

Advies

voor Commissie Toekomst Accountancysector
van Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.
datum 15 januari 2020
zaaknr 11012599

1 Inleiding

- 1.1 De Commissie Toekomst Accountancy verzocht om juridisch advies over de vraag of het door de wetgever opleggen van een verplichting voor accountantsorganisaties van bepaalde omvang tot het instellen en ingesteld houden van een (variant van) een structuurregime, met verplichte instelling van een raad van commissarissen en goedkeuring vooraf van bepaalde belangrijke bestuursbesluiten, juridisch houdbaar is.
- 1.2 Verder is gevraagd het juridisch kader van gescheiden winstverdeling/*profit pooling* te schetsen.
- 1.3 Dit advies gaat uit van de vooronderstelling/aanname dat de versterking van de governance van een accountantsorganisatie de kwaliteit van de wettelijke controlewerkzaamheden positief beïnvloedt.¹

¹ Zie de dissertatie van Martijn van Opijnen, *Audit Quality in a Regulatory Context. Empirical Studies on Public Oversight, Auditor Independence, and Audit Quality Indicators*, p. 83. Hij merkt elders hierover op ([bron](#)): '[vraag] Uit uw onderzoek blijkt ook: hoe beter de governance van het kantoor, hoe beter de kwaliteit: [antwoord] Dat klopt. Op basis van de informatie die de kantoren invullen op de vragenlijsten van de AFM, heb ik gekeken naar de organisatiestructuur en de procedures voor kwaliteitsbeheersing. Ik heb de kwaliteit gemeten aan de hand van drie maatstaven: het aantal klachten en procedures tegen het kantoor, het aantal onderzoeken en sancties van de toezichthouder en het aantal kantoren dat zijn vergunning heeft ingeleverd. Daaruit blijkt dat er een direct verband bestaat tussen die governancekenmerken en de controlekwaliteit.'

Zie ook: E.V.A. Eijkelenboom 2019, *Vertrouwen voorop* (diss.), p. 150 (met de daar opgenomen verwijzingen/bronnen). Zij wijst op bijvoorbeeld 'de onderzoeken van de AFM waarin een belangrijke plaats ingenomen wordt door (maatregelen ter versterking van de) governance van de accountantsorganisatie, zie AFM 2013, AFM 2014 en AFM 2015b. Zie in gelijke zin de beroepsorganisatie NBA 2014. Ook internationaal staat de governance van (het internationale netwerk van) de accountantsorganisatie op de agenda, zie bijv. IFIAR 2015. Wetenschappelijk onderzoek naar de relatie tussen de governance van de accountantsorganisatie en de kwaliteit van de controlewerkzaamheden is echter beperkt, mede door de toegankelijkheid van data.'

2 Aanbeveling: verplichte toepassing van een op accountantsorganisaties toegesneden variant van het wettelijk structuurregime

Voorgenomen aanbeveling

- 2.1 De Commissie heeft het voornemen om elke accountantsorganisatie van een bepaalde omvang – ongeacht of de accountantsorganisatie een OOB-vergunning heeft – een governance model geïnspireerd op het wettelijk structuurregime voor te schrijven (toegesneden op accountantsorganisaties). Onderdeel van deze aanbeveling is verder om eisen te stellen aan de betrouwbaarheid en de geschiktheid van bestuurders en interne toezichthouders, zoals dat nu al het geval is bij accountantsorganisaties met een OOB-vergunning.
- 2.2 Zou deze aanbeveling leiden tot toepassing van het *volledige* structuurregime, dan betekent dat (kort gezegd):
- (a) de bevoegdheid tot benoeming/ontslag van de bestuurders komt toe aan de raad van commissarissen ('**RvC**') (of een daarmee vergelijkbaar orgaan dat belast is met het interne toezicht)², bestaande uit onafhankelijke personen;
 - (b) de commissarissen worden benoemd op bindende voordracht van de RvC, nadat de algemene vergadering van aandeelhouders ('**AVA**') en de ondernemingsraad voor elke vacature een aanbeveling hebben kunnen doen;
 - (c) specifieke bestuursbesluiten vereisen de goedkeuring van de RvC.
- 2.3 Indien een accountantsorganisatie deel uitmaakt van een netwerk in de zin van artikel 22a lid 6 Wet toezicht accountantsorganisaties ('**Wta**') dan geldt het voorgaande voor het hiërarchisch hoogste netwerkonderdeel met zetel in Nederland³.

3 Huidige governance van accountantsorganisaties

- 3.1 Wij hebben in het kader van deze adviesvraag – op hoofdlijnen – onderzoek gedaan naar de huidige governance van de top-30 accountantsorganisaties.⁴ Binnen deze organisaties hebben wij op basis van openbare bronnen onderzocht of in de desbetreffende accountantsorganisatie of groep van accountantsorganisaties een RvC is ingesteld.
- 3.2 Van de dertig onderzochte accountantsorganisaties is bij veertien van de dertig accountantsorganisaties een RvC⁵ ingesteld. Wij hebben de indruk dat de RvC bij de

² Gedacht kan worden aan accountantsorganisaties die geen rechtspersoon naar Nederlands recht zijn.

³ Zie artikel 16 lid 4 Wta. Het toezicht van die topholding omvat dan ook de rechtspersoon uit de groep (en de bestuurders daarvan) die binnen de groep wettelijke controles verricht.

⁴ Deze top-30 is gebaseerd op een overzicht over 2018 van accountant.nl (12 maart 2019).

⁵ Hierbij is Ernst & Young Nederland LLP meegerekend. Ernst & Young Nederland LLP is een rechtspersoon naar het recht van Engeland en Wales). Bij Ernst & Young Nederland LLP is wel een met een RvC vergelijkbaar orgaan ingesteld. Op basis van het op de website van EY gepubliceerde reglement is de bijlage bij dit advies ingevuld.

desbetreffende accountantsorganisaties steeds⁶ is ingesteld op het niveau de rechtspersoon waarin de accountant-partners direct participeren (al dan niet via een praktijkvennootschap). Artikel 16 lid 4 Wta duidt die rechtspersoon aan als '*het hiërarchisch hoogste netwerkonderdeel met zetel in Nederland*' ('**topholding**').

Huidige invloed van het Burgerlijk Wetboek op de governance van accountantsorganisaties

- 3.3 Van genoemde veertien accountantsorganisaties is bij vijf accountantsorganisaties in de topholding sprake van een (gemitigeerd) structuurregime in de zin van artikel 2:152/262 e.v. Burgerlijk Wetboek ('**BW**'). Bij de andere negen lijkt hiervan, blijkens de statuten, geen sprake te zijn.
- 3.4 Van een verplichting tot het instellen van het structuurregime is sprake als – kort gezegd – de topholding (cumulatief⁷):
1. > € 16 miljoen eigen vermogen heeft;
 2. een verplichte ondernemingsraad heeft;
 3. 100 of meer werknemers heeft in Nederland.⁸

De structuurregeling werd in de jaren zestig en zeventig van de 20e eeuw ingevoerd voor beursgenoteerde NV's waarbij relatief grote afstand tussen de kapitaalverschaffers en het bestuur van de onderneming bestond. Bij dergelijke vennootschappen, zo was destijds de gedachte, diende er een onafhankelijk en directer toezicht te bestaan op het bestuur en dienden de belangen van de werknemers extra te worden beschermd. Het beeld was dat door versnippering van het aandelenbezit en absentisme bij de vergadering de kapitaalverschaffers onvoldoende in staat en bereid zijn om dat toezicht uit te oefenen. Daarbij dienden ook werknemers meer invloed te krijgen op de samenstelling van bestuur en het interne toezicht (beter evenwicht tussen de factor kapitaal en arbeid).

- 3.5 Het structuurregime geldt zowel voor coöperaties, naamloze vennootschappen ('**NV's**') als besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid ('**BV's**'). Op de diverse vrijstellingen van het structuurregime⁹ gaan wij niet in.

⁶ Bij BDO is de RvC ingesteld bij Stichting Aandelenbeheer BDO Groep. Hier lijkt sprake te zijn van een certificeringsstructuur. Bij Deloitte is de RvC zowel op het niveau van Coöperatief Deloitte U.A. alsook bij 100%-dochter Deloitte Holding B.V. ingesteld. Tussen beide organen bestaat een personele unie (lees: dezelfde samenstelling).

⁷ Gedurende drie jaren moet de rechtspersoon hieraan voldoen (de zogenoemde inlooperperiode).

⁸ Bij het tweede en derde criteria tellen ook de werknemers van 'afhankelijke maatschappijen' mee. Afhankelijke maatschappijen zijn onder andere vennootschappen waarin de topholding direct of indirect >50% van de zeggenschap heeft.

⁹ Zie artikel 2:63d BW (coöperatie), artikel 2:153 lid 3 BW (NV) en artikel 2:263 lid 3 BW (BV).

- 3.6 De toepasselijkheid van het structuurregime brengt kort gezegd met zich mee:
- (a) Een RvC, bestaande uit ten minste drie natuurlijke personen, is verplicht.¹⁰
 - (b) De commissarissen worden benoemd door de AVA, op voordracht van de RvC zelf.¹¹
De AVA en de ondernemingsraad hebben een aanbevelingsrecht bij elke vacature. Bij 1/3^e van de vacatures heeft de ondernemingsraad een versterkt aanbevelingsrecht.¹²
 - (c) Voor een NV of een BV¹³: de RvC benoemt, schorst en ontslaat een bestuurder¹⁴, tenzij geopteerd wordt voor een vrijstelling.¹⁵

N.B.: bij een kapitaalvennootschap zonder structuurregime benoemt/schorst/ontslaat de AVA de bestuurders.
 - (d) Het bestuur behoeft de voorafgaande goedkeuring van de RvC voor een aantal belangrijke besluiten op het gebied van het bestaan en de structuur van de rechtspersoon, financiële aangelegenheden en werkgelegenheid.¹⁶
- 3.7 Overigens kan bij een structuurvennootschap worden afgezien van de eis dat een bestuurder wordt benoemd/geschorst/ontslagen door de RvC.¹⁷ Dan wordt wel gesproken van het *gemitigeerde* structuurregime. Voor dit gemitigeerde regime kan, bijvoorbeeld, worden gekozen bij een topholding waarin uitsluitend natuurlijke personen direct of indirect (lees: partners via hun praktijk-BV) het gehele kapitaal verschaffen én die natuurlijke personen een onderlinge regeling tot samenwerking hebben (zoals een aandeelhoudersovereenkomst/algemene bepalingen). In die situatie is deze topholding niet verplicht het volledige structuurregime toe te passen en kunnen zij opteren voor de 'normale' wettelijke regeling op genoemd punt.¹⁸

¹⁰ Zie artikel 2:63f lid 1 BW (coöperatie), artikel 2:158 lid 1 BW (NV), artikel 2:268 lid 1 BW (BV).

¹¹ Zie artikel 2:63f lid 2 e.v. BW (coöperatie), artikel 2:158 lid 4 e.v. BW (NV), artikel 2:268 lid 4 e.v. BW (BV).

¹² De raad van commissarissen kan - nadat overleg met de ondernemingsraad niet tot overeenstemming heeft geleid - bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam bezwaar maken tegen de aanbevolen persoon. Als het bezwaar gegrond wordt verklaard, kan de ondernemingsraad een nieuwe aanbeveling doen.

¹³ Voor een coöperatie geldt dit niet; daar blijft de algemene vergadering bevoegd tot benoeming, schorsing en ontslag.

¹⁴ Zie artikel 2:162 BW (NV) en artikel 2:272 BW (BV).

¹⁵ Op grond van artikel 2:155/155a BW (NV) en artikel 2:265/165a BW (BV) geldt artikel 2:162/272 BW niet verplicht in genoemde gevallen (zie artikel 2:157/267 lid 2 BW). Kort gezegd ziet artikel 2:155/265 BW op een topholding binnen een internationale structuur (lees: de topholding is een groepsmaatschappij binnen een internationaal concern - hiervan *lijkt* alleen bij EY sprake van te zijn).

¹⁶ Zie artikel 2:63j BW (coöperatie), artikel 2:164 BW (NV), artikel 2:274 BW (BV).

¹⁷ Zie artikel 2:155a BW (NV) en artikel 2:165a BW en de keuze die artikel 2:157 lid 2 BW (NV) en artikel 2:267 lid 2 BW dan biedt

¹⁸ Het gevolg is dat - tóch - de algemene vergadering de bestuurders benoemt/schorst/ontslaat en niet de raad van commissarissen.

Huidige invloed van Wta op de governance van accountantsorganisaties

- 3.8 Bestuurders¹⁹ van een accountantsorganisatie – ongeacht de omvang – dienen op grond van artikel 15 Wta door de AFM te worden getoetst op betrouwbaarheid.²⁰ Bestuurders en interne toezichthouders van een accountantsorganisatie met een OOB-vergunning dienen daarnaast *geschikt* te zijn.²¹ Pas nadat AFM deze toetsingen met positieve gevolgtrekking heeft uitgevoerd, kan de benoeming worden geëffectueerd.
- 3.9 Artikel 22a Wta stelt sinds 1 juli 2018 aanvullende²² eisen aan de governance van accountantsorganisaties *met een OOB-vergunning*. Op hoofdlijnen betreft het:
- (a) de accountantsorganisatie moet een orgaan hebben dat belast is met het interne toezicht (doorgaans een RvC);
 - (b) het toezichthoudende orgaan heeft ten minste drie leden (natuurlijke personen);
 - (c) zijn leden dienen onafhankelijk te zijn ten opzichte van de bestuurders en de aandeelhouders;
 - (d) het toezichthoudende orgaan heeft in elk geval tot taak toezicht te houden op het stelsel van kwaliteitsbeheersing van de accountantsorganisatie en het adviseren van het bestuur;
 - (e) de bestuurders worden benoemd *op voordracht* van het toezichthoudende orgaan (tenzij het toezichthoudende orgaan die bevoegdheid al had op grond van het structuurregime);
 - (f) het toezichthoudende orgaan is bevoegd tot schorsing/ontslag van de bestuurders.

¹⁹ In de wet wordt gesproken van 'personen die het dagelijks beleid van de accountantsorganisatie bepalen of mede bepalen'. Hieronder worden in elk geval bestuurders verstaan. Gemakshalve wordt hierna steeds gesproken van 'bestuurders' (hoewel de definitie breder is).

²⁰ Zie ook artikel 5 lid 1 Besluit toezicht accountantsorganisaties ('BTA').

²¹ Zie artikel 16 leden 3, 4 en 5 Wta, alsmede artikel 5 Bta.

²² Lees: in aanvulling op de eisen die het Burgerlijk Wetboek reeds stelt aan een rechtspersoon, zoals een accountantsorganisatie met een OOB-vergunning.

Vergelijking van huidige governance t.o.v. governance na implementatie van de aanbeveling

- 3.10 De wijzigingen voor accountantsorganisaties ten opzichte van het huidige wettelijke systeem zijn, uitgaande van een aanbeveling die geïnspireerd is op een volledig structuurregime:

	Huidig ²³	Aanbeveling
Benoeming van bestuurders	AVA (bij OOB-vergunning: op voordracht RvC) ²⁴	RvC ²⁵
Ontslag van bestuurders	AVA (bij OOB-vergunning: ook door de RvC) ²⁶	RvC
Benoeming van commissarissen	AVA ²⁷	RvC ²⁸ (aanbevelingsrecht voor AVA en OR) ²⁹
Ontslag van commissarissen	AVA	individuele commissarissen: door OK op verzoek van: (i) RvC, of (ii) AVA ³⁰ gehele RvC: opzegging vertrouwen in gehele RvC door AVA ³¹

Gevolgen van de implementatie van de aanbeveling

- 3.11 Invoering van deze aanbeveling in de governance van een accountantsorganisatie leidt tot een belangrijke verschuiving van de zeggenschapsverhoudingen. Belangrijke

²³ Om het overzicht te bewaren, laten wij het structuurregime hier buiten beschouwing.

²⁴ Voor accountantsorganisaties met een OOB-vergunning geldt op grond van artikel 22a lid 6 Wta dat de RvC daartoe reeds bevoegd is een voordracht te doen. Indien de algemene vergadering die voordracht afwijst, doet de RvC wederom een voordracht, totdat de algemene vergadering de voordracht overneemt en benoemt.

²⁵ Vergelijk voor structuurvennootschappen artikel 2:162/272 BW op grond waarvan de RvC de bestuurders benoemt, welke benoeming niet door enige bindende voordracht kan worden beperkt. Op grond van die wetsartikelen is ook de RvC bevoegd tot ontslag.

²⁶ Voor accountantsorganisaties met een OOB-vergunning geldt op grond van artikel 22a lid 7 onder c Wta dat de RvC óók - naast de algemene vergadering - bevoegd is tot ontslag.

²⁷ Zie de Nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken 34 677, nr. 6, p. 13). Dit is niet in de Wta geregeld; hierdoor geldt het wettelijk systeem (artikel 2:142 BW voor de N.V. en artikel 2:252 BW voor de B.V.).

²⁸ Vergelijk voor structuurvennootschappen artikel 2:158/268 BW.

²⁹ De aanbevolen persoon kan gemotiveerd terzijde worden geschoven door de RvC. Voor 1/3^e van de commissarissen bestaat een versterkt aanbevelingsrecht voor de ondernemingsraad; zie artikel 2:158/268 lid 6 e.v. BW

³⁰ De Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam kan op grond van artikel 2:161/271 BW een individuele commissaris ontslaan wegens - kort gezegd - taakverwaarlozing. De AVA, RvC of ondernemingsraad kunnen daartoe een verzoek indienen.

³¹ Op grond van artikel 2:161a/271a BW kan de AVA het vertrouwen in de RvC opzeggen, hetgeen leidt tot het ontslag van alle commissarissen. De OK kan dan tijdelijk voorzien in commissarissen.

zeggenschap verschuift van de partnervergadering (de AVA) naar het interne toezichthoudende orgaan dat immers (nog) meer of volledige invloed krijgt op de benoeming van het bestuur als beleidsbepalende orgaan.

- 3.12 Verder creëert deze aanbeveling afstand tussen de partnervergadering en het bestuur in de zin dat de partnervergadering niet langer door middel van uitoefening van het benoemings- en ontslagrecht *directe* invloed op de samenstelling en het gedrag van het bestuur heeft. Deze verschuiving van zeggenschap kan bijdragen aan de opdracht van het bestuur van een accountantsorganisatie om zich te richten naar het (lange termijn) belang van de onderneming, met inachtneming van de belangen van de andere stakeholders (met in het bijzonder het publieke belang van een goede controlekwaliteit).

Wij doen hierbij de aanname dat in de huidige governance van accountantsorganisaties – waarbij de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van bestuurders toekomt aan de partnervergadering – het reële risico schuilt van partners/aandeelhouders die bij de uitoefening van hun zeggenschapsrechten het eigen korte termijn financieel belang laten prevaleren boven het lange termijn belang van de accountantsorganisaties en het publiek belang van een goede controlekwaliteit.

- 3.13 Wij wijzen voorts op enkele aspecten die mogelijk verbonden zijn aan deze aanbeveling:
- (a) De afstand tussen het bestuur en de partners (de 'eigenaren') neemt toe en niet goed voorspelbaar is tot welke dynamiek dat leidt binnen accountantsorganisaties.
 - (b) Ervan uitgaande dat het winstaandeel van bestuurders vergelijkbaar is met dat van partners³² blijft bovenstaande prikkel onverkort gelden op het niveau van het bestuur³³.
 - (c) Binnen de professional service firms, waaronder accountantsorganisaties, bestaat de wens om een noodrem te hebben voor de partners – als eigenaren – om in te grijpen in het bestuur van hun onderneming.
- 3.14 Hier moet wel worden opgemerkt dat de te verwachten effecten in de praktijk vermoedelijk wel zullen meevallen. Zo is bij veertien van de dertig onderzochte accountantsorganisaties reeds sprake van een toezichthoudend orgaan dat een bevoegdheid heeft (een voordrachtsrecht of een beslissingsbevoegdheid) bij de benoeming van een bestuurder. Ook ten aanzien van ontslag van een bestuurder heeft het toezichthoudende orgaan in een aantal gevallen een zelfstandige³⁴

³² De vraag is of het reëel is om de beloning van bestuurders los te koppelen van de partnerbeloning.

³³ Overigens zou dat gemitigeerd kunnen worden door de bevoegdheden van de RvC: de RvC dient hierop toe te zien en in een voorkomend geval in te grijpen (met als ultimum remedium: ontslag).

³⁴ Wel berust deze bevoegdheid in een aantal gevallen óók (zelfstandig) bij de AVA.

ontslagbevoegdheid.³⁵ De accountancysector is dan ook niet onbekend met deze aanbeveling.

Onafhankelijkheids- en geschiktheidseisen

- 3.15 Wij begrijpen verder dat de commissie aanbeveelt om de onafhankelijkheids- en geschiktheidseisen zoals die nu reeds gelden voor (bestuurders en) interne toezichthouders van accountantsorganisaties met een OOB-vergunning (zie artikel 16 leden 3-5 en artikel 22a lid 4 Wta) breder te trekken. Dit past binnen een brede (inter)nationale trend. Wij achten het goed verdedigbaar dat eisen op het vlak van onafhankelijkheid en geschiktheid de kwaliteit van het toezicht ten goede komen.

Goedkeuring van bestuursbesluiten

- 3.16 Onderdeel van de aanbeveling is ook dat specifieke bestuursbesluiten de goedkeuring behoeven van de RvC. Bij de desbetreffende bestuursbesluiten, waarbij aangesloten kan worden bij het structuurregime (artikel 2:164/274 BW), merken wij op dat bezien zal moeten worden in hoeverre er overlap bestaat met de Wta en Bta ten aanzien van de aldaar reeds genoemde besluiten. Ook moet de vraag worden gesteld in hoeverre accountantsorganisaties zich lenen voor overeenkomstige toepassing van genoemde besluiten (een structuurvennootschap en een accountantsorganisatie zijn uiteraard niet in alle opzichten gelijk aan elkaar).

De gedachte van de boek 2 BW wetgever was dat door ingrijpende bestuursbesluiten onder controle van de RvC te brengen, een evenwichtige afweging van de bij die besluiten betrokken belangen beter gewaarborgd is. Voor accountantsorganisatie – van een bepaalde omvang – kan hetzelfde gelden.

Wij geven in overweging – in aanvulling op artikel 2:164/274 BW – voor te schrijven dat winstuitkeringen/reserveringen de goedkeuring van de RvC behoeven.

Hierbij merken wij op dat onze ervaring is dat bij veel *professional service firms* – waaronder accountantsorganisaties – de beloningssystematiek van partners via bevoorschotting verloopt. Jaarlijks wordt vooraf het 'winstdeel' begroot en wordt, bijvoorbeeld, 60 of 70% daarvan als voorschot uitgekeerd, veelal als een aansluitingsvergoeding.³⁶ De resterende 40 of 30% wordt uitgekeerd na vaststelling van de jaarrekening. De winst (en dividenduitkeringen) worden zo beperkt mogelijk gehouden.³⁷

Met het oog hierop zal de goedkeuring van de RvC op dit vlak ruim geformuleerd moeten worden, zodat die ook betrekking heeft op de begroting en bevoorschotting van aansluitingsvergoedingen en vergelijkbare structuren.

³⁵ Bijvoorbeeld bij KPMG N.V., Holding PricewaterhouseCoopers Nederland B.V., Stichting Aandelenbeheer BDO Groep, Flynth Holding N.V. en Alfa Top-Holding B.V.

³⁶ De praktijkvennootschap van elke partner gaat met de topholding een aansluitingsovereenkomst aan. De praktijkvennootschap ontvangt als vergoeding voor de terbeschikkingstelling van de partner aan de topholding (organisatie) een aansluitingsvergoeding.

³⁷ Hierover worden vaak afspraken met de fiscus gemaakt.

Lex specialis in de Wta

- 3.17 Specifieke regels omtrent de benoeming, samenstelling en taken van de RvC kunnen in de Wta worden opgenomen als *lex specialis*.³⁸ Door middel van een functionele benadering kan worden aangesloten bij de systematiek van artikel 22a Wta. De nadruk ligt hierbij op de bevoegdheden die een bepaald toezichthoudend orgaan binnen een organisatie dient te krijgen, zonder voor te schrijven dat dit een RvC moet zijn. Op deze manier kunnen andere rechtsvormen dan de BV en de NV – evenals buitenlandse rechtsvormen – eenvoudiger onder de reikwijdte van het regime geplaatst worden.³⁹
- 3.18 Ten aanzien van de taken die het desbetreffende interne toezichthoudende orgaan moet krijgen, kan afgeweken worden van Boek 2 BW. Zo kan men denken aan uitgebreidere goedkeuringsbevoegdheden, bijvoorbeeld ten aanzien van de winstuitkering aan de partners en belangrijke investeringsbeslissingen (zie randnummer 2.2.(c)). Op deze manier kan tegemoet gekomen worden aan de specifieke zorgen die momenteel bestaan ten aanzien van de uitvoering van de wettelijke controletaken door accountantsorganisaties.
- 3.19 Ook zou de wetgever in de Wta de personen die zitting nemen in een dergelijk orgaan een expliciete wettelijke missie mee kunnen geven. Op deze manier kan de wetgever bijvoorbeeld aan commissarissen de verplichting geven om de gevolgen van een besluit op de kwaliteit van de wettelijke controles steeds te betrekken in de besluitvorming en daarbij te maken belangenafwegingen.

Invoering

- 3.20 De effectiefste manier om deze maatregel toe te passen zou zijn door die onderdeel te maken van de vergunningseisen. Immers, zonder vergunning van de AFM is het verboden om wettelijke controles te verrichten.⁴⁰ De AFM zou dan als poortwachter kunnen toetsen of voldaan is aan het governance-model.
- 3.21 Echter, de route van een (Nederlandse) AFM-vergunning is niet de enige manier om toegang te krijgen tot de Nederlandse accountancymarkt. Auditkantoren gevestigd in andere EU-lidstaten behoeven geen AFM-vergunning te hebben.⁴¹ De voorschriften die zijn verbonden aan een Nederlandse AFM-vergunning zullen hen derhalve niet raken. Het verplicht stellen van een Nederlandse AFM-vergunning voor deze auditkantoren is hoogstwaarschijnlijk niet in overeenstemming met de specifieke Europese regels over het vrij verkeer van vestiging en diensten en de Europese regelgeving omtrent de

³⁸ Benoeming en ontslag van bestuurders door een RvC betekent immers afwijking van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek op grond waarvan voor niet-structuurvennootschappen – kort gezegd – de bestuurders worden benoemd en ontslagen door de algemene vergadering (zie artikel 2:242 en 2:244 BW).

³⁹ Kamerstukken II, 2016-2017, 34 677, nr. 3, p. 6.

⁴⁰ Zie artikel 5, lid 1 Wta.

⁴¹ Zie artikel 5, lid 2 onder d Wta.

accountancysector⁴² en het vennootschapsrecht in meer algemene zin.⁴³ Het verplicht stellen van een Nederlandse AFM-vergunning voor auditkantoren uit andere EU-lidstaten lijkt dan ook niet realiseerbaar.

- 3.22 Dit hoeft echter niet een onoverkomelijk probleem te zijn. Het risico dat Nederlandse accountantskantoren hun Nederlandse AFM-vergunning in zullen leveren en zich vervolgens via een andere EU-lidstaat op de Nederlandse markt zullen begeven lijkt vooral een theoretische mogelijkheid. De aard van het accountantsberoep, wat vereist dat een accountant bekend is met de nationale wet- en regelgeving op het vlak van vennootschapsrecht, belastingrecht en sociale zekerheidsrecht, brengt met zich mee dat het niet eenvoudig is om zonder grote inspanningen in een andere EU-lidstaat te voldoen aan de vakbekwaamheidsvereisten. Voor de grotere accountantsorganisaties nemen wij aan dat reputationele overwegingen ertoe zullen leiden dat zij niet 'via een *loophole*' de Nederlandse markt zullen willen betreden. Bovendien blijkt dat de grotere accountantsorganisaties in Nederland reeds een toezichthoudend orgaan hebben, waardoor de verplichtstelling van een RvC weinig bezwaarlijk lijkt voor deze organisaties (zie de [bijlage](#)).⁴⁴

Wel zullen – waarschijnlijk – bestaande statuten aangepast moeten worden. Voor accountantsorganisaties zonder OOB-vergunning – waarvoor de RvC verplicht wordt gesteld – zullen ook geschiktheids-/onafhankelijkheidseisen moeten gaan gelden. Dat *kan* ertoe leiden dat zittende commissarissen niet langer in functie kunnen blijven wegens ongeschiktheid. Dat kan als bezwaarlijk worden ervaren.

- 3.23 Het enkele gegeven dat het structuurregime bezwaarlijk kan worden opgelegd aan auditkantoren gevestigd in andere EU-lidstaten hoeft er ons inziens niet toe te leiden dat van deze maatregel moet worden afgezien.

Europeesrechtelijke aandachtspunten bij implementatie van de aanbeveling

- 3.24 In geval van implementatie van de aanbeveling ten aanzien van Nederlandse vergunninghouders moet desalniettemin wel rekening worden gehouden met Europees recht, in het bijzonder met de Dienstenrichtlijn.⁴⁵ Hoofdstuk III van deze richtlijn is namelijk tevens van toepassing in zuiver interne (Nederlandse) situaties.⁴⁶

⁴² Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2006 betreffende de wettelijke controles van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen, tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 84/253/EEG van de Raad.

⁴³ Zie in dat verband met name Richtlijn (EU) 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht. Vgl. in die zin ook HvJ EG 30-09-2003, ECLI:EU:C:2003:512 (Inspire Art, Inspire Art Ltd).

⁴⁴ Uiteraard zal de mate van bezwaarlijkheid afhangen van de concrete bevoegdheden die worden toegekend aan de RvC in de Wta.

⁴⁵ Hoofdstuk III, Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt. HvJ EU 30-01-2018, ECLI:EU:C:2018:44 (College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort tegen X BV), para. 105.

⁴⁶ Zie HvJ EU 30-01-2018, ECLI:EU:C:2018:44 (Visser Vastgoed Beleggingen BV).

- 3.25 De Dienstenrichtlijn stelt eisen aan het vergunningstelsel als zodanig (artikel 9), de specifieke vergunningsvoorwaarden (artikel 10) en de vergunningsprocedures (artikel 13). In het bijzonder zal een verzwaring van de vergunningseisen moeten voldoen aan de volgende in artikel 10 van de Dienstenrichtlijn gestelde eisen: (i) de gestelde voorwaarden mogen niet-discriminatoir zijn, (ii) moeten gerechtvaardigd zijn om dwingende redenen van algemeen belang en (iii) moeten evenredig zijn met die reden van algemeen belang (proportionaliteit).
- 3.26 De bewijslast dat aan deze voorwaarden is voldaan, ligt bij de lidstaat. Alvorens dit onderzoek te doen is het van belang om de invulling van de maatregel nader uit te werken. Elementen die hierbij een rol spelen zijn:
- bij welke grens moet een accountantsorganisatie voldoen aan het 'structuurregime'?
 - welke bevoegdheden zal de RvC krijgen? Zal dit vooral zien op de benoeming en het ontslag van bestuurders of krijgt de RvC tevens verdergaande goedkeuringsbevoegdheden, bijvoorbeeld ten aanzien van besluiten omtrent winstuitkering aan de partners en belangrijke investeringsbeslissingen (waarbij goedkeuring – in beide gevallen – bijvoorbeeld onthouden kan worden als dat ten koste gaat van de wettelijke controletaken)?
- 3.27 Afhankelijk van de exacte invulling van de maatregel zijn wij van mening dat het verplicht stellen van bepaalde governance-eisen deze richtlijntoets onder de nog vast te stellen concrete regeling zou kunnen doorstaan. Hierbij nemen wij in ogenschouw dat in de aanbeveling met name aansluiting wordt gezocht bij een reeds bestaand governance-model, te weten die van het structuurregime uit Boek 2 BW. Verder geldt dat een aanzienlijk deel van de grotere accountantsorganisaties reeds een RvC heeft, waardoor de consequenties van deze maatregel beperkt zullen zijn. De bezwarende aard van de maatregel zal dan met name gelegen zijn in de mogelijke extra bevoegdheden die de RvC krijgt en de vraag of commissarissen in de nieuwe situatie nog voldoen aan de eisen van onafhankelijk/geschiktheid.
- Voor accountantsorganisaties die nog geen RvC hebben, zijn de consequenties ingrijpender. Echter, uit onderzoek blijkt dat er een positief verband bestaat tussen de versterking van de governance in een accountantsorganisatie en de kwaliteit van wettelijke controles.⁴⁷ Daarnaast moet rekening gehouden worden met het feit dat accountantsorganisaties, groot en klein, een belangrijke rol vervullen in het maatschappelijk en economisch verkeer. Aangezien de problemen binnen de accountancysector zich niet beperken tot enkel de grote kantoren is het – in het licht van het zwaarwegende publieke belang – naar ons inzicht gerechtvaardigd om tevens kwaliteitsbevorderende maatregelen te treffen ten aanzien van een grotere groep accountantsorganisaties.

⁴⁷ Zie voetnoot 1.

4 **Gebod op gescheiden winstverdeling/verbod op *profit pooling***

- 4.1 Verder is gevraagd het juridisch kader van gescheiden winstverdeling/*profit pooling* te schetsen.
- 4.2 In het Verenigd Koninkrijk is de gedachte ontwikkeld om de audit- en non-audit activiteiten van accountantsorganisaties juridisch te separeren binnen één groep. Hierbij wordt tevens gedacht aan audit-only firms, dan wel een verbod van *profit pooling* voor accountantsorganisaties die zowel audit- als non-auditactiviteiten uitvoeren. Ook de MCA heeft in haar recente eindrapportage aanbevolen dat sprake zal moeten worden van gescheiden winstverdeling. Deze paragraaf adresseert deze gedachtes aan de hand van het Nederlandse recht en het Europese recht.
- 4.3 De gedachte van gescheiden winstverdeling baseert zich op een economische redenering. Gesteld wordt dat de wettelijke controleactiviteiten alleen transparant en onafhankelijk kunnen worden uitgevoerd, wanneer deze activiteiten volledig geprijsd zijn. Deze volledige beprijzing kan niet bestaan wanneer audit-activiteiten worden gefinancierd via kruissubsidiëring vanuit de advies/consultancy-activiteiten van een accountantsorganisatie. Teneinde de wettelijke controletaken financieel op eigen benen te laten staan, zouden deze kruissubsidies moeten eindigen. Dit vergt een economische, en daarmee juridische, separatie van wettelijke controletaken en niet-wettelijke adviestaken.
- 4.4 Deze economische separatie kan worden vormgegeven door een operationele en juridische *split* tussen audit-activiteiten en non-audit activiteiten (bijvoorbeeld door het creëren van aparte werkmaatschappijen onder één houdstermaatschappij). Deze *split* bestaat (doorgaans) al in Nederland op het niveau van de werkmaatschappijen, maar zou in het Verenigd Koninkrijk een nog in te voeren maatregel zijn.
- 4.5 Een operationele *split* in aparte werkmaatschappijen betekent op zichzelf niet dat er sprake is van een economische separatie van wettelijke controletaken en adviestaken van de accountantsorganisaties. Om een daadwerkelijke economische *split* door te voeren, moet juridisch een scheiding worden doorgevoerd, tot en met het hoogste eigenaarsniveau van de relevante accountantsorganisaties (de partners) en zal geregeld moeten worden op welke wijze de winst van de verschillende activiteiten over de verschillende eigenaars kan en mag worden verdeeld.
- 4.6 Deze juridische en economische *split* kan op verschillende wijzen worden bewerkstelligd. De wet zou kunnen bepalen dat accountants geen aandeelhouder kunnen zijn in het non-auditbedrijf wanneer zij zelf wettelijke controles uitvoeren en *vice versa*. Ook kan worden gedacht aan een figuur van letteraandelen, zodat er nog wel sprake is van één juridische organisatie met een audit- en een non-auditwerkmaatschappij, maar dat de winstverdeling op eigenaarsniveau bij wijze van letteraandelen wordt vormgegeven (*tracking stock*). Auditpartners krijgen dan

winstuitdeling uit de auditwinsten. Non-auditpartners krijgen dan winstuitdeling uit de non-auditactiviteiten. Bij dergelijke splitsing zou ook de regel moeten bestaan dat er een verbod is op kruislings deelnemen in de verschillende activiteiten van de accountantsorganisatie. Bij verplichtstelling van een conventionele juridische splitsing ontstaan twee aparte, zelfstandige organisaties, waarmee kruissubsidiëring door middel van winstverdeling ook effectief wordt voorkomen.

Deze maatregel laat overigens onverlet dat er *de facto* kruissubsidiëring plaats kan vinden op andere manieren, denk hierbij aan kunstmatig hoge/lage vergoedingen voor het gebruik van handelsnaam en/of -logo, huur et cetera.

- 4.7 De voordelen van het juridisch en economisch separeren van de verschillende activiteiten zouden liggen op het gebied van kwaliteit, onafhankelijkheid, cultuur, transparantie en vertrouwen.
- 4.8 Het spreekt voor zich dat een wettelijke verplichting voor accountantsorganisaties om zich te splitsen in een audit-accountantsorganisatie en een non-audit-accountantsorganisatie zonder economische kruisverbanden, dan wel een wettelijk verbod om als aandeelhouder van een accountantsorganisatie winst te genieten afkomstig uit de 'andere' activiteit, een vorm van regulering van eigendom is. Regulering van eigendom is gebonden aan verdragsrecht.

Juridische haalbaarheid

- 4.9 Regulering van eigendom is op zichzelf mogelijk door middel van wetgeving. Het Eerste Protocol van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens ('**EVRM**'), dat eigendom beschermt, verlangt daarvoor een adequate en afdoende rechtvaardiging.
- 4.10 Daarbij zal de nadruk liggen op de volgende eisen:
- er moet een voldoende rechtvaardiging zijn voor het ingrijpen;
 - de in te voeren maatregel moet geschikt zijn en;
 - evenredig zijn (*fair balance*) aan het daarmee te bereiken doel.
- 4.11 De rechtvaardiging lijkt in dit geval te zijn gelegen in de economische theorie dat bij het beëindigen van kruisbestuiving vanuit de adviesactiviteiten de auditactiviteiten onafhankelijker, beter geprijsd en daarmee betrouwbaarder zullen worden. In het kader van artikel 1 Eerste Protocol EVRM is het in de eerste plaats aan de wetgever om te bepalen of het algemeen belang gediend is bij een maatregel die eigendom reguleert. De wetgever heeft op dit vlak een wijde beoordelingsmarge.⁴⁸

⁴⁸ EHRM, 25-10-2012, *Vistiņš and Perepjolkins v. Latvia*, para. 106. EHRM, 13-12-2016, *Bélané Nagy v. Hungary*, par. 113.

- 4.12 Zien wij het goed dan blijkt uit een literatuurstudie van de Erasmus Universiteit dat het empirisch bewijs niet eenduidig is.⁴⁹ Zou sprake zijn van het ontbreken van empirisch bewijs dat een dergelijke juridische en economische splitsing inderdaad zou leiden tot betere uitvoering van de wettelijke controletaken, waarmee een groot maatschappelijk belang is gemoeid, dan zou een dergelijke wettelijke regeling ons inziens mogelijk wel kwetsbaar zijn. In dat geval staan - bij het ontbreken van empirisch bewijs - immers zowel de afdoende rechtvaardiging als de geschiktheid van de regulering niet vast.
- 4.13 De evenredigheidstoets is verder een serieus aandachtspunt. Dat vergt een gedegen onderzoek naar de impact van de maatregel waarbij de volgende vragen beantwoord zullen moeten worden:
- Wat betekent de maatregel voor accountantsorganisaties en de aandeelhouders van accountantsorganisaties?
 - De verwachting is dat deze maatregel een significante negatieve impact kan hebben op de inkomstenstromen van audit-partners. Deze aanname hoeft echter niet per definitie correct te zijn. Immers, als er geen sprake meer kan zijn van kruissubsidiëring worden audit-diensten wellicht beter geprijsd waardoor de inkomenseffecten enigszins verzacht wordt.
 - Hoe wordt tegemoet gekomen aan diegenen die gedupeerd worden door dit verbod?
 - Zijn er flankerende maatregelen mogelijk en wil men daar financiële middelen voor beschikbaar stellen?
 - Naast financiële middelen kan men in dit verband eventueel ook denken aan de invoering van een overgangstermijn, waardoor de financiële gevolgen in de tijd 'uitgesmeerd' kunnen worden.⁵⁰
- 4.14 De vraag of een maatregel evenredig is (*fair balance*) wordt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ('**EHRM**') doorgaans indringender getoetst dan het vereiste dat een maatregel gerechtvaardigd moet zijn omwille van het algemeen belang.
- 4.15 Een relevante vraag in dit verband is of er minder ingrijpende maatregelen zijn die hetzelfde effect sorteren.⁵¹ Overigens hoeft in een dergelijk geval nog geen sprake te zijn van een schending van artikel 1 Eerste Protocol EVRM, indien tóch voor het ingrijpendere middel wordt gekozen.⁵² Dat laat onverlet dat bij *profit pooling* de evenredigheidstoets een serieus aandachtspunt blijft.

⁴⁹ E. Maasland, Literatuurstudie naar kwaliteitsverbeterende maatregelen in de accountancysector (ECRI, 2019).

⁵⁰ Vergelijk bijvoorbeeld de rechtspraak over het verbod op de pelsdierhouderij (HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888).

⁵¹ Zie bijvoorbeeld: EHRM, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia, 08-03-2012, paras. 651-654. EHRM, Vaskrsić v. Slovenia, 25-07-2017 para. 83.

⁵² EHRM, *James and Others v. United Kingdom*, 21-02-1986, para. 51.

Zo hebben verschillende commissies en toezichhouders in binnen- en buitenland in de afgelopen jaren verschillende aanbevelingen gedaan met het oog op een verbetering van de kwaliteit van wettelijke controles. Daarbij is het verbod van *profit pooling* en het in dat kader splitsen van accountantsorganisaties in zelfstandige audit- en non-audit-kantoren een zeer vergaande maatregel. In het licht van het voorgaande twijfelen wij of het verbod op *profit pooling* de evenredigheidstoets kan doorstaan.
