

Ref : Accom INTERPRETATIE 2004/1

**Samenvatting van het interpretatief advies met betrekking tot  
artikel 133, zesde lid, 1° van het Wetboek van vennootschappen,  
goedgekeurd op 16 juli 2004**

▪ **Inleiding**

Aan het Advies- en controlecomité op de onafhankelijkheid van de commissaris (hierna, het Comité) werd een interpretatievraag voorgelegd door een commissaris omtrent artikel 133, zesde lid, 1° van het Wetboek van vennootschappen.

**Belangrijkste gegevens van het dossier**

De verzoeker is de commissaris van een dochtervennootschap naar Belgisch recht, die voor 100 % wordt gecontroleerd door een vennootschap naar Amerikaans recht, die genoteerd is in de Verenigde Staten en onder het toezicht staat van de Securities and Exchange Commission (hierna : SEC).

Volgens de gegevens bezorgd door de commissaris, hebben de non-audit diensten die door de Belgische dochter zouden worden toevertrouwd aan de commissaris (of zijn netwerk) gedurende het jaar 2004, betrekking op adviezen en consultaties van fiscale aard, met name de bijstand aan buitenlandse kaderleden bij de naleving van hun fiscale verplichtingen, de bijstand inzake vennootschapsbelasting en de bijstand inzake BTW.

De commissaris verduidelijkt dat de Belgische dochter, deze non-auditopdrachten tot nog toe toevertrouwd aan haar commissaris of aan zijn netwerk, op grond van systematische voorafgaande toelatingen die verstrekt werden door het auditcomité van de Amerikaanse moedervernootschap.

Uit de stukken medegedeeld door de commissaris blijkt dat het auditcomité van de Amerikaanse moedervernootschap, met naleving van de Sarbanes Oxley wetgeving en in het kader van een beleid van de groep inzake “corporate governance” procedures en regels, vooraf alle audit- en non-auditopdrachten moet toelaten, waarbij het auditcomité zich vergewist van de onafhankelijkheid van het netwerk van de commissaris gelet op de bepalingen van de Amerikaanse Sarbanes Oxley Act.

### **“One to one” regel**

De commissaris heeft ook verklaard dat de honoraria met betrekking tot de non-auditopdrachten die de Belgische dochter hem zou willen toevertrouwen voor het boekjaar 2004, op zeer significante wijze de bezoldiging toegekend aan de commissaris voor hetzelfde boekjaar zouden overschrijden en dat teneinde hem in staat te stellen de betrokken non-auditdiensten te presteren, een afwijking van de one to one regel vereist is.

De uitdrukkelijke bevestiging van de commissaris dat de one to one regel niet zou worden nageleefd mochten de betrokken non-auditdiensten worden gepresteerd, en dat de honoraria met betrekking tot deze diensten zelfs ruim de bezoldiging van de commissaris zouden overschrijden, werd op dit punt voldoende geacht, zodat het Comité in dit dossier noch de berekeningsmethode, noch de juistheid van de berekening van de one tot one regel heeft getoetst.

#### ▪ **Interpretatievraag voorgelegd aan het Comité**

De commissaris vraagt aan het Comité of het auditcomité van de moedervenootschap, vennootschap naar Amerikaans recht die genoteerd is in de Verenigde Staten en onder het toezicht staat van de SEC, bevoegd is om met toepassing van artikel 133, zesde lid, 1<sup>o</sup> van het Wetboek van vennootschappen, geldig een afwijking toe te staan op de “one to one” regel bepaald bij artikel 133, vijfde lid van hetzelfde Wetboek, aan de commissaris van de voor 100 % gecontroleerde dochter naar Belgisch recht.

#### ▪ **Interpretatief advies van het Comité**

##### **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 vraag.

Conform artikel 1, vijfde lid van het voornoemde 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 van een interpretatief advies**

Op uitdrukkelijk verzoek van een commissaris of bij het onderzoek van een dossier ingeleid door een commissaris, kan het Comité ertoe gebracht worden zich uit te spreken over juridische vragen die rechtstreeks gebonden zijn aan zijn bevoegdheid bepaald bij artikel 133, zesde en tiende lid van het Wetboek van vennootschappen, om voorafgaande adviezen te verstrekken, maar waarvan de antwoorden op deze vragen op zichzelf géén “adviezen” van het Comité vormen in de zin van de voornoemde bepalingen.

Het Comité heeft beslist deze vragen en antwoorden te behandelen met toepassing van dezelfde procedure als diegene die voorzien is in het koninklijk besluit van 4 april 2003 tot oprichting van het Comité inzake de “voorafgaande adviezen” in de zin van artikel 133, zesde en tiende lid van het Wetboek van vennootschappen, en de antwoorden op deze vragen te kwalificeren als “interpretatieve” adviezen.

“Interpretatieve” adviezen zijn niet bindend en zij kunnen niet worden aangevoerd in een andere juridische of feitelijke context.

### **Verenigbaarheid van de betrokken non-auditdiensten met de uitoefening van het mandaat van commissaris**

Onverminderd de relevante bepalingen van het Wetboek van vennootschappen, van de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut der bedrijfsrevisoren en van de besluiten ter uitvoering van deze wetten, dient de verenigbaarheid van de betrokken non-auditdiensten met de onafhankelijke uitoefening van het mandaat van commissaris, in dit geval, meer in het bijzonder te worden beoordeeld gelet op het bepaalde in artikel 183 ter, 6<sup>o</sup> 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 bepaling stelt dat de commissaris zich niet onafhankelijk kan verklaren in het geval waarin hijzelf of een lid van zijn “netwerk” de gecontroleerde vennootschap vertegenwoordigt bij de afwikkeling van fiscale of andere geschillen.

Het verslag aan de Koning dat het koninklijk besluit van 4 april 2003 betreffende de prestaties die de onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang brengen, voorafgaat, verduidelijkt ten aanzien van de bepaling dat de verrichtingen (sic) met betrekking tot advies verstrekt in fiscale aangelegenheden noch in de Europese aanbeveling, noch in de nieuwe Amerikaanse bepalingen worden verboden. Hetzelfde verslag voegt daaraan toe dat het gezien het open karakter van de Belgische economie niet verantwoord lijkt adviesverstrekking omtrent fiscale aangelegenheden in de lijst van de verboden prestaties in te schrijven. Hetzelfde verslag stelt daarentegen dat een commissaris of een lid van zijn netwerk die bij de beslechting van een (rechts)geschil optreedt namens de gecontroleerde vennootschap, een rol speelt die onverenigbaar is met de verantwoordelijkheid van de commissaris om een objectief oordeel uit te spreken over de jaarrekening.

Volgens de gegevens bezorgd door de commissaris, hebben de non-audit diensten die door de Belgische dochter zouden worden toevertrouwd aan de commissaris gedurende het boekjaar 2004, betrekking op adviezen en consultaties van fiscale aard, met name de bijstand aan buitenlandse kaderleden bij de naleving van hun fiscale verplichtingen, de bijstand inzake vennootschapsbelasting en de bijstand inzake BTW. Noch uit de beschrijving van deze diensten zoals ze voorkomt in het dossier dat aan het Comité werd bezorgd, noch uit het onderzoek ervan, blijkt dat de vervulling van deze diensten door het netwerk van de commissaris ten gunste van de vennootschap, van aard zou zijn om de onafhankelijkheid van de commissaris te bedreigen, en dat door aldus te handelen de commissaris of zijn netwerk

een vertegenwoordigende rol zou spelen die onverenigbaar is met zijn verantwoordelijkheid van commissaris of een risico van autocontrole zou lopen.

**Interpretatie van artikel 133, zesde lid, 1° van het Wetboek van vennootschappen, met name de mogelijkheid om af te wijken van de one to one regel na een gunstige beslissing van het auditcomité van de betrokken “onderneming”** (in de franse versie wordt de term “société” gebruikt).

De voornoemde bepaling maakt het mogelijk voor de commissaris om af te wijken van de verbodsbepaling van artikel 133, vijfde lid (one to one regel) in drie gevallen:

- na een gunstige beslissing van het auditcomité, wanneer de statuten van de betrokken onderneming voorzien in de oprichting binnen de raad van bestuur van een dergelijk comité dat met name belast is met een permanent toezicht op de afgewerkte dossiers van de commissaris;
- als de commissaris vooraf een positief advies heeft gekregen van het Advies- en controlecomité ;
- als binnen de vennootschap een college van van elkaar onafhankelijke commissarissen is opgericht.

Er wordt opgemerkt dat deze bepaling een wettelijke opdracht toevertrouwt aan de auditcomités, voor zover ze worden opgericht conform het wetsvoorschrift. Om bevoegd te zijn om afwijkingen op de one to one regel toe te staan, moet het auditcomité inderdaad beantwoorden aan verschillende vereisten ten gronde bepaald in artikel 133, zesde lid, 1° van het Wetboek van vennootschappen.

Het auditcomité moet aldus in de statuten voorzien zijn.

Artikel 133, zesde lid, 1° van het Wetboek van vennootschappen bepaalt ook dat het auditcomité binnen de raad van bestuur moet worden opgericht. Ten slotte bepaalt hetzelfde artikel dat het auditcomité met name moet belast zijn met een permanent toezicht op de afgewerkte dossiers van de commissaris.

De betrokken dochtervennootschap heeft géén auditcomité opgericht dat beantwoordt aan het voorschrift van artikel 133, zesde lid, 1° van het Wetboek van vennootschappen. Derhalve wordt aan het Comité de vraag gesteld of het auditcomité van de moedervernootschap, een vennootschap naar Amerikaans recht die genoteerd is in de Verenigde Staten en aldaar onder het toezicht staat van de SEC, bevoegd is om geldig een afwijking toe te staan op de one to one regel met toepassing van artikel 133, zesde lid, 1° van het Wetboek van vennootschappen, ten gunste van de commissaris van de vennootschap naar Belgisch recht die voor 100 % gecontroleerd wordt door de Amerikaanse moedervernootschap.

De redactie van artikel 133, zesde lid, 1° van het Wetboek van vennootschappen eist uitdrukkelijk dat “de statuten van de betrokken onderneming voorzien in de oprichting ... van een dergelijk (audit)comité ...”

Artikel 133, zesde lid, 3° van het Wetboek van vennootschappen voorziet eveneens in de mogelijkheid van een afwijking van de one to one regel in de gevallen waarin “binnen de vennootschap” een college van van elkaar onafhankelijke commissarissen is opgericht. Deze tekst is volkomen duidelijk: het college moet opgericht zijn binnen de vennootschap waarvan de commissaris ertoe verplicht is de one to one regel na te leven.

Aangezien het hier gaat om twee mogelijkheden tot afwijking van eenzelfde verbodsbepaling voorzien door het Belgische recht, lijkt het coherent om er eenzelfde lectuur en interpretatie op na te houden van zowel het 1° als het 3° van het zesde lid van artikel 133 van het Wetboek van vennootschappen.

Gelet op de tekst van de onderzochte bepaling, is het Comité dan ook van oordeel dat onder de “betrokken onderneming” (Franse versie :”société concernée”) moet worden verstaan, de onderneming (vennootschap) waarvan de commissaris ertoe verplicht is de one to one regel na te leven en waarvan hij om een afwijking verzoekt. Dat betekent dat het bevoegde auditcomité om in voorkomend geval een afwijking op de one to one regel toe te staan, moet zijn opgericht in die onderneming (vennootschap).

Daaromtrent stelt het Comité vast dat de wetgever bij de redactie van artikel 133, zesde lid, 1° van het Wetboek van vennootschappen geen rekening heeft wens te houden met groepsstructuren, zoals hij dat wel gedaan heeft in andere bepalingen van de wet van 2 augustus 2002, die de hier onderzochte bepalingen heeft ingevoerd.

Om die reden heeft de Raad van het Instituut der bedrijfsrevisoren in januari 2004 aan de Regering een amenderingsvoorstel met betrekking tot artikel 133, zesde lid, 1° van het Wetboek van vennootschappen gedaan, met de bedoeling er de mogelijkheid in in te schrijven dat bvb. het auditcomité van een moedervernootschap bevoegd zou zijn om in voorkomend geval een afwijking op de one to one regel toe te staan aan de commissaris van een dochtervennootschap. In een advies van 1 april 2004 heeft de Hoge Raad voor de economische beroepen verduidelijkt dat het voorbarig was om stelling te nemen in een debat dat op het Europese niveau nog ter discussie is. De Regering besliste om geen wijziging voor te stellen aan deze bepaling van het Wetboek van vennootschappen.

### **Toepassing van de voornoemde beginselen in het voorgelegde geval**

Aangezien het hier gaat om een mogelijkheid tot afwijking van een wettelijke verbodsbepaling, is de strikte naleving van de cumulatieve voorwaarden bepaald in artikel 133, zesde lid, 1° van het Wetboek van vennootschappen essentieel voor de rechtsgeldigheid van de afwijking.

Opdat het auditcomité bevoegd zou zijn om de betrokken afwijking toe te staan, moet het derhalve zijn opgericht in de “betrokken onderneming” (vennootschap). Daartoe moeten de statuten van de vennootschap waarvan de commissaris ertoe verplicht is de one to one regel na te leven in de oprichting voorzien van een auditcomité binnen de raad van bestuur van die vennootschap en dient dit comité met name beslast te zijn met een permanent toezicht op de afgewerkte dossiers van de commissaris.

Uit de door de commissaris medegedeelde stukken blijkt dat het auditcomité van de Amerikaanse moedervereniging op het eerste gezicht beantwoordt aan de “best practice” terzake, zowel qua structuur, samenstelling als werking. Er is sprake van passende procedures en werkingsregels in termen van “corporate governance”. Dit auditcomité ziet onder meer actief toe op de naleving van de onafhankelijkheid van het netwerk van de commissaris gelet op de bepalingen van de Sarbanes Oxley Act.

Het Comité stelt evenwel vast dat dit auditcomité werd opgericht op het niveau van de Amerikaanse moedervereniging en niet statutair werd voorzien in de raad van bestuur van de Belgische dochter waarvan de commissaris de verzoeker is en ertoe verplicht is de one to one regel na te leven.

**Het Comité is dan ook van oordeel dat het auditcomité van de Amerikaanse moedervereniging, een genoteerde vereniging naar Amerikaans recht, niet voldoet aan artikel 133, zesde lid, 1<sup>o</sup> van het Wetboek van verenigingen, om geldig afwijkingen toe te staan op de one to one regel die moet worden nageleefd door de commissaris van haar dochtervereniging naar Belgisch recht die ze voor 100 % controleert. Dit auditcomité werd inderdaad niet opgericht in de Belgische dochter, en het is deze laatste die moet worden aangemerkt als zijnde in dit geval de “betrokken onderneming” in de zin van de voornoemde bepaling van het Wetboek van verenigingen.**

#### **Controlebevoegdheid van het Comité**

Het Comité behoudt zich het recht voor om zich in het kader van zijn controlebevoegdheid te gepasten tijde bij het Instituut der bedrijfsrevisoren en bij de verzoeker, te informeren over latere, significante ontwikkelingen in dit dossier vanuit de invalshoek van de naleving van de onafhankelijkheidsregels door de commissaris.

---