

Vier voorspellingen over fraudemelding

De in de Wet toezicht accountantsorganisaties opgenomen nieuwe fraudemeldplicht bevat enkele markante verschillen met de regeling in de oude Verordening. Enerzijds is de meldplicht lichter geworden, maar accountants die 'in het verleden blijven hangen' weten al snel de AFM in de nek, voorspelt Marcel Pheijffer.

MARCEL PHEIJFFER*

Artikel 36 van het Besluit toezicht accountantsorganisaties definieert fraude als het 'opzettelijk handelen of nalaten waarbij misleiding wordt gebruikt om een wederrechtelijk voordeel te behalen'. Deze korte en bondige definitie wijkt af van die uit de Verordening op de Fraudemelding en Richtlijn voor de Accountantscontrole 240. Daarin staan 'het doen toevloeien of onttrekken van waarden' (Verordening) of de plegers van fraude (RLA 240) centraal. Overigens had de nieuwe definitie nog korter gekund door de frase 'handelen of nalaten' weg te laten. Meer smaken dan handelen en nalaten zijn er niet, dus is het niet onderscheidend.

Materieel belang

In hetzelfde artikel 36 Bta is nog een definitie opgenomen: die van (fraude van) materieel belang. Dat is een belangrijke constatering: materialiteit is niet langer een concept van het accountantsberoep, het is een concept van de wetgever geworden. In de Tweede Kamer is reeds gesproken over de invoering van een eventuele ondergrens voor het melden van fraude. De Socialistische Partij heeft een voorkeur voor een grensbedrag van € 7.500, omdat ook uitkeringstrekkers die voor dit bedrag frauderen strafrechtelijk worden aangepakt. Een andere weleens genoemde grens betreft de drempelbedragen voor fiscale fraude: € 25.000 bij parti-

culieren, € 50.000 voor ondernemers. Ik hoef accountants - zeker degenen die beursgenoteerde ondernemingen controleren - niet uit te leggen dat in de accountantspraktijk bijna altijd hogere grensbedragen worden gehanteerd. Ik voorspel dat de discussie over een grensbedrag bij een volgend schandaal waarin accountants steken laten vallen - zoals volgens de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid bijvoorbeeld bij de bouwfraude het geval was - zal opblazen. De politieke kleur van het kabinet zal dan bepalend zijn voor de uitkomst. Een links kabinet zal zeker niet schromen de teugels voor accountants verder aan te trekken.

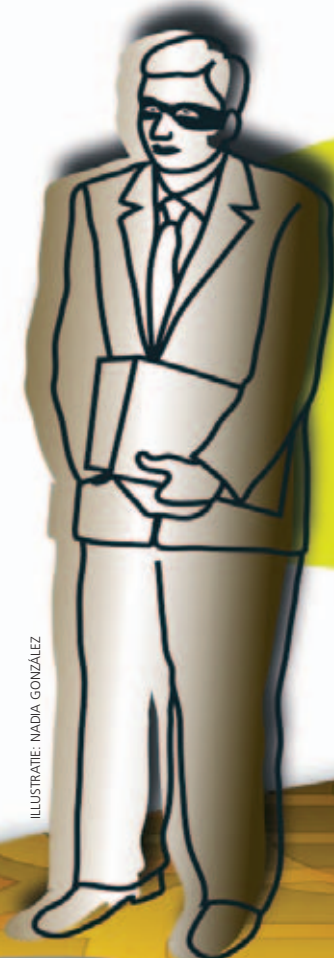
Kwalitatief

Met betrekking tot de definitie van materieel belang zijn nog twee andere punten van belang. Allereerst komt in de definitie tot uitdrukking dat bij de beoordeling zowel naar de 'aard' als de 'omvang' van het handelen of nalaten moet worden gekeken. Daarmee brengt de wetgever tot uitdrukking dat bij de meldingsplicht zowel het kwalitatieve (aard) als het kwantitatieve (omvang) materialiteitsbegrip van belang is. De praktijk leert - zie ook het bouwfraudeonderzoek, maar er zijn meer voorbeelden - dat accountants zich vooral focussen op het tweede. Ook hier waag ik mij aan een voorspelling: de

toezichthouder Autoriteit Financiële Markten (AFM) zal zeker ook oog hebben voor het kwalitatieve materialiteitsbegrip. Haar Amerikaanse equivalent, de Securities and Exchange Commission, heeft het voorbeeld reeds gegeven in de zogeheten Gemstar-zaak. Het tweede punt betreft het feit dat de accountant bij de materialiteitsbeoordeling de vraag dient te beantwoorden of 'de beslissingen die in het maatschappelijk verkeer worden genomen' door die misleiding 'zouden kunnen worden beïnvloed'. Met name de laatste frase legt de lat niet al te hoog. Maar wellicht nog belangrijker dan dat is het feit dat het Limpergiaanse concept van het 'maatschappelijk verkeer' hier wettelijke status heeft gekregen. Wederom een voorspelling: de AFM zal korten metten maken met accountants die meer oog hebben voor kantoor- en eigen belangen dan voor het maatschappelijk belang.

Redelijk vermoeden

Zowel artikel 26 Wta (fraudemeldplicht) als artikel 37 Bta (redresregeling) bevat het begrip 'redelijk vermoeden'. Voor de accountant die met aanwijzingen voor fraude wordt geconfronteerd is dit derhalve een belangrijk begrip. Het begrip redelijk vermoeden komt uit artikel 27 van het Wetboek van Strafvordering dat definieert wanneer iemand als verdachte moet worden aangemerkt. Niet voor niets heeft ►



De lat voor 'redelijk vermoeden'
ligt (veel) lager dan voor
'deugdelijke grondslag'.

ILLUSTRATIE: NADIA GONZALEZ

Waar en wie?

Vindplaats

De fraudemeldplicht staat in artikel 26 van de Wta. Lid 1 regelt de geheimhoudingsplicht bij wettelijke controleopdrachten. Lid 2 regelt dat er een inbreuk op die geheimhoudingsplicht kan worden gemaakt en bevat de fraudemeldplicht. Lid 3 bepaalt dat de definities van fraude en materieel belang in een Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) worden opgenomen. Lid 4 bevat een beschermingsmaatregel voor de accountant, een vrijwaringsbepaling. Het Besluit toezicht accountantsorganisaties (Bta) is de in lid 3 bedoelde AmvB. De redresregeling staat in artikel 37 van dit besluit. Artikel 38 regelt de inhoud van de fraudemelding.

Reikwijdte

De wettelijke regeling geldt alleen voor de extern accountant die een wettelijke controleopdracht uitvoert. Voor andere controleopdrachten geldt Richtlijn voor de Accountantscontrole 240. Deze richtlijn bevat geen meldplicht, wel is geregeld dat de accountant zijn opdracht moet teruggeven als de ondernemingsleiding de door hem vastgestelde fraude niet afdoende redresseert. Soortgelijke regelingen bestaan voor beoordelingsopdrachten (RLA 2400, paragraaf 22A) en samenstellingsopdrachten (RLA 4410, paragraaf 16).

de wetgever een begrip uit het strafrecht overgenomen. Fraude heeft immers voor velen – zeker in het maatschappelijk verkeer – een strafrechtelijke connotatie. Er is veel jurisprudentie over de vraag wanneer er sprake is van een redelijk vermoeden. De lat ligt wederom niet al te hoog en ligt (veel) lager dan bij de in de oude regeling genoemde ‘deugdelijke grondslag’ het geval is. De grens van het redelijk vermoeden is in het strafrecht zoals gezegd gekoppeld aan het verdachtcriterium en dient om te bepalen of er dwangmiddelen (zoals: doorzoeking, telefoontap en het plegen van observaties) mogen worden toegepast teneinde nader onderzoek te doen en aanvullend bewijs te vergaren. Bewijs dat ook nodig is om tot een deugdelijke grondslag te komen. Maar zoals gezegd: zo hoog ligt de lat voor de accountant niet.

Vrijwaringsbepaling

Het uitblijven van fraudemeldingen onder de Verordening op de Fraudemelding werd door accountants nog weleens verklaard door het ontbreken van een vrijwaringsbepaling. De Wta (artikel 26 lid 4) bevat wel zo’n bepaling:

Materialiteit is niet langer een concept van het accountantsberoep, het is een concept van de wetgever geworden.

een accountant die een fraudemelding verricht conform de wettelijke regels kan niet aansprakelijk worden gesteld. Er is echter sprake van een tenzij-bepaling, namelijk ‘tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat gelet op alle feiten en omstandigheden in redelijkheid niet tot melding had mogen worden overgegaan’. Het voorgaande (‘redelijk vermoeden’ en tenzij-bepaling) betekent dat de accountant door ‘de hond’ of door ‘de kat’ kan worden gebeten. Of door de AFM, als de accountant bij de drempel van het redelijk vermoeden niet of te laat meldt omdat hij onderzoekt totdat hij een deugdelijke grondslag heeft. Of door de cliënt, die hem aansprakelijk zal stellen als hij te vroeg meldt. Ik voorspel op dit punt een *lawyers paradise*.

Redresregeling

Het is nadrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever dat accountants veel fraude gaan melden. Dat is maar goed ook, want het is de vraag of de overheid er kwantitatief en kwalitatief toe is uitgerust om veel fraudeonderzoeken te doen. De bedoeling van de wetgever is dat accountants hun cliënten bewegen fraude adequaat te redresseren. Dat blijkt uit de in artikel 37 Bta opgenomen redresregeling. De ‘soep’ van de fraudemelding wordt dus niet zo heet gegeten als hij hiervoor is opgediend. Sterker nog, de taak van de accountant is aanzienlijk verlicht: moest hij onder de oude regeling onderzoeken totdat hij een deugdelijke grondslag had voor het melden van fraude, volgens de redresregeling in de Bta stopt zijn verantwoordelijkheid veel eerder. Bij een ‘redelijk vermoeden’ van fraude draagt hij zijn verantwoordelijkheid over aan zijn cliënt, die de plicht heeft (1) het redelijk vermoeden nader te (laten) onderzoeken en (2) een schriftelijk plan voor het redres op te stellen. Daarmee valt het ‘fraudevuiltje’ bij wettelijke controleopdrachten veel eerder van het bord van de accountant dan in het verleden het geval was.

Vier voorspellingen

1. Bij een volgend schandaal waarbij accountants steken hebben laten vallen zal de discussie over een **grensbedrag voor fraudemelding** oplaaien. Zeker een links kabinet zal niet schromen de teugels verder aan te trekken.
2. De AFM zal (net als de Amerikaanse SEC) ook oog hebben voor het **kwalitatieve materialiteitsbegrip**.
3. Zeker nu het Limpergiaanse concept ‘**maatschappelijk verkeer**’ wettelijke status heeft gekregen zal de AFM korte metten maken met accountants die meer oog hebben voor kantoor- en eigen belangen dan voor het maatschappelijk belang.
4. Er ontstaat een ‘**lawyers paradise**’ nu de accountant door de ‘hond’ of de ‘kat’ kan worden gebeten: door de AFM als hij bij de drempel voor een ‘redelijk vermoeden’ niet of te laat meldt, of door de cliënt die hem aansprakelijk zal stellen als hij te vroeg meldt.

Accountants die in het verleden blijven hangen lopen een groot risico.

Meevaller

Met name dit laatste punt is een (onverwachte?) meevaller voor de accountant. Of de wetgever dit heeft beoogd en of het maatschappelijk gezien gewenst is, is nog maar de vraag. Hoe dan ook: de fraudemeldplicht is minder zwaar dan in het verleden, de accountant hoeft minder lang en diepgaand onderzoek te plegen. Voor accountants die blijven hangen in het verleden en concepten blijven hanteren die zij gewend zijn – materialiteit voornamelijk kwantitatief bezien en deugdelijke grondslag als drempel hanteren – ontstaat daarentegen een groot risico: een fikse discussie met de AFM, die na een eerste standje uiteindelijk niet zal nalaten een boete op te leggen en in het uiterste geval zelfs de verleende vergunning zou kunnen intrekken. ■

Noot

* Marcel Pheijffer is voorzitter Stichting NIVRA-Nyenrode en hoogleraar forensische accountancy Universiteit Nyenrode en Universiteit Leiden.