

Hein Hooghoudt

T +31 20 71 71 831

F +31 20 71 71 111

M +31 6 53 41 81 40

hein.hooghoudt@nautadutilh.com

Amsterdam, 17 september 2015

Monique van Dijken-Eeuwijk

T +31 20 71 71 450

F +31 20 71 71 111

M +31 6 53 62 39 19

monique.vandijken-eeuwijk@nautadutilh.com

Memorandum

ROULATIE VAN AUDITKANTOREN: Nederlands wetsontwerp en toelichting daarop strijdig met Europese wetgeving

Conclusie

Om redenen die hieronder worden toegelicht zijn de reeds aangenomen, maar nog in werking te treden Nederlandse regeling ten aanzien van de verplichte roulatie van auditkantoren en de voorgestelde wettelijke wijziging dienaangaande in strijd met de rechtstreeks toepasselijke Verordening EU/537/2014 van het Europese Parlement en de Raad van 26 april 2014 ("**EU-Verordening**") die datzelfde onderwerp regelt.

De Nederlandse regeling is opgenomen in artikel 23 van de Wet toezicht accountantsorganisaties ("**Wta**"). Bij de wijziging van de Wet op het accountantsberoep ("**Wab**") eind 2012 (Stb. 2012, 680), is aan dit artikel een sub-paragraaf c toegevoegd dat voorziet in een cooling off periode van twee jaar waarin een auditkantoor geen wettelijke controle mag verrichten nadat datzelfde auditkantoor acht jaar of langer die controle bij een organisatie van openbaar belang ("**OOB**") heeft verricht. Deze wijziging treedt per 1 januari 2016 in werking (Stb. 2012, 681) en wordt dan van toepassing.

Ook het wetsontwerp van de Wijzigingswet financiële markten 2016 (*Kamerstukken II* 2014/15, nr. 34.198, nr. 2) dat de hiervoor genoemde wijziging van het huidige artikel 23 Wta moet vervangen en de maximum periode van acht jaar vervangt door tien jaar en de cooling off periode van twee jaar door vier jaar, is in strijd met bovenbedoelde EU-Verordening. Ook dat zal hieronder worden toegelicht.

Amsterdam

Brussels

London

Luxemburg

New York

Rotterdam

NautaDutilh N.V. has its seat at Rotterdam, The Netherlands and is registered in the Commercial Register in Rotterdam under number 24338323. All services and other work are carried out under a contract for professional services ("overeenkomst van opdracht") with NautaDutilh N.V., subject to the general conditions of NautaDutilh N.V. These general conditions include, among other provisions, a limitation of liability clause and have been filed with the Rotterdam Court of First Instance. They can be consulted at www.nautadutilh.com and will be provided free of charge upon request.
ABN AMRO Bank 46.69.93.293; ING Bank 50296; Deutsche Bank 44.10.72.127; Account Name: Stichting Beheer Derdengelden Advocatuur NautaDutilh.

De oplossing van dit probleem is simpel. Omdat de EU-Verordening rechtstreekse werking heeft en op het punt van de termijnen van tien jaar en vier jaar geen verdere uitwerking behoeft, kan de Nederlandse wetgever volstaan met (a) een wetsontwerp waarmee de nog in werking te treden regeling van acht jaar en twee jaar wordt ingetrokken door sub-paragraaf c van artikel 23 Wta te laten vervallen en (b) intrekking van het wetsontwerp voor zover daardoor die twee termijnen worden aangepast.

1. Inleiding

1.1 In december 2012 is in Nederland nieuwe wetgeving aangenomen met betrekking tot de roulatie van auditkantoren, die op 1 januari 2016 in werking zal treden en dan ook van toepassing zal zijn. Het gaat om de toevoeging aan artikel 23 van de Wta van een nieuwe sub-paragraaf (c) waardoor wordt bepaald dat een auditkantoor geen wettelijke controle van een OOB mag verrichten voor een periode van twee jaar volgend op een periode van acht opeenvolgende jaren waarin het auditkantoor de wettelijke controle met betrekking tot die OOB heeft verricht. Het taalkundig voor verbetering vatbare nog in werking te treden artikel 23/sub-paragraaf c Wta luidt als volgt:

"De accountantsorganisatie verricht geen wettelijke controle bij een organisatie van openbaar belang, indien zij met betrekking tot die organisatie:

[...]

c. gedurende een periode van twee jaren volgend op een periode van acht aaneengesloten jaren waarin de accountantsorganisatie de wettelijke controles heeft verricht of een aanmerkelijk deel van de financiële administratie heeft verzorgd of ingericht."

1.2 Op 27 mei 2014 werd gepubliceerd de EU-Verordening betreffende specifieke eisen voor de wettelijke controles van financiële overzichten van organisaties van openbaar belang die op 16 juni 2014 in werking traden en op 17 juni 2016 van toepassing zal worden. Ook deze EU-Verordening bevat bepalingen over de roulatie van auditkantoren en wel in artikelen 17 en 41 van die EU-Verordening.

- 1.3 In reactie op de EU-Verordening heeft de Nederlandse wetgever middels het wetsontwerp voor de Wijzigingswet financiële markten 2016 (*Kamerstukken II* 2014/15, nr. 34.198, nr. 2) voorgesteld de hiervoor geciteerde sub-paragraaf c van artikel 23 Wta aan te passen door de maximumtermijn van acht jaar te vervangen door tien jaar en de cooling off periode van twee jaar te vervangen door vier jaar.

Het taalkundig nog steeds niet goed lopende relevante deel van artikel 23 Wta zou als gevolg van deze voorgestelde wetswijziging als volgt komen te luiden:

"de accountantsorganisatie verricht geen wettelijke controle bij een organisatie van openbaar belang, indien zij met betrekking tot die organisatie:

[...]

- c. gedurende een periode van vier jaren volgend op een periode van tien aaneengesloten jaren waarin de accountantsorganisatie de wettelijke controles heeft verricht of een aanmerkelijk deel van de financiële administratie heeft verzorgd of ingericht."*

- 1.4 Zowel de reeds aangenomen, maar nog inwerking te treden regeling met acht en twee jaar die van toepassing zou worden op 1 januari 2016 als de voorgestelde wijzigingsregeling met tien en vier jaar, lijkt door de formulering van die regeling te voorzien in een cooling off periode van twee respectievelijk vier jaar, indien de opdracht van het auditkantoor op het moment van het van toepassing worden van de regeling (2016) minder dan twee respectievelijk vier jaar is geëindigd, zelfs indien die opdracht al was beëindigd voordat de EU-Verordening in werking trad op 16 juni 2014. Dat is in strijd met de EU-Verordening om redenen die hieronder in hoofdstuk 2 zullen worden toegelicht.
- 1.5 Voorts heeft de Minister van Financiën ("**Minister**") in de toelichting op het nieuwe wetsontwerp (*Kamerstukken II* 2014/15, nr. 34.198, nr. 4) het standpunt ingenomen:
- a. dat aan de AFM geen bevoegdheid toekomt, en ook niet hoeft te worden gegeven, op uitzonderlijke basis een verlenging van

maximaal twee jaar toe te staan van een lopende opdracht wanneer de maximum termijn is verstreken indien aan een van de in de EU-Verordening aangeduide voorwaarden is voldaan; en

- b. dat het niet nodig is een overgangsregeling in te voeren en dat er kennelijk zonder een dergelijke nadere Nederlandse regeling ook geen sprake is van een overgangsregeling zoals opgenomen in de EU-Verordening.

Beide standpunten zijn in strijd met de EU-Verordening om redenen die hieronder in hoofdstuk 3 worden toegelicht.

2. Alleen tijdsduur van de opdracht aan het auditkantoor die is verstreken na de inwerkingtreding van de verordening op 16 juni 2014 dient in aanmerking te worden genomen voor de vraag of de daarop aansluitende cooling off periode in acht moet worden genomen.

- 2.1 De cooling off periode van vier jaar voorzien in artikel 17 lid 3 van de EU-Verordening mag onder de EU-Verordening alleen van toepassing zijn indien de opdracht aan het auditkantoor na inwerkingtreding van de EU-Verordening, dat wil zeggen na 16 juni 2014, minimaal tien jaar (de "**Maximum Periode**") heeft geduurd, behalve voor zover de overgangsbepaling van artikel 41 van de EU-Verordening van toepassing zou zijn. In ieder geval is de cooling off periode niet van toepassing in aansluiting op opdrachten die al zijn afgelopen op het moment van inwerkingtreding van de EU-Verordening (d.w.z. op 16 juni 2014).
- 2.2 Artikel 17 lid 3 van de EU-Verordening bepaalt dat er een "cooling off" periode is van vier jaar volgend op de eerder bedoelde Maximum Periode, en het gaat daarbij om de vier jaar periode die onmiddellijk volgt op de eerder bedoelde Maximum Periode die, zoals reeds opgemerkt, een periode betreft die alleen meetelt voor zover die loopt na 16 juni 2014. Het gevolg hiervan is dat de EU-Verordening voorziet in een "cooling off" periode van vier jaar die niet van toepassing is op bestaande opdrachten waarvan na 16 juni 2014 nog geen tien jaar is verstreken en in ieder geval niet op nieuwe opdrachten die verstrekt worden binnen vier jaar na opdrachten die geëindigd zijn vóór 16 juni 2014, zelfs indien de periode van zo'n eerdere opdracht 10 jaar of langer was.

2.3 Deze conclusie dat voor de berekening van de maximum duur van de opdracht slechts meetellen jaren na 16 juni 2014, is onontkoombaar wanneer artikel 17 lid 1 van de EU-Verordening (die voorziet in de maximum periode van tien jaar voor een opdracht) wordt gezien in samenhang met de overgangsregeling in artikel 41 van de EU-Verordening.

2.4 Artikel 41 leden 1 en 2 van de Verordening luiden als volgt:

"Overgangsbepaling

1. *Vanaf 17 juni 2020 geeft een organisatie van openbaar belang geen controleopdracht of verlengt zij geen controleopdracht aan een bepaalde wettelijke auditor of auditkantoor, indien die wettelijke auditor of dat auditkantoor op de datum van inwerkingtreding van deze verordening gedurende een aaneengesloten periode van twintig of meer jaar wettelijke controlediensten aan die organisatie van openbaar belang heeft geleverd.*

2. *Vanaf 17 juni 2023 geeft een organisatie van openbaar belang geen controleopdracht of verlengt zij geen controleopdracht aan een bepaalde wettelijke auditor of auditkantoor, indien die wettelijke auditor of dat auditkantoor op de datum van inwerkingtreding van deze verordening gedurende een aaneengesloten periode van elf tot twintig jaar wettelijke controlediensten aan die organisatie van openbaar belang heeft geleverd."*

2.5 Indien voor de in artikel 17 lid 1 EU-Verordening bedoelde periode mee zouden moeten tellen jaren die vóór 16 juni 2014 (inwerkingtreding Verordening) zijn verstreken, zijn bijvoorbeeld leden 1 en 2 van Artikel 41 zinloze bepalingen. Die overgangsbepalingen zien immers op opdrachten die op het moment van inwerkingtreding van de EU-Verordening op 16 juni 2014 al 20 jaar of meer respectievelijk tussen de 11 en 20 jaar liepen en de voortzetting daarvan zou bij een dergelijke interpretatie van artikel 17 lid 1 al op het moment van het toepassing worden van de EU-Verordening op 17 juni 2016 meteen verboden zijn. Met andere woorden, dan zou het zinloos zijn te bepalen dat ze vanaf 17 juni 2020 respectievelijk vanaf 17 juni 2023 niet meer mogen worden verlengd.

2.6 Ook indien we niet de maximum periode van 10 jaar van artikel 17 lid 1 in aanmerking zouden nemen maar de in uitzonderlijke situaties krach-

tens artikel 17 lid 4 van de EU-Verordening tot maximaal 24 jaar te verlengen periode, dan nog is daarmee artikel 41 niet te rijmen. Een periode van 24 jaar die op 16 juni 2014 al 20 jaar of meer liep, loopt immers al af op 16 juni 2018 of eerder, dat wil zeggen twee jaar of langer vóór de in artikel 41 lid 1 genoemde uiterste datum van 17 juni 2020 en een periode van 24 jaar die op 16 juni 2014 bijvoorbeeld al 19 jaar liep, loopt af op 17 juni 2019, dat wil zeggen vier jaar vóór de in artikel 41 lid 2 genoemde uiterste datum van 17 juni 2023.

- 2.7 Gelet op het voorgaande is artikel 41 van de EU-Verordening daarom alleen te verklaren indien de EU-Verordening als uitgangspunt neemt dat uitsluitend de duur van de opdracht verstreken na de inwerkingtreding van de Verordening (16 juni 2014) wordt meegenomen voor de vraag of de Maximum Periode is bereikt die leidt tot de verplichting de in artikel 17 lid 3 EU-Verordening voorgeschreven cooling off periode van vier jaar in acht te nemen.
- 2.8 Daarnaast is er nog een afzonderlijke reden waarom moet worden aangenomen dat de cooling off periode in ieder geval niet in acht hoeft te worden genomen als gevolg van opdrachten die al beëindigd zijn vóór de inwerkingtreding van de EU-Verordening (d.w.z. vóór 16 juni 2014).
- 2.9 Artikel 17 (1) van de EU-Verordening bepaalt dat noch de eerste opdracht aan een auditkantoor noch deze eerste opdracht in combinatie met één of meer verlengingen een periode van 10 jaar zal overschrijden. Dit is een verbodsbepaling. Aangezien men niet iets kan verbieden dat in het verleden plaatsvond en al is geëindigd voordat het verbod van kracht werd, kan het verbod van nature alleen van toepassing zijn op een periode die hetzij (i) nog loopt op het moment dat de EU-Verordening op 16 juni 2014 in werking trad, hetzij (ii) na die datum begint, en kan zo'n verbod aldus niet van toepassing zijn op perioden die reeds geëindigd zijn vóór 16 juni 2014.
- 2.10 De EU-Verordening is rechtstreeks van toepassing in de lidstaten en heeft geen verdere ten uitvoerlegging in de lidstaten met betrekking tot de toepassing van de vier jaar cooling off periode zoals hierboven omschreven. De EU-Verordening biedt ook niet aan de lidstaten de mogelijkheid voor een ander systeem met betrekking tot de cooling off periode van vier jaar te kiezen door bijvoorbeeld die vier jaar van toepassing te

laten zijn in aansluiting op de periode van opdrachten die al geëindigd zijn voor de inwerkingtreding van de EU-Verordening.

- 2.11 Aangezien zowel de reeds aangenomen als de voorgestelde gewijzigde sub-paragraaf c van artikel 23 Wta in strijd is met de rechtstreeks werkende EU-Verordening en bovendien overbodig is omdat de EU-Verordening zelf al voorziet in een Maximum Periode van tien jaar en een cooling off periode van vier jaar, ligt het voor de hand dat de nu voorgestelde wijzigingsregeling niet de acht jaar vervangt door tien jaar en de twee jaar door vier jaar, maar dat die wijzigingsregeling volstaat met het intrekken van sub-paragraaf c van artikel 23 Wta opdat er niet naast de rechtstreeks toepasselijke regeling van de EU-Verordening nog een afzonderlijke Nederlandse regeling bestaat die daarmee in strijd is.

3. De memorie van toelichting op het wetsontwerp Wijzigingswet financiële markten 2016 (kamerstukken ii 2014/15, nr. 34.198, nr. 3)

- 3.1 Het gaat hierbij om de toelichting door de Minister ten aanzien van:
- (a) de bevoegdheid van de AFM om een verlenging van maximaal twee jaar toe te staan; en
 - (b) zijn opvatting dat geen overgangsregeling nodig is en dat er ook geen overgangsregeling van toepassing is. Zie p. 53 e.v. van de MvT. De Minister lijkt daarbij te veronderstellen dat met ingang van het van toepassing worden van de nieuwe regeling het verbod van een verlenging of een nieuwe opdracht onmiddellijk van toepassing is, indien op dat moment minder dan vier jaar daaraan voorafgaand een opdracht van tien jaar of meer is geëindigd. Zoals hierboven reeds aangegeven, is die veronderstelling in strijd met de EU-Verordening. De Maximum Periode van tien jaar begint niet eerder te lopen dan met ingang van 16 juni 2014, zij het dat de overgangsbepaling van het artikel 41 van de EU-Verordening bepaalt dat auditkantoren die op dat moment reeds 20 jaar of meer respectievelijk tussen de 11 en 20 jaar auditor waren, minder tijd dan 10 jaar na de inwerkingtreding van de EU-Verordening wordt gegund, nl. vanaf 17 juni 2020 respectievelijk vanaf 17 juni 2023 mag de dan lopende opdracht niet meer worden verlengd.

- 3.2 Ook hier geldt dat de regeling van artikel 17 juncto artikel 41 van de EU-Verordening rechtstreeks geldend is en geen verdere uitwerking of bevestiging behoeft in de Nederlandse regelgeving.
- 3.3 Verder bepaalt artikel 17 lid 6 van de EU-Verordening dat na het verstrijken van de Maximum Periode van artikel 17 lid 1 EU-Verordening of van één van de perioden waarnaar verwezen wordt in artikel 17 lid 4 EU-Verordening, een OOB op uitzonderlijke basis de bevoegde autoriteit (dat wil zeggen in Nederland de AFM) kan verzoeken een verlenging toe te staan van de opdracht aan het auditkantoor voor een maximum periode van twee jaar, mits één de voorwaarden (a) en (b) van artikel 17 lid 4 is vervuld.
- 3.4 Wij merken op dat de Minister in de toelichting op het wetsontwerp heeft te kennen gegeven niet te zullen kiezen voor een verlenging van de Maximum Periode tot respectievelijk 20 jaar en 24 jaar in de situaties die zijn omschreven in sub paragrafen (a) en (b) van artikel 17 lid 4 EU-Verordening. Wij merken echter ook op dat artikel 17 lid 6 EU-Verordening niet alleen verwijst naar die perioden van 20 jaar en 24 jaar die zijn voorzien in artikel 17 lid 4 maar ook verwijst naar de periode van artikel 17 lid 1. Met andere woorden, de bevoegdheid van de bevoegde autoriteit om een verlenging van maximaal twee jaar toe te staan is niet alleen van toepassing op de perioden bedoeld in Artikel 17 lid 4 maar ook op de periode van Artikel 17 lid 1.
- 3.5 Artikel 17 lid 6 EU-Verordening is niet zodanig geredigeerd dat de lidstaten de keuze hebben de bevoegde autoriteit geen bevoegdheid te geven op uitzonderlijke basis een verlenging toe te staan indien een van de voorwaarden (a) en (b) van artikel 17 lid 4 EU-Verordening is vervuld, dat wil zeggen indien de OOB een openbare aanbesteding zou uitschrijven in verband met de selectie van haar auditkantoor of indien de OOB twee of meer auditkantoren zou benoemen voor een joint audit.
- 3.6 Aldus bieden artikel 17 (met de beperkingen krachtens artikel 41) en artikel 17 lid 6 van de EU-Verordening twee mogelijke wegen naar een verlenging van opdrachten die op het moment van het van toepassing worden van de EU-Verordening al meer dan tien jaar lopen, met dien verstande uiteraard dat de tweede weg krachtens artikel 17 lid 6 EU-Verordening alleen tot een verlenging kan leiden indien de bevoegde autoriteit een verlenging zou toestaan van maximaal twee jaar op uitzonder-

lijke basis. De mogelijkheid van een verlenging krachtens artikel 17 (met de beperkingen krachtens de overgangsregels van artikel 41) is niet afhankelijk van een dispensatie door de bevoegde autoriteit.

- 3.7 Hoewel er gelet op artikel 17 leden 1 en 3 EU-Verordening en de verlengingsbevoegdheid van de AFM krachtens artikel 17 lid 6 EU-Verordening geen nadere Nederlandse wetgeving is vereist omdat die bepalingen uit de EU-Verordening rechtstreeks werken en kan worden volstaan met het bij wet intrekken van sub-paragraaf c van artikel 23 Wta, zou het wel verhelderend werken indien de Minister alsnog zijn toelichting zou aanpassen in de hierboven omschreven zin.