

# TvOB, Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur

2017 / 3 (Juni)

---

## Inhoudsopgave

---

### Raden van Commissarissen bij vennootschappen van professionals: een categorie apart?

*Prof. mr. C.A. Schwarz\**, *prof. dr. mr. P.M. van der Zanden\*\**

#### Inleiding

Het is lang zo geweest dat vrije beoefenaren zoals artsen, accountants en advocaten, hun beroep als zelfstandige uitoefenden. De persoonlijke beroepsuitoefening stond voorop want het ging om het aanwenden van de intellectuele capaciteiten van de beroepsbeoefenaar. En als men al wilde samenwerken gebeurde dat in maatschapsverband, een rechtsvorm die speciaal was ontworpen voor de beroepsbeoefenaar.<sup>1</sup> In deze gang van zaken kwam verandering vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw. Gestimuleerd door toenemende populariteit van het neoliberale denken na de val van de Muur en de doorzettende globalisering was sprake van een steeds sterker waarneembare ondernemingsgewijze benadering van de beroepsuitoefening. De praktijken werden groter en vergden aanzienlijke investeringen in ondersteunende bedrijfsmiddelen zoals bijvoorbeeld ICT-voorzieningen. De aansturing werd complexer en ook steeds hiërarchischer, wellicht ook mede veroorzaakt door de toenemende geneigdheid in geval van schade of uitblijvende resultaten, ook bij een licht vermoeden van schuld, pogingen in het werk te stellen de beroepsbeoefenaar aansprakelijk te houden. Tegen die achtergrond besloten steeds meer organisaties van professionals hun activiteiten, ook met het oog op beperking van aansprakelijkheid, vanuit een naamloze of besloten vennootschap uit te oefenen, verder aan te duiden als 'vrije-beroeps-vennootschappen'.<sup>2</sup> Ook de fiscale wetgeving<sup>3</sup> gaf aanleiding om de overstap naar een rechtspersoonlijkheid bezittende rechtsvorm te maken.

Men moest wel wennen aan de gedachte dat het beroep werd uitgeoefend via een kapitaalvennootschap. De gedachte was dat in ieder geval zeker moest worden gesteld dat de wijze van beroepsuitoefening niet kon worden beïnvloed door andere kapitaalverschaffers dan de beroepsbeoefenaren zelf. Gebruikelijk werd het uitgangspunt dat aan het aandeelhouderschap statutair kwaliteitseisen werden gesteld, bijvoorbeeld dat een aandeelhouder slechts kan zijn een persoon die als advocaat, notaris of accountant is ingeschreven. De aard van de samenwerking en de opgelegde kwaliteitseisen brachten met zich dat het samenwerkingsverband zo veel mogelijk werd ingericht als ware er sprake van een maatschap. Bij deze inrichtingswensen liep men echter al snel tegen de grenzen van het dwingend vennootschapsrecht, die het onmogelijk maakten om zo'n maatschapachtige structuur in de statuten van de vennootschap te creëren. Dit deed zelfs de vraag

rijzen of die maatschapachtige afspraken wel rechtsgeldig in de aandeelhoudersovereenkomst konden worden neergelegd.<sup>4</sup> Deze problematiek werd in hoge mate opgelost, en de vrijheid te komen tot een maatschapachtige governance-structuur werd krachtig verruimd bij de invoering van het flexibele B.V.-recht per 1 oktober 2012.<sup>5</sup> Sindsdien kunnen in maatschapsverband gebruikelijke bepalingen in de statuten van de B.V. worden opgenomen.<sup>6</sup> Daar waar de B.V. aanmerkelijk flexibeler werd op basis van de statutaire inrichtingsmogelijkheden die werden geboden, flexibiliseerde de N.V. mee, in die zin dat naar ons inzicht moet worden aangenomen dat allerhande afspraken die thans bij de B.V. in de statuten kunnen worden opgenomen, bij de N.V. steeds rechtsgeldig in aandeelhoudersovereenkomsten kunnen worden neergelegd.

Met het oog op de governance-structuur van de vrije-beroeps-vennootschap is van belang dat bij het omzetten van een maatschap in een naamloze of besloten vennootschap nog weleens een afzonderlijke rechtspersoon wordt opgericht waarin de goodwill<sup>7</sup> wordt ondergebracht, waarna via een licentie de vennootschap waarin de beroepsuitoefening plaatsvindt daarvan gebruikmaakt. Ook is niet ongebruikelijk de maatschap, met daarin bedoelde goodwill, als 'stille maatschap' te laten voortbestaan terwijl een nieuwe N.V. of B.V. wordt opgericht, waarin de activiteiten plaatsvinden op basis van een door die stille maatschap verleende licentie. Het is niet noodzakelijk dat het bestuur en de raad van commissarissen (RvC) van de vennootschap tevens het bestuur en het toezichthoudende orgaan zijn van de organisatie waarin de goodwill is opgenomen of achtergebleven. Dit kan voor het bestuur en de RvC van de vennootschap soms heel specifieke problemen veroorzaken waarop in het navolgende nog zal worden ingegaan.

De ontwikkelingen met betrekking tot bestuur en toezicht bij vennootschappen hebben met name voor één groep vrije beroepsbeoefenaren een bijzondere dimensie gekregen, te weten de accountants. Belangrijk was de invoering van de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta). Deze wet, ingevoerd op 1 oktober 2006, introduceerde een vergunningstelsel alsook doorlopende voorschriften gericht op accountantsorganisaties die wettelijke controles uitvoeren. Ook voorziet die wet in de mogelijkheid om aanvullende maatregelen te nemen die raken aan de organisatie van accountantsorganisaties die een vergunning hebben tot het uitvoeren van controles bij Organisaties van Openbaar Belang (OOB).<sup>8</sup> Op basis van deze wet<sup>9</sup> heeft de AFM de mogelijkheid om kantoor specifieke bevindingen van onderzoek onder accountantsorganisaties te publiceren met het doel de transparantie over de kwaliteit te bevorderen. Op basis van deze rapportering ontstond de indruk dat het schortte aan een optimale governance-structuur in de sector, met name ook in termen van borging van kwaliteit en onafhankelijkheid van het bestuur en het toezicht op het bestuur. In het kader van de zelfregulerende maatregelen met het oog op het pareren van deze kritiek zijn door de NBA<sup>10</sup> regels ontworpen die betrekking hebben op de governance van de accountantsorganisaties, en dan met name van organisaties die wettelijke controles mogen verrichten van OOB's. Een van de voorstellen behelsde de verplichte instelling van een RvC die in meerderheid uit onafhankelijke leden moest bestaan, terwijl voorts allerhande eisen werden gesteld aan vakbekwaamheid en geschiktheid van bestuurders van de dagelijkse operaties, die door de RvC via een bindende voordracht zouden worden benoemd. Deze maatregelen werden deels door de wetgever overgenomen in een consultatiewetsvoorstel Aanvullende maatregelen accountantsorganisaties, welk wetsvoorstel moest leiden tot wijziging van, onder meer, de Wta. Daarbij viel op dat de door de wetgever voorgestelde maatregelen verder gingen

dan de voorstellen die door de NBA waren gedaan. Zo werd in het consultatiedocument voorgesteld dat benoeming van bestuurders niet meer door de algemene vergadering (AV) zou geschieden, maar rechtstreeks door de RvC, terwijl de wijze van benoeming van de onafhankelijke commissarissen enigszins schemerig werd geregeld. Na verwerking van kritiek uit de consultatieronde op de voorstellen tot aanpassing van de Wta en na het ter harte nemen van het advies van de Raad van State in dit kader, is op 17 februari 2017 het Wetsvoorstel Aanvullende maatregelen accountantsorganisaties gepubliceerd, waarop wij hieronder terugkomen.

De AFM heeft inmiddels bepaald dat zij de geschiktheid van de commissarissen wil gaan toetsen op dezelfde (zwaar bekritiseerde)<sup>11</sup> wijze als waarop bijvoorbeeld de DNB de commissarissen van banken toetst. Van deze commissarissen wordt onder meer verwacht dat zij toezicht houden op de kwaliteit van de uitgevoerde controles.<sup>12</sup> Deze aspecten dwingen in ieder geval tot een nadrukkelijke reflectie op de taak, positie en kwaliteiten van deze commissarissen bij een vennootschap waarin 'vrije' beroepsbeoefenaren hun praktijk onderbrengen.

Bij het ontwikkelen van deze gedachten lijkt er weinig of niet te zijn stilgestaan bij de bijzondere kenmerken van dit type vennootschap. De belangrijkste bijzondere karakteristiek bij een naamloze of besloten vennootschap waarbinnen vrije beroepsbeoefenaren samenwerken is ons inziens, dat de aandeelhouders die gezamenlijk de AV vormen meestal tevens het 'key personnel'<sup>13</sup> zijn, dus ook de mensen die de activiteiten van de organisatie in het maatschappelijk verkeer dragen en voor hun rekening nemen. Zij zijn dus als geen ander betrokken bij de operaties van de onderneming en uit dien hoofde op de hoogte van de gang van zaken en steeds, zo niet formeel dan toch zeker informeel, veel beter geïnformeerd dan buitenstaanders.

Daarnaast wordt vrij algemeen aangenomen dat aansturing van vrije beoefenaren bijzondere aspecten kent en kwaliteiten vergt. Vrije beroepsbeoefenaren zijn, gegeven hun opleidingsniveau, minder gevoelig voor bevelen maar meer voor het overtuigen met behulp van argumenten. In dat kader is relevant dat binnen vrije beroepsorganisaties het bestuur vaak wordt samengesteld uit het eerder genoemde 'key personnel', waardoor ondanks de toenemende hiërarchie die vaak gericht is op de financiële prestaties, meer sprake is van collegiale dan hiërarchische verhoudingen.

Concluderend mag worden gesteld dat hier sprake is van een bijzondere categorie binnen de verzameling van naamloze en besloten vennootschappen.

Het mag ook duidelijk zijn dat het fungeren als commissaris bij deze bijzondere categorie vennootschappen bijzondere vragen kan oproepen. Teneinde deze te kunnen formuleren wordt hieronder ingegaan op de wijze waarop naar ons oordeel in het algemeen het toezicht door een RvC bij 'normale' naamloze en besloten vennootschappen functioneert. Vervolgens worden de problemen binnen het kader van de vrije-beroeps-vennootschappen geanalyseerd. Deze worden in een volgende paragraaf vergeleken met oplossingen die in andere, zij het in beperkte mate vergelijkbare, verhoudingen worden gehanteerd. Ten slotte zullen in een afsluitende paragraaf mogelijke oplossingsrichtingen worden aangeduid. Maar vooraf wordt nog even kort aandacht besteed aan het recent gelanceerde Wetsvoorstel Aanvullende maatregelen accountantsorganisaties.

## **Wetsvoorstel Aanvullende maatregelen accountantsorganisaties**

In het Wetsvoorstel van februari 2017 wordt stevig ingegrepen in het management van, met name,

OOB-vergunde accountantsorganisaties. De RvC speelt in dit model een bepalende rol, die echter in het voorliggend wetsvoorstel aanmerkelijk minder ver gaat dan in het consultatiedocument. Oorspronkelijk leek de gedachte van de wetgever dat zowel het management als het toezicht zou worden benoemd zonder directe betrokkenheid van de aandeelhouders.<sup>14</sup> Voorgesteld werd dat de vennootschap een in meerderheid onafhankelijke RvC zou hebben van ten minste drie leden, waarbij één van die leden niet onafhankelijk behoefde te zijn. Deze RvC zou dan, in afwijking van de bepalingen in Boek 2 BW, de bestuurders van de vennootschap benoemen, waarbij aan die bestuurders allerhande eisen werden gesteld met betrekking tot vakbekwaamheid en beperkte praktijkbetrokkenheid. De wijze waarop de commissarissen zouden worden benoemd was in het consultatiedocument niet uitgewerkt. Er werd slechts opgemerkt dat commissarissen onafhankelijk moesten zijn en dat de benoeming van commissarissen nader bij AMvB zou worden geregeld. De volledige onafhankelijkheid van de commissarissen werd, met name in politieke kring, zwaar benadrukt. Zo werd door de Minister van Financiën bij verschillende gelegenheden verklaard dat werd gestreefd naar een systeem van coöptatie door de RvC, waarbij dus dat orgaan zelf zou voorzien in benoeming van nieuwe commissarissen. Met name deze gedachte heeft voor veel onrust in de branche gezorgd, omdat op die manier aan de aandeelhouders/'key personnel' feitelijk de macht in de vennootschap volledig zou worden ontnomen nu de bevoegdheid tot benoeming van zowel bestuurders als commissarissen bij de RvC kwam te berusten.<sup>15</sup> In het recent gepubliceerde wetsvoorstel wordt de soep aanmerkelijk koeler gegeten. Nadat de Raad van State adviseerde om benoeming van het bestuur van de vennootschap niet bij de RvC te leggen maar bij de aandeelhouders, tenzij steekhoudende argumenten voor het eerste model werden gevonden, bleek de wetgever niet over die argumenten te beschikken. In het thans voorliggend wetsvoorstel wordt uitgegaan van benoeming van het bestuur door de aandeelhouders. In het kader van deze benoeming doet de RvC een bindende benoemingsvoordracht, maar de aandeelhoudersvergadering kan bij gewone meerderheid beslissen dat de voordracht niet wordt gevolgd. In die situatie start de procedure opnieuw en zal de RvC een nieuwe voordracht tot benoeming van een bestuurder presenteren aan aandeelhouders, die, althans in theorie, die voordracht opnieuw kunnen afwijzen.<sup>16</sup> In het wetsvoorstel wordt niet voorzien in quorum- of versterkte meerderheidseisen bij het besluit tot afwijzing van de voordracht.

Ten aanzien van het ontslag van bestuurders bij de N.V. geldt de hoofdregel dat bestuurders worden ontslagen door degene die bevoegd is tot benoeming.<sup>17</sup> In het wetsvoorstel wordt op dit uitgangspunt ingebroken nu wordt bepaald:

*'[De RvC] is bevoegd de personen die het dagelijks beleid van de accountantsorganisatie bepalen (...) te allen tijde te schorsen en te ontslaan.'*<sup>18</sup>

Dit is een opvallende bepaling nu op dit punt het voorstel, althans ten aanzien van de N.V., in strijd is met het dwingend recht van art. 2:134 BW.<sup>19</sup> In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt hierover opgemerkt:

*'Door het orgaan belast met het interne toezicht bevoegd te maken tot schorsing en ontslag, krijgt de*

*toezichthoudende functie van het orgaan bij onvoldoende functioneren van een of meer dagelijks beleidsbepalers meer armslag en beschikt het orgaan over een instrument waarmee een dagelijks beleidsbepaler zo nodig per direct op non-actief kan worden gesteld. Voor zover artikel 2:134, eerste lid (...) BW van toepassing is, gelden de bevoegdheden van het orgaan belast met het interne toezicht tot schorsing en ontslag in aanvulling op de bevoegdheid van het orgaan dat bevoegd is tot benoeming (de algemene vergadering) om iedere bestuurder te allen tijde te kunnen schorsen en ontslaan.’<sup>20</sup>*

Ook waar het betreft de benoeming van commissarissen is het voorliggend wetsvoorstel gewijzigd en afgezwakt ten opzichte van het consultatiedocument. Nog steeds wordt bepaald dat de organisatie is voorzien van een stelsel van intern toezicht, waarin ten minste een orgaan is belast met het interne toezicht (RvC), dat die RvC bestaat uit ten minste drie natuurlijke personen en dat commissarissen onafhankelijk staan ten opzichte van bestuurders en/of aandeelhouders. Anders dan in het consultatiedocument is niet meer toegestaan dat de RvC een niet-onafhankelijk commissaris mag kennen. Thans wordt, bij organisaties die deel uitmaken van een internationaal netwerk, slechts toegestaan om één commissaris te benoemen die is gelieerd aan een onderdeel van het internationale netwerk dat niet in Nederland is gevestigd. Deze commissaris kan echter niet als voorzitter van de RvC worden benoemd. Bij of krachtens AMvB kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de (wijze van) samenstelling van het onafhankelijk toezicht.<sup>21</sup> Bij AMvB kan niet worden ingegrepen op het dwingend recht van Boek 2 BW, dat bepaalt dat de commissarissen, zowel in het gewone model als in het structuurmodel, worden benoemd door aandeelhouders.<sup>22</sup> *Lex superior derogat legi inferiori*. De in de politiek beleden wens om te komen tot een model van coöptatie kan derhalve niet worden gerealiseerd en een voorstel van dien aard wordt dan ook niet aangetroffen.

In het voorliggend voorstel worden commissarissen benoemd door de aandeelhoudersvergadering.<sup>23</sup> Op dit moment is niet voorzien in een (bindende) voordracht aan de AV zijdens de RvC bij benoeming van een commissaris door aandeelhouders. Voorstelbaar is dat zulke voorschriften bij AMvB zullen worden ingevoerd. In het voorstel wordt niet voorzien in een van Boek 2 BW afwijkende regeling van het ontslag van commissarissen. Dat betekent dat ontslag van commissarissen wordt verleend door degene die benoemde, dus door de AV.<sup>24</sup> Het is mogelijk dat bij AMvB versterkte meerderheids- of quorumeisen aan dat besluit worden verbonden.

### **De rol van commissarissen bij ‘normale’ naamloze en besloten vennootschappen**

Ten einde aan te geven waarin precies het bijzondere van de situatie bij vrije-beroeps-vennootschappen schuilt en om oplossingen te kunnen ontwikkelen voor te onderkennen problemen is het van belang eerst een globale schets te geven van de rol van het toezicht in ‘normale’ naamloze en besloten vennootschappen. Met onderstaande uiteenzetting wordt dus nadrukkelijk niet beoogd een doorwrocht betoog met betrekking tot de governance van vennootschappen te geven, maar slechts een globale schets van de huidige opvattingen met betrekking tot dit onderwerp.

Het model dat voor kapitaalvennootschappen in Boek 2 BW is neergelegd kent in beginsel drie organen. Uitsluitend het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap<sup>25</sup> hetgeen omvat de

ontwikkeling van het beleid door het ontwerpen van een strategie en deze om te zetten in activiteiten die in de operaties tot uitvoering worden gebracht. Het ontwerpt de processen en procedures daartoe, zorgt dat de risico's van zowel de strategie als de operaties gekend worden en draagt er zorg voor dat het geheel beheersbaar is (het bestuur is 'in control'). Bij zijn handelen laat het bestuur zich leiden door het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, waarbij wordt aangenomen dat het bevorderen van het bestendig succes van de onderneming de essentie vormt.<sup>26</sup> Maar het gaat steeds om de afweging van alle in het concrete geval te onderkennen betrokken belangen. Dit zijn dus niet slechts de belangen van de aandeelhouders, de financiers of de werknemers, dus de belangen van de direct bij de vennootschap betrokken belanghebbenden. Ook indirect betrokken belangen dienen daartoe te worden gerekend, waarbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld milieubelangen, maar ook de belangen van consumenten van producten en afnemers van diensten van de vennootschap.

De RvC, indien die is ingesteld,<sup>27</sup> dient toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hij staat het bestuur met raad ter zijde. Ook de commissarissen hebben zich te richten naar het vennootschappelijk/ondernemingsbelang.<sup>28</sup>

Het bestuur en de raad van commissarissen zijn organen die in beginsel collegiaal beslissen. Dit laat onverlet dat binnen deze organen sprake kan zijn van een zekere taakverdeling en het zelfs zo kan zijn geregeld dat bepaalde bestuurders op het stuk van aan hen toebedeelde taken zelfstandig kunnen beslissen, maar ook deze besluiten worden toegerekend aan het bestuur, c.q. de bestuurders.<sup>29</sup> Inmiddels is het zelfs zo dat in de wet,<sup>30</sup> in ieder geval bij OOB's, een audit committee moet worden ingesteld, hetgeen ingevolge de Corporate Governance Code ook bij beursvennootschappen moet geschieden wanneer de RvC meer dan vier leden telt.<sup>31</sup> Verwacht mag worden dat, met betrekking tot essentiële besluiten, serieuze beraadslagingen binnen het orgaan plaatsvinden alvorens tot besluitvorming, al dan niet in bedoelde bijzondere setting, wordt overgegaan. Vaak worden de regels aangaande collegiale besluitvorming in reglementen voor de verschillende organen vastgelegd. De verhouding tussen de verantwoordelijkheden van commissies c.q. afzonderlijke leden van het bestuur die een bijzondere taak is toebedeeld ten opzichte van de collectieve verantwoordelijkheid is overigens niet in alle gevallen erg duidelijk.

Alle bevoegdheden die niet krachtens de wet of de statuten aan andere organen zijn toebedeeld komen toe aan de AV. De AV vergadert over het algemeen onder voorzitterschap van de voorzitter van de RvC en, in het geval van een monistische bestuursstructuur, onder voorzitterschap van een niet-uitvoerend bestuurder. De agenda wordt door het bestuur in overleg met de RvC bepaald. Op grond van de wet kunnen aandeelhouders daarop invloed uitoefenen.<sup>32</sup> Interessant is dat omtrent het spreekrecht en de spreekplicht van de deelnemers aan de vergadering in de wet weinig is geregeld en ook statutaire regelingen op dit punt gemiddeld niet erg uitgebreid zijn.<sup>33</sup> De wet schrijft voor dat de aandeelhouders jaarlijks de beschikking (kunnen) krijgen over een (gecontroleerde) jaarrekening en een bestuursverslag.<sup>34</sup> Er wordt ten minste eenmaal per jaar een algemene vergadering gehouden.<sup>35</sup> De aandeelhouders, die samen met andere vergadergerechtigden de vergadering kunnen bijwonen, kunnen tijdens deze vergadering vragen stellen. Het bestuur en de RvC zijn gehouden deze vragen te beantwoorden behoudens in situaties waarin dit de zwaarwichtige belangen

van de vennootschap schaadt. Aandeelhouders kunnen, met het oog op informatieverschaffing of het afdwingen van besluitvorming, het initiatief nemen tot aanvulling van de agenda of tot het bijeenroepen van een algemene vergadering.<sup>36</sup> Daarnaast gelden voor beursvennootschappen de op informatievoorziening gerichte bepalingen van de Corporate Governance Code, welke regelingen een zekere reflexwerking hebben op niet beursgenoteerde N.V.'s en B.V.'s.

De wet schrijft, zoals hiervoor aan de orde kwam, voor dat het bestuur en de RvC de AV alle verlangde inlichtingen verschaffen, tenzij een zwaarwichtig belang der vennootschap zich daartegen verzet.<sup>37</sup> De vraag is wie beoordeelt of de informatie zwaarwichtige belangen van de vennootschap raakt, het bestuur, de RvC of de voorzitter van de vergadering? Nog interessanter is de vraag welke voorlichtingsplicht aan de aandeelhouders rust op de verschillende 'spelers'? Wie bepaalt wat er meegedeeld wordt: de voorzitter van de RvC of (de voorzitter van) het bestuur? En wat als een van de commissarissen zich geroepen voelt een mededeling te doen omdat hij bijvoorbeeld een afwijkende mening heeft van hetgeen de voorzitter openbaart? Wij gaan er vanuit dat de orde in de vergadering door de voorzitter wordt bepaald maar dat ieder van de bestuursleden of commissarissen zich via de voorzitter, vanuit zijn eigen verantwoordelijkheid, moet kunnen richten tot de algemene vergadering.

Voor het functioneren van de organen van een vennootschap is de informatievoorziening cruciaal. Het bestuur is verantwoordelijk voor de inrichting van een zodanige administratieve organisatie en interne controle die voortdurend alle relevante informatie ter beschikking doet zijn, welke informatie met andere organen, met name met de RvC, op maat moet (kunnen) worden gedeeld.

De RvC is, met betrekking tot de informatie die de gang van zaken binnen de onderneming betreft, in hoge mate afhankelijk van hetgeen het bestuur hem ter beschikking stelt. De wet bepaalt weliswaar dat het bestuur de RvC tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens verschaft en ten minste een keer per jaar de RvC schriftelijk op de hoogte stelt van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap,<sup>38</sup> maar in de praktijk kan de visie op de noodzakelijkheid van het delen van gegevens verschillen. Van de raad wordt, uit hoofde van zijn functie, verwacht dat het bestuur actief wordt bevraagd, zeker in het geval waarin het gevoel ontstaat dat het bestuur te terughoudend is met verstrekking van informatie. Daarnaast zal aanvullende informatie ook bij andere gremia of functionarissen moeten worden vergaard wanneer het gevoel leeft dat die informatie essentieel is voor het uitoefenen van verantwoord toezicht. Zo is niet ongebruikelijk om met een zekere regelmaat overleg te voeren met het bestuur van de Ondernemingsraad om op die manier het beeld dat op basis van bestuurlijke informatie wordt verkregen, te completeren. Daarnaast heeft de raad, al dan niet na tussenkomst van een auditcommittee, contact met de accountant belast met de wettelijke controle van de jaarrekening. Deze accountant dient, op grond van de wet,<sup>39</sup> zijn bevindingen met de raad (en het bestuur) te delen. Een interessante vraag is of de raad een eigen onderzoeksbevoegdheid heeft en zo ja, hoever deze strekt. Heeft de raad bijvoorbeeld de bevoegdheid gelden van de vennootschap aan te wenden om onderzoekers op pad te sturen?<sup>40</sup> Hoe is de verhouding ten opzichte van de accountant? Moet deze de instructies van de raad inzake onderzoek opvolgen? En niet op de laatste plaats: kan en mag de raad zelf op onderzoek uitgaan en zijn er omstandigheden waarin de raad dit behoort te doen?

Wij laten de veranderende situatie ten aanzien van informatiegaring bij gebruikmaking van een one-tier board hier verder buiten beschouwing nu de inrichtingsvrijheid binnen zo'n systeem het niet goed mogelijk maakt om uitgangspunten te definiëren.<sup>41</sup> Denkbaar is immers dat de niet-uitvoerend bestuurder, naast een toezichthoudende taak, ook reguliere bestuurstaken heeft, hetgeen ertoe leidt dat hij voortdurend aan de bestuurstafel zit en dus steeds volledig is geïnformeerd. Maar ook kan gedacht worden aan de situatie waarin de niet-uitvoerend bestuurders uitsluitend een toezichthoudende taak hebben, en alle andere taken worden overgelaten aan de uitvoerend bestuurders, niet alleen waar het betreft de beraadslaging, maar ook de besluitvorming.<sup>42</sup> In die situatie fungeren de niet uitvoerend bestuurders feitelijk als (raad van) commissarissen.

### **De governance problematiek bij 'vrije-beroeps'-vennootschappen en de rol van commissarissen daarin**

In het voorgaande is de karakteristiek van de vrije-beroeps-vennootschap aangeduid. De 'partners'/aandeelhouders<sup>43</sup> zijn tevens de belangrijkste medewerkers ('key personnel') in de onderneming die door de vennootschap in stand wordt gehouden. Gegeven hun positie hebben zij in het algemeen de beschikking over veel interne informatiebronnen met betrekking tot de (interne) gang van zaken. Daarnaast is een (wezenlijk) deel van de goodwill die toegerekend wordt aan de vennootschap, in meer of mindere mate aan hun persoon verbonden. Het gelijktijdig uitreden van een aantal werknemers/aandeelhouders kan voor de vennootschap verstreckende gevolgen hebben zowel wat betreft de kennis en vaardigheden waarover beschikt kan worden en waarvan anderen binnen de onderneming afhankelijk zijn als (daarmee verband houdend) voor wat betreft de goodwill die aan de vennootschap verbonden is. Daarnaast heeft een onbehoorlijke beroepsuitoefening door een van de partners vaak verstreckende gevolgen voor de anderen in termen van directe schade of reputatieschade.

Verwacht mag worden dat het bestuur van de vrije-beroeps-vennootschap over ten minste dezelfde informatie beschikt als die waarover het 'key personnel' beschikt, zij het dat in individuele gevallen een beroepsbeoefenaar eerder op de hoogte kan zijn van belangrijke informatie, zoals een potentiële (zelfs de continuïteit bedreigende) claim, dan bestuurders. Ook ten aanzien van de kwaliteit van de geleverde diensten zullen betrokkenen soms beter op de hoogte zijn dan het bestuur. Dit zelfs in gevallen waarin een goed werkend intern kwaliteitsborgingssysteem is geïnstalleerd. Eigen aan deze systemen is vaak dat verslechtering van de kwaliteit vertraagd wordt gesignaleerd door de zorgvuldigheid die in onderzoek moet worden betracht en die nodig is om op een verantwoorde wijze maatregelen te nemen. Betrokkenen en directe collega's zien de verslechtering vaak veel eerder. Overigens geldt dit niet slechts voor de kwaliteit van de geleverde diensten maar ook voor de rentabiliteit van de onderneming, omdat bijvoorbeeld de vrije beroepsbeoefenaar verslechtingen in de financiële positie van cliënten of problemen met gedeclareerde diensten als eerste waarneemt. Commissarissen bevinden zich in hun toezichthoudende functie daarmee tussen twee organen die over het algemeen beter zijn geïnformeerd dan zij. Daar waar de informatie-asymmetrie normaliter leidt tot een piramidale structuur (AV weet het minste, bestuur weet alles, RvC zit daartussenin) kan gesteld worden dat in geval van een vrije-beroeps-vennootschap sprake is van een 'zandloperstructuur' (AV weet veel, bestuur weet alles, RvC weet het minste van de betrokken



organen). Daarbij is van belang dat, indien er een rechtspersoon naast de vennootschap bestaat waarin de goodwill is ondergebracht en de RvC daarmee geen bemoeienis heeft, niet alle relevante onderwerpen voor het functioneren van de onderneming die de vennootschap drijft in de beraadslagingen en besluitvorming van commissarissen aan de orde komen, waarbij met name moet worden gedacht aan de beloningsstructuur uit hoofde van de met de activiteiten behaalde rendementen.

Een verder aspect dat zich kan voordoen is dat in een 'normale' AV in het algemeen geen aandacht is voor de day to day business, dus voor operationele zaken. Die worden geacht te liggen op het terrein van het bestuur en kunnen slechts in zeer algemene zin in de AV aan de orde komen. Dit in tegenstelling tot hetgeen vaak in maatschapsvergaderingen van vrije beroepsbeoefenaren pleegt te gebeuren. Daar kunnen operationele kwesties waar alle betrokkenen ('key personnel') mee te maken hebben tot heftige discussies leiden. Ook in AV's van vrije-beroeps-vennootschappen kan soms niet de verleiding worden weerstaan deze onderwerpen te adresseren. Over het algemeen zijn commissarissen dienaangaande niet of nauwelijks geïnformeerd en kunnen derhalve geen inbreng hebben anders dan de mededeling dat dergelijk overleg in een ander gremium thuis hoort.

De conclusie is dat de RvC in geval van een vrije-beroeps-vennootschap zich in een informatie-'squeeze' tussen AV en bestuur kan bevinden en daarmee, vanuit het perspectief van de aandeelhouders, minder effectief toezicht kan houden dan zij zelf kunnen. Deze analyse doet de vraag stellen naar wat, vanuit dit perspectief, de toegevoegde waarde van een RvC bij een vrije-beroeps-vennootschap is en hoe de informatiepositie van de RvC kan worden verbeterd.

Een verdere vraag betreft de oriëntatie van de functie van de RvC op het vennootschappelijk belang. Wordt dit beïnvloed door het karakter van de vrije-beroeps-vennootschap?

### **Maatschappelijk vertrouwen en het vennootschappelijk belang**

Bij het houden van toezicht dient de RvC, zoals hiervoor beschreven, het vennootschappelijke belang in het oog te houden. De vraag dringt zich op of het vennootschappelijk belang bij een vrije-beroeps-vennootschap anders ingevuld wordt dan bij een 'normale' vennootschap. Gesteld kan worden dat inderdaad bij vertrouwensberoepen zoals artsen, advocaten en accountants, een extra dimensie aan het vennootschappelijk belang verbonden is, namelijk het algemene vertrouwen dat in de maatschappij in deze beroepen wordt gesteld, welk vertrouwen essentiële maatschappelijke functies raakt. Dit klemmt te meer bij beroepen zoals accountants en notarissen die een onafhankelijke wettelijke monopolypositie hebben gekregen. Betoogd kan worden dat het vennootschappelijke belang in deze vennootschappen voor een zeer belangrijk deel bestaat uit het dienen van het algemeen belang, zo men wil, het publiek belang, omdat het beroep aan het dienen van dat belang zijn positie ontleent. Andere deelbelangen, zoals het aandeelhouders- en schuldeisersbelang, zouden daarmee, in de afweging van alle betrokken deelbelangen bij bepaling van het vennootschappelijk belang, ondergeschikt zijn aan het algemeen belang. Deze visie betekent dat zowel bestuur als RvC in hun besturende respectievelijk toezichthoudende functie, zich voor alles moeten laten leiden door het publiek belang.

Hier komen lastige vragen op die raken aan de slagkracht van de commissaris. Vrij algemeen wordt aangenomen dat commissarissen in dit type vennootschappen zich zouden moeten richten op de

kwaliteitsbewaking van de vrije beroepsbeoefenaren. In deze visie doet zich het probleem voor dat dit toezicht feitelijk niet verder kan gaan dan het optimaliseren van risicomanagementsystemen nu dat toezicht zich niet kan uitstrekken tot de dossiers van de vrije beroepsbeoefenaren. Deze zijn immers vrijwel altijd – en terecht – aan geheimhoudingsregelingen onderworpen. Is het een goed idee zover te gaan dat commissarissen inzage in deze dossiers zouden kunnen krijgen en wat zou dat betekenen voor de vereiste kennis en vaardigheden van betrokkenen? En een belangrijke vraag is of de risico's die in een bepaald dossier worden gelopen, wel steeds uit het dossier zijn af te leiden. Hoewel, voor zover ons bekend, de AFM de analyse van de positie van commissarissen op deze wijze niet heeft uitgevoerd, neemt de AFM in de discussie over het functioneren van de RvC bij accountantsorganisaties met OOB-vergunning, in de praktijk wel standpunten in die in deze lijn liggen. Ook in het recent ingediende Wetsvoorstel Aanvullende maatregelen accountantsorganisaties, dat hiervoor aan de orde kwam en dat moet leiden tot aanpassing van de toezichtstructuur die in de Wta is verankerd, lijkt men zich de bijzondere positie van de toezichthouder in deze samenwerkingsverbanden te realiseren. Daarin wordt, naast een stevige rol voor de RvC bij bestuursbenoeming en -ontslag, ook een nadrukkelijke functie voorzien met betrekking tot de interne kwaliteitsbeheersing en de vormgeving van belonings- en goodwillssystemen met het oog op het tegengaan van 'perverse prikkels'. Het lijkt erop dat de toezichthouder alsook de wetgever zich realiseert dat dit toezicht een ander toezicht is als dat wat in het kader van de 'normale' corporate governance van een RvC wordt verwacht. Maar als van de RvC bij deze vennootschappen een andere opstelling wordt verwacht, moet die RvC dan niet met additionele bevoegdheden worden uitgerust? Wij verwijzen naar de opmerkingen over de beperkte slagkracht hierboven. Een aanpalende vraag is overigens of, in het kader van het meer dan globale toezicht op de kwaliteit van de accountantsorganisatie, deze taak wel op maat kan worden uitgeoefend door een toezichthouder die geen accountant is en/of geen praktische ervaring in het beroep heeft opgedaan.

### **Enkele bijzondere categorieën van vennootschappen en hun RvC**

Het kan van nut zijn te bezien hoe binnen organisaties, die in hun karakteristiek overeenkomstige elementen hebben als die van vrije-beroeps-vennootschappen, het toezicht wordt ingericht, om van daaruit te trachten antwoorden en oplossingen te vinden voor de in het voorgaande geschetste vragen en problemen.

Rechtspersonen die enige gemeenschappelijke karakteristieken hebben met de vrije-beroeps-vennootschap zijn naar ons oordeel de coöperatie en de familievennootschap. In geval van een coöperatie komt het nogal eens voor dat leden van de coöperatie een grote mate van deskundigheid bezitten op het gebied waarop de coöperatie actief is. Ook de informatiepositie van de leden lijkt in sommige opzichten op die van de aandeelhouders van een vrije-beroeps-vennootschap, zij het dat de informatie van de leden vaker betrekking heeft op de omstandigheden in de branche en die van hun medeleden en minder op de operaties van de onderneming die de coöperatie drijft en waarvan zij voor hun inkomensvorming afhankelijk zijn. In het geval van familievennootschappen komt het regelmatig voor dat aandeelhouders tevens 'key personnel' binnen de vennootschap zijn. Zij zijn in dat geval vaak op dezelfde wijze goed geïnformeerd als de aandeelhouders/partners in een vrije-beroeps-vennootschappen. Bij dergelijke vennootschappen pleegt overigens ook nog weleens een

verschil te bestaan in informatiepositie tussen 'inside' (binnen de vennootschap werkzaam) en 'outside' aandeelhouders. Ook is van belang zich te realiseren dat indien veel familieleden bij de onderneming werken een verschil bestaat in informatiepositie afhankelijk van de functie die betrokkene heeft.

Bij coöperaties wordt er in het algemeen naar gestreefd de betrokkenheid van de leden zo groot mogelijk te doen zijn om op die manier zoveel mogelijk van hun kennis en kunde gebruik te kunnen maken. De gedachte is immers dat de onderneming die de coöperatie in stand houdt zo niet door, dan toch in ieder geval voor de leden functioneert. Grote coöperaties maken daartoe vaak gebruik van ledenraden waarbij men tracht de meest actieve leden, die ook voor de opinies van de leden bepalend zijn, in de ledenraad te betrekken. De ledenraad kan, afhankelijk van de statuten van de coöperatie, betrekkelijk veel invloed uitoefenen op het beleid. Het is ook niet ongebruikelijk om meerdere commissarissen uit dit gremium te betrekken. Ook komt het voor dat vanuit de leden bijzondere raden, zoals een jongerenraad, worden gevormd.

Door de RvC deels te laten bestaan uit leden uit de ledenraad wordt ervoor gezorgd dat de informatiestroom vanuit de leden naar de RvC is geborgd. De ledenraad draagt bij aan een goede wederzijdse communicatie tussen leden en RvC.

Door het feit dat de leden van een coöperatie voor hun bedrijfsvoering in belangrijke mate afhankelijk zijn van de prestaties van de coöperatie (verlengstukgedachte)<sup>44</sup> en zij ook deskundig zijn, verlopen de ledenvergaderingen (of de vergaderingen van vertegenwoordigers van de leden; de ledenraadsleden) met bestuur en RvC over het algemeen anders als die bij een AV van een naamloze of besloten vennootschap. Er wordt gedetailleerder op voor de leden in hun bedrijfsvoering relevante aspecten ingegaan. Dat de positie van de leden in de coöperatie ook door de wetgever anders wordt beoordeeld dan die van de aandeelhouders in de kapitaalvennootschap, blijkt uit het feit dat in de structuurcoöperatie wordt uitgegaan van het 'verzwakt regime'. Anders dan bij de structuur N.V. en B.V., waar het bestuur wordt benoemd en ontslagen door de RvC, wordt het bestuur van de structuurcoöperatie niet door de RvC, maar te allen tijde door de leden benoemd.<sup>45</sup>

De rol van de RvC bij familievennootschappen heeft bijzondere kenmerken. Zo kan worden opgemerkt dat taak en bevoegdheden van een RvC bij een vennootschap waarin alle aandeelhouders ook bestuurder zijn volledig verschilt van een 'normale' toezichthouder. In die omstandigheden is er eigenlijk geen sprake van een commissariaat, maar spelen de commissarissen de rol van klankbord en adviseur.<sup>46</sup>

C.A. Schwarz, 'Het commissariaat in het familiebedrijf, gedachten over nuancering van aansprakelijkheid', *TvOB* 2013, afl. 6, p. 186-191. Bij 'oudere' familievennootschappen is het, zeker na vertrek van de tweede generatie, veelal onmogelijk alle aandeelhouders vertegenwoordigd te doen zijn in het bestuur. Zowel bij aandeelhouders/familieleden, of ze nu werkzaam zijn binnen de vennootschap of niet, bestaat vaak een grote behoefte aan betrokkenheid bij en controle op het bestuur, dat al dan niet geheel uit familieleden bestaat. De RvC speelt daarin een cruciale rol. Het is van belang dat in deze RvC in ieder geval voldoende personen zitten die in de ogen van de aandeelhouders genoeg gezag en expertise hebben om toezicht op het bestuur uit te oefenen. De informatie-asymmetrie tussen bestuur en aandeelhouders, zeker indien deze binnen de vennootschap werken, is in het algemeen minder groot dan bij 'gewone' vennootschappen. Daar komt

bij dat er vaak veel meer 'informele informatiestromen' zijn, doordat familieleden zich gerechtigd achten, zeker 'onder elkaar', over 'hun' bedrijf te spreken. Dit kan aanleiding geven tot fricties tussen het bestuur en (groepen) aandeelhouders. Uit dien hoofde is het van belang dat een RvC die bij een familiebedrijf toezicht houdt, terdege op de hoogte is van niet alleen het reilen en zeilen van vennootschap en onderneming, maar ook van hetgeen binnen de familie speelt. Niet ongebruikelijk is om, teneinde het contact van de RvC met de familieleden te versterken, steeds ten minste een familielid in de RvC te benoemen. Ook wordt wel gebruikgemaakt van een familieraad naast de RvC, waarin op informele wijze de gang van zaken betreffende de familievennootschap wordt besproken. Waar het betreft de invulling van het vennootschappelijk belang wordt vaak opgemerkt dat binnen het familiebedrijf de oriëntatie meer gericht is op waardecreatie op de langere termijn dan het geval is bij, bijvoorbeeld, beursvennootschappen. In die langere termijn oriëntatie komt de afweging tussen de belangen van de familie, de werknemers en de crediteuren tot uitdrukking. Het algemeen belang speelt in de afweging wel een rol maar minder prominent dan bij (categorieën van) vrije-beroeps-vennootschappen.

### **Mogelijke antwoorden en oplossingsrichtingen voor gesignaleerde vragen en problemen bij vrije-beroeps-vennootschappen**

Wellicht het meest principiële punt bij de analyse van de rol van de RvC bij de vrije-beroeps-vennootschap is de invulling van het vennootschappelijk belang als richtsnoer voor het functioneren van de RvC. In hoeverre weegt het algemeen belang bij deze categorie van vennootschappen zwaarder dan elders? Wij zijn van mening dat bij vertrouwensberoepen die in de vorm van een vrije-beroeps-vennootschap worden uitgeoefend, sprake is van een noodzaak tot een zwaarder accent op het algemeen belang bij de invulling van het vennootschappelijk belang. Zeker bij de beroepen van accountant en notaris, die een onafhankelijk gemonopoliseerde positie hebben, dient dit aspect zwaar te wegen. In die zin zijn de maatregelen die met betrekking tot de governance van accountantskantoren zijn en worden genomen en voorgesteld, begrijpelijk. Het ware echter beter indien deze niet ad-hoc maar in het kader van een meer omvattende analyse van de context waaronder alle betrokken belangen en juridische verhoudingen zouden worden meegenomen en breed door de beroepsbeoefenaren zouden worden gedeeld.

In de jaren negentig, toen werd overgegaan op een meer ondernemingsgewijze aanpak bij de uitoefening van het vrije beroep, ontstond het gebruik om die beroepsuitoefening te doen uitvoeren in de vorm van een N.V. of B.V. In die periode stond aandeelhouderswaardecreatie erg op de voorgrond. Interne aansturing was ook in de vrije-beroeps-vennootschappen in aanmerkelijke mate hierop gericht. In die periode is, zo menen wij, niet deugdelijk nagedacht over de rol van het publiek belang van die beroepsuitoefening, en met name niet over de vraag hoe dat aspect moet worden gewogen bij de afweging van alle betrokken deelbelangen, welke afweging invulling geeft aan het vennootschappelijk belang. Het is goed dat vrije beroepsbeoefenaren via de route van het vennootschappelijk belang weer nadrukkelijk op hun functie in het maatschappelijk verkeer worden gewezen. Zeker in het accountantsberoep is sprake van toenemende bewustwording op dit punt. Het is cruciaal dat de afwegingen van de belangen nadrukkelijker wordt gemaakt, waarbij overigens benadrukt moet worden dat dit niet betekent dat het aandeelhoudersbelang, het werknemersbelang,

het cliëntenbelang of de andere deelbelangen geheel buiten beeld geraken. Ook bij dit type organisaties is het belang van de vennootschap, met inachtneming van het aspect van het publiek belang, gelegen in het bestendig succesvol voortgaan van de onderneming. En dat veronderstelt gewetensvolle bedrijfsvoering, maar bijvoorbeeld ook het aantrekkelijk houden van de organisatie voor jong talent.<sup>47</sup>

De RvC bij deze organisaties moet rekening houden met de van de standaard organisatie afwijkende invulling van het vennootschappelijk belang. Dit impliceert bijvoorbeeld dat niet alleen de informatiestromen ter zake van waardecreatie, in de zin van het optimaliseren van toekomstige kasstromen, van belang zijn doch ook waardecreatie in de zin van het vervullen van een in het maatschappelijk voortbrengingsproces gewenste, evidente en noodzakelijke functie die ook op langere termijn houdbaar is. Daarbij is van belang dat duidelijk is wat kwaliteit in de functievervulling betekent en hoe deze in het interne systeem van kwaliteitsbewaking is verankerd. Wat naar ons oordeel nog in debat is, is de vraag hoever commissarissen mogen en kunnen gaan in hun waarnemingen met betrekking tot dit tweede aspect. Zij zullen in het kader van de geheimhoudingsverplichtingen van de vrije beroepsbeoefenaren vrij snel tegen grenzen van de controlemogelijkheden oplopen. Binnen accountantsorganisaties vormt dit inmiddels een urgent probleem, nu de AFM enerzijds lijkt uit te gaan van het vertrekpunt dat de RvC (zo men wil, het onafhankelijk toezicht) een verlengstuk/instrument van haar toezichtstaak vormt,<sup>48</sup> terwijl anderzijds de indruk wordt gewekt dat een 'normaal' toezicht op de interne controle/kwaliteitsprocedures niet voldoende is. Wij zijn van oordeel dat van de RvC in dit type organisaties niet meer mag en kan worden verwacht dan toezicht op de procedures, waarbij wel mag worden verlangd dat deze nadrukkelijker en gedetailleerder aandacht krijgen dan bij andere vennootschappen.

Wij wezen hierboven op de vergaande informatie-asymmetrie tussen RvC enerzijds en bestuur en AV anderzijds. De beroepsbeoefenaren die de AV bemensen alsook het bestuur bevolken, zijn per definitie beter op de hoogte van kansen en bedreigingen dan de onafhankelijke leden van de RvC. Wij zijn, vanuit dit perspectief, van mening dat het essentieel is dat steeds een aandeelhouder, die binnen de vennootschap werkzaam is, zitting heeft in de RvC. Daarbij kunnen de gekozen toezichtstructuren bij coöperaties en familievennootschappen als voorbeeld dienen. Aldaar wordt zorg gedragen voor binding tussen (een van de) commissarissen en de aandeelhouders. Indien de bedoelde commissaris met voldoende zorgvuldigheid wordt gekozen (met inzicht in zijn netwerk), kan dit borgen dat de RvC over de noodzakelijke informatie beschikt. Wij betreuren dan ook zeer dat, in het thans voorliggend wetsvoorstel, de mogelijkheid is komen te vervallen om binnen het toezichthoudend orgaan een niet-onafhankelijke commissaris te benoemen en stellen voor het uitgangspunt van het consultatiedocument, in hoge mate gebaseerd op opvattingen uit de beroepsgroep, te heroverwegen en dit toch mogelijk te maken. Wanneer deze mogelijkheid niet wordt gecreëerd, zou een second best oplossing zijn om, zoals dat bij coöperaties en familiebedrijven gebruikelijk is, een vertegenwoordiging uit de aandeelhouders te benoemen in de vorm van een 'Raad van Advies/Raad van Wijzen' die als taak heeft als 'sparring partner' op te treden voor de RvC. Ook met betrekking tot de te behandelen onderwerpen in de AV kan aansluiting worden gezocht bij hetgeen gebruikelijk is bij coöperaties en familievennootschappen. De ledenvergaderingen en aandeelhoudersvergaderingen bij deze organisaties bevatten vaak meer onderwerpen dan die van de

meer 'traditionele' ondernemingen. Het is van belang, zeker bij samenwerkingsverbanden van beroepsbeoefenaren, de persoonlijke betrokkenheid te stimuleren en dus ook andere dan gebruikelijke onderwerpen te bespreken die betrokkenen bezighouden. Een 'open mind' is daarbij essentieel. Het behoort tot de taak van de RvC toe te zien op werkbare agenda's. Daarbij kan het nuttig zijn de onderscheiden rollen van betrokkenen te adresseren en daarop de structuren aan te passen. Zo zou kunnen blijken dat het beter is de meer operationele zaken in een vergadering van leiders van de operationele eenheden van de onderneming te bespreken dan in de AV. Tot slot is een, bezien vanuit de positie van de toezichthouder, voor de vrije-beroeps-vennootschap specifiek probleem gelegen in het feit dat een belangrijk actief van de bedrijfsvoering veelal buiten de vennootschap is geplaatst. Het komt in deze sectoren veel voor dat de goodwill/het merkenrecht in een afzonderlijke entiteit met een eigen bestuur wordt ondergebracht. In die opzet zijn alle aandeelhouders ook in deze rechtspersoon of maatschap direct of indirect betrokken. De waarde van het actief wordt (grooten)deels bepaald door de activiteiten in de vennootschap die de praktijk uitoefent. De vraag is nu hoe een RvC zich aangaande dit aspect moet opstellen. Indien een licentievergoeding wordt betaald, kan de RvC zich een oordeel vormen over de voorwaarden waaronder dit gebeurt en daarmee een inzicht krijgen in de betekenis van de goodwill/het merkenrecht. Wat de RvC niet kan overzien, is het belang dat de afzonderlijke aandeelhouders als aandeelhouder en als werknemer bij deze goodwill hebben en wat de impact is van eventueel vertrek van aandeelhouders/'key personnel'. Het komt ons voor dat in veel gevallen de RvC zich er niet aan kan onttrekken te eisen dat zij geïnformeerd wordt en om advies wordt gevraagd al was het maar omdat de activiteiten in deze annexe organisatie (mede)bepalend zijn voor de remuneratie van de partners.

*\* Prof. mr. C.A. (Kid) Schwarz is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Erasmus School of Law en als partner verbonden aan BakerTillyBerk.*

*\*\* Prof. dr. mr. P.M. (Peter) van der Zanden RA is emeritus-hoogleraar Bedrijfseconomie aan Tilburg University, oud-partner van Ernst & Young Accountants en als commissaris verbonden aan BakerTillyBerk. De auteurs schrijven deze bijdrage op persoonlijke titel.*

*1. Hoewel vrij algemeen het onderscheid tussen beroepsbeoefening en commerciële activiteiten, dus het onderscheid tussen maatschap en v.o.f., als achterhaald wordt ervaren, wordt in het voorstel te komen tot modernisering van het personenvennootschap van de Commissie Van Offen, dat thans wordt omgezet in een Wetsvoorstel, voorgesteld het onderscheid te handhaven. Dit voorstel wordt met name gedaan om de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren in de maatschap nieuwe stijl te nuanceren in die zin dat, bij een beroepsfout van een van de maten, de andere maten niet in hun privévermogen aansprakelijk worden. Zie het rapport Modernisering Personenvennootschappen van de Werkgroep personenvennootschappen, art. 19 lid 2 en 3, waarin ook wordt voorzien in het van rechtswege ontstaan van rechtspersoonlijkheid bij de maatschap een dag na de inschrijving in het Handelsregister. Zie Van Offen c.s., Modernisering personenvennootschappen, Nijmeegse Reeks Deel 137, Deventer: Wolters Kluwer 2016.*

*2. Wij laten de vraag of de keuze voor structurering van de activiteiten in een rechtspersoonlijkheid bezittende organisatievorm helpt bij beperking van aansprakelijkheid hier onbesproken. Zie in dit verband het, ons inziens, disruptieve arrest HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745. Zie de noot bij NJ 2016/66 van Van Schilfgaarde en die van Kortmann in JOR 2015/289. Zie hierover ook de zeer lezenswaardige bijdrage van R.S. Meijer in AA 2016, afl. 6, p. 441 e.v.*

*3. Een bekend voorbeeld hiervan is de fiscale faciliteit dat een DGA in zijn vennootschap een pensioenvoorziening voor hem zelf mocht vormen. Het aldus gereserveerde bedrag kan benut worden als financiering van de praktijk.*

*4. C.A. Schwarz, 'Statutaire of contractuele prijsfixatie bij overdracht van aandelen; wijzigende gezichtspunten en de rol van redelijkheid en billijkheid', TvOB 2009, afl. 1, p. 14-21.*

*5. Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, Kamerstukken II 2006/07, 31058, Stb. 2012, 300 en de Invoeringswet, Stb. 2012, 300.*

*6. Zo is het mogelijk om verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard, geldend tussen aandeelhouders onderling, in relatie tot de vennootschap, of jegens derden, statutair te verankeren (art. 2:192 lid 1 sub a BW). Men denke ook aan, bijvoorbeeld, de statutaire basering van zogenaamde 'bad-leaver'-bepalingen, waarbij een discount aan de orde is bij ontijdig uittreden van een vennoot waarbij diens aandelen worden overgedragen aan de medeaandeelhouders (vgl. art. 2:192 lid 1 jo. lid 3 BW), of aan de mogelijkheid om de overdraagbaarheid van aandelen voor een bepaalde periode statutair uit te sluiten (art. 2:195 lid 3 BW).*

7. Waaronder merknaam, cliëntenbestand en opgebouwde kennis.

8. Een Organisatie van Openbaar Belang wordt gedefinieerd in de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta) art. 1 lid 1 sub L. Het betreft onder meer beursvennootschappen en banken.

9. Sinds 1 januari 2014.

10. Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisaties van Accountants.

11. In de consultatieversie van de Beleidsregel Geschiktheid Wta, die in april 2017 aan de betrokken organisaties is voorgelegd en die in belangrijke mate aansluit op de gezamenlijke beleidsregel van DNB en AFM geschiktheid, staat (evenals in de Beleidsregel 2012) een catalogus van eisen waaraan vrijwel niemand op deze wereld geheel kan voldoen. Het stuk bevat geen kwalificatievereisten voor de onderzoekers, noch is het proces van toetsing adequaat beschreven, noch zijn zekerheden ingebouwd die de belangen van de betrokkene, die zeer groot zijn, al in de onderzoeksfase op adequate wijze waarborgen.

12. Dit kan onder meer afgeleid worden uit de wetgevingsbrieven die de AFM jaarlijks aan de Minister van Financiën stuurt en waarin met name in 2014 en 2015 opmerkingen in die richting werden gemaakt.

13. De term 'Key (management) personnel' wordt onder andere door Angelsaksische standard setters regelmatig gebruikt om functionarissen binnen een organisatie aan te duiden die direct of indirect de bevoegdheid hebben de operaties van een onderneming aan te sturen ('plan and control').

14. Het voorstel spreekt van 'stemgerechtigden' nu de regeling ook ziet op accountantsorganisaties die zijn gestructureerd in andere rechtsvormen dan kapitaalvennootschappen, zoals maatschappen of coöperaties.

15. De politiek leek over het hoofd te zien dat in het stelsel van het consultatiedocument noch in dat van het Wetsvoorstel, benoeming van commissarissen door coöptatie mogelijk werd gemaakt. In de voorgestelde regeling draagt de wetgever in formele zin de Regering als het ware op om bepaalde onderdelen van de Wet aanvullende maatregelen accountantsorganisaties, uit te voeren door bij AMvB nadere regels vast te stellen. Wij menen dat zodanige nadere regels niet kunnen afwijken van bepalingen van dwingend recht die in het BW, dus de wet in formele zin, worden aangetroffen en waarop de structuur van de N.V. en de B.V. is gebaseerd. Dit geldt zowel voor het normale model als de structuurregeling, waarin het model van coöptatie van structuurcommissarissen in 2004 is verlaten. Zie art. 2:142 en 252 BW resp. art. 2:158 en 268 BW. Zie over de mogelijkheid van benoeming en ontslag van commissarissen door houders van een soort of aanduiding aandelen bij de B.V. art. 2:252 BW.

16. In zo'n situatie zijn de verhoudingen binnen de organisatie zodanig ernstig verstoort dat het verzoek tot instellen van een enquête aan de OK, gekoppeld aan het verzoek tot het treffen van tijdelijke maatregelen ter voorziening in het management, onvermijdelijk en kansrijk is. Dit verzoek kan niet alleen door aandeelhouders, maar ook door het bestuur of commissarissen worden ingesteld. Zie art. 2:346 en 347 BW.

17. Bij de N.V. geldt deze hoofdregel onverkort. Bij de B.V. kan de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van bestuurders statutair ook worden toegekend aan de vergadering van de houders van een soort of aanduiding aandelen. Zie art. 2:242 BW. Ook bestaat de mogelijkheid om de ontslagbevoegdheid naast het orgaan dat benoemde, ook aan een ander orgaan toe te kennen. Zie art. 2:244 lid 1 BW.

18. Kamerstukken II 2016/17, 34677, 1; voorstel art. 22a lid 7 onder C.

19. Als opgemerkt biedt art. 2:244 BW bij de B.V. de mogelijkheid om statutair te bepalen dat bestuurders eveneens kunnen worden ontslagen door een ander dan het benoemend orgaan.

20. Kamerstukken II 2016/17, 34677, 3, p. 22.

21. Art. 22a lid 9 van het voorstel.

22. Zie noot 23.

23. De wettelijke regeling van N.V. en B.V. biedt de mogelijkheid om statutair te bepalen dat een deel van de commissarissen, maar niet meer dan een derde van hen, door anderen wordt benoemd dan de AV. Zie art. 2:143 en 253 BW. Wij zouden menen dat deze regeling niet de mogelijkheid biedt om bij AMvB de benoeming van dat deel van de commissarissen bij de RvC te leggen. Zulks zou in strijd zijn met de ratio van de wettelijke regeling, waarin coöptatie niet aan de orde is. Daarnaast zou een zodanige regeling eenvoudig kunnen worden ontweken door vrijwillig het structuurregime te aanvaarden. In genoemde artikelen wordt immers aan het slot bepaald dat de mogelijkheid om anderen dan aandeelhouders tot een deel van de commissarissen te benoemen niet geldt wanneer het structuurregime van toepassing is.

24. Tenzij gebruik is gemaakt van de wettelijke regeling om een deel van de commissarissen door anderen te laten benoemen. Zie art. 2:254 BW alsook de voorgaande noot.

25. Art. 2:129 en 239 lid 1 BW beoogt uit te drukken dat de bestuurstaak in beginsel uitsluitend berust bij het bestuursorgaan.

26. Zie art. 2:129 en 239 lid 5 BW. Het vennootschappelijk belang is een fluïde begrip waarvan de inhoud wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Zie HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:804 (Inversiones c.s./Cancun Holding I c.s.).

27. Instelling van een RvC is, tenzij het gaat om structuurvennootschappen (art. 2:152 en 262 e.v.), in beginsel optioneel. Wel wordt regelmatig, op basis van sector wet- en regelgeving en bijvoorbeeld subsidievoorwaarden, de instelling van een toezichthoudend orgaan verplicht gesteld. Zie bijvoorbeeld de Woningwet 2015, de Zorgbrede Governance Code ten aanzien van zorginstellingen en de Corporate Governance Code ten aanzien van beursgenoteerde vennootschappen.

28. Art. 2:140 en 250 lid 2 BW.

29. Zie, in de monistische bestuursstructuur, het bepaalde in art. 2:129a en 239a lid 3 BW.

30. Besluit van 26 juli 2008 tot uitvoering van art. 41 van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 17 mei 2006 betreffende de wettelijke controles van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen, tot wijziging van Richtlijn 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen en houdende intrekking van Richtlijn 84/253/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen.

31. Principe III.5. In de recent herziene code is deze bepaling hernummerd naar best practice bepaling 2.3.2.

32. Zie art. 2:114a en 224a BW.

33. Zie de aantekeningen bij art. 2:107 BW in de *Kluwer Losbladige Rechtspersonen* (Schwarz).

34. Art. 2:394 jo. 393 BW.

35. Art. 2:108 en 218 BW.

36. Zie art. 2:110 en 220 BW.

37. Zie art. 2:107 en 217 lid 2 BW.

38. Zie art. 2:141 en 251 lid 1 BW.

39. Art. 2:393 lid 4 BW.

40. H. Maarsen, 'Commissaris vraagt om eigen onderzoeksbudget', FD 6 februari 2014, waarin deze wens onder andere door Mary de Gaay Forman wordt geuit; 'Met reactie P.M. van der Zanden, Onderneming is met balanscommissaris beter af', FD 21 februari 2014. Zie ook P.M. van der Zanden, 'Accountants in de problemen! Balanscommissaris, een panacee?', *Ondernemingsrecht* 2014, afl. 10/11.

41. Art. 2:239a BW geeft geen uitgewerkte verdeling van bestuurstaken tussen uitvoerend en niet-uitvoerend bestuurders. Richtsnoer wordt slechts gevonden in de negatief geformuleerde zinsnede dat de toezichthoudende taak niet aan de niet-uitvoerend bestuurders kan worden ontnomen. Zulks brengt ons inziens niet met zich dat uitvoerend bestuurders geen toezichthoudende taken kunnen hebben, en ook niet dat niet-uitvoerend bestuurders geen uitvoerende taken kunnen hebben. Sterker nog, aangenomen moet worden dat wanneer de statuten geen verdere verdeling van taken aanbrengen, de niet-uitvoerend bestuurders, naast de hen toekomende toezichthoudende taken, ook alle andere bestuurstaken tot de hunne moeten rekenen.

42. Art. 2:239a BW. Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat (een) bepaalde bestuurder(s) zelfstandig kunnen beslissen op aan hen toebedeelde taken. Wanneer alle uitvoerende taken worden toebedeeld aan de uitvoerend bestuurders, zijn de niet-uitvoerend bestuurders uitsluitend belast met de toezichthoudende taak en is hun functionele positie gelijk aan die van commissarissen in een two-tier board structure. Op verschillen in aansprakelijkheidsprofiel van de toezichthouder in de verschillende posities gaan wij hier niet in. Schwarz komt daar uitgebreid op terug in de binnenkort te verschijnen IVO-congresbundel naar aanleiding van het IVO-congres te Groningen van november 2016.

43. De Nadere Voorschriften Accountantskantoren assurance (AA en RA) bepalen dat de meerderheid van het stemrecht bij accountants moet liggen (art. 33).

44. Zie G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie: een onderzoek naar de civielrechtelijke kenmerken van de coöperatie in het licht van de vraag of daaruit beperkingen voortvloeien voor de financiering van haar ondernemingsactiviteiten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

45. Zie art. 2:63f lid 2 BW.

46. Het is de vraag of die positie ook een verandering zou moeten brengen in het aansprakelijkheidsprofiel van die toezichthouder. Zie

47. Een probleem waar veel (semi)overheidsorganisaties mee te kampen hebben waardoor zij niet in staat zijn getalenteerde mensen aan zich te binden. Er zijn veel ex-toezichthouders die zich met hun bij de toezichthouder verworven ervaring over de wijze van beoordelen om die reden op de markt begeven.

48. De AFM verlangt althans jaarlijks een gesprek met de commissarissen bij de accountantsorganisaties.