



323

Besluit van 26 juli 2008 tot uitvoering van artikel 41 van Richtlijn nr. 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 de Richtlijnen nr. 78/660/EEG en nr. 83/349/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen en houdende intrekking van Richtlijn nr. 84/253/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van Onze Minister van Justitie van 24 april 2007, Directie Wetgeving, nr. 5479513/07/6;

Gelet op artikel 21a Wet toezicht accountantsorganisaties en artikel 391 lid 5 en 6 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;

De Raad van State gehoord (advies van 14 juni 2007, nr. W03.07.0114/II);
Gezien het nader rapport van 15 juli 2008, nr. 5552473/08/6;

Hebben goedgevonden en verstaan:

Artikel 1

Voor de toepassing van dit besluit wordt onder een organisatie van openbaar belang verstaan een organisatie van openbaar belang als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel I, van de Wet toezicht accountantsorganisaties.

Artikel 2

1. Een auditcommissie is voor de toepassing van dit artikel samengesteld uit leden van de raad van commissarissen of uit leden van het bestuursorgaan die niet belast zijn met het uitvoerend bestuur.

2. Een organisatie van openbaar belang stelt een auditcommissie in en leeft de best practice bepalingen III.5.4, onderdeel a, b, c en f en III.5.7 alsmede de principes V.2 en V.4 van de Nederlandse corporate governance code zoals gepubliceerd in Staatscourant nr. 250 d.d. 27 december 2004 na. Tenminste één lid van de auditcommissie is onafhankelijk in de zin van best practice bepaling III.2.2 van die code.

3. In afwijking van het tweede lid kan een orgaan worden aangewezen dat de volgende taken uitoefent:

- a. het monitoren van het financiële-verslaggevingsproces;
- b. het monitoren van de doeltreffendheid van het interne beheersingssysteem, het eventuele interne auditsysteem en het risicomanagementsysteem van de vennootschap;
- c. het monitoren van de wettelijke controle van de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening;
- d. het beoordelen en monitoren van de onafhankelijkheid van de externe accountant of het accountantskantoor, waarbij met name wordt gelet op de verlening van nevendiensten aan de gecontroleerde entiteit.

Tenminste één lid van het orgaan is onafhankelijk in de zin van best practice bepaling III.2.2 van de code als bedoeld in het tweede lid. In het jaarverslag wordt opgave gedaan van het aangewezen orgaan en de samenstelling daarvan.

Artikel 3

Dit besluit is niet van toepassing op:

- a. een dochtermaatschappij als bedoeld in artikel 24a, eerste lid, van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van een rechtspersoon die de in artikel 2, derde lid, onder a. tot en met d. genoemde taken heeft opgedragen aan een auditcommissie en die de best practice bepaling III.5.7 alsmede de principes V.2 en V.4 van de Nederlandse corporate governance code zoals gepubliceerd in Staatscourant nr. 250 d.d. 27 december 2004 heeft nageleefd en waarvan de samenstelling van de auditcommissie voldoet aan artikel 2, eerste lid en tweede lid, tweede volzin;
- b. een bank waarop een vrijstelling als bedoeld in artikel 3:111, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht van toepassing is indien een centrale kredietinstelling de in artikel 2, derde lid, onder a. tot en met d. genoemde taken heeft opgedragen aan een auditcommissie en die de best practice bepaling III.5.7 alsmede de principes V.2 en V.4 van de Nederlandse corporate governance code zoals gepubliceerd in Staatscourant nr. 250 d.d. 27 december 2004 heeft nageleefd en waarvan de samenstelling van de auditcommissie voldoet aan artikel 2, eerste lid en tweede lid, tweede volzin;
- c. een beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht die is opgenomen in het register als bedoeld in artikel 1:107 van de Wet op het financieel toezicht;
- d. een entiteit voor securisatiedoelinden als bedoeld in artikel 1 van het Besluit prudentiële regels Wft, mits de onderneming aan het publiek bekend maakt waarom zij het niet dienstig acht een auditcommissie in te stellen, of een orgaan aan te wijzen in de zin van artikel 2, derde lid.

Artikel 4

Dit besluit is van toepassing op een jaarverslag dat betrekking heeft op een boekjaar dat aanvangt op of na 1 januari 2008.

Artikel 5

Dit besluit treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin het wordt geplaatst.

Het advies van de Raad van State is openbaar gemaakt door terinzagelegging bij het Ministerie van Justitie.
Tevens zal het advies met de daarbij ter inzage gelegde stukken worden opgenomen in het bijvoegsel bij de Staatscourant van 9 september 2008, nr. 174.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

Tavarnelle, 26 juli 2008

Beatrix

De Minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin

Uitgegeven de *zevende* augustus 2008

De Minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin

NOTA VAN TOELICHTING

1. Algemeen

Dit besluit strekt tot de uitvoering van artikel 41 van Richtlijn nr. 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 de Richtlijnen nr. 78/660/EEG en houdende de intrekking van Richtlijn nr. 84/253/EEG (Pb L 157 van 9 juni 2006, p. 87, hierna: «Richtlijn»¹).

De Richtlijn heeft vooral betrekking op het toezicht op accountants. De desbetreffende voorschriften zijn uitgevoerd door een wijziging van de Wet toezicht accountantsorganisaties en het Burgerlijk Wetboek. Artikel 41 van de Richtlijn heeft een andere strekking. Het eerste lid van dat artikel houdt in dat organisaties van openbaar belang in beginsel een auditcommissie – in de terminologie van de Richtlijn «een auditcomité» – moeten hebben. De organisaties van openbaar belang waarvoor artikel 41 van de Richtlijn geldt zijn de Nederlandse beursvennootschappen en – voor zover zij niet reeds tevens een Nederlandse beursvennootschap zijn – alle Nederlandse kredietinstellingen en verzekeraars (artikel 2, onderdeel 13 Richtlijn). De lidstaten kunnen ook andere entiteiten aanmerken als organisatie van openbaar belang (artikel 2, onderdeel 13, tweede zin, Richtlijn). Een definitie van het begrip organisatie van openbaar belang is reeds ter uitvoering van de onderhavige Richtlijn opgenomen in artikel 1 lid 1, onderdeel I van de Wet toezicht accountantsorganisaties. Het gaat daarbij steeds om rechtspersonen naar Nederlands recht. Naar de definitiebepaling van de Wet toezicht accountantsorganisaties kan in dit besluit worden verwezen. In de Wet toezicht accountantsorganisaties is de mogelijkheid opgenomen dat bij algemene maatregel van bestuur andere entiteiten kunnen worden aangemerkt als organisatie van openbaar belang (artikel 2 jo. artikel 1 lid 1, onderdeel I, ten 5° van de Wet toezicht accountantsorganisaties). Van die mogelijkheid is vooralsnog geen gebruik gemaakt.

Een auditcommissie heeft tot taak het monitoren van het financiële-verslaggevingsproces, het monitoren van de doeltreffendheid van het interne beheersingssysteem, het eventuele interne auditsysteem en het risicomanagementsysteem van de vennootschap, het monitoren van de wettelijke controle van de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening alsmede het beoordelen en monitoren van de onafhankelijkheid van de externe accountant of het accountantskantoor, waarbij met name wordt gelet op de verlening van nevendiensten aan de gecontroleerde entiteit (artikel 41 lid 2 Richtlijn). De lidstaten moeten bepalen hoe een auditcommissie wordt samengesteld. Daarvoor kan worden gekozen uit niet bij het dagelijks bestuur betrokken leden van het leidinggevend orgaan en/of leden van het toezichthoudend orgaan en/of leden die worden benoemd door de aandeelhoudersvergadering (artikel 41 lid 1, eerste alinea, Richtlijn).

Aan beursvennootschappen die een auditcommissie hebben ingesteld en die tevens voldoen aan de criteria van een kleine of middelgrote onderneming in de zin van artikel 2 lid 1, onderdeel f, van Richtlijn 2003/71/EG (Prospectusrichtlijn) kan worden toegestaan dat de taken van de auditcommissie worden uitgevoerd door het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan als geheel (artikel 41 lid 1, tweede alinea, Richtlijn). De voorzitter van een dergelijk orgaan kan dan echter geen voorzitter van de auditcommissie zijn indien hij bij het dagelijks bestuur betrokken is. Aangezien de Nederlandse wet en de Nederlandse corporate governance code (zie hierna) niet voorzien in een regeling op grond waarvan taken van een auditcommissie worden waargenomen door een orgaan van de vennootschap, wordt in het vervolg aan alinea 2 van artikel 41 lid 1 Richtlijn voorbij gegaan.

¹ De Richtlijn dient voor 29 juni 2008 te zijn uitgevoerd in de Nederlandse regelgeving (artikel 53 Richtlijn).

In afwijking van de hiervoor beschreven situatie waarin er wel een auditcommissie is ingesteld (maar de desbetreffende taken worden waargenomen door een orgaan van de organisatie van openbaar belang) houdt de Richtlijn ook rekening met het geval dat er helemaal geen auditcommissie is ingesteld. De lidstaten mogen voor dat laatste geval toestaan of bepalen dat niet een auditcommissie, maar een orgaan van de organisatie van openbaar belang de bevoegdheden van een auditcommissie heeft (artikel 41 lid 5 Richtlijn). Op grond van lid 5 moet de desbetreffende organisatie van openbaar belang dan wel meedelen welk orgaan de bedoelde taken heeft en wat de samenstelling van het orgaan is.

In Nederland is de auditcommissie reeds een bekend fenomeen bij vennootschappen naar Nederlands recht waarvan aandelen of certificaten van aandelen zijn genoteerd aan de beurs. Dergelijke beursvennootschappen moeten op grond van het besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag (Stb. 747) in het jaarverslag mededeling doen over de naleving van de principes en best practice bepalingen van de Nederlandse corporate governance code zoals gepubliceerd in Staatscourant nr. 250 d.d. 27 december 2004. Principe III.5 van de code houdt in dat een auditcommissie moet worden ingesteld wanneer de raad van commissarissen meer dan vier personen omvat. Indien de raad van commissarissen maximaal vier personen omvat, dan kunnen de taken van een auditcommissie worden vervuld door de raad van commissarissen als geheel.

Wanneer een organisatie van openbaar belang een auditcommissie instelt en relevante principes en best practice bepalingen van de code in acht neemt, wordt aan de eisen van artikel 41 lid 1 van de Richtlijn voldaan. Voor de Nederlandse beursvennootschappen leidt het onderhavige besluit in dat geval niet tot een nieuwe verplichting. Zou een beursvennootschap echter geen auditcommissie instellen of afwijken van relevante bepalingen van de code, dan dient op grond van dit besluit uit het jaarverslag te blijken welk orgaan de taken van een auditcommissie vervult en wat de samenstelling van het orgaan is. In dat geval is er dus wel een nieuwe verslagleggingsverplichting. Ook de andere organisaties van openbaar belang – die niet onder het toepassingsbereik van de code vallen – moeten een besluit nemen over het al dan niet instellen van een auditcommissie. Stellen zij geen auditcommissie in, dan geldt voor hen een nieuwe verslagleggingsverplichting. Overigens geldt er geen nieuwe verslagleggingsverplichting wanneer beroep kan worden gedaan op een uitzondering als bedoeld in artikel 3 van dit besluit. Een uitzondering is bepaald ten behoeve van dochtermaatschappijen in de zin van artikel 1 van Richtlijn 83/349/EEG, instellingen voor de collectieve belegging in effecten en entiteiten voor securisatiedoelinden in de zin van het Besluit prudentiële regels Wft (vgl. de toelichting op artikel 3).

Een ontwerp van dit besluit is besproken met de commissie vennootschapsrecht. De commissie kon zich met het voorstel verenigen.

De in dit besluit neergelegde verplichting om een auditcommissie in te stellen dan wel, als alternatief, een orgaan aan te wijzen dat bepaalde taken vervult, is gebaseerd op artikel 21a van de Wet toezicht accountantsorganisaties. De nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag zijn gebaseerd op artikel 2:391 lid 5 BW. Op grond van artikel 2:391 lid 6 BW is een ontwerp van het besluit gedurende vier weken overgelegd aan de beide kamers der Staten-Generaal.

2. Administratieve lasten

Het onderhavige besluit, dat voortvloeit uit een Europese verplichting, brengt administratieve lasten met zich mee. De administratieve lasten zijn berekend als volgt.

Organisaties van openbaar belang zijn de Nederlandse vennootschappen met aan de beurs genoteerde effecten en de niet-beursgenoteerde Nederlandse kredietinstellingen en verzekeraars. Er zijn thans naar schatting ongeveer 1100 Nederlandse organisaties van openbaar belang.

Het onderhavige besluit zal voor een deel van deze organisaties van openbaar belang geen nieuwe verslagleggingsverplichting opleveren. Zo blijkt uit het derde rapport van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code (over de naleving van de Nederlandse corporate governance code, december 2007), dat 92% van 122 onderzochte Nederlandse vennootschappen met beursgenoteerde aandelen of certificaten van aandelen waarop de code van toepassing is, de codebepalingen terzake de samenstelling en de rol van de drie kerncommissies van de raad van commissarissen, waaronder de auditcommissie, naleeft (p. 26). De desbetreffende beursvennootschappen voldoen aan artikel 41 lid 1 van de Richtlijn. Zij worden niet geraakt door het onderhavige besluit. Voorts zal een deel van de organisaties van openbaar belang beroep kunnen doen op de vrijstelling van verplichtingen uit het onderhavige besluit, te weten de dochtermaatschappijen van rechtspersonen die aan de Richtlijn voldoen alsmede de instellingen voor collectieve belegging in effecten. Op grond van het voorgaande wordt geschat dat ongeveer 800 organisaties van openbaar belang hun jaarverslag zullen moeten aanvullen.

Aan de verplichting tot aanvulling van het jaarverslag kan eenvoudig worden voldaan. De organisatie van openbaar belang moet een orgaan aanwijzen dat de taken van een auditcommissie op zich neemt. Normaliter zal dat de raad van commissarissen zijn. Ook moet de samenstelling van het orgaan kenbaar worden gemaakt. Omdat het hier gaat om informatie die de vennootschap reeds voor handen heeft c.q. reeds opneemt in het jaarverslag, is het tijdsbeslag in verband met de vereiste aanvulling van het jaarverslag gering. De aanvulling van het jaarverslag behoeft naar verwachting niet meer dan 20 minuten in beslag te nemen. De administratieve lasten worden geraamd op 800 x 20 minuten voor een tarief van € 55 euro per uur, derhalve in totaal € 14.664. Gegeven deze lage administratieve lasten heeft Actal afgezien van het uitbrengen van advies over het onderhavige besluit.

3. Artikelen

Artikel 1

Artikel 41 van de Richtlijn is van toepassing op zogenoemde organisaties van openbaar belang. Het begrip «organisatie van openbaar belang» is in de Richtlijn gedefinieerd als een onder het recht van een lidstaat vallende entiteit waarvan effecten in een lidstaat worden verhandeld op een gereguleerde markt (artikel 4 lid 1, onderdeel 14, van Richtlijn 2004/39/EG), kredietinstellingen (artikel 1, onderdeel 1, van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 maart 2000 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen) en verzekeringsondernemingen (artikel 2 lid 1 van Richtlijn 91/674/EEG) (artikel 2 onderdeel 13 Richtlijn). Het gaat op grond van het voorgaande om Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen en – voor zover zij niet reeds beursgenoteerd zijn – Nederlandse banken en kredietinstellingen die titel 9 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek betreffende de jaarrekening en het jaarverslag moeten toepassen. Artikel 2 onderdeel 13 van de Richtlijn is reeds uitgevoerd met de introductie van een definitie van een organisatie van openbaar belang in artikel 1 lid 1, onderdeel I van de Wet toezicht accountantsorganisaties. In dit besluit kan naar de desbetreffende definitiebepaling worden verwezen.

Artikel 2

Zoals in het algemene deel is aangegeven, geldt voor Nederlandse vennootschappen met beursgenoteerde aandelen of certificaten van aandelen de Nederlandse corporate governance code. Onderdeel van de code zijn bepalingen ten aanzien van de samenstelling en de rol van de auditcommissie. Wanneer een auditcommissie is ingesteld en de bedoelde bepalingen worden nageleefd, wordt tevens aan artikel 41 lid 1 van de Richtlijn voldaan en is er geen aanleiding voor aanvullende regels. Deze conclusie is gebaseerd op het volgende.

Artikel 41 lid 1, eerste alinea, van de Richtlijn verplicht tot het instellen van een auditcommissie en geeft regels voor de samenstelling van de auditcommissie. In verband met de samenstelling van de auditcommissie moeten de lidstaten bepalen of de auditcommissie wordt samengesteld uit leden van het toezichthoudend orgaan, leden van het leidinggevend orgaan die niet bij het dagelijks bestuur betrokken zijn of uit leden die worden benoemd door de aandeelhoudersvergadering. Een wettelijke verplichting tot het instellen van een auditcommissie kent Nederland thans niet. Wel dient op grond van de code een auditcommissie te worden ingesteld wanneer de raad van commissarissen bestaat uit meer dan vier leden (principe III.5 van de code). De in de code voorgeschreven samenstelling van de auditcommissie, bestaande uit leden van de raad van commissarissen, sluit aan bij de Richtlijn. Vergelijkbare regels gelden voor de auditcommissie bij vennootschappen met een monistische bestuursstructuur die wordt samengesteld uit non-executive bestuurders (paragraaf 10 van de preambule van de code).

De eis van artikel 41 lid 1, eerste alinea, van de Richtlijn dat ten minste één lid van de auditcommissie onafhankelijk is en dat ten minste één lid beschikt over de nodige deskundigheid op het gebied van boekhouding en controle, sluit aan bij de code. Alle commissarissen met uitzondering van maximaal één persoon, zijn onafhankelijk (best practice bepaling III.2.1 en III.2.2 van de code). Dit werkt door in de uit het midden van de raad van commissarissen samengestelde auditcommissie (principe III.5 van de code). Best practice bepaling III.5.1 van de code geeft bovendien aan dat het reglement in verband met de auditcommissie moet bepalen dat maximaal één lid van de auditcommissie niet onafhankelijk behoeft te zijn in de zin van de code. In het geval dat slechts één onafhankelijke persoon deel uitmaakt van een auditcommissie, wordt voldaan aan het onderhavige besluit, maar zal desalniettemin op grond van de code moeten worden uitgelegd waarom niet wordt voldaan aan best practice bepaling III.5.1. Van de auditcommissie maakt ten minste één financieel expert deel uit (vgl. best practice bepaling III.5.7 van de code).

Best practice bepaling III.5.4 van de code geeft een opsomming van de taken van de auditcommissie in verband met het toezicht op het bestuur van de vennootschap. Daartoe is bepaald dat de auditcommissie toezicht houdt op het bestuur ten aanzien van de werking van het interne risicobeheersings- en controlesysteem, inclusief het toezicht op de naleving van relevante wet- en regelgeving, de financiële informatieverschaffing door de vennootschap en de naleving van aanbevelingen, opvolging van opmerkingen van interne en externe accountants en de relatie met de externe accountant, waaronder in het bijzonder zijn onafhankelijkheid, de bezoldiging en eventuele niet-controle-werkzaamheden voor de vennootschap (onderdelen a, b, c en f van best practice bepaling III.5.4). Deze opsomming omvat ook de eerdergenoemde taken van een auditcommissie zoals opgenomen in artikel 41 lid 2 van de Richtlijn.

De benoeming van de accountant moet gebaseerd zijn op een aanbeveling van de auditcommissie (artikel 41 lid 3 Richtlijn). Dit sluit aan bij principe V.2 van de code. Op grond daarvan doet de raad van commissarissen een voordracht voor de benoeming, ten behoeve waarvan onder

meer de auditcommissie advies uitbrengt. De externe accountant wordt benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders (artikel 2:393 lid 2 BW).

Artikel 41 lid 4 Richtlijn bepaalt dat de accountant verslag uitbrengt aan de auditcommissie over de bij de wettelijke controle van de jaarrekening aan het licht gekomen belangrijke zaken. Op grond van principe V.4 van de code rapporteert de externe accountant zijn bevindingen betreffende het onderzoek van de jaarrekening gelijkelijk aan het bestuur en de raad van commissarissen. Aangezien de leden van de auditcommissie onderdeel zijn van de raad van commissarissen (of het bestuur bij een monistische bestuursstructuur), is met de verslaglegging ook voldaan aan de eisen van de Richtlijn.

In de praktijk zullen Nederlandse vennootschappen met beursgenoteerde aandelen of certificaten van aandelen materieel dus reeds voldoen aan de Richtlijn, namelijk wanneer zij een auditcommissie hebben ingesteld, tenminste één lid daarvan onafhankelijk is en de auditcommissie handelt in overeenstemming met de relevante voorschriften van de code. De auditcommissie moet voor de toepassing van dit besluit zijn samengesteld uit leden van de raad van commissarissen of leden van het bestuursorgaan die niet belast zijn met uitvoerende taken (vgl. artikel 41 lid 1, alinea 1, Richtlijn en artikel 2 lid 1 van dit besluit). Artikel 2 lid 3 van dit besluit houdt een extra verslagleggingsverplichting in voor het geval dat een Nederlandse beursvennootschap geen auditcommissie instelt (of relevante bepalingen van de code niet in acht neemt). Die mogelijkheid bestaat omdat de Nederlandse corporate governance code toelaat dat geen auditcommissie wordt ingesteld bij een beursvennootschap wanneer de raad van commissarissen uit maximaal vier personen bestaat en meer in het algemeen omdat afwijking van de principes en best practice bepalingen van de code mogelijk is op grond van de «pas toe of leg uit» regel zoals bepaald in het eerdergenoemde besluit van 23 december 2004. De omstandigheid dat vennootschappen met beursgenoteerde aandelen of certificaten van aandelen kunnen afzien van het instellen van een auditcommissie en meer in het algemeen (gemotiveerd) kunnen afwijken van de principes en best practice bepalingen van de code ten aanzien van auditcommissies, heeft tot gevolg dat de Nederlandse wetgever thans niet kan garanderen dat de desbetreffende beursvennootschappen handelen in overeenstemming met artikel 41 lid 1 tot en met 4 van de Richtlijn.

Voorts is van belang dat de reikwijdte van de Richtlijn ruimer is dan die van de code. De Richtlijn heeft betrekking op elke NV waarvan effecten beursgenoteerd zijn. De reikwijdte van de code is beperkt tot elke NV waarvan aandelen of certificaten van aandelen beursgenoteerd zijn. Het begrip «effecten» omvat meer dan aandelen en certificaten van aandelen. De Richtlijn ziet ook op NV's waarvan uitsluitend obligaties beursgenoteerd zijn. Daarnaast moet op grond van de Richtlijn rekening worden gehouden met de niet-beursgenoteerde banken en verzekeringsmaatschappijen. De code is op hen niet van toepassing verklaard; zij kunnen de code wel vrijwillig naleven.

Overwogen is om een auditcommissie wettelijk verplicht te stellen voor alle organisaties van openbaar belang. Alsdan moet ook artikel 41 lid 2, 3 en 4 van de Richtlijn in de wet worden opgenomen. Een en ander zou echter ernstig afbreuk doen aan de flexibiliteit die de code biedt voor de inrichting van de corporate governance van een vennootschap. Men denke aan de bestaande mogelijkheid om af te zien van de instelling van een auditcommissie wanneer een raad van commissarissen niet meer dan vier personen omvat. Wanneer de vennootschap die keuze voldoende kan motiveren jegens de aandeelhoudersvergadering, is er geen reden voor de wetgever om in te grijpen, tenzij de Richtlijn daartoe zou dwingen. Het is de kern van een «pas toe of leg uit» regeling dat de aandeelhouders-

vergadering moet beoordelen of het toezicht binnen de vennootschap op de juiste wijze vorm heeft gekregen, al dan niet in afwijking van de code.

De Richtlijn laat toe dat Nederland de bestaande «pas toe of leg uit» regel handhaaft, mits een voorziening wordt getroffen overeenkomstig artikel 41 lid 5 van de Richtlijn voor het geval een auditcommissie ontbreekt. Op grond van artikel 41 lid 5 kunnen lidstaten toestaan of bepalen dat artikel 41 lid 1 tot en met 4 niet van toepassing is op organisaties van openbaar belang die een orgaan hebben dat soortgelijke taken heeft als een auditcommissie en dat is ingesteld en functioneert volgens de voorschriften van de lidstaat waar de organisatie van openbaar belang is geregistreerd. In dat geval moet de entiteit meedelen welk orgaan de taken van een auditcommissie uitoefent en wat de samenstelling van het orgaan is. Nederland maakt van deze optie in de Richtlijn gebruik.

Artikel 2 lid 2 van dit besluit is gebaseerd op artikel 21a van de Wet toezicht accountantsorganisaties en houdt in dat bij een organisatie van openbaar belang een auditcommissie moet worden ingesteld, daarvan tenminste één lid onafhankelijk moet zijn en dat aan bepaalde codebepalingen moet worden voldaan. Wanneer geen auditcommissie is ingesteld, of niet tenminste één lid onafhankelijk is, of de best practice bepalingen III.5.4. onderdeel a, b, c en f en III.5.7 alsmede de principes V.2 en V.4 van de Nederlandse corporate governance code niet – eventueel vrijwillig – zijn nageleefd, moet de desbetreffende organisatie van openbaar belang een orgaan van die organisatie aanwijzen dat de taken van een auditcommissie zoals beschreven in artikel 41 lid 2 van de Richtlijn vervult (artikel 2 lid 3 besluit).

Het door de organisatie van openbaar belang aan te wijzen orgaan moet soortgelijke taken kunnen uitoefenen als een auditcommissie (artikel 41 lid 5 Richtlijn). Deze taken, ontleend aan de Richtlijn, zijn aangegeven in artikel 2 lid 2 van dit besluit. Gezien de aard van de taken van een auditcommissie gaat het hier om een toezichthoudende rol. Zou een organisatie van openbaar belang willen afzien van het instellen van een auditcommissie, dan ligt voor de hand dat de taken van een auditcommissie worden vervuld door de raad van commissarissen als geheel. De Richtlijn en het onderhavige besluit sluiten overigens niet uit dat een ander orgaan dan de raad van commissarissen wordt aangewezen (vgl. artikel 2:78a BW). Teneinde een minimum aan onafhankelijkheid te waarborgen is op de voet van artikel 41 lid 1, laatste zin, van de Richtlijn bepaald dat tenminste één lid van het orgaan onafhankelijk moet zijn in de zin van best practice bepaling III.2.2 van de Nederlandse corporate governance code.

Van de aanwijzing van het bedoelde orgaan en de samenstelling daarvan moet mededeling worden gedaan via het jaarverslag (artikel 2 lid 3 besluit). Daarmee wordt deze informatie openbaar gemaakt. Er kan niet worden volstaan met een gemotiveerde uitleg waarom codebepalingen in verband met de instelling van een auditcommissie niet zijn nageleefd. Wanneer in het jaarverslag zou worden opgenomen dat geen orgaan de desbetreffende taken vervult, dan wel wanneer er geen duidelijkheid over de vervulling wordt verschaft, voldoet het jaarverslag niet aan de in dit besluit gestelde eisen.

Naar verwachting zullen verschillende lidstaten met een «pas toe of leg uit» regeling in relatie tot een corporate governance code gebruik maken van artikel 41 lid 5 van de Richtlijn, teneinde afwijking van artikel 41 lid 1 van de Richtlijn mogelijk te maken. Dat is bijvoorbeeld het geval in het Verenigd Koninkrijk en Finland.

Artikel 3

Artikel 41 lid 6 van de Richtlijn geeft aan dat de lidstaten bepaalde organisaties van openbaar belang kunnen vrijstellen van de verplichting tot het instellen van een auditcommissie. Een vrijstelling is mogelijk ten behoeve van organisaties van openbaar belang die een dochtermaatschappij zijn in de zin van artikel 1 van Richtlijn 83/349/EEG van een rechtspersoon die op groepsniveau voldoet aan de eisen van artikel 41 lid 1 tot en met 4 van de Richtlijn (artikel 41 lid 6, onder a, Richtlijn). Van deze uitzondering wordt gebruik gemaakt teneinde te voorkomen dat op verschillende niveaus binnen een groep van rechtspersonen een auditcommissie moet worden ingesteld. Een voorbeeld van deze situatie doet zich voor wanneer een groep van vennootschappen op het gebied van het bank- en verzekeringsbedrijf bestaat uit een (beursgenoteerde) moedervenootschap en verschillende dochtervenootschappen in de zin van artikel 2:24a BW. Zij zouden op grond van de Richtlijn in beginsel allemaal een auditcommissie moeten instellen. Verschillende toezichthoudende instanties binnen een groep zijn echter onnodig belastend voor het centraal aansturen van de groep. Zij zijn ook niet nodig indien de moedervenootschap ervoor zorgt dat aan de top van de groep behoorlijk toezicht wordt gehouden. Dit geldt ook voor de dochter van een buitenlandse moedermaatschappij. Die buitenlandse moedermaatschappij valt niet onder het toepassingsbereik van de code, maar kan wel materieel voldoen aan de eisen die in de code zijn opgenomen. De uitzondering voorkomt onnodige administratieve lasten. De desbetreffende uitzondering is opgenomen in artikel 3 onderdeel a van het besluit.

Artikel 1, onderdeel c, van Richtlijn 83/349 EEG maakt het voorts mogelijk een uitzondering te bepalen voor een onderneming waarop krachtens een overeenkomst of statuten overheersende invloed kan worden uitgeoefend door een andere onderneming. Zo'n situatie doet zich voor wanneer een groep banken is aangesloten bij een centrale kredietinstelling als bedoeld in artikel 3:111, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht. Op de voet van artikel 3:111 van de Wet op het financieel toezicht kan een groep banken die is aangesloten bij een centrale kredietinstelling onder bepaalde voorwaarden worden vrijgesteld van bepaald toezicht door de Nederlandsche Bank. De functie van artikel 3:111 van de Wet op het financieel toezicht is om een gelijkwaardige positie van een centrale kredietinstelling waarbij een (groot) aantal banken is aangesloten (vgl. Rabo bank) en een bank die met een structuur van een groot aantal bijkantoren werkt, te bewerkstelligen om redenen van administratieve eenvoud en efficiency. Artikel 2:425 BW bepaalt dat banken die onder de vrijstelling van artikel 3:111 van de Wet op het financieel toezicht vallen de jaarrekening en het jaarverslag niet volgens de voorschriften van Titel 9 van Boek 2 BW behoeven in te richten, mits de financiële gegevens zijn opgenomen in de geconsolideerde jaarrekening, het jaarverslag en de overige gegevens van de bank op wier aansprakelijkheid de ontheffing is gegrond. Tevens zijn op basis van artikel 2:425 BW de artikelen 2:393 BW en 2:394 BW, ten aanzien van respectievelijk de opdracht tot onderzoek van de jaarrekening en de openbaarmaking van de jaarrekening, niet op deze banken van toepassing. Artikel 3 onderdeel b van het onderhavige besluit voorkomt dat elke bank binnen de groep banken die is aangesloten bij een centrale kredietinstelling, een auditcommissie moet instellen. Gelijk de gevallen die door artikel 3 onderdeel a worden bestreken, zouden verschillende toezichthoudende instanties binnen een dergelijke groep banken onnodig belastend zijn voor het centraal aansturen van de groep. Zij zijn ook niet nodig omdat de centrale kredietinstelling ervoor zorgt dat aan de top van de groep behoorlijk toezicht wordt gehouden. De uitzondering voorkomt onnodige administratieve lasten.

Voor de volledigheid wordt nog opgemerkt dat uit de tekst van de Richtlijn kan worden afgeleid dat geen beroep op de uitzonderingen onder

a en b mogelijk is wanneer de moederverenootschap beroep doet op artikel 2 lid 3 van dit besluit (vgl. artikel 41 lid 5 van de Richtlijn) aangezien zij geen auditcommissie heeft ingesteld dan wel van een relevante codebepaling afwijkt.

Op grond van artikel 41, zesde lid, onderdeel b, van de Richtlijn is het mogelijk instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) vrij te stellen van de verplichting een auditcommissie te hebben. Ook organisaties van openbaar belang die het collectief beleggen van door het publiek ingelegd kapitaal als enig doel hebben, die volgens het beginsel van risicospreiding werken en die niet streven naar juridische of bestuurlijke zeggenschap over emittenten van hun onderliggende beleggingen, mits deze instellingen voor collectieve belegging zijn toegelaten en onder toezicht van bevoegde autoriteiten staan en een bewaarder hebben die taken uitvoert die gelijkwaardig zijn aan die uit hoofde van Richtlijn 85/611/EEG (artikel 41 lid 6, onder b, Richtlijn) kunnen worden vrijgesteld. Van deze beide mogelijkheden wordt gebruik gemaakt in onderdeel c. Voor al deze instellingen geldt in Nederland wetgeving die gelijkwaardige waarborgen biedt. Ook beleggingsinstellingen van zogenoemde aangewezen lidstaten, waar toezicht wordt uitgeoefend dat in voldoende mate waarborgen biedt, vallen onder deze vrijstelling.

Op grond van artikel 41, zesde lid, onderdeel c van de Richtlijn is het mogelijk organisaties van openbaar belang vrij te stellen van de verplichting een auditcommissie te hebben, indien de enige zakelijke activiteit van die organisaties bestaat in het uitgeven van door activa gedekte waardepapieren, zoals gedefinieerd in artikel 2, vijfde lid, van de Verordening (EG) nr. 808/2004. Het betreft hier entiteiten voor securisatiedoelinden, zoals gedefinieerd in artikel 1 van het Besluit prudentiële regels Wft. De gronden voor het niet instellen van een auditcommissie of een orgaan aan te wijzen in de zin van artikel 2, derde lid moeten volgens artikel 41, zesde lid, onderdeel c van de Richtlijn voor het publiek uiteen worden gezet. Dit kan bijvoorbeeld in een landelijk dagblad of op de website van de onderneming. Deze vrijstelling is opgenomen in artikel 3 onderdeel d van het besluit.

Artikel 41 lid 6, onder d, Richtlijn geeft voorts de mogelijkheid om een uitzondering te bepalen voor elke kredietinstelling (artikel 1 lid 1 Richtlijn 2000/12/EG), waarvan de aandelen niet zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt in enige lidstaat (artikel 4 lid 1, punt 14, Richtlijn 2004/39) en die continue of herhaaldelijk alleen obligaties heeft uitgegeven, op voorwaarde dat al die obligaties een totaal nominaal bedrag van minder dan € 100.000.000 vertegenwoordigen en dat zij geen prospectus uit hoofde van Richtlijn 2003/71/EG heeft gepubliceerd. Elke kredietinstelling is echter op grond van artikel 1, onderdeel h, van de Wet toezicht accountantsorganisaties aangewezen als organisatie van openbaar belang. Er is geen aanleiding om onderscheid te maken tussen beursgenoteerde en niet-beursgenoteerde kredietinstellingen voor de vraag of een auditcommissie moet worden ingesteld. Van de uitzonderingsmogelijkheid wordt daarom geen gebruik gemaakt.

Artikel 4

Artikel 4 regelt dat dit besluit van toepassing is op een jaarverslag dat betrekking heeft op een boekjaar dat aanvangt op of na 1 januari 2008. Bij de meeste organisaties van openbaar belang loopt het boekjaar gelijk op met het kalenderjaar. Zij moeten dit besluit dan voor het eerst toepassen op het jaarverslag over het boekjaar 2008. Zou sprake zijn van een gebroken boekjaar (bijvoorbeeld september – september), dan geldt dit voor het eerst voor het jaarverslag dat betrekking heeft op het boekjaar september 2008 – september 2009.

Artikel 5

Het onderhavige besluit treedt in werking op de dag na publicatie in het Staatsblad.

De Minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin

Transponeringstabel artikel 41 van Richtlijn 2006/43/EG

Art. 41 Richtlijn	Uitvoering
Lid 1, alinea 1	Art. 2 lid 1 en lid 2 Besluit en principe III.2.2, III.5, III.5.7 corporate governance code
Lid 1, alinea 2	Optie, hoeft geen implementatie
Lid 2	Art. 2 lid 2 Besluit en best practice bepaling III.5.4 corporate governance code
Lid 3	principe V.2 corporate governance code
Lid 4	principe V.4 corporate governance code
Lid 5	Optie, Art. 2 lid 3 Besluit
Lid 6, onderdeel a	Optie, Art. 3, onderdeel a en b Besluit
Lid 6, onderdeel b	Optie, Art. 3, onderdeel c Besluit
Lid 6, onderdeel c	Optie, Art. 3, onderdeel d Besluit
Lid 6, onderdeel d	Optie, hoeft geen implementatie