ADVIES- EN CONTROLECOMITÉ
OP DE ONAFHANKELIJKHEID VAN DE COMMISSARIS

Ref : Accom AFWIJKING 2005/4

Samenvatting van het advies dd. 15 september 2005 met betrekking tot een vraag om afwijking van de regel die het bedrag beperkt van erelonen voor andere dienstprestaties dan de wettelijke opdrachten van een commissaris ("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 de vaste vertegenwoordiger van 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 aan de commissaris worden toevertrouwd, 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

De verzoeker is de vaste vertegenwoordiger van de commissaris van twee vennootschappen naar Belgisch recht die elk een 100%-dochter zijn van een vennootschap die genoteerd is op de New York Stock Exchange en onder toezicht staat van de Securities and Exchange Commission. Het kantoor waartoe de verzoeker behoort, is commissaris bij de voornaamste vennootschappen van de groep.

Op het niveau van de moedervennootschap is een auditcomité opgericht. Conform de Amerikaanse wetgeving waaronder deze groep valt, levert dit auditcomité zijn voorafgaande goedkeuring af voor andere dienstprestaties dan de wettelijke opdrachten van de commissaris, waarbij het auditcomité er zich onder meer van vergewist dat de onafhankelijkheidsregels zijn nageleefd.

Op het niveau van de vennootschappen naar Belgisch recht werden ook auditcomités opgericht, maar aangezien de statuten van de betrokken vennootschappen niet voorzien in

de oprichting van auditcomités binnen de raad van bestuur, beantwoorden zij niet aan artikel 133, zesde lid, 1° van het Wetboek van vennootschappen om rechtsgeldig een afwijking op de naleving van de one to one regel te kunnen toestaan.

*

Volgens de door de commissaris meegedeelde gegevens hebben de opdrachten die hem gedurende het boekjaar 2005 door de vennootschappen naar Belgisch recht zouden worden toevertrouwd, betrekking op

- *een 'pre-attesteringsopdracht' met betrekking tot de procedures die in de groep zijn ingesteld met het oog op de naleving van Afdeling 404 van de Amerikaanse Sarbanes Oxley Act in verband met de beoordeling door de vennootschapsleiding van het onderliggende interne controlesysteem voor de opstelling van de financiële staten, welke beoordeling achteraf door de externe auditor dient te worden geattesteerd.*

Deze controle-opdracht waarmee de commissaris en zijn netwerk zouden worden belast, bestaat meer bepaald uit

- het nazicht van de documentatie van een selectie van interne procedures die de vennootschap heeft samengesteld en gecheckt, inclusief de door de groep aangewezen interne controle-activiteiten die hij als passend heeft aangemerkt, alsook de beoordeling van het passend karakter van de instelling van die interne controle-activiteiten;
- een steekproefsgewijs onderzoek van de documentatie van de geselecteerde procedures die de vennootschap heeft samengesteld en gecheckt, inclusief gesprekken met het personeel, om zo voldoende inzicht te krijgen in de aard en de werking van controlewerkzaamheden die een sleutelfunctie hebben;
- een beoordeling van de testplannen die de vennootschap heeft voorgesteld en gecheckt.

- *niet-recurrente auditprestaties in het kader van de overschakeling van de groep op de internationale accountingnormen IFRS, met het oog op de opstelling van de geconsolideerde jaarrekening van de groep.*

Het gaat om een niet-recurrente auditopdracht ter aanvulling van de werkzaamheden die al bij de aanvang van het boekjaar zijn verricht in verband met de invoering van de IFRS-normen voor de opstelling van de geconsolideerde jaarrekening van de vennootschappen naar Belgisch recht.

*

Zowel de aard van de voornoemde opdrachten als de voorgestelde erelonen werden uitdrukkelijk door het auditcomité van de moedervennootschap goedgekeurd.

Wat de aanvullende prestaties betreft die in het kader van de overschakeling op de IFRS-normen zouden worden verricht, daarvoor werd nog niet de goedkeuring van het auditcomité van de moedervennootschap gevraagd. De verzoeker is van oordeel dat deze aanvullende opdracht in het logische verlengde ligt van de opdracht die hij al bij de aanvang van het boekjaar heeft uitgevoerd en hij is er nagenoeg zeker van dat die

aanvullende werkzaamheden ook nog in de loop van het boekjaar 2005 zullen moeten worden verricht, met het oog op de opstelling van de geconsolideerde jaarrekening per einde boekjaar. Om het integrale dossier in het kader van één enkele vraag om afwijking te kunnen behandelen, heeft de verzoeker zijn ereloon voor de uitvoering van deze specifieke opdracht op een maximumbedrag geraamd.

Wat de naleving betreft van de « one to one regel » bedoeld in artikel 133, vijfde en zevende lid van het Wetboek van vennootschappen, zouden de erelonen voor de opdrachten – andere dan de wettelijke opdrachten – waarmee beide vennootschappen naar Belgisch recht de commissaris voor het boekjaar 2005 zouden willen belasten, samen met de andere diensten die de commissaris en zijn netwerk al hebben gepresteerd, de bezoldiging overschrijden voor het mandaat van commissaris in deze beide vennootschappen toegekend voor hetzelfde boekjaar. De commissaris kan de voornoemde bepalingen van het Wetboek van vennootschappen dus enkel naleven en de pre-attesteringsopdracht in het kader van de Amerikaanse wetgeving alsook de aanvullende opdracht in het kader van de overschakeling op de IFRS-normen pas aanvaarden, als hij van het Comité een afwijking van de one to one regel verkrijgt.

Volgens de gegevens verstrekt door de commissaris worden geen diensten van dezelfde aard verricht in de dochtervennootschappen naar Belgisch recht van beide vennootschappen naar Belgisch recht, want deze – minder belangrijke – vennootschappen liggen niet in de perimeter van de werkzaamheden die nodig zijn in het kader van Afdeling 404 van de Sarbanes Oxley Act. Bijgevolg wordt de one to one regel niet overschreden op het niveau van de dochtervennootschappen naar Belgisch recht van beide voornoemde vennootschappen. Op dit punt werd de verklaring van de commissaris voldoende geacht.

Wat de dochtervennootschappen naar Nederlands recht van beide vennootschappen naar Belgisch recht betreft, heeft de commissaris een attestering voorgelegd van de Nederlandse tak van zijn netwerk, waaruit blijkt dat deze tak de « one to one » ratio naleeft, zoals berekend gelet op de voorschriften van het Nederlandse recht. De prestaties die de Nederlandse tak van het netwerk van de commissaris zou moeten verrichten in het kader van de Sarbanes Oxley opdracht, zijn prestaties van dezelfde aard als die verricht in België, waarvoor evenredige erelonen worden betaald. Voorts gelden voor de Nederlandse tak van het netwerk van de commissaris dezelfde vereisten inzake voorafgaande goedkeuring door het auditcomité. Met naleving van de interne procedures van de commissaris moet de Nederlandse tak van zijn netwerk hem elke geplande bijzondere opdracht vooraf ter goedkeuring voorleggen, wat de commissaris in staat stelt na te gaan of in de Nederlandse dochtervennootschappen de “one-to-one” ratio is nageleefd.

▪ Advies van het Comité (afwijking)

Procedure-aspecten

De verzoeker heeft schriftelijk 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.

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

A. 'Pre-attesteringsopdracht' voor de commissaris met betrekking tot de procedures ingesteld door de groep met het oog op de naleving van Afdeling 404 van de Amerikaanse Sarbanes Oxley Act

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, 1°, 2° en 5° 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 de gevallen waarin hijzelf of een lid van zijn netwerk

- in de gecontroleerde vennootschap een beslissing neemt of in de besluitvorming tussenkomt (artikel 183 ter, 1°),

- 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 (artikel 183 ter, 2°),

- deelneemt aan de interne auditfunctie in de gecontroleerde vennootschap (artikel 183 ter, 5°).

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 handelingen werden verboden, aangezien in die hypothesen de uit

zelfcontrole voortvloeiende bedreiging voor de onafhankelijkheidspositie van de commissaris te groot wordt geacht.

De verenigbaarheid van de voorgenomen opdracht, namelijk de 'pre-attestering' van de interne procedures die de groepsleiding heeft ingesteld met het oog op de naleving van Afdeling 404 van de Amerikaanse Sarbanes Oxley Act en die betrekking hebben op de beoordeling door de groepsleiding van het onderliggende interne controlesysteem voor de opstelling van de financiële staten, met de onafhankelijkheidsregels, roept in het voorliggende dossier geen vragen op. Volgens het Amerikaanse recht dient de in Afdeling 404 van de Sarbanes Oxley Act bedoelde opdracht immers te worden uitgevoerd door de externe auditor van de vennootschap en bestaat dus het wettelijk vermoeden dat dit verenigbaar is met zijn onafhankelijkheid. Bepaalde lidstaten van de Europese Unie hebben reeds gelijkaardige wettelijke of reglementaire regelingen ingevoerd. Ten aanzien van de onafhankelijkheidsregels is een dergelijke integratie in de wettelijke controle-opdracht van de commissaris volkomen verantwoord, gelet op de aard van de opdracht die de commissaris in deze specifieke context moet uitvoeren. Het gaat immers om een zuivere attesteringsopdracht die in geen enkel opzicht welke deelneming dan ook inhoudt aan het beslissingsproces binnen de vennootschap, aan de procedure voor de opstelling van de jaarrekening of aan de interne auditfunctie. De beoordeling van de goede werking van het systeem en van de procedures van interne controle die onder de verantwoordelijkheid van de vennootschapsleiding zijn ingesteld, alsook de rapportering hierover, behoren tot de uitsluitende bevoegdheid van die leiding. De opdracht van de commissaris bestaat erin de verklaringen van de leiding over het passende en doeltreffende karakter van het door haar ingestelde interne controlesysteem, te beoordelen en te attesteren.

B. <u>Niet-recurrente auditprestaties in het kader van de overschakeling van de groep op de internationale boekhoudnormen IFRS</u>

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, 1° en 2° 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 de gevallen waarin hijzelf of een lid van zijn netwerk

- in de gecontroleerde vennootschap een beslissing neemt of in de besluitvorming tussenkomt (artikel 183 ter, 1°),

- 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 (artikel 183 ter, 2°)

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 beide categorieën van handelingen werden verboden, aangezien in die hypothesen de uit zelfcontrole voortvloeiende bedreiging voor de onafhankelijkheidspositie van de commissaris te groot wordt geacht.

Op basis van de gegevens die de commissaris heeft meegedeeld, stelt het Comité in het voorliggende dossier vast dat de verenigbaarheid van de voorgenomen opdracht, namelijk auditprestaties in het kader van de overschakeling van de groep op de internationale accountingnormen IFRS, geen vragen oproept, aangezien die prestaties in het logische verlengde liggen van de wettelijke opdrachten van een commissaris en geen gevaar voor zelfcontrole kunnen opleveren ten aanzien van de commissaris.

Onderzoek van het verzoek om afwijking van de one to one regel

Op basis van de door de verzoeker meegedeelde stukken stelt het Comité vast dat de moedervennootschap beschikt over een auditcomité dat integraal is samengesteld uit onafhankelijke bestuurders en werkt volgens strikte regels en procedures, inzonderheid op het vlak van de onafhankelijkheid.

Op basis van de betrokken stukken stelt het Comité vast dat de voorgenomen dienstprestaties en de erelonen hiervoor (werkzaamheden in het kader van Afdeling 404 van de Sarbanes Oxley Act) uitdrukkelijk en vooraf zijn goedgekeurd door het auditcomité van de moedervennootschap, 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 in het voorliggende dossier vast dat de overschrijding van de one to one ratio op het niveau van beide vennootschappen naar Belgisch recht, relatief beperkt zal zijn, gelet op de belangrijke werkzaamheden die op groepsniveau zijn aangevat voor de toepassing van de ingestelde procedures om de Sarbanes Oxley wetgeving na te leven.

Gelet op de hierboven aangehaalde elementen, en inzonderheid op de kwaliteit en de ernst van de procedures die in het voorliggende dossier zijn ingesteld, is het Comité van oordeel dat de onafhankelijkheidspositie van de commissaris van de vennootschap naar Belgisch recht in wezen niet in het gedrang zal komen of dreigen te komen als gevolg van het feit dat, op het niveau van deze vennootschappen, de erelonen voor de voornoemde opdrachten de bezoldiging van het mandaat als commissaris op beperkte wijze zullen overschrijden.

▪ Afwijking

Om de hierboven uiteengezette redenen heeft het Comité beslist aan de commissaris van de twee vennootschappen naar Belgisch recht 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 enkel voor de hierboven vermelde dienstprestaties (pre-attesteringsopdracht in het kader van de werkzaamheden in België met betrekking tot de toepassing van de ingestelde procedures om Afdeling 404 van de Amerikaanse Sarbanes Oxley Act na te leven en aanvullende, niet-recurrente auditprestaties in het kader van de overschakeling op de internationale accountingnormen IFRS) die tijdens het boekjaar 2005 ten belope van een maximumbedrag door de commissaris (en zijn netwerk) zullen worden verricht.

Wat de rapportering in het jaarverslag 2005 van de vennootschappen naar Belgisch recht betreft, beveelt het Comité de commissaris aan om hierin expliciet te laten vermelden dat de one to one regel bepaald in artikel 133, vijfde en zevende lid van het Wetboek van vennootschappen weliswaar overschreden werd, maar dat terzake een afwijking werd bekomen van het Comité.

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