM stil bij de schadelijke com-

9 Zie ook: L. in 't Veld, ‘Het Wetsvoorstel aanvullende maatregelen accountantsorganisaties: in het publiek belang?’, *Tijdschrift Financieel Recht in de Praktijk*, 2017, nr. 2, p. 38-43.
 10 *Kamerstukken II* 2016/17, 34677, 3, p. 2.
 11 Art. 22a Wta.
 12 Art. 16 leden 3 tot en met 5 Wta.
 13 Art. 24b Wta. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33025, 18.
 14 Zie de rapporten “In het Publiek Belang” en “In het Publiek Belang, het kan echt beter!” te raadplegen via www.nba.nl.
 15 Zie Green paper “Structuurmodellen Accountancy” (“Green paper”), te raadplegen via www.nba.nl.

16 Green paper, p. 8.
 17 AFM-verkenning, p. 7. De AFM merkt daarbij op dat er meer definities zijn voor de kwaliteit van wettelijke controles, maar dat de AFM onder dat begrip ten minste zal verstaan de naleving van de relevante gedrags- en beroepsregels door de accountant. Bovendien merkt de AFM – terecht – op dat in wetenschappelijk onderzoek verschillende maatstaven worden gebruikt om de kwaliteit van wettelijke controles te meten.
 18 AFM-verkenning, p. 4. Overigens erkent de AFM – zie p. 6 AFM-verkenning – dat “niet kan worden uitgesloten dat van het toezicht mogelijk ook negatieve prikkels voor de kwaliteit uitgaan. Zo kan de sector het toezicht ervaren als een prikkel voor een meer compliance gerichte benadering, waardoor intrinsieke motivatie (...) verandert in extrinsieke motivatie (...)”
 19 AFM-verkenning, p. 19. Zie ook Jeroen Suijs, ‘AFM-voorstellen accountancy missen kern van het probleem’, *Het Financieel Dagblad* 5 januari 2019, p. 27.
 20 AFM-verkenning, p. 37.
 21 AFM-verkenning, p. 21.

merciële prikkels die van het partner- en bedrijfsmodel van accountantsorganisaties uitgaan.²²

In de AFM-verkenning worden vervolgens zes "symptoombestrijdende maatregelen" en tien "oorzaakbestrijdende maatregelen" gepresenteerd die de problematiek (deels) zouden moeten kunnen ondervangen.

De symptoombestrijdende maatregelen zijn gericht op het adresseren van (de gevolgen van) het marktfalen van de accountancysector binnen de huidige structuur. Hierbij moet worden gedacht aan maatregelen die zien op het verstevigen van de governance en het verbeteren van de kwaliteit van de verslaggeving van gecontroleerde ondernemingen,²³ het stimuleren van de focus van accountants op de kwaliteit van wettelijke controles²⁴ en het verbreden van het handhavingbeleid van de AFM.²⁵

De oorzaakbestrijdende maatregelen zijn gericht op het wegnemen van de onderliggende bronnen van het marktfalen van de accountancysector door invoering van alternatieve structuren in de accountancysector. Deze alternatieve modellen vergen significante ingrepen in de markt of de structuur van de accountancysector. Tot de oorzaakbestrijdende maatregelen behoren onder meer het invoeren van het zogenoemde "audit only"-model, de invoering van een "intermediair" die verantwoordelijk zal zijn voor de selectie en aansturing van de externe accountant en het model waarin "Rijksaccountants" met de wettelijke controles belast zullen worden. Daarbij presenteert de AFM ook een aantal tussenvarianten als zelfstandige maatregelen, zoals een "audit only"-model dat alleen van toepassing is op gelijksoortige ondernemingen binnen het OOB-segment.²⁶

4. Kanttekeningen bij de AFM-verkenning

Bij de AFM-verkenning kan een aantal kritische kanttekeningen worden geplaatst. Wij beperken ons tot de, wat ons betreft, meest wezenlijke. Een deel van deze kanttekeningen is van methodologische aard, terwijl ook kritische inhoudelijke kanttekeningen worden geplaatst.

4.1 *Kanttekening 1: analyse gebaseerd op wetenschappelijk onderzoek dat is verouderd en niet op de Nederlandse markt toegespitst*

De eerste en meestomvattende (methodologische) kanttekening die wij bij de AFM-verkenning plaatsen, is dat de door de AFM getrokken conclusies met name zijn onderbouwd met (gedateerde) bevindingen op basis van onderzoek naar het effect van Amerikaanse wet- en regelgeving. Daarbij

gaat het in het bijzonder om onderzoeksbevindingen die verband houden met (het beoogde effect van) de invoering van de zogenoemde *Sarbanes Oxley Act* ("SOx") in 2002 in de Verenigde Staten. Wij hebben ernstige twijfels of dergelijke onderzoeksbevindingen zich ervoor lenen om zonder verstaalslag naar specifieke Nederlandse omgevingsfactoren, waaronder de juridische context waarbinnen Nederlandse accountants(organisaties) opereren, kunnen worden toegepast op de Nederlandse accountancysector. De AFM legt daarbij bovendien losjes verband tussen verschillende onderzoeksbevindingen, terwijl niet in alle gevallen duidelijk is of die verbanden ook daadwerkelijk kunnen worden gelegd.²⁷

Een in het oog springend voorbeeld van de blinde vlek voor specifieke omgevingsfactoren en het combineren van (gedateerde) onderzoeksresultaten uit de AFM-verkenning betreft de rol van de auditcommissie en de rvc van gecontroleerde ondernemingen.²⁸ De AFM noemt de auditcommissie en de rvc de interne *stakeholders* die het meest geschikt zijn om de accountant aan te spreken indien de kwaliteit van de wettelijke controle niet op orde is. Daar laat de AFM op volgen dat "de wetenschappelijke literatuur (...) verdeeld [is] over hun functioneren".²⁹ Dat er aanwijzingen zijn dat de kennis en onafhankelijkheid van leden van auditcommissies sinds de invoering van de SOx is toegenomen, zou volgens de AFM blijken uit onderzoek van Hoitash en Hoitash uit 2008.³⁰ De vraag wat de betekenis van dit onderzoek is voor Nederlandse OOB's waarop deze wetgeving niet van toepassing is, laat de AFM onbeantwoord. Op basis van een ander onderzoek – dat van Bedard en Gendron uit 2010³¹ – legt de AFM vervolgens een relatie tussen kennis en onafhankelijkheid van leden van auditcommissies en een hoge kwaliteit van wettelijke controles.³² Bovendien refereert de AFM aan onderzoek van Raghunandan uit 2001 (!) waaruit zou volgen dat auditcommissies die zijn samengesteld uit onafhankelijke en deskundige leden bijdragen aan een hogere kwaliteit van de *interne* audit, met een hogere kwaliteit van verslaggeving en een lagere kans op fraude tot gevolg.³³ Kennelijk meent de AFM dat een goed functionerende *interne* audit per definitie leidt tot een hogere kwaliteit van de wettelijke controle. Dat is echter zonder nadere onderbouwing niet goed te volgen, zeker niet in het licht van de

22 AFM-verkenning, p. 26 e.v.

23 AFM-verkenning, p. 44 e.v.

24 AFM-verkenning, p. 47 e.v.

25 AFM-verkenning, p. 48 e.v.

26 AFM-verkenning, p. 55 e.v. Maar ook ten aanzien van de voorstellen voor een "Rijksaccountant"-model (p. 58), de afschaffing van de wettelijke controle (p. 61), een "Joint Audit"-model (p. 65) en een begrenzing van het marktaandeel van accountantsorganisaties (p. 66) zijn zogenoemde tussenvarianten voorgesteld.

27 Bovendien is het aantal en wie van de "externe experts" en de "andere stakeholders" die zijn geïnterviewd om de inzichten uit de bestudering van deze wetenschappelijke onderzoeken in een actueel perspectief te plaatsen, onbekend. Zie AFM-verkenning, p. 7.

28 AFM-verkenning, p. 20-21.

29 AFM-verkenning, p. 20

30 De op p. 69 e.v. van de AFM-verkenning opgenomen literatuurlijst vermeldt overigens terecht dat dit onderzoek stamt uit 2009.

31 J. Bédard & Y. Gendron, 'Strengthening the Financial Reporting System: Can Audit Committees Deliver?', *International Journal of Auditing* 2010, 14 (2), p. 174-210. Ook te raadplegen via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1438150> of <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1438150>. Overigens merken Bédard en Gendron met betrekking tot de interpretatie van de uitkomsten van hun onderzoek – in par. 10 van de SSRN-versie van hun artikel – op dat "it is presently too speculative to go further in interpreting cross-country variations".

32 AFM-verkenning, p. 20.

33 AFM-verkenning, p. 20.

door de AFM gegeven omschrijving van de kwaliteit van een wettelijke controle als “de naleving door de accountant van de toepasselijke gedrags- en beroepsregels om voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen teneinde zijn oordeel in de controleverklaring te onderbouwen”.³⁴ Ook onnavolgbaar is de opmerking van de AFM dat zowel de auditcommissie als de accountant “in de praktijk worden betaald door en daarmee in enige mate afhankelijk blijven van management voor onder andere salariering, referenties, etc.”.³⁵

Dit soort redeneringen ligt ten grondslag aan de door de AFM voorgestelde maatregel om “te verkennen of en hoe de rol van de RvC en de AC verder kan worden verstevigd”.³⁶ De onderbouwing daarvan berust dus op (verouderd en buitenlands) drijfzand. Voor zover de AFM met deze maatregel zou willen bewerkstelligen dat de opdrachtverlening van de accountant in toenemende mate bij de auditcommissie en de rvc zou moeten komen te liggen, wijzen wij erop dat zowel de Auditverordening en de Auditrichtlijn als de in de Wet aanvullende maatregelen accountantsorganisaties gemaakte aanpassingen in art. 2:393 BW en de nieuwe corporate governance code (de “Code”) daar al verandering in beogen te brengen. Steeds gaat het daarbij om het versterken van de rol van de auditcommissie bij de opdrachtverlening en het terugdringen van de rol van het bestuur. De effecten van deze – relatief nieuwe en deels typisch Nederlandse – maatregelen zou de Commissie ten minste dienen mee te nemen, alvorens – opnieuw – over te gaan tot doen van voorstellen voor het invoeren van nieuwe wettelijke voorschriften.

4.2 *Kanttekening 2: analyse abstraheert van effecten van nieuwe wetgeving*

Niet alleen het effect van (de in de vorige paragraaf genoemde) nieuwe voorschriften voor auditcommissies en rvc's van gecontroleerde ondernemingen lijken in de analyse van de AFM te ontbreken, de AFM-verkenning lijkt meer in het algemeen te abstraheren van (de gevolgen van) nieuwe wetgeving. Dat bevreemdt ons overigens niet. Zo is pas per 1 juli 2018 jongstleden een deel van de nieuwe maatregelen, waaronder de geschiktheidstoetsingen bij OOB-vergunninghouders, ingevoerd. Dat toetsingsproces is op dit moment nog in volle gang, zodat de effecten daarvan nog niet in de AFM-verkenning konden worden meegenomen. Dit pas zo recent van kracht zijn van nieuwe wettelijke maatregelen toont aan dat het nog (te) vroeg is conclusies te trekken over het in de accountancysector ingezette verandertraject. Tegelijkertijd had juist dat gegeven aanleiding voor de AFM kunnen zijn enige voorzichtigheid of terughoudendheid te betrachten in haar analyse.

Een deel van de door de AFM voorgestelde symptoombestrijdende maatregelen ziet op het nog steviger inbedden van het belang van kwaliteit bij het verrichten van wettelijke controles en het beleid van accountantsorganisaties.³⁷ Die maatregelen lijken beperkt tot een uitbreiding van de al door de wetgever en de beroepsgroep zelf sinds *Freaky Thursday* genomen maatregelen.³⁸ De AFM stelt bijvoorbeeld voor het bestuur van accountantsorganisaties verplicht uit (meer) externe leden te laten bestaan, opdat het beleid van accountantsorganisaties zich meer zal richten op het bevorderen van de kwaliteit van wettelijke controles.³⁹ Het lijkt ons in dat verband wenselijk – en ook in de rede te liggen – te wachten tot er een beeld is van de ervaringen met de kersverse bevoegdheid van de onafhankelijke rvc van OOB-vergunninghouders tot het doen van (repeterende) voordrachten voor benoemingen van beleidsbepalers.⁴⁰

4.3 *Kanttekening 3: onduidelijke definiëring van wat onder “marktfalen” moet worden verstaan*

Daarnaast is opvallend hoe de AFM marktfalen in de accountancysector definieert. Dat is van belang, omdat de definiëring van dat begrip geldt als startpunt van de AFM-verkenning. De AFM definieert marktfalen als de situatie waarin marktwerking niet leidt tot maatschappelijk wenselijke uitkomsten.⁴¹ Vertaald naar de accountancysector zou daarvan sprake zijn indien “als gevolg van eventueel marktfalen in de sector, de kwaliteit van de wettelijke controles kan achterblijven ten opzichte van het maatschappelijk wenselijke kwaliteitsniveau, waarmee de accountant en de accountantsorganisatie onvoldoende het publiek belang centraal heeft gesteld”.⁴²

Nog daargelaten de vraag of de (door de AFM aangehangen interpretatie van de) voor de wettelijke controles geldende normen moeten worden beschouwd als het “maatschappelijk wenselijke kwaliteitsniveau” van wettelijke controles, kan worden afgevraagd of de enkele vaststelling dat een door een accountant verrichte wettelijke controle niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen, altijd zal moeten leiden tot de conclusie dat de betrokken accountant(s) het publiek belang onvoldoende centraal heeft gesteld.⁴³ Daarmee gaat de AFM volgens ons te kort door de bocht.

4.4 *Kanttekening 4: bepaalde symptoombestrijdende maatregelen hebben met structuur van de sector nauwelijks van doen en geven blijk van onjuiste interpretatie van toepasselijke wetgeving*

Bij de door de AFM voorgestelde symptoombestrijdende maatregelen valt op dat met name de eerste twee voorge-

34 Daarmee willen wij overigens niet miskennen dat een goed functionerende interne audit niet (ook) kan bijdragen, of wellicht zelfs complementair is, aan de kwaliteit van een wettelijke controle, maar de aanwezigheid van een één-op-één relatie kan niet zonder meer worden verondersteld. De AFM wekt die suggestie wel.

35 AFM-verkenning, p. 20.

36 AFM-verkenning, p. 45.

37 AFM-verkenning, p. 47-48.

38 Zo erkent de AFM zelf ook op p. 48 van de AFM-verkenning.

39 AFM-verkenning, p. 48.

40 Art. 22a lid 6 Wta, ingevoerd op 1 juli 2018 door de Wet aanvullende maatregelen accountantsorganisaties.

41 AFM-verkenning, p. 17.

42 AFM-verkenning, p. 17.

43 AFM-verkenning, p. 17.

stelde maatregelen – het verstevigen van de governance en het verbeteren van de kwaliteit van de verslaggeving van gecontroleerde ondernemingen – weinig met de structuur van de accountancysector van doen hebben.⁴⁴ De kenmerkende gedachte van de AFM achter deze voorstellen is dat door de rol van (de auditcommissie van) de rvc van de gecontroleerde onderneming te verstevigen, de kwaliteit van de verslaggeving van deze onderneming zal toenemen en *daarmee* zal worden bijgedragen aan een verbetering van de kwaliteit van de wettelijke controle.⁴⁵ Een dergelijk verband tussen de kwaliteit van verslaggeving en de kwaliteit van wettelijke controles behoeft er niet zonder meer te zijn. Zo kan een accountant een jaarrekening die niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet wel degelijk aan een wettelijke controle van hoge kwaliteit onderwerpen, terwijl ook de omgekeerde situatie zich laat voorstellen. Bovendien plaatsen wij vraagtekens bij de door de AFM voorgestelde maatregelen om de rol van de auditcommissie en de rvc van de gecontroleerde onderneming verder te verstevigen, zoals het uitbreiden van de informatieverplichtingen rondom de selectieprocedure van de accountant en het afleggen van verantwoording over de door de auditcommissie en de rvc uitgevoerde werkzaamheden.⁴⁶ Wij betwijfelen of deze maatregelen daadwerkelijk het gewenste heilzame effect zullen hebben op de kwaliteit van wettelijke controles.

Daarnaast stelt de AFM bij het verbeteren van de verslaggeving voor het bestuur van de gecontroleerde onderneming te laten verklaren dat de interne beheersing voor zover die ziet op verslaggevingsrisico's betrouwbaar is.⁴⁷ Het voorstel lijkt veel op de door het bestuur van beursvennootschappen reeds op basis van de Code af te leggen "in control"-verklaring, op basis waarvan onder meer moet worden verklaard dat de interne risicobeheersings- en controlesystemen een redelijke mate van zekerheid geven dat de financiële verslaggeving geen onjuistheden van materieel belang bevat.⁴⁸ Het invoeren van een verplichting tot het afleggen van een dergelijke verklaring lijkt voor de beursvennootschappen onder de OOB's dus nauwelijks iets toe te voegen.⁴⁹ Daarnaast ervaart de AFM het als een gemis dat de accountant geen afzonderlijke verklaring bij de "in control"-verklaring van het bestuur afgeeft. Hoewel een expliciete verklaring van de accountant bij de "in control"-verklaring van het bestuur inderdaad ontbreekt, is de accountant ook nu al gehouden de "in control-verklaring" in (de corporate governance verklaring in) het bestuursverslag van beursven-

nootschappen te onderzoeken en over eventuele materiële onjuistheden daarin te rapporteren.⁵⁰

Verder geeft de AFM in overweging voorschriften in verband met aansprakelijkheid voor onjuiste of misleidende verslaggeving aan te passen.⁵¹ De AFM ervaart als nadeel van de huidige wettelijke bepalingen – in het bijzonder art. 2:139/2:249 BW⁵² – dat derden het causale verband tussen de schade en het verwijtbare handelen met betrekking tot de verslaggeving moeten aantonen. De AFM stelt daarom voor de rechter de ruimte te geven een vorm van alternatieve causaliteit – omdraaiing van de bewijslast – toe te passen indien er zwaarwegende aanwijzingen zijn dat het bestuur respectievelijk de rvc onjuist of verwijtbaar heeft gehandeld. Voor zover de AFM met dat onjuiste of verwijtbare handelen doelt op het geven van een misleidende voorstelling van zaken in de verslaggeving van de vennootschap, gaan de huidige art. 2:139/2:249 BW daar (voor bestuurders) thans al vanuit. Met de vaststelling dat de verslaggeving misleidend is, staat de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in beginsel vast.⁵³ Bovendien lijkt de door de AFM aangedragen oplossing de problematiek van het aantonen van het causale verband tussen schade en misleiding nog niet op te lossen. En voor zover de AFM voorstelt de bewijslastomkering ook op dat onderdeel toe te passen, lijkt ons dat onwenselijk. Dan zouden bestuurders, respectievelijk leden van de rvc, van een rechtspersoon voor de (welhaast) onmogelijke taak worden gesteld aan te tonen dat de door derden beweerdelijk geleden schade *niet* het gevolg kan zijn van de misleidende voorstelling van zaken die de verslaggeving geeft. Van hen kan echter onmogelijk worden verwacht dat zij op de hoogte zijn van de wijze waarop derden hun beslissingen hebben gebaseerd.

Ten slotte stelt de AFM voor haar eigen handhavingsbeleid te verbreden om zo "meer balans" aan te brengen in het door haar uitgeoefende toezicht op de kwaliteit van wettelijke controles, interne kwaliteitswaarborgen en gedrag en cultuur enerzijds en haar handhavingsinstrumentarium anderzijds.⁵⁴ Daarbij valt op dat hoewel de AFM-verkenning zich niet specifiek richt op haar eigen rol als toezichthouder,⁵⁵ de AFM het kennelijk toch niet kon laten een pleidooi te houden voor een verbreding en uitbreiding van haar rol en bevoegdheden. Volgens de AFM zouden accoun-

44 Zie p. 44-47 AFM-verkenning.

45 AFM-verkenning, p. 44. Op p. 46 lijkt de AFM dat verband overigens weer te nuanceren, door te stellen dat hoogwaardige kwaliteit van verslaggeving een randvoorwaarde is voor kwalitatief goede wettelijke controles.

46 AFM-verkenning, p. 45.

47 AFM-verkenning, p. 46.

48 Best practice bepaling 1.4.3. Code.

49 Bovendien is de wetenschappelijke literatuur verdeeld over de toegevoegde waarde van het door het bestuur laten afleggen van dergelijke verklaringen. Zie o.a. L. Paape, "In control" verklaringen: gebakken lucht of een te koesteren fenomeen? (oratie Nyenrode), 2008.

50 Zie S. Rietveld & L. in 't Veld, 'De rol van de accountant bij (de corporate governance verklaring in) het bestuursverslag van beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2018/103.

51 AFM-verkenning, p. 47.

52 Jo. art. 2:150 en 2:260 BW.

53 Zie o.a. M. Kroeze, 'Bange bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2006/3 (oratie Rotterdam), die in dit verband spreekt over "quasi-risicoaansprakelijkheid".

54 AFM-verkenning, p. 48.

55 Met betrekking tot het eigen functioneren beperkt de AFM zich in de AFM-verkenning (p. 6) tot de opmerking dat van "het toezicht mogelijk ook negatieve prikkels voor de kwaliteit uitgaan. Zo kan de sector het toezicht ervaren als een prikkel voor een meer compliance gerichte benadering, waardoor intrinsieke motivatie ('we willen dit zelf') verandert in extrinsieke motivatie ('het moet van de toezichthouder') en binnen beschikbare capaciteit minder ruimte zou kunnen zijn voor zelfreflectie en oordeelsvorming."

tantsorganisaties als gevolg van een recent oordeel van de bestuursrechter niet langer kunnen worden aangesproken op een overtreding van de zorgplicht van art. 14 Wta wegens ernstige tekortkomingen in de kwaliteit van wettelijke controles.⁵⁶ Bovendien zou een combinatie van handhaving op het niveau van de accountantsorganisatie en de individuele accountant volgens de AFM effectiever zijn dan handhaving op het niveau van de accountantsorganisatie alleen. Daarmee lijkt de AFM te miskennen dat zij ook thans al over de mogelijkheid beschikt individuele accountants aan te spreken op tekortkomingen in wettelijke controles: *eenieder* is bevoegd tot het indienen van een klacht bij de Accountantskamer.⁵⁷ Die weg lijkt de AFM de laatste tijd ook steeds vaker te bewandelen.⁵⁸ Kennelijk vindt de AFM het onwenselijk dat zij alleen via de tuchtrechter individuele accountants op tekortkomingen in wettelijke controles kan aanspreken. Omdat er ook thans al knelpunten zijn te signaleren in de rechtsbescherming van individuele accountants bij (tuchtrechtelijk) optreden door de AFM,⁵⁹ zal de rechtsbescherming van individuele accountants vermoedelijk nog verder komen te knellen indien de wens van de AFM wordt ingewilligd om zonder tussenkomst van de (tucht)rechter op individuele accountants toezicht te houden.

4.5 Kanttekening 5: bepaalde oorzaakbestrijdende maatregelen lijken op voorhand (internationaal) onhaalbaar

Bij de presentatie van de voorgestelde oorzaakbestrijdende maatregelen houdt de AFM een – gepaste – slag om de arm door voorop te stellen dat niet is onderzocht of de gesuggereerde alternatieven haalbaar zijn in het huidige bestel van (internationale) wet- en regelgeving en de (internationale verwevenheid van de) huidige structuren van de accountancysector.⁶⁰ Daarmee is de kans groot dat een deel van de voorgestelde maatregelen op voorhand niet haalbaar zal blijken te zijn. De internationale context is immers van grote invloed op de huidige vormgeving van de Nederlandse accountancystructuur. Zo lijken de voorstellen tot afschaffing van – of “optrekking” van de grens voor – de controleplicht,⁶¹ internationale uniformering van “*Audit Quality Indicators*”⁶² en invoering van een model waarin

Rijksaccountants⁶³ met de wettelijke controle van de jaarrekening worden belast, al als (voorlopig) niet-haalbare voorstellen te kunnen worden afgedaan. Ook het “*Financial Statement Insurance*”-model, waarbij een verzekeraar de accountant de opdracht verleent, vergt aanpassing van bestaande wetgeving.⁶⁴

Een andere door de AFM voorgestelde oorzaakbestrijdende maatregel is het zogenoemde “intermediair”-model. In dit model wordt een onafhankelijke organisatie – de intermediair – verantwoordelijk voor de opdrachtverlening aan de accountant en het bepalen van zijn honorarium. Het gevolg daarvan zou zijn dat de economische relatie tussen de gecontroleerde onderneming en de accountant zou worden doorbroken. Als een van de voordelen van dit model noemt de AFM dat de onafhankelijkheid van de accountant ten opzichte van de gecontroleerde onderneming zal worden vergroot “doordat het management niet langer verantwoordelijk is voor benoeming en betaling”. Voor zover de AFM daarmee de indruk wil wekken dat het bestuur van de rechtspersoon onder huidig recht verantwoordelijk is voor de “benoeming” en “betaling” van de accountant is dat – zoals wij al opmerkten – onbegrijpelijk.⁶⁵ Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat naast de door de AFM veronderstelde economische relatie tussen de accountant en het bestuur van de gecontroleerde onderneming, ook andere (psychologische) factoren, waaronder bepaalde (onbewuste) oordeelsvorming en heuristieken, van invloed kunnen zijn op de mate waarin accountants afhankelijk zijn van (het bestuur van) de door hen gecontroleerde ondernemingen.⁶⁶ Een ander voordeel van dit model zou zijn dat de intermediaire partij een prikkel zou hebben het publiek be-

56 Vgl. Rb. Rotterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9977, *Ondernemingsrecht* 2018/53, m.nt. E.V.A. Eijkelenboom (EY/AFM).
 57 Art. 22 lid 1 Wet tuchtrechtspraak accountants.
 58 Zie bijvoorbeeld AK 8 juni 2018, ECLI:NL:TACAKN:2018:38 en de tuchtklachten die de AFM op 12 april 2018 indiende, zie www.afm.nl/nl-nl/professionals/doelgroepen/accountantsorganisaties/publicaties/handhaving-tuchtzaken.
 59 Vgl. CBB 16 november 2017, ECLI:NL:CBB:2017:360, *Ondernemingsrecht* 2018/51, m.nt. J.B.S. Hijink & L. in 't Veld (*Accountant Weyl/AFM*). Zie voorts D. van Beek e.a. (red.), *Accountantstoezicht, rechtsbescherming en de ontwikkeling van beroepsnormen (ICFG deel 4)*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 169 e.v.
 60 AFM-verkenning, p. 52.
 61 Vgl. art. 34 Richtlijn 2013/34/EU, waarin de controleplicht voor middelgrote ondernemingen als bedoeld in die richtlijn is voorgeschreven en vrijstelling van de controleplicht voor OOB's bovendien is uitgesloten.
 62 Normen voor wettelijke controle komen praktisch volledig door internationale gremia tot stand en bovendien wordt in de AFM-verkenning – op p. 63 – terecht vastgesteld dat “het aantal internationale initiatieven ter identificatie van AQIs (...) beperkt [is] en (...) samenhang en coördinatie [ontbeert].”

63 Vgl. art. 3 Richtlijn 2006/43/EG waarin de voorwaarden voor entiteiten die bevoegd zijn tot het verrichten van de wettelijke controle zijn opgenomen en waar het Rijksaccountant model niet onder past. AFM-verkenning, p. 58.
 64 Vgl. art. 2:393 BW. In de AFM-verkenning merkt de AFM bovendien – op p. 59 – op dat dit model aanpassing vereist van Europese wetgeving waarin zou zijn voorgeschreven dat opdrachtverlening aan de accountant door de algemene vergadering moet plaatsvinden. In lid 2 van art. 37 Richtlijn 2006/43/EG worden lidstaten echter de ruimte geboden om opdrachtverlening op andere wijze dan door de algemene vergadering toe te staan, mits gewaarborgd blijft dat de accountant(s)organisatie) onafhankelijk is van het bestuur van de gecontroleerde entiteit.
 65 Vgl. art. 2:393 lid 2 BW, waarin – als gevolg van de Wet aanvullende maatregelen accountantsorganisaties – is bepaald dat het bestuur alleen bevoegd is tot verlening van de controleopdracht over te gaan indien de algemene vergadering, voor zover de rechtspersoon daarover beschikt, dat nalaat en een rvc ontbreekt. Dat de kosten van het honorarium van de accountant ten laste van de rechtspersoon komt, geldt al langer. Overigens volgt uit onderzoek onder Nederlandse vennootschappen dat aandeelhouders als ze al op kosten sturen, die kosten vooral willen drukken. Zie J.B.S. Hijink, B.J. de Jong & L. in 't Veld, ‘De effecten van (verplichte) roulatie van accountantskantoor in de Nederlandse praktijk’, 28 januari 2018, te raadplegen via: www.veb.net/media/3931/rapport-onderzoek-effecten-accountantsroulatie-def-28-01-2018.pdf en R. Abma, ‘Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen 2017’, *Ondernemingsrecht* 2017/126.
 66 Zie voor de invloed van (onbewuste) oordeelsvorming en heuristieken (“*unconscious biases and heuristics*”) van accountants op wettelijke controles o.a. M.H. Bazerman, G. Loewenstein & D.A. Moore, ‘Why Good Accountants do Bad Audits’, *Harvard Business Review* 2002, nr. 11 (november). Zie voorts in ander verband: K.W.H. Broekhuizen, ‘Markten, mensen en zorgvuldigheid’, *Ondernemingsrecht* 2018/77, met verdere verwijzingen.

lang centraal te stellen.⁶⁷ Daarbij valt op dat de AFM geen aandacht besteedt aan de thans al geldende meldingsplicht voor OOB's, op basis waarvan OOB's al moeten mededelen welke accountant(s)organisatie wordt beoogd voor de opdracht tot het verrichten van de wettelijke controle.⁶⁸ Op basis van die informatie zou de AFM in bepaalde gevallen ook thans zelf al de rol van intermediair op zich kunnen nemen.⁶⁹

5. Slot

Met het presenteren van oorzaak- en symptoombestrijdende maatregelen in de AFM-verkenning heeft de AFM op constructieve wijze willen bijdragen aan het debat over de duurzame en consistente verbetering van de kwaliteit van wettelijke controles. Een deel van die maatregelen vergt aanpassing van wet- en regelgeving en doorbreking van de internationale verwevenheid van internationale structuren. De AFM benadrukt dat diverse malen, maar laat na de haalbaarheid van de gepresenteerde maatregelen in haar analyse te betrekken. Bovendien zijn methodologische kanttekeningen bij de AFM-verkenning te plaatsen.

Een kritische beschouwing van de AFM-verkenning leidt om die reden tot de conclusie dat deze moet worden beschouwd als niet meer dan een groot aantal proefballonnen van wisselende kwaliteit. Een aantal daarvan lijkt – gegeven de op onderdelen beperkte beleidsruimte van de Nederlandse wetgever – al op voorhand te kunnen worden doorgeprikt. Dat roept de vraag op waarom de AFM die ballonnen met publicitair – en politiek – geweld heeft opgelaten, temeer nu – ook bij de AFM – bekend is dat in de media en vanwege de politieke geldingsdrang de nuances in het politieke en maatschappelijke debat al snel ver te zoeken zijn.⁷⁰

67 AFM-rapport, p. 56.

68 Art. 2:393 lid 1 BW.

69 Zie ook de opmerkingen tijdens de parlementaire behandeling van deze meldplicht voor OOB's in *Kamerstukken II* 2011/12, 33021, 6, p. 21.

70 Vgl. L. in 't Veld & J.B.S. Hijink, 'Post uit Zwolle voor bij de AFM werkzame accountants?', *Ondernemingsrecht* 2017/134.