

Ref : Accom AFWIJKING 2006/1

Samenvatting van het advies dd. 20 januari 2006 met betrekking tot een vraag om afwijking van de regel die het bedrag beperkt van vergoedingen voor andere dienstprestaties (one to one ratio), zoals bedoeld in artikel 133, vijfde en zevende lid van het Wetboek van vennootschappen

▪ **Inleiding / Doel van de vraag om advies**

Het Advies- en controlecomité op de onafhankelijkheid van de commissaris (hierna: het Comité) werd door een commissaris op grond van artikel 133, zesde lid, 2° van het Wetboek van vennootschappen, verzocht om een voorafgaand advies uit te brengen over een vraag om afwijking van de zogenoemde one to one regel bedoeld in artikel 133, vijfde en zevende lid van het Wetboek van vennootschappen.

De one to one regel legt commissarissen (alsook hun netwerk) van bepaalde vennootschappen verbod op om andere diensten te verstrekken dan de opdrachten die krachtens de wet worden toevertrouwd aan de commissaris, voor zover het totale bedrag van de vergoedingen voor deze diensten hoger ligt dan de bezoldiging voor de uitoefening van het mandaat als commissaris.

▪ **Belangrijkste gegevens van het dossier**

Een vennootschap naar Belgisch recht werd medio 2005 verworven door een Amerikaanse vennootschap die genoteerd is op the New York Stock Exchange en als gevolg daarvan onder het toezicht staat van de Securities & Exchange Commission. Om eenheid in de controle te bewerkstelligen, heeft de Raad van Bestuur van de vennootschap naar Belgisch recht beslist de commissaris te vervangen door de verzoeker, groepsauditor van de moedervenootschap.

In de loop van de maanden november en december 2005, werd de verzoeker benoemd als commissaris bij de vennootschap naar Belgisch recht en bij haar belangrijkste dochtervennootschappen voor het boekjaar eindigend op 31 december 2005 (na verlenging).

Op groepsniveau is een internationaal auditcomité ingesteld. Uit de stukken medegedeeld door de verzoeker blijkt dat het auditcomité in het kader van de Amerikaanse wetgeving

onder meer belast is met de voorafgaande goedkeuring van de andere dienstverlening dan de wettelijke auditopdrachten verricht door de commissaris.

Er werd géén auditcomité ingericht op het niveau van de vennootschap naar Belgisch recht.

*

Reeds voor de acquisitie en derhalve voor de datum van zijn benoeming als commissaris werden aan de verzoeker bepaalde specifieke, voornamelijk fiscale dienstprestaties toevertrouwd. Na de acquisitie is deze voornamelijk fiscale dienstverlening verder gepresteerd geworden.

De betrokken dienstverlening heeft betrekking op adviezen inzake specifieke vragen (bijvoorbeeld fiscaliteit met betrekking tot andere landen, representatievergoedingen voor personeel, potentiële wijzigingen in groepsstructuur, financiële leasing,...) ; assistentie bij de opmaak van BTW aangiften en aangiften in de vennootschapbelasting; assistentie met betrekking tot de presentatie van de jaarrekening van bepaalde dochters conform de lokale wetgeving.

De verzoeker heeft bevestigd dat de voormelde fiscale dienstverlening geenszins impliceert dat hij- en zijn netwerk - de gecontroleerde vennootschappen zou vertegenwoordigen. De verzoeker is van oordeel dat deze in hoofdzaak fiscale dienstprestaties niet verboden zijn en dat zijn onafhankelijkheidspositie als commissaris bij de vennootschap naar Belgisch recht en haar dochtervennootschappen niet in het gedrang komt.

Volgens de door de verzoeker medegedeelde gegevens werden zowel de aard van de hierboven beschreven opdrachten als de erelonen ter goedkeuring voorgelegd aan het internationale auditcomité die ze expliciet heeft goedgekeurd. De goedkeuring van het auditcomité dekt de opdrachten verricht door de verzoeker vóór en na de acquisitie van de vennootschap naar Belgisch recht door de vennootschap naar Amerikaans recht.

*

Wat meer bepaald de naleving van de one to one regel zoals bedoeld in artikel 133, vijfde en zevende lid van het Wetboek van vennootschappen betreft, verklaart de commissaris dat de erelonen voor de fiscale dienstverlening de bezoldigingen voor het mandaat van commissaris overschrijden bij drie dochtervennootschappen naar buitenlands recht.

Daarentegen is er geen overschrijding van de one to one ratio noch op het niveau van de vennootschap naar Belgisch recht noch op het niveau van de andere dochtervennootschappen waarbij de verzoeker commissaris benoemd werd. Evenmin is er een overschrijding mocht de one to one ratio op geconsolideerde basis worden berekend.

De commissaris kan de bepalingen van het Wetboek van vennootschappen enkel naleven, als hij van het Comité een afwijking bekommt van de one to one regel.

▪ **Advies van het Comité (afwijking)**

Procedureaspecten

De verzoeker heeft bevestigd met toepassing van artikel 2, zevende lid van het koninklijk besluit van 4 april 2003 tot uitvoering van het artikel 133, tiende lid van het Wetboek van vennootschappen en tot oprichting van het Advies- en controlecomité op de onafhankelijkheid van de commissaris, dat hij aan het Comité alle nuttige informatie heeft verstrekt met het oog op een correcte beoordeling van zijn verzoek.

Conform artikel 1, vijfde lid van het voornoemde koninklijk besluit werden de deskundigen respectievelijk aangeduid door het Instituut der Bedrijfsrevisoren en de Hoge Raad voor de Economische Beroepen, uitgenodigd om hun advies te verstrekken over het dossier.

Aard en draagwijdte van het advies

Het onderstaande advies werd uitgebracht op grond van artikel 133, zesde lid, 2° van het Wetboek van vennootschappen, dat het Comité de bevoegdheid geeft om met betrekking tot de naleving van de “one to one” regel zoals bedoeld in artikel 133, vijfde en zevende lid van het Wetboek van vennootschappen, afwijkingen toe te staan.

Toelaatbaarheid van de vraag om afwijking

Artikel 133, zesde lid 2° van het Wetboek van vennootschappen bepaalt dat de commissaris van de one to one regel kan afwijken als hij “vooraf” een positief advies heeft gekregen van het Comité. In casu stelt het Comité enerzijds vast dat een groot gedeelte van de betrokken dienstverlening weliswaar reeds gepresteerd werd voor het formeel indienen van de aanvraag tot afwijking, maar anderzijds dat deze handelwijze aan de commissaris geenszins kan worden verweten gelet op de specifieke omstandigheden waarin hem na de acquisitie van de vennootschap naar Belgisch recht door de vennootschap naar Amerikaans recht helemaal op het einde van het verlengde boekjaar, de betrokken commissarismandaten werden toevertrouwd. Het Comité heeft derhalve beschouwd dat de aanvraag tot afwijking rechtsgeldig was ingediend geworden.

Verenigbaarheid van de betrokken andere dienstverlening met de uitoefening van het mandaat van commissaris

Onverminderd de relevante bepalingen vervat in het Wetboek van vennootschappen, in de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut der Bedrijfsrevisoren en in de besluiten ter uitvoering van deze wetten, dient de verenigbaarheid van andere dienstprestaties dan de wettelijke opdrachten met de onafhankelijke uitoefening van het mandaat als commissaris, in dit dossier meer in het bijzonder te worden beoordeeld gelet op het bepaalde in artikel 183 ter (6°), en accessoir gelet op het bepaalde in (1°) en (2°) van hetzelfde artikel

van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen, zoals ingevoegd door artikel 2 van het koninklijk besluit van 4 april 2003 betreffende de prestaties die de onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang brengen.

De voornoemde bepalingen stellen dat de commissaris zich niet onafhankelijk kan verklaren in het geval waarin hijzelf of een lid van zijn netwerk

(6°) de gecontroleerde vennootschap vertegenwoordigt bij de afwikkeling van fiscale of andere geschillen;

(1°) in de gecontroleerde vennootschap een beslissing neemt of in de besluitvorming tussenkomt;

(2°) bijstand verleent of deelneemt aan de voorbereiding of het voeren van de boekhouding of aan de opstelling van de jaarrekening of van de geconsolideerde jaarrekening van de gecontroleerde vennootschap.

Uit het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 4 april 2003 betreffende de prestaties die de onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang brengen, blijkt dat deze categorieën van dienstprestaties worden verboden, aangezien in die hypothesen de enerzijds uit zelfcontrole en anderzijds uit belangenbehartiging (advocacy) voortvloeiende bedreiging voor de onafhankelijkheidspositie van de commissaris te groot wordt geacht.

Hetzelfde verslag aan de Koning stelt ook uitdrukkelijk dat adviesverstrekking in fiscale zaken welbewust niet als een verboden dienst is aangemerkt omdat een dergelijk verbod noch in de Europese Aanbeveling van 16 mei 2002, noch in de Amerikaanse Sarbanes Oxley Act is opgenomen en de Belgische economie een open karakter heeft.

Noch uit de beschrijving van de diensten zoals aan het Comité meegedeeld, noch uit het onderzoek daarvan, blijkt dat de fiscale dienstprestaties en de andere accessoire dienstprestaties verricht door de verzoeker en zijn netwerk, de onafhankelijkheid van de verzoeker als commissaris in het gedrang zouden kunnen brengen en dat op die wijze de verzoeker een vertegenwoordigingsrol zou spelen die onverenigbaar zou zijn met zijn verantwoordelijkheid als commissaris, dan wel het gevaar zou lopen aan zelfcontrole te doen. De verzoeker heeft overigens bevestigd dat de opdrachten van fiscale aard geenszins impliceren dat hij de gecontroleerde vennootschappen zou vertegenwoordigen bij het afwikkelen van geschillen.

Uit het dossier blijkt evenmin dat de beginselen en bepalingen uit het algemene raamwerk inzake onafhankelijkheid zoals die voortvloeien uit het Wetboek van vennootschappen en uit de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut der Bedrijfsrevisoren en uit de respectieve uitvoeringsbesluiten van deze wetten, meer in het bijzonder het beginsel van de onafhankelijkheid in optreden (in schijn), het verbod om aan belangenbehartiging te doen en het verbod op zelfcontrole, dreigen te worden geschonden.

Onderzoek van de vraag om afwijking van de one to one regel

Op basis van de door de verzoeker medegedeelde stukken stelt het Comité vast dat de moedervenootschap over een internationaal auditcomité beschikt dat beantwoordt aan de vereisten van de Amerikaanse wetgeving onder meer op het vlak van onafhankelijkheid.

Op basis van de medegedeelde stukken stelt het Comité vast dat de betrokken dienstprestaties en de erelonen hiervoor werden goedgekeurd door het betrokken auditcomité, met toepassing van de groepsregels inzake onafhankelijkheid.

Het Comité heeft ook kennis genomen van de interne procedures die de commissaris toepast om de naleving van de onafhankelijkheidsregels te vrijwaren.

Het Comité stelt vast dat de overschrijding van de one to one ratio op het niveau van drie dochtervennootschappen vrij beperkt is. De honoraria (audit en andere prestaties) toevertrouwd aan de commissaris op het niveau van die drie vennootschappen zijn beperkt in vergelijking met de bedragen toegelaten door het auditcomité op groepsniveau. Op groepsniveau berekend is er geen overschrijding van de one to one ratio.

Gelet op hetgeen voorafgaat is het Comité van oordeel dat de onafhankelijkheidspositie van de verzoeker als commissaris van de vennootschap naar Belgisch recht en haar dochtervennootschappen niet in het gedrang zal komen of dreigen te komen als gevolg van het feit dat de vergoedingen voor de in hoofdzaak fiscale dienstverlening, de bedragen voor de bezoldiging van het mandaat als commissaris bij drie dochtervennootschappen, op beperkte wijze overschrijden.

▪ **Afwijking**

Om de hierboven uiteengezette redenen heeft het Comité beslist aan de commissaris van de vennootschap naar Belgisch recht en van sommige van haar dochtervennootschappen, de gevraagde afwijking van de one to one regel zoals bedoeld in artikel 133, vijfde en zevende lid van het Wetboek van vennootschappen toe te staan.

De afwijking geldt voor de hierboven vermelde dienstverlening in hoofdzaak van fiscale aard verricht door het netwerk van de commissaris voor drie dochtervennootschappen tijdens het boekjaar dat vanaf 1 oktober 2004 tot 31 december 2005 loopt.

Deze afwijking kan worden vernieuwd voor latere boekjaren, mits daartoe tijdig een behoorlijk gemotiveerd verzoek wordt ingediend.