

Brengt de fraudesignalerende taak van de accountant cruciale waarborgen in ons strafproces in gevaar?

mr. drs. M. van der Linden¹

De druk op de accountants(organisaties) neemt toe als het gaat om de fraudesignalerende taak van de accountant. Het onvermijdelijke gevolg hiervan is dat accountants(organisaties) buitengewoon interessante en potentieel belastende informatie verzamelen, terwijl zij tegelijkertijd op grond van verschillende meldingsplichten gehouden zijn bevoegd gezag te informeren over mogelijke onregelmatigheden. Op het moment dat de door de accountant verzamelde informatie vervolgens integraal wordt opgevraagd door de betrokken autoriteiten, dreigen cruciale waarborgen in het strafproces echter in gevaar te komen. Naar mijn stellige overtuiging vergt dit minst genomen nadere beschouwing.

De fraudesignalerende taak van de accountant is een 'hot topic'. Alles overziend kan niet anders worden geconcludeerd dan dat de verwachtingen aan het adres van de accountant hoog gespannen zijn als het gaat om de rol die de accountant bij het opsporen van fraude zou moeten vervullen.

Ondanks dat de discussie nog steeds wordt gevoerd, zijn de gevolgen in de praktijk al merkbaar. Critici zullen dit naar alle waarschijnlijkheid toejuichen. Sterker nog, zij zullen van mening zijn dat dit pas een eerste stap in de goede richting is. Vanuit strafrechtelijk perspectief kunnen echter de nodige vraagtekens worden gezet bij de weg die nu wordt ingeslagen.

In dit artikel zal allereerst het krachtenveld van de wettelijke controle worden gezien. Vervolgens zal worden ingegaan op de informatiepositie van de accountant en op de verschillende meldplichten die op de accountant(sorganisatie) rusten. De mogelijke vervolgstappen die in de praktijk waarneembaar zijn, passeren de revue om uiteindelijk te kunnen bezien of deze gewijzigde praktijk wel recht doet aan enkele cruciale waarborgen in ons strafproces.

1. De rol van de accountant: het krachtenveld van de wettelijke controle

Feit is dat de accountant geen deel uitmaakt van enig opsporingsteam. De accountant wordt door een (controle)cliënt ingeschakeld in het kader van een uit te voeren wettelijke controle en dat kader bepaalt de rol van de accountant.² Op grond van

art. 2:393 lid 1 BW zijn grote en middelgrote rechtspersonen in beginsel verplicht een accountant op dracht te verlenen tot onderzoek van de jaarrekening. Het is aan de accountant om te onderzoeken of de jaarrekening het wettelijk vereiste inzicht geeft en hij zal vervolgens een verklaring moeten afgeven omtrent de getrouwheid van de jaarrekening.³ In dit kader is 'fraude' slechts een van de vele facetten die aan bod komt. De vraag rijst dan ook wat er tegen deze achtergrond van de accountant kan en mag worden verwacht als het gaat om zijn fraudesignalerende taak.

Los van de verschillende meldplichten waar hierna nog verder op zal worden ingegaan, zijn met name de controlestandaarden hier vermeldenswaardig. Als het gaat om 'fraude' in de breedste zin van het woord komen met name NV COS 240 en NV COS 250 in beeld. NV COS 240 wordt ook wel de 'fraudestandaard'⁴ genoemd, waarin onder andere de professioneel-kritische instelling is opgenomen die de accountant gedurende de gehele controle dient te handhaven, rekening houdend met de mogelijkheid van een afwijking van materieel belang die het gevolg is van fraude.⁵ De insteek is dat met behulp van de controlestandaarden een redelijke mate van zekerheid wordt verkregen dat de financiële overzichten dergelijke afwijkingen niet bevatten. Daartoe wordt een risicogerichte benadering gehanteerd aan de hand van frauderisicofactoren.

uitgangspunt worden genomen.

3. Op grond van art. 2:393 BW respectievelijk de leden 3 en 5.
4. Onder andere door M. Pheijffer, 'Accountant en corruptie', *Nederlands Juristenblad* 2017, afl. 27.
5. NV COS 240 par. 8. Zie voor een meer uitgebreid overzicht eveneens A. Dieleman, 'Accountant als poortwachter', *TvCo* 2019, nr. 1, p. 52 e.v.

1. Monique van der Linden is advocate bij Stibbe.
2. Binnen de kaders van dit artikel zal de rol van de accountant in het kader van een 'wettelijke controle' als

Het inschakelen van een zakelijke tussenpersoon zonder dat daarvoor een duidelijke zakelijke reden lijkt te bestaan, is bijvoorbeeld een dergelijke frauderisicofactor. NV COS 250 bepaalt dat de accountant rekening dient te houden met de op de controlecliënt van toepassing zijnde wet- en regelgeving en alert dient te zijn op mogelijke niet-naleving daarvan. Nadere guidance heeft de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (hierna: 'de NBA') gegeven in NBA-handreiking 1137 'Corruptie, werkzaamheden van de accountant' en het door de Werkgroep Fraude opgestelde fraudeprotocol. Aan de hand van deze documenten zal de accountant zijn wettelijke controle vormgeven als het gaat om fraude.

Zoals gezegd, is het startpunt dat de rechtspersoon verplicht is zijn jaarrekening te laten controleren. In dat kader ontvouwt zich het volgende krachtenveld. Aan de ene kant bestaat er voor de rechtspersoon de plicht om informatie aan te leveren die in het kader van de wettelijke controle van belang zou kunnen zijn. Aan de andere kant rust op de accountant de controleplicht, wat ook betekent dat de betrouwbaarheid van de verstrekte controle-informatie dient te worden nagegaan. Hoewel de hierboven genoemde controlestandaarden reeds bestonden, leidde dit in het verleden veelal tot een ongelimiteerde informatieverstrekking aan de accountant. De accountant is immers gebonden aan geheimhouding en hij werd door de rechtspersoon vertrouwd.

Deze verhouding tussen de accountant en de controlecliënt is onder druk komen te staan, nu de accountant zich inmiddels geconfronteerd ziet met meerdere meldingsplichten. Zijn geheimhoudingsplicht lijkt inmiddels niet langer de boventoon te voeren. Juist zijn verplichting om een bijdrage te leveren aan het opsporen van fraude is het gesprek van de dag⁶ en impliceert dat ongelimiteerde informatieverstrekking (nu in ieder geval) niet meer zonder risico is.

2. 'Red flags'

Cruciaal in het licht van de verschillende meldplichten zijn 'red flags'.⁷ Op het moment dat een accountant een 'red flag' signaleert, moet hij daarop actie ondernemen in het kader van zijn wettelijke controle. Van een dergelijke 'red flag' kan bijvoorbeeld sprake zijn als in het buitenland commissiebetalingen aan agenten zijn gedaan zonder dat bewijs van geleverde tegenprestaties voorhanden is of dat sprake is (geweest) van een zogeheten 'success fee'. Kortom, een situatie waarin in het buitenland sprake zou kunnen zijn (geweest) van omkoping

doordat de betreffende agenten steekpenningen hebben betaald. Een complexe situatie voor zowel de rechtspersoon in kwestie, als de controlerend accountant.

Als een onderneming door bepaalde signalen een dergelijk probleem vermoedde, leidde dit de afgelopen jaren in veel gevallen tot het (laten) verrichten van een onderzoek. Bedrijven kozen er in dergelijke precaire situaties vaak voor dit onderzoek uit te laten voeren door een advocaat, waardoor het onderzoek een vertrouwelijk karakter had en de rechtspersoon zich eerst van juridisch advies kon laten voorzien alvorens al dan niet tot het delen van de onderzoeksbevindingen werd overgegaan.

Critici kunnen van een dergelijke handelwijze van alles vinden, maar feit is dat er simpelweg niet zoiets bestaat als een aangifteplicht. Het staat de onderneming in zoverre vrij de resultaten van een dergelijk onderzoek onder zich te houden. Op grond van het nemo tenetur-beginsel is niemand gehouden bewijs tegen zichzelf te leveren en kan niemand gedwongen worden aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Daarbij komt dat het juridisch kwalificeren van dergelijke situaties doorgaans een complexe aangelegenheid is. Commissiebetalingen aan buitenlandse agenten zonder concreet bewijs van geleverde tegenprestaties of betaalde 'success fees' zullen in de huidige tijd zonder twijfel een 'red flag' opleveren en daarmee aanleiding geven tot het ontstaan van een mogelijke meldingsplicht. Daarmee is echter nog niet gezegd dat in dergelijke situaties ook daadwerkelijk sprake is van strafbaar handelen. Mogelijk was het helemaal geen omkoping, waren alle commissiebetalingen aan de agenten volstrekt legitiem of was private omkoping destijds in het desbetreffende buitenland helemaal nog niet strafbaar. Een strafrechtelijk onderzoek kan er echter toe leiden dat de onderneming in (financiële) problemen komt te verkeren dan wel dat aan de reputatie van al dan niet bij de onderneming werkzame individuen onherstelbare schade wordt aangericht. Allemaal relevante omstandigheden die in dit kader in de belangenafweging zullen en ook dienen te worden meegenomen.

Naast het nemo tenetur-beginsel is een tweede belangrijke waarborg in ons strafproces de geheimhoudingsplicht van de advocaat en het daarbij behorende verschoningsrecht. Het verschoningsrecht betreft een algemeen rechtsbeginsel om het belang te waarborgen dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot een advocaat moet kunnen wenden.⁸ Bedrijven die een bepaald probleem vermoeden, hebben het recht zich hier juridisch over te laten adviseren zonder dat derden, waaronder opsporingsinstanties, daar op enig moment kennis van mogen nemen. Dit zou de verdediging immers volstrekt illusoir maken.

In het kader van wettelijke controles ontwikkelt zich nu een praktijk waarbij de vraag zich opdringt

6. Zo blijkt onder andere ook uit het artikel 'Accountants wijzen Fiod op zeventig corruptiezaken', in *Het Financieele Dagblad* van 1 november 2018.

7. Zo blijkt ook uit L. van Almelo, 'Rode vlaggen. Frauderisico's ontdekken en melden' 2018 dat de NBA heeft uitgebracht.

8. HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066.

of cruciale waarborgen in ons strafproces nog wel voldoende worden gerespecteerd. Alvorens hier nader op in te gaan, zal worden bekeken met welke meldingsplichten de accountants(organisaties) zich geconfronteerd zien.

3. Wat mag of moet de accountant met derden delen?

De Wwft-melding

De meldingsverplichting die in principe het eerst in beeld komt, is de Wwft-melding. Op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en het financieren van terrorisme (hierna: 'Wwft') is de accountantsorganisatie namelijk verplicht een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie onverwijld te melden bij de Financial Intelligence Unit (hierna: 'de FIU').⁹ Daarmee is bedoeld: onverwijld nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden. Wanneer is een transactie dan 'ongebruikelijk'? Allereerst is dat – kort gezegd – het geval als de cliënt de accountant een bedrag van € 10.000 of meer betaalt in contanten. Aangezien dit een objectieve indicator betreft, dient in een dergelijk geval onverwijld gemeld te worden zonder dat er enige ruimte bestaat voor een nadere beoordeling van de transactie.¹⁰

Los van deze objectieve indicator geldt een subjectieve indicator. Deze subjectieve indicator houdt in dat eveneens gemeld dient te worden als er aanleiding is te veronderstellen dat transacties verband kunnen houden met witwassen of het financieren van terrorisme. In de praktijk wordt van de accountant verwacht dat hij daarbij de volgende norm hanteert: vermoedt de accountant – op grond van zijn ervaring – dat er iets niet in orde is met betrekking tot de transactie?¹¹ Een vermoeden is daarbij voldoende; de transactie *an sich* hoeft niet verdacht te zijn. In de praktijk wordt op deze basis dan ook snel tot melding overgegaan. Wat deze meldingsverplichting in de praktijk voor de accountant ingewikkeld maakt, is dat hij de controlecliënt hierover onder geen beding mag informeren. Er geldt een strikte geheimhoudingsverplichting.¹²

9. Op grond van art. 1a lid 4, onderdeel b, Wwft kwalificeren accountants(organisaties) als 'instelling' in de zin van de Wwft, waardoor ook de Wwft-meldplicht ex art. 16 lid 1 Wwft van toepassing is.

10. Tot voor kort werd een objectieve indicator ook gevonden in geval van transacties van of ten behoeve van een (rechts)persoon woonachtig/gevestigd in een derde-hoogrisicoland, maar sinds 18 oktober 2019 is deze objectieve indicator komen te vervallen (*Stb.* 2019, 320).

11. Zo wordt onder andere bevestigd in Rechtbank Amsterdam 27 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3768. Nadere 'guidance' kan ook gevonden worden in NBA-handreiking 1124.

12. Art. 23 lid 1 Wwft.

De fraudemelding

Tegelijkertijd ziet de accountant zich geconfronteerd met een tweede meldingsplicht, de verplichting tot het doen van een fraudemelding uit hoofde van de Wta, op basis waarvan de accountant een mogelijk geconstateerde fraude juist in alle openheid met de cliënt moet bespreken. Daarbij staat de vertrouwelijke relatie tussen de accountant en zijn controlecliënt voorop. Uit het eerste lid van art. 26 Wta volgt dat de externe accountant geheimhouding betracht over de informatie waarvan hij het vertrouwelijk karakter kent dan wel deze redelijkerwijs moet vermoeden. Het tweede lid creëert hierop een uitzondering in het geval een externe accountant tijdens het verrichten van een wettelijke controle de beschikking krijgt over gegevens of inlichtingen die het redelijk vermoeden rechtvaardigen dat sprake is van fraude van materieel belang ten aanzien van de financiële verantwoording van de controlecliënt. Dan geldt een fraudemeldplicht bij het Korps Landelijke politiediensten (hierna: 'de KLPD').

Het geconstateerde vermoeden dient besproken te worden met de cliënt. Dit is van wezenlijk belang, nu van een melding kan worden afgezien indien de cliënt onverwijld onderzoek verricht of doet verrichten en een schriftelijk verbeterplan opstelt.¹³ Wat echter niet uit het oog verloren moet worden, is dat in een dergelijk geval vaak al een Wwft-melding gedaan zal zijn.

De incidentmelding

Op accountantsorganisaties rust daarnaast een plicht om de AFM onverwijld te informeren omtrent incidenten die ernstige gevolgen hebben voor de integere uitoefening van hun bedrijf.¹⁴ Doel van deze incidentmelding is tweeledig, te weten dat de betrokkenheid van de accountantsorganisatie, de externe accountants of andere medewerkers van de accountantsorganisatie bij strafbare feiten en wetsovertredingen wordt tegengegaan en dat relaties worden tegengegaan met cliënten die het vertrouwen in de accountantsorganisaties kunnen schaden.¹⁵

Los van het realiteitsgehalte is de vraag of de ontstane situatie in de ogen van een buitenstaander negatief kan afstralen op de accountantsorganisatie. Hiervan zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn als de media bericht over een mogelijke fraude bij een controlecliënt. Stel dat over de relevante periode door de betrokken externe accountant een goedgekeurde verklaring zou zijn afgegeven, is een verwijt aan het adres van de accountant in de huidige tijd snel gemaakt.¹⁶ Laat ik vooropstellen dat naar

13. Dit volgt uit art. 37 Besluit toezicht accountantsorganisaties.

14. De incidentmelding ex art. 32 lid 4 jo. art. 32 lid 2 jo. art. 21 lid 2 onder b Wta.

15. Zo volgt uit art. 21 lid 2 onder b sub 2° Wta.

16. Zie hiertoe bijvoorbeeld de directe suggestie van M. Pheijffer naar aanleiding van de schikking van ING, zoals blijkt uit het artikel van J. Polman, 'Accountantsorganisaties en de AFM: een zoektocht naar de juiste balans'

mijn stellige overtuiging terughoudendheid veelal op zijn plaats zou zijn als het gaat om de mogelijke betrokkenheid van accountants. Los daarvan, is dit op dit moment wel een reële omstandigheid om in de afweging te betrekken al dan niet een incidentmelding te doen.

NV NOCLAR

Ten slotte is door de inwerkingtreding van de Nader Voorschriften Non Compliance with Laws and Regulations (hierna: 'NV NOCLAR') per 1 januari 2019 een nieuwe meldingsplicht geïntroduceerd. NV NOCLAR is geïntroduceerd met als slogan 'Accountants kijken niet weg' en wordt van toepassing zodra de accountant zich in zijn professioneel handelen bewust wordt van informatie die op een relevante niet-naleving wijst. Daarvan is op grond van art. 2 NV NOCLAR al sprake bij een geïdentificeerde, mogelijke of dreigende niet-naleving, tenzij deze duidelijk onbetekenend is. Dergelijke situaties creëren een meldplicht als dat noodzakelijk lijkt om aanzienlijke schade te voorkomen of te beperken.¹⁷ De vraag die de accountant zich in dit kader kennelijk zal moeten stellen, is of een objectieve, redelijke en geïnformeerde derde dat waarschijnlijk van hem verwacht. Alsdan dient de melding gedaan te worden bij de 'bevoegde autoriteit'. Naast de AFM, de FIU of de KLPD zou dit dus ook de Fiod, het Openbaar Ministerie (hierna: 'het OM') of een van de inspectiediensten¹⁸ kunnen zijn.

Toezichthouders en opsporingsinstanties worden dus goed geïnformeerd door de accountant in geval van een mogelijke fraude. Soms zelfs al in een zeer vroeg stadium. Daarbij neemt de druk op de accountant ook op dit vlak toe, nu de gevolgen van niet-naleven van de verschillende meldplichten niet langer theoretisch zijn. De toezichthouder kan tot handhaving overgaan, een tuchtklacht indienen tegen individuele accountants¹⁹ en zelfs de inzet van het strafrecht wordt niet geschuwd.

4. De verwachtingen vanuit 'de maatschappij'

Accountants kregen de afgelopen jaren in het licht van diverse corruptieonderzoeken de volle laag van de politiek en de media. Ook de eigen toezichthouder, de AFM, spaarde de accountants(organisaties) niet. Het wordt mede de taak van de accountant geacht het maatschappelijk verkeer te behoeden voor misstanden. De visie is dat juist bij corruptie de accountant de rol van poortwachter dient te vervullen om het financieel-economisch verkeer rein en

eerlijk te laten verlopen en concurrentievervalsing te voorkomen.²⁰

Of in dit kader sprake is van een verwachtingskloof of een prestatiekloof is ook veelbesproken.²¹ Nu het de reikwijdte van dit artikel te buiten zou gaan hier uitgebreid op in te gaan, volsta ik in dit kader met de observatie dat in dit debat enige terughoudendheid op zijn plaats zou zijn. Critici uiten hun mening vaak ongeclausuleerd terwijl puur met 'hind-sight' naar de kwestie wordt gekeken en waarbij niet wordt geschuwd de mogelijke tuchtrechtelijke verwijtbaarheid van betrokken accountants expliciet te benoemen en op die basis in zijn algemeenheid te concluderen dat de accountant dus kennelijk faalt in zijn fraudesignalerende taak. Naar mijn mening doet dit geen recht aan de complexiteit van het vraagstuk.

De AFM is (vanzelfsprekend) ook van mening dat accountants een sleutelrol spelen bij het detecteren en opvolgen van signalen van corruptie bij controlecliënten. De accountant heeft als geen ander een rol als vertrouwensman van het maatschappelijk verkeer om waar mogelijk en kenbaar corruptie een halt toe te roepen, aldus de AFM.²² In een rechtstreeks schrijven aan de accountantsorganisaties benadrukt de AFM dat een accountantsorganisatie bij een onjuiste opvolging van signalen van fraude en corruptie, het risico loopt betrokken te raken bij corruptie van haar klanten op een manier die afbreuk doet aan het vertrouwen in de organisatie en de sector als geheel. 'In bijzondere gevallen kan dit zelfs leiden tot strafrechtelijke gevolgen voor een accountantsorganisatie en/of haar medewerkers', aldus de AFM.²³ Ook de AFM – dé toezichthouder – laat hier dus geen onduidelijkheid over bestaan.

tantsdebat: met rode oortjes praten over fraude', in *Het Financieele Dagblad* op 27 december 2018.

17. Op basis van art. 6 NV NOCLAR.

18. Zoals de Inspectie SZW, ILT of de DCMR.

19. Mogelijke niet-naleving van de verschillende meldplichten kan tuchtrechtelijk verwijtbaar zijn op grond van art. 13 lid 1 Verordening Gedrags- en Berepsregels Accountants (hierna: 'VGBA').

20. M. Pheijffer, 'Accountant en corruptie', *Nederlands Juristenblad* 2017, afl. 27.

21. Zie hierover ook de Voorlopige bevindingen van de Commissie Toekomst Accountancysector daterend 1 oktober 2019, p. 29-32 en de volgende publicaties: P. Schimmel, 'Houd op van accountants het onmogelijke te verwachten', opinie op www.accountant.nl op 10 augustus 2018, M. Pheijffer, 'Zoeken naar fraude bij reguliere accountantscontroles is geen kul', opinie in *Het Financieele Dagblad* op 15 augustus 2018, P. Schimmel, 'Ontdekken fraude is geen taak van accountant', opinie in *Het Financieele Dagblad* op 16 augustus 2018 en W. Nusselder op www.accountant.nl op 1 oktober 2018 (Schimmel versus Pheijffer 1-2).

22. Dit blijkt uit de brief van de AFM aan de NBA d.d. 21 september 2015 inhoudende een 'Reactie AFM concept NBA-handreiking "Corruptierisico's: accountant, wat nu?"'.

23. Zo blijkt uit een brief van de AFM d.d. 8 maart 2016 die destijds is verstuurd aan verschillende accountantsorganisaties om aandacht te vragen voor corruptierisico's en waarbij de incidentmelding expliciet wordt genoemd.

5. De accountant als interessante bron van informatie

Dat de accountant aan alle kanten onder druk staat, is inmiddels een gegeven. Het was dan ook onvermijdelijk – andere zullen zeggen: een wenselijke uitkomst – dat de accountant meer en meer controle-informatie ging verzamelen in geval van fraudesignalen. Een onafhankelijk intern onderzoek²⁴ werd eigenlijk onvermijdelijk geacht, nu de kans groot was dat zonder de (geruststellende) resultaten van een dergelijk onderzoek uiteindelijk geen goedkeurende verklaring zou worden afgegeven. De accountant vervult steeds vaker een actieve rol bij het monitoren van dit onderzoek waarbij met het nemen van inzage in documenten ook geen genoeg meer kan worden genomen. Bij voorkeur wordt van ieder document dat mogelijk op enig moment relevant kan zijn in het kader van de controle een afschrift in het controledossier opgenomen. Deze ontwikkeling kan de accountants(organisaties) niet kwalijk worden genomen. Wat kon er anders van de accountant worden verwacht, nu duidelijk was wat hem te wachten stond als de AFM zou vinden dat hij onvoldoende professioneel-kritisch was geweest in de controle.

Feit is echter wel dat de accountant hierdoor over gegevens komt te beschikken die potentieel buitengewoon interessant zijn voor de AFM en de verschillende opsporingsinstanties. De accountant zal bijvoorbeeld het interne onderzoeksrapport²⁵ willen verkrijgen, evenals de mogelijk in dat kader gemaakte aantekeningen van de interviews met direct betrokkenen en de juridische adviezen en daarin (mogelijk zelfs strafrechtelijk) gegeven duiding van de advocaat van de onderneming. In het controledossier zal daarover ook zeker het nodige worden vastgelegd. Nu het alternatief voor de rechtspersoon veelal is dat een verklaring met beperkingen wordt afgegeven door het ontbreken van voldoende en geschikte controle-informatie, wordt in de regel in welke vorm dan ook tot verstrekking van de gevraagde informatie overgegaan. Dit creëert echter niet alleen een risico voor de betrokken onderneming en de daar werkzame personen, maar ook voor de accountant(sorganisatie) zelf als het nu recent gesignaleerde probleem al langer blijkt te spelen, de accountant de jaarrekening van deze controlecliënt ook in die tijd al controleerde en steeds een goedkeurende verklaring is afgegeven. De rechtspersoon is dus verplicht alle informatie die in het kader van de controle relevant zou kun-

nen zijn met de accountant te delen, waar de accountant op zijn beurt bij een 'verdachte situatie' verplicht is daarvan melding te maken bij bevoegd gezag. Daarmee is de accountant niet alleen klokkenluider, maar ook een buitengewoon interessant doelwit voor 'tegenpartijen' van de cliënt.

6. De daadwerkelijke uitvraag door derden van al deze potentieel belastende informatie

In de praktijk is dit niet onopgemerkt gebleven. Sterker nog – zo kan ik wel zeggen – daar wordt met enige vorm van gretigheid gebruik van gemaakt en een beroep door de accountant(sorganisatie) op haar wettelijke rechten en plichten kan op weinig begrip rekenen. Geheimhouding is voor de accountant echter het uitgangspunt, zo bevestigt ook art. 16 VGBA. Uitzondering daarop vormt de situatie waarin een wettelijk voorschrift dwingt tot verstrekking van de gevraagde gegevens of inlichtingen. Dit is echter slechts de uitzondering op de regel. Een goedbedoelde, maar onverplichte en derhalve vrijwillige, melding kan zonder meer leiden tot een tuchtrechtelijk verwijt wegens schending van de vertrouwelijkheid.²⁶

De wet reguleert dan ook of en zo ja, in hoeverre de accountant(sorganisatie) bepaalde informatie mag verstrekken. De praktijk leert echter dat het daar niet bij blijft. Illustratief daarvoor is het volgende. Reeds in een zeer vroeg stadium kan de accountant gehouden zijn een Wwft-melding te doen bij de FIU op het moment dat een transactie wordt gesignaleerd die verband kan houden met witwassen. Deze melding dient onverwijld te worden gedaan en tijd voor enige vorm van serieus onderzoek naar de betreffende 'red flag' is er eigenlijk niet. De FIU beoordeelt de gemelde transacties en voor zover deze als 'verdacht' worden aangemerkt, komen ze ter beschikking van de opsporing.²⁷

Als dit ertoe leidt dat een strafrechtelijk onderzoek wordt gestart, zal de accountant(sorganisatie) hier in de regel mee bekend worden door een vordering van het OM.²⁸ Onder andere het controledossier zal worden gevorderd, evenals informatie en communicatie in het kader van enige consultatie van het Fraudepanel dan wel in relatie tot de Wwft. Die informatie zal immers bij uitstek relevant zijn in het kader van het onderzoek.

24. Een onderzoek waarbij – kort gezegd – door een onafhankelijke partij zo diepgaand als mogelijk wordt onderzocht wat de relevante feiten en omstandigheden zijn en wat de exacte achtergrond is van de constatering. Los van een uitgebreide data review, wordt vaak ook met (direct) betrokkenen gesproken.

25. Dit klemmt te meer nu een (extern) onderzoek naar corruptie voor de accountant een aanwijzing vormt voor het niet-naleven van wet- en regelgeving en voor fraude, zoals blijkt uit NBA-handreiking 1137, p. 24.

26. Zie hiertoe onder andere ook P. Diekman, 'Accountant en fraude', *Tijdschrift voor Accountancy, Vaktechniek en Tuchtrect*, juni 2016, p. 10.

27. Als 'verdacht' aangemerkte transacties kunnen worden 'doorgemeld' aan de opsporingsinstanties, veiligheidsdiensten en in voorkomende gevallen ook aan buitenlandse zusterorganisaties van de FIU.

28. Op grond van art. 126nd Sv kan de officier van justitie in het belang van het onderzoek van degene van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij toegang heeft tot bepaalde opgeslagen of vastgelegde gegevens vorderen deze gegevens te verstrekken.

De accountant(sorganisatie) is verplicht medewerking te verlenen aan een dergelijke vordering²⁹ en doorgaans ook gehouden zijn geheimhouding over de vordering te betrachten. Tegelijkertijd ziet de accountant(sorganisatie) zich geconfronteerd met de vraag of zij deze gevorderde informatie wel zomaar mag verstrekken, nu zich tussen deze gevorderde informatie onder andere ook verschoningsgerechtigde gegevens zullen bevinden en gegevens die verband houden met een eventuele Wwft-melding. Diezelfde vragen spelen op het moment dat de AFM – bijvoorbeeld naar aanleiding van een incidentmelding – in het kader van haar toezichtbevoegdheid informatie vordert. Ook aan een dergelijke vordering zijn accountantsorganisaties verplicht hun medewerking te verlenen.

Complicerende factor is allereerst dat accountant(s)organisaties verplicht zijn tot geheimhouding jegens *een ieder* van de Wwft-melding zelf, eventuele nadere inlichtingen die nadien zijn verstrekt dan wel enig overleg in dat verband.³⁰ Om het toezicht op de naleving van de Wwft niet te frustreren, kan worden aangenomen dat een uitzondering mag worden gemaakt voor de toezichthoudende autoriteit. In het geval van accountantsorganisaties is dat het Bureau Financieel Toezicht (hierna: 'BFT').³¹ Dit laat de vraag onbeantwoord of het accountantsorganisaties is toegestaan de in dit kader gevorderde gegevens aan een opsporingsinstantie te verstrekken en accountantsorganisaties doen er in mijn optiek dan ook goed aan hier op zijn minst kritisch naar te kijken en niet klakkeloos tot verstrekking over te gaan. Voor zover het de AFM betreft, komt accountantsorganisaties op basis van het geldende recht overigens zonder meer een beroep op de geheimhoudingsplicht uit hoofde van de Wwft toe.

Een volgende vraag is of er sprake is van verschoningsgerechtigde gegevens waarover de accountant dus in het kader van zijn wettelijke controle is komen te beschikken. Een verplichting tot het verstrekken van verschoningsgerechtigde gegevens bestaat immers niet, nu het bevoegd gezag daar (behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden) geen kennis van mag nemen en dat betekent dat strikt genomen ten aanzien van deze gegevens geen uitzondering bestaat op de geheimhouding die de accountant dient te betrachten als het gaat om gegevens van de controlecliënt.

Communicatie tussen advocaat en cliënt dient vertrouwelijk te blijven. Deze vertrouwelijkheid mag prevaleren boven de waarheidsvinding; jegens een ieder. Daarbij is niet van belang waar deze vertrouwelijke informatie zich bevindt.³² Waar de grenzen van het verschoningsrecht echter onduidelijk worden, is als deze informatie wordt gedeeld met

derden, dus buiten de advocaat-cliënt relatie.³³ Naar mijn stellige overtuiging mag er niet vanuit worden gegaan dat het verschoningsrecht zou zijn prijsgegeven door de informatie met de accountant te delen. Zolang deze vraag onbeantwoord is gebleven, past het de accountants(organisaties) minst genomen hier zorgvuldigheid te betrachten.

In de relatie met de toezichthouder resulteert dit echter veelal in een ingewikkelde situatie. Vanzelfsprekend willen accountantsorganisaties de relatie met de toezichthouder niet op het spel zetten, maar het gevoel bij de toezichthouder dat sprake is van onwelwillendheid door deze handelwijze die als weinig transparant en meewerkend wordt opgevat, lijkt haast onvermijdelijk. Echter, in mijn optiek is dat onterecht. In het belang van het nu geldende wettelijk systeem past het accountantsorganisaties hier juist kritisch te zijn.

7. Tot slot

In het debat over de fraudesignalerende taak van de accountant is onvoldoende aandacht voor het gegeven dat het accountantsorganisaties past kritisch te zijn en zorgvuldigheid te betrachten. Sterker nog, tijdens een congres eerder dit jaar werd vanuit de AFM een discussieronde geleid met de naam '*Naar een effectief samenspel tussen toezicht, handhaving en control*'. Vanuit de curatoren werd eveneens de wens geuit te komen tot een betere samenwerking met accountants, bijvoorbeeld als het gaat om het delen van informatie.³⁴ Het toverwoord voor de toekomst lijkt 'samenwerken', maar de vraag is of dit in redelijkheid wel van de accountant mag worden verwacht. Los van de reeds bestaande meldplichten, is immers (nog) niets over dergelijke samenwerking geregeld en geldt er geen enkele waarborg, terwijl er bepaald geen sprake is van een terughoudende aanpak als het gaat om accountants(organisaties). Toch is er verbazing dat de accountant(sorganisatie) het gesprek niet in alle openheid aangaat en dat is verontrustend. Dat de accountant(sorganisatie) geen onderdeel uitmaakt van het opsporingsteam lijkt over het hoofd te worden gezien. De accountant(sorganisatie) was reeds voor de start van enig onderzoek betrokken en de positie van de accountant(sorganisatie) is om die reden dan ook écht een andere. Zonder waarborgen dreigen het verschoningsrecht en het nemo tenetur-beginsel illusoir te worden en dat is in strijd met ons wettelijk systeem. Deze beginselen hebben simpelweg bestaansrecht en zijn niet weg te denken uit ons strafproces.

29. Het niet-meewerken kan een strafbaar feit opleveren op grond van art. 184 Sr.

30. Dit volgt uit art. 23 lid 1 Wwft.

31. Zo blijkt uit art. 1d lid 1 sub c Wwft.

32. Zie hiertoe o.a. HR 19 november 1985, NJ 1986, 533, m.nt. 't Hart.

33. Zie hiertoe ook J.C. van Nass, 'Gegevensverstrekking door de accountant op grond van art. 126nd Sv', *Tijdschrift voor Sanctierecht en Compliance* 2018, nr. 1, p. 31.

34. Zo blijkt onder andere uit een verslag van een medewerker van het IFFC van het Congres dat op 14 juni 2019 werd georganiseerd door het Kennisplatform Faillissementsfraude: Accountancy in beweging. Fraudesignalerende taak van de accountant: verwachting vs. realiteit.

Toezicht en handhaving zijn ook niet voor niets bij het bevoegd gezag belegd.

De huidige druk op de accountants(organisaties) faciliteert dat buitengewoon interessante en potentieel belastende informatie wordt verzameld, bevoegd gezag in een zeer vroeg stadium wordt geïnformeerd over mogelijke onregelmatigheden om zich vervolgens bij de accountant(sorganisatie) te melden om deze interessante en potentieel belastende informatie op te halen met alle mogelijke gevolgen van dien. Cruciale waarborgen staan onder druk en in mijn optiek zouden we er zonder meer voor moeten waken dat de grenzen niet dusdanig verschuiven dat we op een punt komen waar er feitelijk geen waarborgen meer bestaan.