

Vraagtekens rondom strikte meldingsplicht van accountant bij ongebruikelijke transacties

Noot bij de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 13 september 2016 AWB 15 / 43 (ECLI:NL:CBB:2016:305)

mr. A.H.P. van Hulsten en mr. A.C. van Campen¹

1. Inleiding

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft op 13 september 2016 uitspraak gedaan in een kwestie ter zake de toepassing van de meldingsplicht voor de accountant van ongebruikelijke transacties. Het betreft het hoger beroep van de uitspraak van de Accountantskamer van 15 december 2014, waarbij de betrokken accountant is berispt voor diens handelwijze. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven acht het door de accountant ingestelde hoger beroep ongegrond. De vraag is in hoeverre de strikte toepassing van de op de accountant rustende meldingsplicht werkelijk gerechtvaardigd is.

2. Feiten

De uitspraak betreft een accountant die sinds begin 2010 voor een horecaonderneming de administratie verzorgde, de jaarrekening samenstelde en de fiscale aangiftes indiende. De desbetreffende horecaonderneming exploiteerde een restaurant, welk restaurant in het najaar van 2010 volgens berichten in de media werd gelinkt aan illegale activiteiten. Direct daarna is door de politie een inval gedaan en bij de accountant is ten behoeve van het strafrechtelijk onderzoek de administratie gevorderd.

De accountant heeft naar aanleiding van het strafrechtelijk onderzoek de vrouw die (uiteindelijk) bestuurder en enig aandeelhouder van de horecaonderneming was, bevraagd over de vermeende betrokkenheid bij de illegale activiteiten. Zij heeft enige betrokkenheid ontkend. De accountant informeerde hierover tevens bij de advocaat van de (uiteindelijk) bestuurder en enig aandeelhouder van de horecaonderneming. De advocaat bevestigde dat volgens haar professionele inschatting de verdenkingen zouden komen te vervallen. De accountant heeft vervolgens geconcludeerd dat hij zijn werkzaamheden kon continueren en dat geen sprake was van ongebruikelijke transacties in de zin van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: Wwft) die hij zou moeten melden.

Zijn bevindingen en afwegingen heeft de accountant vastgelegd in een notitie. Deze notitie heeft hij buiten het papieren dossier bewaard. De verdere ontwikkelingen in het kader van het strafrechtelijk onderzoek van de politie naar de activiteiten van het restaurant heeft de accountant eveneens in notities vastgelegd, waaronder een verhoor in het kader van het strafrechtelijk onderzoek.

Anderhalf jaar later, op 2 juli 2012 heeft het Bureau Financieel Toezicht (hierna: BFT) een regulier onderzoek ingesteld naar de praktijk van de accountant. Naar aanleiding hiervan heeft BFT een kleine 100 vragen gesteld over verschillende cliëntdossiers van de accountant, waaronder het dossier van de horecaonderneming over de bekendheid van de accountant met het strafrechtelijk onderzoek.

1. Arno van Hulsten en Arnoud van Campen zijn beiden advocaat bij Van Iersel Luchtman N.V.

Daarnaast heeft BFT met de vragen willen achterhalen in hoeverre de accountant iets met de informatie aangaande het strafrechtelijk onderzoek had gedaan. In reactie daarop heeft de accountant toegelicht waarom hij van mening was voldoende werkzaamheden te hebben uitgevoerd om vast te stellen of zijn cliënt betrokken was bij illegale activiteiten.

Op 12 maart 2013 komt BFT met een concept rapport van bevindingen, waarop de accountant heeft gereageerd. In het rapport van bevindingen dat BFT vervolgens op 7 oktober 2013 heeft opgesteld, komt BFT tot een andere conclusie dan de accountant. Er zou namelijk door de accountant een zestiental ongebruikelijke transacties uit de periode 2008 tot en met 2010 in strijd met het bepaalde in art. 16 Wwft niet (tijdig) zijn gemeld bij de Nederlandse Financial Intelligence Unit (FIU-NL). Hoewel de accountant had geoordeeld dat er geen noodzaak tot melding bestond, heeft hij direct na bekend te zijn geraakt met het rapport van BFT op 17 oktober 2013 alsnog melding gedaan bij FIU-NL van de zestien transacties. Daarnaast zou de accountant volgens BFT in strijd met art. 10, 14 en 16a van de Standaard NV COS 4410 een deel van zijn cliëntonderzoek niet schriftelijk hebben vastgelegd en hij zou op aanwijzingen van fraude of onwettig handelen geen aanvullend onderzoek hebben verricht.

Op basis van deze bevindingen heeft BFT op 3 april 2014 een tuchtklacht tegen de accountant ingediend bij de Accountantskamer te Zwolle.

3. Accountantskamer in eerste aanleg

Op 15 december 2014 heeft de Accountantskamer de klacht van BFT gegrond verklaard. De uitspraak komt erop neer dat de Accountantskamer van oordeel is dat melding gedaan had moeten worden van transacties die verband kunnen houden met witwassen of andere illegale activiteiten en dat daarvoor een aanwijzing, althans een vermoeden voldoende is. Het is niet aan de accountant om te beoordelen of een transactie verdacht is, maar hij moet volgens de Accountantskamer aan de hand van de *Richt snoeren voor de interpretatie van de Wwft voor belastingadviseurs en accountants* bepalen of een transactie ongebruikelijk is. Indicatoren hiervoor zijn:

- transacties van EUR 15.000 in contanten, met cheques aan toonder of soortgelijk (objectief);
- transacties die aanleiding geven om te veronderstellen dat ze verband kunnen houden met witwassen of financiering van terrorisme (subjectief).

Volgens de Accountantskamer waren er meerdere subjectieve indicatoren aanwezig waarin de accountant aanwijzingen had moeten zien voor één of meerdere ongebruikelijke transacties. Dit wordt hem tuchtrechtelijk aangerekend.

Verder oordeelt de Accountantskamer dat de ten tijde van het handelen geldende Verordening gedragscode (VGC) (thans: Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGBA)) dicteert dat een

accountant bedreigingen voor een goede naleving van de fundamentele beginselen moet signaleren en zo nodig dient hij waarborgen te treffen die de bedreiging wegnemen of terugbrengen tot een aanvaardbaar niveau (conceptueel raamwerk). Een en ander dient te worden vastgelegd. Volgens de Accountantskamer heeft de accountant zijn vragen aan de horecaonderneming over de verdenkingen van de illegale activiteiten en zijn afwegingen om al dan niet melding te doen in de zin van de Wwft niet (voldoende) vastgelegd, waardoor hij het conceptueel raamwerk niet naar behoren heeft toegepast. Aan de accountant wordt een berisping opgelegd.

4. Hoger beroep

Tegen de uitspraak heeft de accountant hoger beroep ingesteld. Alvorens het oordeel van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (College van Beroep) wordt weergegeven, wordt eerst ingegaan op de grieven die in appel naar voren zijn gebracht.

4.1. Grieven

De accountant heeft de uitspraak van de Accountantskamer vrijwel integraal bestreden. Hij heeft bestreden tot een melding gehouden te zijn en hij heeft zich op het standpunt gesteld dat hij (als hij daartoe gehouden zou zijn) tijdig melding heeft gedaan, namelijk nadat hij bekend werd met het rapport van bevindingen van BFT. Dit rapport concludeerde dat de accountant een melding zou moeten doen. Hoewel hij het hiermee niet eens was, heeft hij dit rapport wel als aanleiding gezien om melding te doen.

Verder wijst de accountant erop dat de indicatoren die hebben geleid tot het oordeel dat de accountant ten onrechte geen melding heeft gedaan, zich in tijd verspreid hebben voorgedaan en dat aldus per omstandigheid een aparte analyse nodig was. Deze analyse heeft steeds geleid tot de conclusie dat er geen melding nodig was.

Wat het niet op juiste wijze toepassen van het conceptueel raamwerk betreft, stelt de accountant in een van de grieven dat het reglement aangaande dit conceptueel raamwerk ten tijde van zijn handelingen nog niet gold en ook niet was aangekondigd. Door hierop toch de tuchtrechtelijke veroordeling te baseren heeft de Accountantskamer de klacht ten onrechte uitgebreid. Bovendien blijkt uit de notities in het dossier dat de accountant zich wel bewust was van de bedreigingen van de fundamentele beginselen en zich ook heeft afgevraagd of hij de klantrelatie kon voortzetten. Deze notities waren digitaal beschikbaar, maar niet in het papieren dossier.

4.2. Oordeel College van Beroep

Naar het oordeel van het College van Beroep vormen de feiten en omstandigheden wel degelijk subjectieve indicatoren dat sprake was van één of meer ongebruikelijke transactie(s). Deze indicatoren

bleken op het moment dat ze zich voordeden en in ieder geval op 12 maart 2013 toen de accountant het concept rapport van BFT ontving. De accountant heeft dus te laat gemeld.

De professionele oordeelsvorming van de accountant in het kader van art. 16 Wwft is volgens het College van Beroep bovendien gericht op de vraag of een transactie een ongebruikelijk karakter heeft of niet. In bevestigend geval moet de accountant hiervan sowieso melding doen. Het feit dat de transactie al bekend is bij politie / justitie doet aan die verplichting niet af. Art. 16 Wwft heeft bovendien een ruime strekking: iedere ongebruikelijke transactie moet worden gemeld. Volgens de lijst met indicatoren is een vermoeden dat de transactie verband kan houden met witwassen of financiering van terrorisme voldoende. De indicatoren die bij de accountant voorlagen hadden tot dit vermoeden moeten leiden.

Verder overweegt het College van Beroep dat in de klacht van BFT wel de NV COS 4410 is genoemd evenals de fundamentele beginselen. De Accountantskamer mocht dan ook haar beslissing baseren op het conceptueel raamwerk.

Het College van Beroep oordeelt voorts dat niet is gebleken dat de accountant voldoende aandacht heeft geschonken aan de aanwezige bedreigingen voor de naleving van de fundamentele beginselen. Het conceptueel raamwerk bestond ten tijde van het handelen weliswaar nog niet in haar huidige vorm, maar de NV COS 4410 en de VGC boden daartoe ook een grondslag. Ook heeft de accountant zijn afwegingen om niet tot melding van de transacties over te gaan onvoldoende vastgelegd, aldus het College van Beroep. Door notities aangaande deze onderwerpen elders te bewaren dan in het papieren dossier en hiervan geen melding te maken aan BFT heeft de accountant volgens het College van Beroep niet gehandeld in overeenstemming met de op hem van toepassing zijnde Standaarden. Het accountantsdossier had volgens het College van Beroep een samenhangend overzienbaar geheel van gegevens moeten zijn.

Het College van Beroep heeft de maatregel van bespijng bevestigd.

5. Commentaar

Laten wij met de deur in huis vallen: naar ons oordeel is de uitspraak een gemiste kans van het College van Beroep om de Accountantskamer te corrigeren, zowel voor wat betreft haar uitleg van de uit hoofde van art. 16 Wwft in 2010 op de accountant rustende verplichtingen, als voor wat betreft het oordeel over het conceptueel raamwerk.

Eerst voor wat betreft de meldingsplicht. Het wringt uit principieel oogpunt enigszins dat een accountant volgens het College van Beroep zelfs melding moet doen van ongebruikelijke transacties, als de waakhond voor wat betreft witwaspraktijken en financiering terrorisme (lees: BFT) alle administratie waarover de accountant beschikt al heeft gevorderd én er reeds een strafrechtelijk

onderzoek is ingesteld én de accountant in het kader van dit onderzoek wordt gehoord. Dat voelt als mosterd na de maaltijd, waarvoor onzes inziens de meldingsplicht niet is bedoeld.

Een volgend principieel punt is dat de waakhond wordt overspoeld met meldingen.² Het kan niet de bedoeling zijn dat een accountant bij het minste of geringste een melding doet. De accountant zal steeds een afweging moeten maken. Volgens ons is niet gebleken dat in het geval van de horecaonderneming de accountant zulks heeft nagelaten. Als achteraf een transactie alsnog ongebruikelijk dan wel verdacht (b)lijkt, wil dat niet per definitie zeggen dat de accountant daarop met de kennis die hij ten tijde van de transactie had, had moeten acteren. Bovendien is het helemaal niet de bedoeling van de Wwft – zoals deze in 2010 gold, daar gaat de tuchtzaak immers over – dat een dienstverlener zoals een accountant als meldingsrobot gaat optreden. In dat kader zij gewezen op de parlementaire geschiedenis van het meldingsartikel 16 Wwft (oud). Hieruit volgt dat de gedachte van de meldingsplicht niet was dat de enkele wetenschap van het ongebruikelijke karakter van een transactie tot een meldingsplicht leidde.³ De witwasrichtlijnen, waarop art. 16 Wwft is gebaseerd, zijn immers (slechts) gericht op het voorkomen dat vrije beroepsbeoefenaren – zoals accountants – betrokken raken bij criminaliteit.⁴ Voorkomen van betrokkenheid is wezenlijk anders (lees: een brug verder) dan de vraag moeten stellen of transacties waarbij geen betrokkenheid is geweest ongebruikelijk zijn. Het lijkt erop dat het College van Beroep (evenals de Accountantskamer in eerste aanleg) een (veel) te ruime interpretatie heeft gegeven aan de meldingsplicht.

Voorts verwijzen wij naar een uitspraak van (nota bene) het College van Beroep over de voorloper van art. 16 Wwft.⁵ In deze uitspraak oordeelde het College van Beroep nog dat het (toen geldende) meldingsartikel géén steun bood voor de stelling dat de meldingsplicht ontstaat zodra degene die beroeps- of bedrijfsmatig een dienst verleent op *enigerlei wijze* van een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie op de hoogte raakt. Ter onderbouwing van haar oordeel wees het College van Beroep toen naar de destijds geldende definitie van 'transactie' waarin het bestanddeel 'in verband met' was opgenomen. Dit bestanddeel kwam terug

2. Ter illustratie: in 2013 werden er 202.164 meldingen gedaan, in 2014 werden er 277.532 meldingen gedaan. De cijfers van nadien zijn nog niet bekend, maar gelet op de stijgende lijn van de afgelopen jaren zullen dat er niet minder zijn. Van de 277.532 meldingen in 2014 zijn er door de waakhond 'slechts' 29.382 verdacht verklaard en verspreid. Zie daartoe: https://www.fiu-nederland.nl/sites/www.fiu-nederland.nl/files/documenten/jaaroverzicht_2014.pdf.

3. Morra, *T&C Openbare Orde en Veiligheid*, art. 16 Wwft.

4. Ter illustratie: Van der Hoeven, *Advocatenblad* 22 januari 2010, p. 4 over de advocatuur, maar eenzelfde conclusie kan worden getrokken voor accountants.

5. CBb 23 november 2009, AWB 08 / 277.

in art. 1 lid 1 sub m van de Wwft, zoals dit artikel gold ten tijde van het handelen van de accountant in voornoemde kwestie.⁶ Ten tijde van het handelen werd juist uitdrukkelijk een verband tussen de verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie en de dienst die beroeps- of bedrijfsmatig werd verleend gelegd.⁷ Voor het ontstaan van bedoelde meldingsplicht was aldus niet voldoende het enkele feit dat de accountant een ongebruikelijke transactie onder ogen kwam. Deze verplichting ontstond pas wanneer de als ongebruikelijk aan te merken transactie verband hield met de verleende dienst.⁸ Inmiddels is de tekst van art. 1 lid 1 sub m Wwft (wederom) gewijzigd en zou de meldingsplicht wellicht wel ruimer kunnen worden geïnterpreteerd. De parlementaire geschiedenis bepaalt nu het volgende:

*(...) invulling van het begrip 'transactie' is terug te voeren op art. 22 Derde Witwasrichtlijn (Richtlijn 2005/60/EG); in lijn daarmee is bij wetwijziging van 20 december 2012 (Stb. 2012, 686, i.w.tr. per 1 januari 2013, Stb. 2012, 687), het begrip 'transactie' verruimd. Voorheen was een instelling alleen gehouden tot het melden van een ongebruikelijke transactie indien die transactie verband hield met het afnemen of verlenen van diensten door de meldingsplichtige instelling (...). Kern van de verruiming is dat de meldingsplicht zich nu uitstrekt tot iedere (ongebruikelijke) transactie die de instelling ten behoeve van haar werkzaamheden ter kennis is gekomen; dat de enkele wetenschap van een ongebruikelijke transactie de meldingsplicht kan activeren moet volgen uit het bestanddeel 'of samenstel van handelingen'. De MvT noemt bij wijze van voorbeeld een accountant die een ongebruikelijke transactie opmerkt in de boekhouding van een cliënt (...)*⁹

Hieruit valt letterlijk te lezen dat pas na inwerking-treding van de wetwijziging Wwft per 1 januari 2013 een ander toetsingskader geldt. Het College van Beroep dient in casu evenwel ex tunc te toetsen en niet ex nunc. Het College van Beroep is hier volgens ons de mist in gegaan.

Overigens duidt de thans geldende NBA-handreiking 1124¹⁰ er nog altijd op dat de accountant het soort dienstverlening dat van hem wordt gevraagd moet beoordelen. Dit suggereert nog altijd meer betrokkenheid. Verder dient de accountant te beoordelen of er een logische, aannemelijke en verifi-

eerbare verklaring zou kunnen zijn voor een op het eerste gezicht ongebruikelijke transactie. Dit duidt eveneens op betrokkenheid bij de transacties en anders een iets verder verwijderde rol, namelijk het nagaan van een logische, aannemelijke en verifieerbare verklaring. De accountant die door het College van Beroep is berispt heeft blijkens het feitenrelaas wel navraag gedaan bij de horecaonderneming en de verklaring logisch en aannemelijk geacht. Ons dunkt dat dit op grond van de NBA-handreiking (nog altijd) voldoende was.

De accountant zal steeds een afweging moeten maken. Uit de bekende feiten blijkt wel dat de accountant dat hier heeft gedaan en dat hij aan de hand van de objectieve en subjectieve indicatoren tot de conclusie is gekomen dat er géén sprake was van meldingsplichtige transacties. De accountant heeft er nota bene notities van gemaakt. Hem wordt nu verweten dat hij deze notities niet in het papieren dossier heeft bewaard en niet kenbaar heeft gemaakt aan BFT. Dat verwijt begrijpen wij niet. Als de notities er wel zijn, is wat ons betreft aan de (voorloper van) het conceptueel raamwerk voldaan. Hierover onderstaand meer.

Zijdelings merken wij nog op dat de specifieke omstandigheden in de voorliggende casus ook nopen tot een terughoudender oordeel van het College van Beroep. De accountant in casu verzorgde allereerst slechts de samenstellingsverklaring bij de jaarrekening. In feite doet de accountant dan niet veel meer dan het rubriceren en rangschikken van de gegevens, waarbij slechts het laagste niveau van zekerheid wordt afgegeven. Wij vragen ons in alle goedmoedigheid af of transacties als aan de accountant verweten, zoals het onttrekken van bedragen in rekening courant, of (volgens BFT) onduidelijke geldleningen en schuldbekentenissen op basis van een samenstelopdracht werkelijk diepgravend beoordeeld hadden moeten worden in het kader van zijn opdracht dan wel de op hem rustende Wwft-verplichtingen. Dit zijn niet direct transacties als bedoeld in de Wwft. Dat geldt eens te meer nu de accountant ten tijde van de transacties nog geen jaar betrokken was als samenstellend accountant en aldus nog geen jaarrekening had samengesteld. De accountant was pas net begonnen met het wegwijzen worden in de administratie. Van hem kan dan (excessen daargelaten) niet verlangd worden dat hij al heeft doorgrond hoe de transacties zich tot elkaar verhouden. Daar komt bij dat uit geen van de feiten blijkt dat de accountant aanwijzingen had of had moeten hebben dat sprake was van frauduleus handelen. Bovendien zouden er grote sommen contact geld bij de aandeelhouder van de horecaonderneming thuis zijn aangetroffen door FIOD. Ook dit kan naar onze mening de accountant niet worden tegengeworpen. Als de accountant hierover niet of niet volledig is geïnformeerd, kan hem dit niet worden verweten. Daar komt bij dat de verschillende transacties door verloop van tijd plaatsvonden. BFT heeft in zijn rapport en daarop volgende klacht alles op één hoop gegooid, maar in werkelijkheid – zo veronderstellen wij – is de accountant er uiteraard gefaseerd mee bekend geraakt, waardoor minder

6. Morra, *T&C Openbare Orde en Veiligheid*, art. 16 Wwft en Hamer, 'De belastingadviseur, de inkeerder en de WWFT', *NtFR* 2010/715.

7. CBb 23 november 2009, AWB 08 / 277.

8. CBb 23 november 2009, AWB 08 / 277.

9. *Kamerstukken II* 2011/12, 33238, 3, p. 10.

10. Richtsnoeren voor de interpretatie van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (WWFT) voor belastingadviseurs en accountants.

snel sprake kan zijn van ongebruikelijke transacties. Van de transacties op zichzelf menen wij dat deze niet direct tot de conclusie konden leiden dat te weinig belasting werd betaald en in relatie tot het bedrijfsresultaat waren de transacties niet van materieel belang.

Ten overvloede wijzen wij er nog op dat wij de conclusie van het College van Beroep, dat de accountant in ieder geval na ontvangst van het concept rapport van bevindingen van BFT melding had moeten doen, niet kunnen volgen. Wat ons betreft heeft de accountant in de tuchtprocedure terecht erop gewezen dat het nut van het conceptrapport voor wederhoor dan ver te zoeken zou zijn, als de mening van BFT kennelijk in haar concept rapport toch al vast stond. Direct na ontvangst van het definitieve rapport heeft de accountant alsnog een melding gedaan.

Tot slot nog een enkel woord over het conceptueel raamwerk. Als een accountant een bedreiging constateert moet hij hier iets mee doen, of zijn werkzaamheden neerleggen. De stappen die hij daarbij zet moet hij vastleggen in het dossier. Het raamwerk moet gebruikt worden om de aard van de bedreiging te evalueren. Het feit dat de accountant zijn vastlegging niet in het papieren dossier heeft gevoegd, maar wel in een digitaal dossier, wil uiteraard niet zeggen dat hij niet aan het conceptueel raamwerk, althans de voorloper ervan onder VGC heeft voldaan. Hoewel ons niet duidelijk is waarom de vastlegging niet in het papieren dossier is opgenomen, lijkt ons het onderscheid tussen papieren en digitaal dossier niet meer van deze tijd. Het College van Beroep oordeelt weliswaar dat de accountant te weinig aandacht heeft geschonken aan de aanwezige bedreigingen en zijn afwegingen onvoldoende heeft vastgelegd, maar dit rijmt niet met de feiten zoals in eerste aanleg gepresenteerd. Daaruit blijkt namelijk dat de accountant van zijn gesprekken met de horecaonderneming notities heeft gemaakt en dat hij zijn afwegingen omtrent het al dan niet melden van de transacties heeft vastgelegd. Waarom hij dan in strijd met de op hem van toepassing zijnde Standaarden heeft gehandeld, is ons een raadsel. Het is in ieder geval een stuk zorgvuldiger dan wij regelmatig in onze dagelijkse praktijk tegen komen.

6. Slotsom

Wij kunnen ons niet achter het oordeel van het College van Beroep scharen en menen dat het College van Beroep hier steken heeft laten vallen.

Het is geen sinecure om melding te doen van handelen van een eigen cliënt. Met de meldingsplicht zou wat ons betreft niet te lichtvaardig moeten worden omgesprongen. Het druist dan ook in tegen het rechtsgevoel dat een accountant ook zou moeten melden als alle administratie waarover de accountant beschikt al in handen is van justitie, justitie al op het spoor is van (mogelijke) illegale activiteiten, waarover de accountant nota bene door justitie is gehoord en nadat de accountant zich

heeft gebaseerd op de professionele inschatting van een advocaat. Hiervoor kan de meldingsplicht niet bedoeld zijn.

De kans is echter klein dat een vergelijkbare situatie zich nog eens zal voordoen. De meldingswetgeving is immers per 1 januari 2013 verder aangescherpt. De meldingsplicht strekt zich sindsdien ook uit tot iedere (ongebruikelijke) transactie die een accountant ter kennis komt. Hoewel we het niet eens zijn met deze verscherping, moet de accountant hiermee zien te leven.