

**REACTIE INTERNETCONSULTATIE
DLA PIPER NEDERLAND N.V.**

Aan	Ministerie van Economische Zaken
Betreft	Reactie op de wetwijziging toekomst van de accountancysector
Van	Mr. dr. M. Holtzer en mr. H.P. Kasteel
Datum	15 september 2021

1. Inleiding

Met interesse hebben wij kennisgenomen van het consultatiedocument van het Ministerie van Economische Zaken ("EZ"), getiteld: 'Wijziging van enkele wetten op het terrein van de accountancy in verband met maatregelen om de kwaliteit van de wettelijke controle duurzaam te verbeteren (Wet toekomst accountancysector)' (hierna: het "**Wetsvoorstel**").

2. Governance

Benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen

Eén van de aanbevelingen van de Commissie Toekomst Accountancysector (hierna: de "**CTA**") in haar rapport van 15 januari 2020 'Vertrouwen op controle' (hierna: het "**Rapport**") is om een regime geïnspireerd op het structuurregime in te voeren bij accountantsorganisaties met een vergunning voor het verrichten van controles bij organisaties van openbaar belang (hierna: "**OOB**") en grote niet OOB-accountantsorganisaties.¹

In het Wetsvoorstel is de aanbeveling van de CTA in zijn algemeenheid overgenomen. Wij merken op dat in het Wetsvoorstel geen regeling is opgenomen die een wijziging brengt in de huidige regeling van ontslag en benoeming van het bestuur en de raad van commissarissen (hierna: de "**RvC**") van accountantsorganisaties.

In de huidige regeling die geldt voor accountantsorganisaties, komen alle governancebevoegdheden toe aan de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: de "**AvA**"), lees de partners. Voor OOB-accountantsorganisaties is er een aantal verschillen. De bestuurders van OOB-organisaties worden op voordracht van de RvC benoemd door de AvA en het ontslag van bestuurders is naast de bevoegdheid van de AvA, ook de bevoegdheid van de RvC.² De huidige regeling bevat geen speciale bepalingen voor OOB-accountantsorganisaties over de benoeming of ontslag van de (leden van de) RvC. Hierdoor geldt de regeling die op B.V.'s en N.V.'s van

¹ Het Rapport, p. 55.

² Artikel 22a lid 6 en lid 7 Wet toezicht accountantsorganisaties (hierna: **Wta**).

toepassing is, die inhoudt dat de AvA bevoegd is tot benoeming en ontslag van de RvC.³

Bij ‘gewone’ vennootschappen waarop het volledige structuurregime van toepassing is, geldt dat uitsluitend de RvC bevoegd is tot benoeming en ontslag van het bestuur. De wetgever heeft destijds bewust voor die constructie gekozen om ervoor te zorgen dat belangrijke beslissingsmacht over het bestuur van de vennootschap (*power to control*) wordt verlegd van de AvA naar het toezichthoudend orgaan, de RvC. Een dergelijke governanceverschuiving zou ook hier kunnen, of zelfs moeten, worden overwogen.

De CTA heeft, voorafgaand aan het uitbrengen van het Rapport, de juridische mogelijkheid om besluitvorming over benoeming en ontslag van het bestuur en de RvC krachtens het volledige structuurregime laten onderzoeken. Dit heeft geleid tot het advies van Pels Rijcken.⁴ Het advies gaat uit van een aanbeveling van een gewijzigde governancestructuur bij OOB-accountantsorganisaties en grote accountantsorganisaties gebaseerd op het volledig structuurregime en concludeert dat dit goed mogelijk is. Dit advies is ook als bijlage bij het Rapport gevoegd.

Wij denken dat benoemingsbevoegdheden en ontslagbevoegdheden krachtens het volledige structuurregime belangrijk zijn om de doelen uit het Rapport te verwezenlijken. Anders gezegd: het Wetsvoorstel zou een regeling moeten inhouden die voorziet in benoeming en ontslag van bestuurders door de RvC, niet de algemene vergadering.

Hiermee wordt namelijk een governanceverschuiving van de partners naar een onafhankelijke raad van commissarissen bewerkstelligd, waardoor een sterkere mate van evenwicht ontstaat tussen beiden organen, zoals dat ook bij grote vennootschappen onder Nederlands recht gebruikelijk is. De door ons bepleitte governanceverschuiving kan ook bevorderlijk zijn voor het streven naar langetermijninvesteringen, omdat een bestuur in functie treedt dat niet met een dreiging van ontslag van de partners te kampen heeft.

Positie ondernemingsraad, versterkt aanbevelingsrecht

Het structuurregime, zowel het volledige als het verlichte, voorziet daarnaast in een versterkt aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad voor een derde van de leden van de RvC. Wij zien de toegevoegde waarde van het aanbevelingsrecht ook bij accountantsorganisaties.

In het Wetsvoorstel wordt aan die regeling en de positie van de ondernemingsraad geen aandacht besteed. Het lijkt ons zinvol om dat wel te

³ Ervanuit gaand dat het structuurregime niet van toepassing is.

⁴ Zie hiervoor het juridisch advies van Pels Rijcken, te vinden via:

<https://www.accountant.nl/globalassets/accountant.nl/cta--en-mca-rapporten/bijlage-bij-rapport-vertouwen-op-controle-advies-landsadvocaat-2020-01-30.pdf>.

doen en een regeling over het versterkt aanbevelingsrecht te introduceren, of minstens deugdelijk te motiveren waarom dat niet wordt gedaan.

Dit klemmt temeer nu de problemen binnen de accountancysector volgens het Rapport mede worden veroorzaakt door een te hoge werkdruk en de afwezigheid van een goede *work-life balance*. Daarnaast wordt vastgesteld dat het momenteel moeilijk is voor de betrokken partijen om inzicht te krijgen in de cultuur van de organisatie, waarbij de bestuurders en RvC mede worden geduid als betrokken partijen.⁵ Een versterkt aanbevolen commissaris door de ondernemingsraad zou een deel van de oplossing kunnen vormen bij het verhelpen van de hierboven genoemde problematiek, en de ondernemingsraad als belangrijke stakeholder een plaats geven in het debat.

Juridische conflicten

Overigens staat zelfs de toepassing van het structuurregime niet in de weg aan conflicten over het toezicht bij een accountantsorganisatie. Dit blijkt uit een onlangs verschenen uitspraak van de Ondernemingskamer over een governanceconflict bij accountantsorganisatie Flynth.⁶ De AvA van Flynth heeft daar het vertrouwen in de RvC opgezegd. De leden van die raad hebben zich daar niet tegen verzet. Met name heeft de RvC geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een kort geding of een enquêteprocedure te starten, waardoor de algemene vergadering gebruik kon maken van het collectief heenzendrecht van de RvC.⁷

Het conflict bij Flynth, zo blijkt uit de pers, is veroorzaakt door frictie tussen de RvC enerzijds en de directie en aandeelhouder anderzijds, waarbij de RvC heeft ingezet op meer investeringen in de toekomst. Het bestuur en aandeelhouder hebben zich hiertegen verzet omdat deze 'actieve' houding van de RvC niet bij een organisatie zoals Flynth paste.⁸ Dat betekent dat, ook bij toepassing van het volledig structuurregime, van een RvC van een accountantsorganisatie kracht en doorzettingsvermogen mag worden verlangd. De RvC heeft naar huidig recht voldoende juridische middelen tot zijn beschikking heeft om pogingen van de partners een te actieve raad te beknotten tegen te gaan, en desnoods door de rechter te laten beteugelen.

3. Diversiteit

Wij stellen vast dat het Wetsvoorstel geen initiatief toont tot het verbeteren van diversiteit binnen de raden van commissarissen bij accountantsorganisaties.

De Nederlandse Beroepsorganisatie voor Accountants ("NBA") heeft in juli 2021 nog een formeel standpunt ingenomen dat diversiteit vanzelfsprekend

⁵ Het Rapport, p. 72.

⁶ Gerechtshof Amsterdam, 3 mei 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1706.

⁷ Deze mogelijkheid bestaat blijkens artikel 2:346 lid 2 BW.

⁸ Zie hierover uitgebreider: <https://www.accountant.nl/nieuws/2021/8/fd-conflict-binnen-flynth-is-een-botsing-van-culturen/>

moet zijn.⁹ Dit Wetsvoorstel geeft geen blijk van erkenning van dit standpunt. Wij begrijpen dat de AFM zich bezig zal houden met de samenstelling van de RvC's. Indien het Wetsvoorstel wordt ingevoerd zonder veranderingen zijn er geen regels die voorschrijven dat er een minimaal aantal leden mannelijk en vrouwelijk moeten zijn.

De CTA heeft het Rapport vastgesteld dat het moeilijk is gebleken om de accountancysector van binnenuit te veranderen, mede omdat de samenstelling binnen de kantoren weinig divers is en voornamelijk bestaat uit mannelijke, witte accountants.¹⁰ Daarnaast wordt er opgemerkt dat meer diversiteit als een van de oplossingen wordt gezien voor een cultuurverandering binnen de accountancysector. Voor verandering beveelt de CTA het volgende aan:

*'Veranderaanpak niet te veel baseren op vragenlijsten en zelfevaluaties; meer buitenstaanders, diversiteit en inclusiviteit zijn voor de veranderaanpak van belang.'*¹¹

Voor verandering zijn er dus buitenstaanders, diversiteit en inclusiviteit nodig. het Wetsvoorstel is een mogelijkheid om deze veranderingen te brengen op bestuurlijk niveau.

Wij zouden bijvoorbeeld kunnen denken aan een regeling zoals die van artikel 2:166/276 BW, die een streefcijfer voorschrijft voor grote NV's en BV's over een evenwichtige verdeling van de zetels binnen de RvC over mannen en vrouwen. In beginsel werkt het streefcijfer met het 'pas toe of leg uit'-beginsel, dit volgt uit artikel 2:391 lid 7 BW. Indien het streefcijfer niet wordt gehaald moet in het bestuursverslag worden uitgelegd waarom het niet is gelukt en wat de vennootschap heeft gedaan om het streefcijfer te halen en hoe de vennootschap denkt dit streefcijfer in de toekomst wel te halen.¹²

4. Aansprakelijkheid accountants

De VEB heeft in haar reactie van 27 juli 2021 op het Wetsvoorstel voorgesteld om op individueel niveau een boete in te stellen als de wettelijke controles niet naar behoren zijn uitgevoerd. De boete zou moeten worden uitgedeeld door de AFM.

Het lijkt ons niet nodig om nog een sanctie-instrument toe te voegen aan het huidige arsenaal. Het is immers al mogelijk om een tuchtklacht in te dienen en een accountant en/of het accountantskantoor via een civiele procedure aansprakelijk te stellen. Het toevoegen van nog meer sancties heeft geen toegevoegde waarde en werkt bovendien een risicomijdende angstcultuur in de hand.

⁹ Zie hiervoor het standpunt van de NBA van 7 juli 2021, te vinden op: <https://www.nba.nl/over-de-nba/standpunten-nba/?open=inclusie--diversiteit>.

¹⁰ Het Rapport, p.80.

¹¹ Het Rapport, p.81.

¹² Zie hiervoor uitgebreider: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/349 en 350.

Van Amsterdam en Van Rijswijk hebben zich reeds uitgebreider tegen dit voorstel van de VEB uitgesproken in hun bijdrage '*Bange accountants dragen niet bij aan betere jaarrekeningcontroles*'.¹³

5. Aanwijzing accountants

Het Wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid voor de NBA om een accountant aan te wijzen voor controleplichtige partijen die zelf geen accountant kunnen vinden.¹⁴ Voor controleplichtige entiteiten die geen accountant kunnen vinden lijkt dit een welkome oplossing.

Het is op basis van het Wetsvoorstel nog onduidelijk op grond van welke criteria de NBA een accountant zal aanwijzen. Kan dit bijvoorbeeld een accountant zijn die de betreffende cliënt al eerder heeft afgewezen? Verder is het ook niet duidelijk welke controleplichtige entiteiten in aanmerking komen om een accountant aangewezen te krijgen. Een entiteit moet volgens de toelichting bij het Wetsvoorstel 'redelijke en tijdige inspanningen' hebben geleverd om zelf een accountant te vinden, de toelichting bij het Wetsvoorstel bevat hierover geen nadere uitleg. Het initiatief is daarover onzes inziens te weinig concreet. Wij zouden in ieder geval willen voorstellen om de criteria voor welke entiteiten de aanwijzingsmogelijkheid geldt aan te scherpen.

6. Conclusie

Het Wetsvoorstel is in onze ogen een stap in de goede richting, maar kan op een aantal punten worden aangevuld, geconcretiseerd en uitgediept.

Wij stellen voor om de volgende punten in het Wetsvoorstel op te nemen: (i) invoering van de bevoegdheid van de RvC tot benoeming en ontslag van het bestuur en een versterkt aanbevelingsrecht voor de ondernemingsraad voor de samenstelling van de RvC, (ii) een regeling voor diversiteit binnen de RvC's van accountantsorganisaties en tot slot (iii) een concretisering van de regeling over het aanwijzen van een accountant.

Met deze reactie hopen wij voldoende handvatten te hebben verschaft voor een verdere en betere uitwerking van het Wetsvoorstel. Wij zijn uiteraard bereid om nadere toelichting te geven op onze reactie.

¹³ Zie hiervoor de bijdrage van Lars van Amsterdam en Jan van Rijswijk:

<https://www.accountant.nl/discussie/opinie/2021/8/bange-accountants-dragen-niet-bij-aan-betere-jaarrekeningcontroles/>

¹⁴ De aanwijsplicht doet een beetje denken aan artikel 13 Advocatenwet, op grond waarvan de deken een advocaat kan aanwijzen voor een rechtzoekende die niet of niet tijdig een advocaat bereid vindt hem zijn diensten te verlenen in een zaak, waarin vertegenwoordiging door een advocaat is voorgeschreven dan wel bijstand uitsluitend door een advocaat kan geschieden. De aangewezen advocaat is verplicht zijn diensten te verlenen.