

Meldplichten voor accountants

Peter Diekman

SAMENVATTING De accountant heeft meldplichten uit hoofde van verschillende wetten. De meldplicht van de accountant is voor het eerst tot stand gekomen in private overeenkomsten in de jaren tachtig van de vorige eeuw. Inmiddels zijn de meldplichten in wetten opgenomen en geniet de accountant ook juridische bescherming. Verschillende wetten hanteren niet altijd eenduidige definities. Bij de invoering van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme is de meldplicht van de accountant gekoppeld aan het begrip ‘beroepsactiviteiten’. Dit begrip is niet goed in de wet gedefinieerd en geeft om die reden aanleiding tot verwarring. De wet kent ook enkele uitzonderingsbepalingen ten aanzien van de meldplicht. Betoogd wordt dat deze in bijzondere situaties ook op de accountant van toepassing kunnen zijn.

Met het toekennen van taken in het kader van wetshandhaving aan private partijen, waaronder de accountant, wordt een infrastructuur voor publiekprivate samenwerking gecreëerd. Het is goed dat publieke en private partijen samenwerken. Betoogd wordt dat dit in het kader van de bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering beter kan.

RELEVANTIE VOOR DE PRAKTIJK De praktijk van accountants worstelt met de reikwijdte van de meldplicht uit hoofde van de wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme. Een recente uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven doet deze onduidelijkheid nog toenemen. De onduidelijkheid vloeit vooral voort uit verschillende definities die in van toepassing zijnde wetten worden gehanteerd. Ook bestaan er situaties die niet in de wet of toelichtingen daarop aan de orde komen, maar die wel om een antwoord vragen in het kader van meldplichten.

De onduidelijkheid in de huidige wetgeving heeft ertoe geleid dat het ministerie van Financiën vanaf begin 2010 werkt aan de voorbereiding van wijzigingen in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. Dit artikel beoogt een bijdrage te leveren aan deze voorbereiding door enkele aspecten in de diepte uit te werken.

1 Inleiding

De ‘meldplicht’ voor de accountant heeft sinds het ontstaan ervan tot discussie geleid. Meldplicht zou op gespannen voet staan met ‘geheimhou-

dingsplicht’. Om die reden wordt meldplicht wel als een inbreuk gezien op de vertrouwenspositie van de externe accountant jegens de cliënt, waarvan het fundament wordt gevormd door de geheimhoudingsplicht. Meldplicht werd daarmee als een bedreiging voor de positie van de accountant en diens vertrouwenspositie in het maatschappelijk verkeer gezien.

De eerste meldplichten vonden hun basis in private overeenkomsten tussen partijen. Voorbeeld daarvan is de tripartiete overeenkomst tussen Nederlandse banken, hun externe accountants en De Nederlandsche Bank NV (DNB) die in de jaren tachtig van de vorige eeuw tot stand kwam en leidde tot informatie-uitwisseling tussen de externe accountant en de toezichthouder (DNB) met betrekking tot zaken die relevant waren voor de toezichthoudende taak. Ook in de verzekeringssector zijn voorbeelden van informatie-uitwisseling tussen externe accountants en toezichthouders. Een belangrijke meldplicht voor externe accountants, zij het van een andere orde, vloeide sinds 1993 voort uit de Verordening op de Fraudemelding. Deze verordening heeft tot veel discussie in het beroep geleid. De Parlementaire Enquêtecommissie inzake de bouwnijverheid (Tweede Kamer, 2002-2003) beviel aan ‘[...] de regelgeving inzake het functioneren van accountants te evalueren en waar nodig aan te scherpen; zeker daar waar het de Verordening op de Fraudemelding betreft (...)’ Deze aanbeveling vloeide voort uit een (gerechtvaardigd) gevoel dat de verordening niet goed werkte omdat er nauwelijks sprake was van fraudemelding.

Inmiddels heeft de wetgever vorderingen gemaakt met de instelling van wettelijke meldplichten, die in de plaats zijn getreden van privaat geregelde meldplichten. Er zijn wettelijke meldplichten uit hoofde van de Wet op het financiële toezicht (Wft)¹, de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta)² en het daarbij horende Besluit toezicht accountantsorganisaties (Bta)³, en ten slotte uit hoofde van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft)⁴.

Het doel van dit artikel is om de verschillende meldplichten naast elkaar te zetten en de verschillen te analyseren, waarbij de nadruk ligt op de meldplicht die de accountant heeft uit hoofde van de Wwft. Daarbij zullen inconsistenties tussen de Wft, Wta en Bta enerzijds en de Wwft anderzijds worden geanalyseerd en onduidelijkheden worden behandeld die de rol van accountant in het kader van de Wwft bemoeilijken.

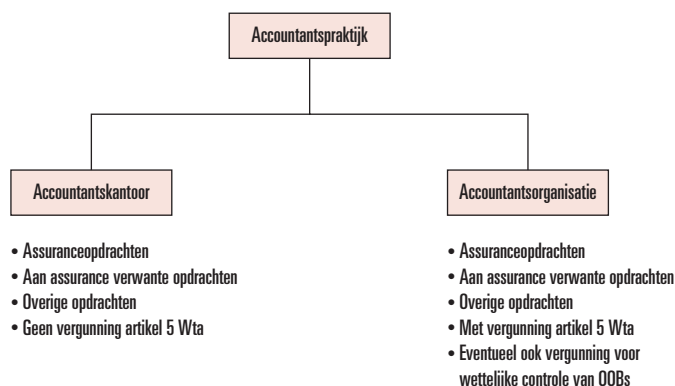
In de eerste plaats wordt stilgestaan bij het begrip ‘accountant’ zoals dat in de verschillende wetten wordt gebruikt. Dit begrip wordt door de Nederlandse wetgever in de in dit artikel behandelde wetten niet eenduidig gebruikt, waardoor verwarring kan ontstaan. Het artikel gaat vervolgens dieper in op de meldplicht die voortvloeit uit de Wwft. Tegen de achtergrond van deze wet worden enkele knelpunten geanalyseerd met betrekking tot de meldplicht van de accountant. Het artikel analyseert vervolgens de Nederlandse meldplicht in gevallen wanneer er sprake is van een accountantscontrole van een internationaal concern. In dit verband komt de vraag aan de orde in welke mate de meldplicht uit hoofde van de Wwft extraterritoriaal van karakter is. Vervolgens wordt een verband gelegd tussen de aard van de meldplicht die voortvloeit uit de Wta en Bta enerzijds met de meldplicht uit hoofde van de Wwft anderzijds.

Het artikel sluit af met conclusies ten aanzien van de complexiteit van meldplichten en een pleidooi voor een voortgezette en verbeterde publiekprivate samenwerking.

2 Meldplicht voor wie?

Voor wie geldt nu eigenlijk de meldplicht? In dit kader is het van belang kort stil te staan bij de definities van openbaar accountant en extern accountant. Volgens de verordening gedragscode (Koninklijk NIVRA, 2006) is een openbaar accountant ‘[...] de registeraccountant die werkzaam is bij of verbonden is aan een accountantspraktijk. Hieronder is begrepen de externe accountant, bedoeld in artikel 1 van de Wet toezicht accountantsorganisaties(...)’ De Wta definieert de externe accountant als ‘[...]de natuurlijke persoon die werkzaam is bij of verbonden is aan een accountantsorganisatie en die verantwoordelijk is voor de uitvoering van een wettelijke controle (...)’ De begrippen ‘accountantskantoor’, ‘accountantsorganisatie’ en ‘accountantspraktijk’ zijn gedefinieerd in de verordening gedragscode. Een accountantskantoor is een organisatorische eenheid waarbinnen professionele diensten, waaronder assurance- en/of daaraan verwante opdrachten worden uitgevoerd zonder dat er sprake is van een vergunning als bedoeld in artikel 5, Wta. Een accountantsorganisatie is een onderneming waarin wettelijke controles worden uitgevoerd nadat daartoe voornoemde vergunning is verkregen. Ten slotte is een ‘accountantspraktijk’ een verzamelbegrip voor accountantskantoor en accountantsorganisatie. Schematisch kan dit worden weergegeven als in figuur 1.

Figuur 1 Verzamelbegrip accountantspraktijk



Een vergelijking van de begrippen en bepalingen in de genoemde wetten leidt niet onmiddellijk tot eenduidigheid. Daartoe is een nadere analyse nodig. Indien de meldplichten uit hoofde van de genoemde wetten naast elkaar worden gezet, dan blijkt dat in alle gevallen de meldplicht rust op de externe accountant. Dat betekent dat voor de rest van dit betoog de focus uitsluitend is gericht op de externe accountant en niet op de interne of overheidsaccountant. Onderkend wordt evenwel dat de overheidsaccountant uit hoofde van de ambtelijke status een meldplicht kan hebben, maar deze meldplicht valt buiten de reikwijdte van dit artikel.

Zowel in artikel 3:88, lid 1, Wft als in artikel 4:27, lid 1, Wft wordt gesproken van de accountant die is belast met de controle van de jaarrekening. Aangezien voor ondernemingen die onderworpen zijn aan financieel toezicht een wettelijke controleplicht bestaat, ziet de meldplicht uit hoofde van de Wft op de externe accountant werkzaam in een accountantsorganisatie als bedoeld in de Wta en de verordening gedragscode. Ook de meldplicht op grond van artikel 26, lid 2, Wta (fraudemelding) ziet op de accountant belast met de wettelijke controle van de jaarrekening. In de hiervoor genoemde gevallen is de meldplicht gekoppeld aan de controletaak van de externe accountant. Tot zover lijkt het erop dat de wetgever in het kader van de Wft en de Wta een eenduidig begrip hanteert voor de extern accountant.

Anders is het gesteld met de meldplicht die voortvloeit uit de Wwft. De meldplicht die voortvloeit uit de Wwft ziet op ‘instellingen’ als bedoeld in artikel 1, onderdeel a. Op grond van artikel 1, onderdeel a, onder 11° wordt de accountant als volgt als ‘instelling’ gedefinieerd: ‘[...] externe registeraccountant, externe accountant-administratieconsulent of belastingadviseur, voor zover deze zijn beroepsactiviteiten uitoefent dan wel een natuurlijke persoon, rechtspersoon of vennootschap, voor zover die anderszins zelfstandig onafhankelijk beroeps- of bedrijfsmatig daarmee vergelijkbare activiteiten verricht (...)’

In de Wwft is de meldplicht niet gekoppeld aan de wettelijke controletaak van de accountant, maar is deze ruimer gedefinieerd aan de hand van het begrip 'beroepsactiviteiten'. De Nederlandse wet is een direct gevolg van de invoering van Europese richtlijnen en wel in het bijzonder de derde Europese antiwitwasrichtlijn.⁵ Het is om deze reden nuttig na te gaan wat de rechtsgeschiedenis is van de Nederlandse wet door een analyse te maken van hetgeen is opgenomen in de derde EU-antiwitwasrichtlijn. In de eerste plaats valt op dat de EU-richtlijn slordig is met het taalgebruik. In de officiële Engelse tekst van de richtlijn wordt de accountant in artikel 2, lid 3 onder a, als volgt omschreven: '[...] (a) auditors, external accountants and tax advisors (...)' In de officiële Nederlandse tekst van de richtlijn is dit als volgt vertaald: '[...] a) bedrijfsrevisoren, externe accountants en belastingadviseurs (...)' Verwarring kan ontstaan door het gebruik van het begrip 'auditor' naast 'external accountant', hetgeen nog eens wordt versterkt door de vertaling van 'auditor' in 'bedrijfsrevisor'. Het lijkt in de rede te liggen om te veronderstellen dat de EU heeft bedoeld te spreken over de externe accountant die een controletaak heeft. Hoe anders zou het woordgebruik 'auditor' moeten worden begrepen? Eveneens denk ik dat met het gebruik van het begrip 'external accountant' en de vertaling naar 'externe accountant' hetzelfde wordt bedoeld. Door in de Nederlandse wet het begrip 'instellingen' te koppelen aan beroepsactiviteiten wordt de definitie in belangrijke mate opgerekt. Ook beroepsactiviteiten anders dan de wettelijke controle vallen hiermee onder het begrip en daarmee wordt een grotere groep externe accountants onder de meldplicht geschaard.

In de Nederlandse wet wordt een 'level playing field' gecreëerd. De wetgever stelt immers in artikel 1 onderdeel a, onder 11° Wwft: '[...] dan wel een natuurlijke persoon, rechtspersoon of vennootschap, voor zover die anderszins zelfstandig onafhankelijk beroeps- of bedrijfsmatig daarmee vergelijkbare activiteiten verricht (...)' Dit betekent bijvoorbeeld dat de natuurlijke persoon die een boekhoudbureau exploiteert maar niet accountant is, op grond van dit artikel toch onder de meldplicht van de Wwft valt. Immers, deze persoon verricht samenstellingwerkzaamheden dan wel daarmee vergelijkbare activiteiten die gelijk zijn met de samenstellingpraktijk van accountants. Naar aanleiding van het voorstaande kan wel worden geconcludeerd dat de meldplichten waarmee de accountant heeft te maken, complex zijn. Voor een bondige beschrijving daarvan verwijst ik naar Diekman (2010a).

3 Reikwijdte van de Wwft-meldplicht

Als de externe accountant valt onder de meldplicht van de Wwft, wat is dan de reikwijdte van die meldplicht? De meldplicht is gekoppeld aan de 'beroepsactiviteiten' van de

accountant. Dit begrip is niet gedefinieerd en dit noopt tot het geven van een nadere invulling.

Het is nog maar de vraag of de Europese wetgever inderdaad heeft bedoeld om alle beroepsactiviteiten van de externe accountant te vervatten onder de meldplicht. In de brief van 27 september 2004 (EU, 2004) geeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen een uiteenzetting van de vier verdedigingslijnen in het kader van witwasbestrijding, te weten:

- eerste verdedigingslijn: interne controle van de onderneming
- tweede verdedigingslijn: onafhankelijke derden
- derde verdedigingslijn: toezicht
- vierde verdedigingslijn: rechtshandhaving

De commissie stelt verder: '[...] De tweede verdedigingslijn bestaat in hoofdzaak uit de accountants. Deze moeten onafhankelijk zijn en bevestigen dat de rekeningen van een onderneming een correct en waarheidsgetrouw beeld geven van haar financiële positie (...)' Hieruit kan worden afgeleid dat de commissie doelde op de accountant die een controletaak heeft en dat 'beroepsactiviteiten' dus niet in de meest brede zin van het woord werd uitgelegd. In artikel 2 van de derde EU-antiwitwasrichtlijn wordt aangegeven dat accountants onder de toepassing van de richtlijn vallen in het kader van de uitoefening van hun beroepsactiviteiten. Met de introductie van het begrip 'beroepsactiviteiten' is de definitie van het begrip 'accountant' gewijzigd, aldus de memorie van toelichting bij de introductie van de Wwft (Tweede Kamer 2007-2008). De memorie van toelichting beschrijft de reikwijdte van 'beroepsactiviteiten' als volgt (t.a.p. pagina 11): '[...] In de definitie van accountants en vergelijkbare beroepsbeoefenaren heeft een verandering plaatsgevonden. De definitie in onderhavig voorstel sluit aan bij de gewijzigde definitie in de derde witwasrichtlijn, die bepaalt dat deze instellingen onder de reikwijdte van de richtlijn vallen indien zij handelingen verrichten «in het kader van de uitoefening van beroepsactiviteiten». Hiermee wordt bedoeld op activiteiten als werkzaamheden met betrekking tot de jaarrekening, het voeren van administratie, belastingadvies, het invullen van aangiften en de werkzaamheden die voor de juridische beroepsgroepen gelden (uitvoeringsbesluit Wet melding ongebruikelijke transacties en Wet identificatie bij dienstverlening). Ook de nieuwe soorten dienstverlening zoals «tax assurance» vallen onder de ruimere definitie. Wel zal het altijd dienen te gaan om dienstverlening waar sprake is van een gevaar van witwassen of financieren van terrorisme. Indien een accountant bijvoorbeeld een seminar voor een cliënt organiseert, valt dat uiteraard niet onder de identificatie- of meldingsverplichtingen (...)'

Uit de memorie van toelichting kan ook worden afgeleid dat de wetgever primair doelt op de taken in het kader van

de controle, beoordeling en samenstelling van de financiële verantwoording alsmede op de fiscale dienstverlening van de accountant. De omschrijving van de reikwijdte in de Richtsnoeren (2008) sluit hierbij aan. De reikwijdte is daar als volgt omschreven (t.a.p. pagina 10): ‘[...] Hierbij moet in ieder geval gedacht worden aan:

- werkzaamheden met betrekking tot de jaarrekening;
- het voeren van administraties;
- belastingadvies;
- het invullen van belastingaangiften;
- en ook nieuwe soorten dienstverlening zoals “tax assurance” (...)’

Hoewel de wetgever in de memorie van toelichting stelt dat met de invoering van de Wwft er sprake is van een gewijzigde definitie van accountant, kan uit de wetgeschiedenis niet eenduidig worden geconcludeerd dat de meldplicht nu ziet op andere ‘beroepsactiviteiten’ dan die welke hiervoor zijn genoemd. Mocht de Nederlandse wetgever overwegen een ruimere definitie van het begrip ‘beroepsactiviteiten’ te gaan hanteren, hetgeen zou kunnen blijken uit de brief van de minister van Financiën (ministerie van Financiën, 2010), dan ontbreekt daartoe mijns inziens de grondslag in de wetgeschiedenis, in het bijzonder de EU-Richtlijn.

Ten aanzien van de bepaling van de reikwijdte wordt door sommigen evenwel een ruimere definitie van ‘beroepsactiviteiten’ gehanteerd. Een ruimere interpretatie van beroepsactiviteiten is bijvoorbeeld te vinden in de Technische nota van het Belgisch Instituut der Bedrijfsrevisoren (2007). Ook kan worden verwezen naar de Financial Action Task Force (FATF, 2008), die in een aanbeveling inzake *risk based audit* een ruimere interpretatie geeft van de beroepsactiviteiten van accountants. Hoewel de aanbevelingen van de FATF een hoge graad van autoriteit hebben, vormen ze geen wet. Teneinde duidelijkheid te scheppen over de reikwijdte van de meldplicht en het begrip ‘beroepsactiviteiten’, lijkt het raadzaam die beroepsactiviteiten van de accountant onder de meldplicht te brengen, waarbij deze een maatschappelijke rol vervult. Het geven van enige vorm van zekerheid omtrent financiële verantwoordingen of financiële informatie aan het maatschappelijk verkeer is zo’n beroepsactiviteit. Daar waar de accountant uitsluitend in het besloten verkeer met de cliënt werkzaamheden verricht en rapporteert, zou vrijstelling van de meldplicht te verdedigen zijn. De accountant heeft hier immers nadrukkelijk geen publieke taak noch enige ‘poortwachterfunctie’. Indien de hiervoor geopperde interpretatie van ‘beroepsactiviteiten’ van de accountant wordt gevolgd, dan heeft dat gevolgen voor andere beroepsbeoefenaren. Immers, de wetgever heeft onomstotelijk een ‘level playing field’ in de wet opgenomen, dat nog recent door de minister van

Financiën schriftelijk is bevestigd (ministerie van Financiën, 2010). Dat betekent dat iedere beroepsbeoefenaar die diensten aanbiedt in de breedste zin van het woord welke gelijk zijn aan diensten van accountants, daarmee onder de meldplicht van de Wwft valt. Het valt nog te bezien of al deze beroepsbeoefenaren zich hiervan in voldoende mate bewust zijn (en de vraag stellen is hem ten dele ook beantwoorden...). Voor een beschrijving van enkele cases in het kader van de meldplicht wordt verwezen naar Pheijffer en Wallage (2009).

4 Beperkingen van de meldplicht

4.1 Bijzonder onderzoek door forensisch accountants

In de EU-richtlijn en in de Wwft worden beperkingen in de reikwijdte van de beroepsactiviteiten genoemd die verband houden met het bepalen van de rechtspositie van de cliënt. In Nederland zijn externe accountants doorgaans niet belast met het bepalen van de rechtspositie van de cliënt. In verreweg de meeste gevallen houden de ‘beroepsactiviteiten’ van de accountant zoals hiervoor gedefinieerd geen direct verband met het ‘bepalen van de rechtspositie van de cliënt’ en vallen ze daarmee onder de meldplicht als bedoeld in de EU-richtlijn.

Een uitzondering zou kunnen gelden voor bijzonder onderzoek uitgevoerd door forensisch accountants. Dit zijn accountants in dienst van een accountantspraktijk, belast met het uitvoeren van specialistisch onderzoek naar fraude, onjuistheden, ongebruikelijke transacties en andere vermeende overtredingen van wet- en regelgeving. Dit onderzoek kan dienen om bij te dragen aan de bepaling van de rechtspositie van de cliënt. Voor bijzonder forensisch accountantsonderzoek, dat wordt geïnitieerd door de cliënt en niet het directe gevolg is van aanwijzingen voor fraude in een controle van de financiële verantwoording, geldt dat de cliënt inzage wil hebben in feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan in een bepaalde periode. Met behulp van deze feitelijke opsomming van gebeurtenissen kan de cliënt en/of diens advocaat de rechtspositie bepalen. Het staat op gespannen voet met de vertrouwenspositie die de cliënt terecht meent te hebben met de forensisch accountant indien feiten en omstandigheden onverwijld en in het geheim zouden worden gemeld aan de overheid op een moment dat de cliënt zijn rechtspositie overweegt, althans daartoe de nodige voorbereidingen treft. Ik ontleen steun voor deze stelling in de considerans bij de derde EU-antitwitwasrichtlijn (t.a.p., in de overwegingen 20 en 21) en bij Huydecoper (2003).

In de eerste plaats druist deze meldplicht in tegen de uitzonderingsbepaling in de considerans, waarin wordt

gesteld: '[...] Wanneer onafhankelijke leden van wettelijk erkende en gecontroleerde beroepsgroepen die juridisch advies verstrekken, zoals advocaten, de rechtspositie van een cliënt bepalen of een cliënt in rechte vertegenwoordigen, is het evenwel niet aangewezen om deze beroepsbeoefenaren voor deze activiteiten krachtens deze richtlijn een verplichting op te leggen vermoedens van witwassen of van financiering van terrorisme te melden(...)' De considerans geeft duidelijk aan dat voor vergelijkbare diensten van onder de richtlijn vallende beroepsbeoefenaren eenzelfde vrijstelling van de meldplicht geldt en argumenteert dit als volgt: '[...] Met het oog op de waarborging van de eerbiediging van de rechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en het Verdrag betreffende de Europese Unie mag, in het geval van bedrijfsrevisoren, externe accountants en belastingadviseurs, die in sommige lidstaten een cliënt in rechte kunnen verdedigen of vertegenwoordigen, of zijn rechtspositie bepalen, de informatie die zij bij de uitoefening van deze taken ontvangen, niet onder de meldingsplicht van deze richtlijn vallen (...)'

In de tweede plaats stelt Huydecoper, advocaat-generaal bij de Hoge Raad, het onverwijld en in het geheim melden van zaken terwijl de cliënt de rechtspositie bepaalt, gelijk aan verraad (t.a.p., alinea 13 en voetnoot 12). De meldplicht leidt in dit verband tot vertrouwensbreuk. Van belang is hierbij dat sprake is van een één-op-éénrelatie tussen dienstverlener en cliënt. De forensisch accountant treedt in deze situatie niet op als vertrouwensman van het maatschappelijk verkeer, maar uitsluitend ten behoeve van een cliënt en ondersteunt de bepaling van diens rechtspositie. Naar analogie van het betoog van Huydecoper stel ik dat, indien zulk een relatie bestaat tussen de cliënt en de forensisch accountant, deze, in aangepaste bewoordingen van Huydecoper, de verplichting heeft de belangen van de cliënt te dienen en te laten prevaleren zonder in het geniep overheidsinstanties te informeren over de bevindingen. In deze situatie moet de forensisch accountant een beroep kunnen doen op de vrijstellingsbepalingen ter zake van de meldplicht uit hoofde van de Wwft. Om dit te bewerkstelligen, zou artikel 1, lid 2 Wwft moeten worden aangepast in die zin dat '[...] de wet niet van toepassing is op forensisch accountants die een bijzonder onderzoek verrichten met als doel de cliënt te ondersteunen bij het bepalen van diens rechtspositie (...)'

In de praktijk van de forensische accountancy wordt, om een eventuele meldplicht te omzeilen, ook wel gewerkt in opdracht van een advocaat op grond waarvan de forensisch accountant een zogenaamd 'afgeleid verschoningsrecht' geniet. Er zijn bij deze werkwijze zowel voor- als nadelen, waarbij de voordelen niet mogen worden overdreven. Het

voordeel is dat de forensisch accountant in opdracht van een advocaat een onderzoek uitvoert en wegens die omstandigheid onder het verschoningsrecht van de advocaat valt. Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat dit 'afgeleid verschoningsrecht' niet absoluut is. Ten eerste is de advocaat ook gehouden aan de meldplicht van de Wwft, tenzij deze een opdracht uitvoert waarbij de rechtspositie van de cliënt wordt bepaald en ten tweede zijn er omstandigheden, zij het bij grote uitzondering, waarbij de advocaat zijn geheimhoudingsplicht in het algemeen belang terzijde dient te schuiven.

Het nadeel is dat de forensisch accountant geen directe werkrelatie meer heeft met de oorspronkelijke cliënt. Zijn cliënt is immers de advocaat. Schriftelijke en mondelinge communicatie met de cliënt wordt in beginsel door de advocaat gedaan, die daarover ook de regie voert.

Op grond van de wetsgeschiedenis en jurisprudentie kan ook worden geconcludeerd dat forensisch onderzoek voortvloeiend uit de verplichting tot het doen van nader onderzoek na aanwijzingen voor fraude van materieel belang of onwettig handelen uit hoofde van Standaarden 240/250⁶ niet is vrijgesteld van de meldplicht uit hoofde van de Wwft. Voor deze stelling kan onder meer steun worden gevonden in de uitspraak van het Hof Amsterdam van 12 augustus 2002 (Hof Amsterdam, NJ 2002, 305). Uit die uitspraak valt af te leiden dat de forensisch accountant niet als een functioneel geheimhouder kan worden aangemerkt en dat de spreekplicht en de plicht tot inzage in dossiers die voortvloeien uit de wet, zwaarder wegen dan private afspraken tot geheimhouding die de accountant met de gecontroleerde maakt. Dat geldt temeer nu de geheimhoudingsplicht die voortvloeit uit artikel A 140.1, onderdeel A, lid 1 van de verordening gedragscode hierop laat volgen: '[...] tenzij hij is gemachtigd tot bekendmaking over te gaan of op grond van een wettelijk voorschrift dan wel beroepshalve daartoe een recht of plicht bestaat (...)' In het algemeen zal de geheimhoudingsplicht die voortvloeit uit een verordening de meldplicht die voortvloeit uit de wet niet opzij kunnen zetten op grond van het beginsel 'lex superior derogat legi inferiori'. Dit betekent: de meldplicht geldt, tenzij er vanwege de wet of de uitleg van de wet uitzonderingen voor bestaan.

Daarenboven kan worden betoogd dat de (forensisch) accountant die een fraudeonderzoek verricht dat voortvloeit uit de opdracht tot controle van de jaarrekening, een maatschappelijke rol vervult. Dit is principieel anders dan de situatie waarbij de forensisch accountant een onderzoek verricht in opdracht van een cliënt om feitelijke gebeurtenissen en omstandigheden in kaart te brengen en om op basis daarvan de cliënt in staat te stellen zijn rechtspositie te bepalen.

4.2 Meldplicht bij internationale concerncontroles

Er is nog een situatie denkbaar waarbij de accountant weliswaar een maatschappelijke functie heeft, maar waar het de vraag is of de meldplicht van toepassing is. Dit is de situatie waarbij de accountant optreedt als controleur van de concernjaarrekening van een internationaal concern. Het kan voorkomen dat zich binnen het concern ongebruikelijke transacties voordoen die ter kennis komen van de accountant. Normaal gesproken zet de kennisname de meldplicht reeds in werking. De Nederlandse concernaccountant kan kennis nemen van deze ongebruikelijke transactie bijvoorbeeld door review van het werk van de interne accountant of via communicatie met de buitenlandse externe accountant van het bedrijfsonderdeel. De vraag is of de meldplicht ook in werking moet treden indien de ongebruikelijke transacties zich voordoen buiten het Nederlandse rechtsgebied. Met andere woorden: de vraag komt op in welke mate de Wwft een extraterritoriaal karakter heeft.

Naar mijn oordeel is er veel voor te zeggen dat de meldplicht van toepassing is indien de concernleiding enige betrokkenheid of actieve kennis heeft gehad bij de ongebruikelijke transacties. De concerndirectie is dan direct betrokken en verantwoordelijk. De vraag is of dit ook het geval is indien de ongebruikelijke transacties zich buiten medeweten van de concerndirectie hebben voorgedaan in een buitenlands bedrijfsonderdeel. In eerste instantie is de buitenlandse accountant van dat onderdeel onder de aldaar vigerende wet- en regelgeving verantwoordelijk voor de melding aan de buitenlandse autoriteiten. Een eventueel strafbaar feit heeft zich in het buitenland voorgedaan en zal juridisch moeten worden vervolgd op grond van het vigerende recht in dat land. De Nederlandse autoriteiten hebben geen jurisdictie in het andere land. Melding aan de Nederlandse autoriteiten lijkt om die reden minder voor de hand te liggen. Ook zou de vraag kunnen worden gesteld of een buitenlandse dochteronderneming in juridische zin wel een cliënt is van de Nederlandse concernaccountant. In de eerste plaats is het goed mogelijk dat de buitenlandse dochteronderneming wordt gecontroleerd door een externe accountant van een andere accountantsorganisatie. Ook al wordt de controle uitgevoerd door dezelfde accountantsorganisatie, dan is het nog maar de vraag of de cliëntidentificatie, de risicoanalyse en de opdrachtacceptatie zijn gedaan door de Nederlandse concernaccountant. De buitenlandse dochteronderneming heeft een civielrechtelijke overeenkomst tot dienstverlening met de buitenlandse accountant en niet met de concernaccountant.

Wel moet de concernaccountant van zijn buitenlandse collega de bevestiging krijgen dat melding aldaar heeft

plaats gehad. Melding in Nederland zou wel van toepassing moeten zijn indien in het andere land geen meldplicht bestaat.

De wet en de wethistorie geven geen duidelijkheid over de meldplicht van de concernaccountant in deze situatie. Naar mijn oordeel valt het te verdedigen dat de concernaccountant afziet van melding in Nederland indien hij bevestigd heeft gekregen dat melding in het buitenland heeft plaats gehad.

5 Directe of indirecte betrokkenheid

Op 23 november 2009 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) een belangrijke uitspraak gedaan met betrekking tot melding van ongebruikelijke transacties (College, 2009). De uitspraak van het CBb ziet op de werking van artikel 9, lid 1 Wet melding ongebruikelijke transacties (MOT). Deze wet is per 1 augustus 2008 vervangen door de Wwft. Nochtans is de uitspraak om verschillende redenen van belang.

Artikel 9, lid 1 Wet MOT luidde als volgt: 'Een ieder die beroeps- of bedrijfsmatig een dienst verleent, meldt een daarbij verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie binnen veertien dagen nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden, aan het meldpunt.' Het kernwoord in deze bepaling is 'daarbij'. Betekent het woord 'daarbij' dat er sprake moet zijn van een directe betrokkenheid van de dienstverlener bij de ongebruikelijke transactie? Laten we voor de beantwoording hiervan voor een moment stilstaan bij de praktijk van bijvoorbeeld een notaris. Een notaris beschikt over een zogenaamde derdenrekening. De derdenrekening is een bankrekening die wordt gebruikt door personen en bedrijven die namens anderen gelden ontvangen. De bankrekening wordt gebruikt om namens cliënten bedragen te incasseren of om tijdelijk de bedragen veilig te stellen. Het is mogelijk dat de notaris via het geldverkeer op de derdenrekening direct betrokken raakt bij transacties met een witwaskarakter op grond waarvan hij de meldplicht moet invoeren. Een dergelijke situatie bestaat in het geheel niet voor accountants. Een accountant heeft geen derdenrekening en zal als hij zijn beroep goed uitoefent, nimmer een directe betrokkenheid hebben met het geldverkeer van een cliënt, met uitzondering van de ontvangst van zijn honorarium. Op grond hiervan zou de stelling kunnen worden verdedigd dat er nooit directe betrokkenheid is van de accountant bij transacties en dat het begrip 'daarbij' in de accountantspraktijk een lege huls blijkt te zijn. Dit is echter niet de bedoeling van de wetgever. De accountant is nadrukkelijk door de Europese en de Nederlandse wetgevers onder de meldplicht geplaatst. Toch is van directe betrokkenheid bij witwastransacties eigenlijk nooit sprake. Om deze reden moet het begrip 'daarbij' dan ook niet te restrictief worden uitgelegd en wordt de meldplicht reeds

geactiveerd bij indirecte betrokkenheid. Er is sprake van indirecte betrokkenheid indien de accountant bij de uitvoering van de bedrijfsactiviteiten bij de cliënt kennis neemt van ongebruikelijke transacties met een mogelijk witwaskarakter. Ik ben het dan ook eens met Pheijffer (2009) dat het CbB in deze uitspraak te restrictief is geweest bij de uitleg van artikel 9, lid 1 Wet MOT.

Het is de vraag of de gewraakte uitspraak van het CbB gevolgen heeft voor de meldplicht uit hoofde van de Wwft. De meldplicht wordt uitgewerkt in de artikelen 15 en 16 Wwft. In artikel 15 Wwft wordt direct verwezen naar de indicatorenlijst (FIU Nederland, 2008) in het uitvoeringsbesluit bij de wet.⁷ De indicatoren zijn een leidraad voor beroepsbeoefenaren bij de vraag of er al dan niet sprake is van een ongebruikelijke transactie die moet worden gemeld. Artikel 16, lid 1 Wwft luidt: 'Een instelling meldt een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie binnen veertien dagen nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden, aan het meldpunt.' Het vraagstuk rond directe of indirecte betrokkenheid is hiermee komen te vervallen wegens het ontbreken van het woord 'daarbij', dat nog wel in de oude wet voorkwam. Dit betekent dat er sprake is van meldplicht zodra de accountant kennis krijgt van de ongebruikelijke transactie. In feite is dit dezelfde situatie als onder de Wet MOT, zij het dat het nu logischer in de wettekst is opgenomen.

De uitspraak van het CbB heeft ertoe geleid dat het Bureau Financieel Toezicht (2010) om uitleg van de wet en de meldplicht heeft gevraagd aan het ministerie van Financiën. Hierbij gaat het primair om het begrip 'transactie' van artikel 16 Wwft. De minister heeft kort daarop de gevraagde uitleg gegeven (ministerie van Financiën, 2010). Hoewel het antwoord van de minister niet gelijk staat aan jurisprudentie, dat is immers voorbehouden aan de rechter, wordt onder het begrip 'transactie' blijkens de minister verstaan: '[...] een handeling of samenstel van handelingen van of ten behoeve van een cliënt in verband met het afnemen of het verlenen van diensten (...)' Een accountant heeft in dit verband dus een meldplicht indien hij kennis neemt van een handeling of samenstel van handelingen van een cliënt met een ongebruikelijk karakter.

Nu ging het bij de uitspraak van het CbB over een zaak waarbij in het verleden ongebruikelijke transacties (zwart geld) hadden plaats gevonden. Nadien is een dienstverlener (in deze casus een belastingconsulent) betrokken geraakt bij de cliënt en heeft hij geadviseerd om de inkeerbepaling van artikel 69 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen in te roepen. De vraag was of de belastingconsulent nu wel of niet een meldplicht had uit hoofde van de Wet MOT. Mijn standpunt is duidelijk 'neen'. Echter, op andere gronden dan het CbB oordeelde. Ik ben van mening

dat de belastingconsulent in deze casus de cliënt heeft geadviseerd de ongebruikelijkheid van de historische transacties goed te maken door het invoeren van de inkeerbepaling. De consulent heeft daarmee duidelijk gehandeld in het kader van de bepaling van de rechtspositie van de cliënt en valt alleen al om deze reden buiten de meldplicht. Dit zou mijns inziens niet anders zijn onder de werking van artikel 1, lid 2 in de huidige wet.

6 Publiekprivate samenwerking bij de wetshandhaving

De wetgever heeft bij de invoering van de meldplicht naar aanleiding van fraude van materieel belang (artikel 26, lid 2, Wta) materieel invulling gegeven aan een vorm van publiekprivate samenwerking (PPS). In dit verband versta ik onder 'publiekprivate samenwerking' de door de wetgever opgelegde taken aan de private sector in samenhang met de taken die zijn voorbehouden aan de publieke sector. In het kader van de melding van fraude van materieel belang heeft de wetgever duidelijke taken opgedragen aan de private sector, in casu aan de accountant en diens cliënt. Immers, de accountant is verplicht tot melding van fraude tenzij aan bepaalde uitzonderingsbepalingen, als bedoeld in artikel 37 Bta, is voldaan. Door de werking van artikel 26, lid 2, Wta juncto artikel 37 Bta zijn de accountant en de cliënt gedwongen om te komen tot een voldoende mate van herstel. Alleen indien dit herstel onvoldoende is, zal de accountant de meldplicht van artikel 26 Wta moeten invoeren.

Dit is een goede ontwikkeling en een voorbeeld van effectieve en efficiënte wetgeving. De wetgever voorkomt daarmee dat een stroom van fraudemeldingen in het publieke domein moet worden afgewikkeld en stelt vertrouwen in de werking van de private sector om te komen tot een voldoende mate van redres. Wordt aan de meldplicht, achteraf gezien, niet voldaan, dan leidt dit voor de accountant en de gecontroleerde tot een overtreding van de wet met alle juridische consequenties van dien.

Hoe anders is het gesteld met de meldingen van ongebruikelijke transacties uit hoofde van de Wwft? In heel beperkte mate valt in materiële zin een zekere PPS waar te nemen in artikel 23, lid 3 Wwft. De accountant mag op grond van dit artikel wel mededelingen doen aan de cliënt teneinde deze te weerhouden van het uitvoeren van ongebruikelijke transacties. Enige verdere materiële samenwerking tussen publieke en private partijen ontbreekt in het kader van de Wwft. Een nauwere samenwerking tussen publieke en private partijen in het kader van wetshandhaving zou hebben gekund en was te overwegen geweest.

De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om 'ongebruikelijkheid' van transacties als meldcriterium te stellen. Dit is opvallend, omdat de considerans bij de EU-richtlijn

spreekt over ‘verdachte’ transacties (t.a.p., overweging 29). Verdachte transacties vormen een deelverzameling van het bredere begrip ongebruikelijke transacties. Een eerste schifting van ongebruikelijke transacties naar verdachte transacties zou heel wel binnen de private sector kunnen plaatsvinden. Eventueel kan aan de private sector extra ondersteuning worden geboden door een verfijning van de indicatorenlijst (FIU Nederland, 2008). Het gevolg daarvan is een daling van het aantal meldingen en een relatieve stijging van het aantal succesvolle vervolgingen door het openbaar ministerie. Al enige jaren ligt het aantal strafzaken dat met een schuldigverklaring wordt afgewikkeld op 1% van het aantal gemelde ongebruikelijke transacties, hetgeen een indicatie van ineffectiviteit is (Diekman, 2010b).

Ook zou te overwegen zijn om redresbepalingen naar analogie van artikel 37 Bta te formuleren in het kader van de Wwft. Dit zou er dan op neerkomen dat de melding aan het bevoegde gezag eerst plaats heeft nadat de accountant heeft geoordeeld dat er sprake is van onvoldoende redres of van een situatie waar redres niet meer realistisch mogelijk is. Hierbij wordt onder redres onder meer een actie vanwege de gecontroleerde verstaan, waarbij de ongebruikelijke transactie transparant wordt weergegeven en wordt gemeld aan het bevoegde gezag, bij gebreke waarvan de accountant deze melding doet. Aan de melding door de gecontroleerde zou de wetgever een inkeerbepaling moeten koppelen gelijk aan die geldt op grond van artikel 69, lid 3 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (Awr). Op grond van artikel 69, lid 4 Awr geldt dit dan ook voor fraudedelicten die worden vervolgd op grond van artikel 225 Wetboek van Strafrecht.

7 Conclusies

De samenleving wordt in toenemende mate complex. Wetshandhaving is allang niet meer een zaak voor de overheid alleen. In verschillende wetten legt de overheid taken op aan private partijen in het kader van wetshandhaving. Dit geldt ook voor de accountant. Voor zover de accountant een maatschappelijke taak heeft, is er ook niets op tegen om aan hem taken op te leggen in het kader van wetshandhaving. De tijd dat het accountantsberoep sterk ageerde tegen meldplicht, zoals ten tijde van de invoering van de eerste fraudemeldplicht, ligt al jaren achter ons. Het is goed zoals de wetgever de accountant ook juridisch in bescherming neemt tegen civielrechtelijke consequenties. Alle genoemde wetten kennen civielrechtelijke vrijwaringbepalingen. Daarnaast kent de Wwft ook een strafrechtelijke vrijwaring. Dit betekent dat de infrastructuur voor een goede samenwerking tussen de publieke en private sector er ligt.

De meldplicht die aan de accountant toekomt uit hoofde van de Wwft, is gekoppeld aan diens beroepsactiviteiten. Op grond van de wetsgeschiedenis is betoogd dat het

begrip ‘beroepsactiviteiten’ zich uitstrekt tot de taken uit hoofde van de controle, beoordeling en samenstelling van de jaarrekening en het geven van fiscale adviezen. Betoogd is dat de reikwijdte van de meldplicht moet zijn gekoppeld aan de maatschappelijke dienstverlening van de accountant. Ook het fraudeonderzoek door een forensisch accountant dat voortvloeit uit de controle van de jaarrekening valt in beginsel onder de meldplicht uit hoofde van de Wwft.

Het kan voorkomen dat de (forensisch) accountant bijzonder onderzoek verricht in opdracht van een cliënt en in het kader van diens bepaling van de rechtspositie. Mitsdien zouden de uitzonderingsbepalingen die worden genoemd in de considerans bij de derde EU-antiwitwasrichtlijn en in de Nederlandse wet ook op deze bijzondere beroepsactiviteit van de (forensisch) accountant van toepassing moeten zijn. Op grond hiervan verdient het aanbeveling het huidige artikel 1, lid 2 Wwft in die zin aan te passen.

Er is een vraagpunt ten aanzien van de Wwft-meldplicht voor de Nederlandse concernaccountant in het geval er indicaties voor witwassen bestaan bij buitenlandse dochterondernemingen. Zodra duidelijk is dat de Nederlandse concerndirectie betrokken is geweest, lijkt melding aan de Nederlandse autoriteiten voor de hand te liggen. Echter, indien dit niet het geval is, kan de vraag worden gesteld of de Nederlandse wet extraterritoriale werking heeft ten aanzien van hetgeen is voorgevallen bij de buitenlandse dochteronderneming. Ook kan de vraag worden gesteld of de buitenlandse dochteronderneming wel een cliënt is van de Nederlandse concernaccountant. Kortom: er zijn situaties denkbaar dat de Nederlandse concernaccountant geen meldplicht heeft uit hoofde van de Wwft voor indicaties van witwassen bij buitenlandse dochterondernemingen.

Samenwerking tussen publieke en private partijen in het kader van de wetshandhaving is sterk in opkomst. Ook de accountant heeft taken toebedeeld gekregen in de Wft, Wta en Bta, alsmede in de Wwft. Toch is de samenwerking tussen publieke en private partijen niet altijd gelijk en zijn er verbeteringen mogelijk. Een goed voorbeeld van publiekprivate samenwerking is de fraudemelding uit hoofde van de Wta en Bta. Verbeteringen zijn mogelijk in het kader van de meldplicht uit hoofde van de Wwft, met name bij de eerste beoordeling of transacties niet alleen ongebruikelijk zijn, maar ook verdacht. In een toenemende complexe samenleving is een hechte samenwerking tussen publieke en private partijen onontbeerlijk. ■

Prof. dr. Peter A.M. Diekman RA is hoogleraar Compliance & Risk Management aan de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam en partner van KPMG Advisory NV te Amstelveen.

Literatuur

- Bureau Financieel Toezicht (2010), Brief d.d. 15 januari 2010 aan de minister van financiën, ref.: wwft/476/1030/12.308, zie <http://www.bureaufn.nl/nieuws/nieuws.asp?id=47&cat>.
- College van Beroep voor het bedrijfsleven (23 november 2009), LJN, BK4209, AWB 08/277, zie: <http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ijn&ijn=BK4209>.
- Diekman, P.A.M. (2010a) Meldplichten voor accountants. Complex spoorboekje, *De Accountant*, maart 2010, pp. 20-23.
- Diekman, P.A.M. (2010b), Vertrouwen in banken, *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie*, jg. 85, no. 4, pp. 125-134.
- Europese Unie (2004), Brief van 27 september 2004 van de Europese Gemeenschappen – Com (2004) 611, definitief – Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement – zie: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004DC0611:NL:HTML>.
- Financial Action Task Force (2008), *RBA Guidance for Accountants*, pp. 3-4.
- FIU Nederland (2008), *Indicatorenlijst bij de Wwft per 1 augustus 2008*, <http://www.fiu-nederland.nl/Melders/Indicatoren/Indicatorenlijst/tabid/110/Default.aspx>.
- Hof Amsterdam, *Staat der Nederlanden versus Deloitte*, NJ 2002, 305.
- Huydecoper, J.L.R.A. (2003), Klikspaan, boterspaan: oftewel: het beroepsgeheim en de meldplicht, *Ondernemingsrecht*, 2003-14, pp. 513-518.
- Instituut der Bedrijfsrevisoren (2007), Technische nota van het instituut der bedrijfsrevisoren betreffende de verplichtingen voor de bedrijfsrevisor inzake witwassen van geld en financiering van terrorisme, Brussel, 21 mei 2007, paragraaf 5, pp. 8-9.
- Koninklijk NIVRA (2006), Verordening Gedragscode – 14 december 2006.
- Koninklijk NIVRA (2008), Richtsnoeren voor de interpretatie van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) voor belastingadviseurs en accountants.
- Ministerie van Financiën (2010), Brief d.d. 21 januari 2010, inzake vragen BFT, ref.: FM/2010/037 M, zie: <http://www.bureaufn.nl/nieuws/nieuws.asp?id=47&cat>.
- Pheijffer, M. en Ph. Wallage (2009), Meldplicht witwassen en terrorismefinanciering, *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie*, jg. 83, no. 7/8, pp. 240-246.
- Pheijffer, M. (2009), Uitspraak witwassen: stap terug, *Accountant.nl*, weblog 1 december 2009, zie <http://www.accountant.nl/Accountant/Weblogs/Marcel+Pheijffer/Uitspraak+witwassen+stap+terug.aspx>.
- Tweede Kamer der Staten-Generaal (2002-2003), Eindrapport Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid – Vergaderjaar 2002-2003, 28 244, nr. 6.
- Tweede Kamer der Staten Generaal (2007-2008), Memorie van Toelichting bij de invoering van de Wwft – vergaderjaar 2007-2008, 31 238, nr. 3.

Noten

- 1 Wet van 28 september 2006, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), Staatsblad 2006, 475.
- 2 Wet van 19 januari 2006, houdende het toezicht op accountantsorganisaties (Wet toezicht accountantsorganisaties), Staatsblad 2006, 70.
- 3 Besluit van 16 augustus 2006, houdende regels ter zake van de uitvoering van de Wet toezicht accountantsorganisaties (Besluit toezicht accountantsorganisaties) – Staatsblad 2006, 380.
- 4 Wet van 15 juli 2008, houdende samenvoeging van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme), Staatsblad 2008, 302.
- 5 Europese Unie – Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme – 26 oktober 2005.
- 6 NV COS 240 en NV COS 250 – Nadere Voor-
schriften Controle en Overige Standaarden 240 en 250, Koninklijk NIVRA.
- 7 Besluit van 15 juli 2008, houdende bepalingen met betrekking tot de reikwijdte van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, het vaststellen van indicatoren en het overdragen van bevoegdheden in het kader van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Uitvoeringsbesluit Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme).