

Ref: Accom INTERPRETATIE 2004/3

Interpretatief advies met betrekking tot bepaalde regels voor de berekening van de “one-to-one” ratio zoals bedoeld in artikel 133, vijfde en zevende lid van het Wetboek van vennootschappen, goedgekeurd op 27 oktober 2004.

▪ **Inleiding**

Aan het Advies- en controlecomité op de onafhankelijkheid van de commissaris (hierna, het Comité) werden een aantal interpretatievragen voorgelegd door een commissaris omtrent artikel 133, vijfde en zevende lid van het Wetboek van vennootschappen. Deze bepalingen leggen aan de commissarissen (en hun netwerk) van bepaalde vennootschappen verbod op om non-auditdiensten te verrichten, voor zover het totale bedrag van de vergoedingen voor deze diensten hoger ligt dan hun bezoldiging voor de uitoefening van hun opdracht als commissaris. Dit verbod wordt doorgaans voorgesteld als de “one-to-one” regel of ratio.

De voornoemde bepalingen luiden als volgt:

Artikel 133, vijfde lid:

"Onverminderd de verbodsbepalingen die voortvloeien uit het in het negende lid bedoelde koninklijk besluit, mogen de commissarissen en de personen met wie zij een arbeidsovereenkomst hebben gesloten of met wie zij beroepshalve in samenwerkingsverband staan of de met de commissaris verbonden vennootschappen of personen zoals bepaald in artikel 11, geen andere diensten verrichten dan de opdrachten die krachtens de wet werden toevertrouwd aan de commissaris, voor zover het totale bedrag van de vergoedingen voor deze diensten hoger ligt dan de in artikel 134, § 1, bedoelde bezoldigingen. Deze bepaling is van toepassing op de genoteerde vennootschappen als gedefinieerd in artikel 4 en op de ondernemingen die deel uitmaken van een groep die verplicht is geconsolideerde jaarrekeningen op te stellen en te publiceren."

Artikel 133, zevende lid:

"Met de prestaties geleverd om economische en financiële gegevens van een derde onderneming die de vennootschap of een van haar dochtervennootschappen wenst te verwerven of verworven heeft, te controleren, wordt voor de toepassing van het vijfde en

zesde lid geen rekening gehouden. De beoordeling van de verhouding tussen de vergoedingen en bezoldigingen moet, wanneer een vennootschap deel uitmaakt van een groep, uitgevoerd worden voor zowel de vennootschap als de dochtervennootschappen, met dien verstande, dat de bezoldigingen voor de wettelijke controle van de rekeningen van de buitenlandse dochtervennootschappen, deze zijn die voortvloeien uit de wettelijke en/of contractuele bepalingen die van toepassing zijn op deze dochtervennootschappen.”

▪ **Interpretatievragen voorgelegd aan het Comité**

Het Comité kreeg vijf technische vragen voorgelegd. Alle vijf hebben betrekking op bepaalde regels voor de berekening van de “one-to-one” ratio zoals bedoeld in artikel 133, vijfde en zevende lid van het Wetboek van vennootschappen, en zijn dus rechtstreeks gebonden aan de voorafgaande adviesbevoegdheid van het Comité zoals bedoeld in artikel 133, zesde lid, 2^e van hetzelfde Wetboek, alsook aan zijn controlebevoegdheid.

Die vragen luiden als volgt:

1° Moet de one-to-one ratio individueel (op het niveau van iedere betrokken vennootschap) of/en globaal (op het niveau van de groep) worden berekend?

2° Moeten non-auditdiensten in aanmerking worden genomen op het ogenblik waarop ze worden gepresteerd dan wel gefactureerd of betaald?

3° Moet de ratio worden berekend per boekjaar of over de periode tussen de jaarlijkse algemene vergaderingen (prorata temporis)?

4° Vanaf welke datum moeten, bij een eerste benoeming tot commissaris van de te controleren vennootschap of bij de eerste toepassing van de one-to-one regel, de erelonen voor non-auditdiensten in de berekening van de one-to-one ratio worden opgenomen: vanaf het begin van het boekjaar waarvoor het mandaat van commissaris geldt of vanaf de datum waarop de commissaris door de algemene vergadering is benoemd?

5° Moet de ratio worden berekend op basis van één of op basis van drie boekjaren (met andere woorden, op basis van de duur van een mandaat als commissaris)?

▪ **Interpretatief advies**

Procedureaspecten

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.

Onderzoek van de eerste vraag: berekening van de one-to-one ratio op individuele of/en op globale basis?

Hiervoor dient de draagwijdte te worden onderzocht van de laatste zin van het zevende lid van artikel 133 van het Wetboek vennootschappen, dat bepaalt dat, wanneer een vennootschap deel uitmaakt van een groep, de beoordeling van de verhouding tussen de vergoedingen en bezoldigingen moet uitgevoerd worden voor zowel de vennootschap als de dochtervennootschappen (n.v.d.r. : eigen onderstreping), met dien verstande, dat de bezoldigingen voor de wettelijke controle van de rekeningen van buitenlandse dochtervennootschappen, deze zijn die voortvloeien uit de wettelijke en/of contractuele bepalingen die van toepassing zijn op deze dochtervennootschappen.

Uitgaande van de tekst van deze wetsbepaling (zeker in de Franse versie, want de Nederlandse versie is lichtjes verschillend), en bij gebrek aan voorbereidende werken die

de juiste bedoeling van de wetgever op dit specifieke punt zouden toelichten, stellen de meeste auteurs dat die bepaling vereist dat de ratio moet worden nageleefd zowel op het niveau van de gecontroleerde vennootschap als op het niveau van elk van de dochtervennootschappen naar Belgisch of buitenlands recht, individueel genomen. Volgens die auteurs dient dus de methode van de berekening **op individuele basis** te worden toegepast.

Sommige van die auteurs hebben evenwel kritiek op de keuze van de wetgever voor de “individuele” methode, want niet passend, aangezien hiermee geen globaal zicht, op groepsniveau, kan worden verkregen op de financiële impact van de audit- en non-auditdiensten verricht door één zelfde auditkantoor, wat in deze materie algemeen wordt beschouwd als een essentieel gegeven dat de realiteit weergeeft van de economische en financiële verhoudingen tussen een groep vennootschappen en zijn externe auditor. In groepen van een zekere omvang kan een correcte toepassing van die methode uiterst complex blijken, een onverantwoord gebrek aan flexibiliteit en een overdreven administratieve kost veroorzaken.

Volgens een minderheidsopvatting zou - ongeacht de wettekst - de ratio moeten worden berekend op een **“globale basis”**, omdat een dergelijke berekeningswijze veel beter zou beantwoorden aan de bedoelingen die aan de wetgever worden toegeschreven.

Een argument – naar analogie – dat ter ondersteuning van deze interpretatie wordt aangevoerd, is artikel 183 *sexies* van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen, dat een ratio bepaalt tussen de bezoldigingen van de commissaris en de erelonen voor non-auditdiensten verricht voor een vennootschap vooraleer die een dochter werd. Dit artikel stelt in het 5^o: “de beoordeling van de verhouding van de vergoedingen en van de honoraria moet globaal plaatshebben op het niveau van de onderneming waarvan de commissaris de rekeningen onderzoekt en van de dochterondernemingen” (n.v.d.r. eigen onderstreping).

Sommige auteurs, ten slotte, zijn voorstander van een **derde interpretatie**, volgens dewelke het tenminste wenselijk zoniet vereist zou zijn dat de berekening niet alleen gebeurt op het niveau van de gecontroleerde vennootschap en elk van haar dochtervennootschappen afzonderlijk, maar ook op het niveau van de groep, **wat neerkomt op een combinatie van de individuele methode met de globale methode.**

*

Gelet op wat voorafgaat en met kennis van de onzekerheden omtrent de interpretatie van de hier onderzochte bepalingen – zoals blijkt uit een verdeelde en kritische rechtsleer – **heeft het Comité beslist om in de uitoefening van zijn wettelijke bevoegdheden, de naleving door de commissarissen van de one-to-one ratio te controleren op grond van de individuele methode.** Naar het advies van het Comité moeten een commissaris en zijn netwerk alleen op grond van de individuele methode onderzoeken of zij de one-to-one ratio naleven en of in voorkomend geval een afwijking moet worden gevraagd aan

het Comité of aan het auditcomité van de betrokken vennootschap, met toepassing van artikel 133, zesde lid van het Wetboek van vennootschappen.

In zijn beoordeling van de vragen om afwijking van de one-to-one ratio, kan het Comité naast andere gegevens die in voorkomend geval een afwijking zouden kunnen verantwoorden, in de concreet voorgelegde gevallen de gegevens in overweging nemen die zouden blijken uit de berekening van de one-to-one regel op globale basis.

Onderzoek van de tweede vraag: Non-auditdiensten in aanmerking nemen op het ogenblik waarop ze worden gepresteerd dan wel gefactureerd of betaald?

De vraag die aan het Comité wordt gesteld, komt erop neer uit te maken of de erelonen voor andere diensten dan de opdrachten die bij wet aan de commissaris zijn opgedragen, voor de berekening van de one-to-one ratio in aanmerking moeten worden genomen op basis van de periode waarin zij zijn gepresteerd, dan wel op basis van hun facturatie.

De wettekst zegt niets over dit punt. Weliswaar is het Comité van oordeel dat de periode waarin non-auditdiensten worden gepresteerd, in aanmerking dient te worden genomen om tot een samenhangende en verantwoorde vergelijking met de jaarlijkse bezoldiging van de commissaris te komen, maar het Comité is in casu evenzeer van oordeel dat de dienst moet gefactureerd zijn vooraleer de one-to-one ratio kan worden berekend (en gecontroleerd). De naleving van de one-to-one regel moet dus om redenen van rechtszekerheid en controle, worden beoordeeld in relatie tot vastgestelde ereloonstaten. Of die staten al dan niet zijn betaald, is daarentegen geen relevant gegeven.

Ten slotte zij erop gewezen dat een beroepsbeoefenaar die de facturatedatum bewust zou uitstellen om zo te trachten aan de toepassing van de one-to-one regel te ontsnappen, zich aan sancties zou blootstellen.

Het Comité heeft beslist om uit te gaan van de bovenstaande interpretatie bij de behandeling van dossiers in verband met vragen om afwijking van de one-to-one regel en bij zijn controle.

Onderzoek van de derde vraag: Moet de ratio worden berekend per boekjaar of over de periode tussen de jaarlijkse algemene vergaderingen (prorata temporis)?

De vraag die aan het Comité wordt gesteld, komt erop neer te weten of de one-to-one ratio moet worden berekend over de periode die overeenstemt met het boekjaar, met andere woorden, voor een vennootschap waarvan het boekjaar gelijk valt met het kalenderjaar, van 1 januari tot 31 december, dan wel over de periode die overeenstemt met de periode gelegen tussen de algemene vergaderingen waarop de rekeningen worden goedgekeurd of tussen de algemene vergaderingen waarop het mandaat van commissaris wordt toegewezen.

De tekst van de onderzochte bepalingen biedt geen rechtstreeks en duidelijk antwoord op de gestelde vraag. Verschillende argumenten pleiten er niettemin voor de berekening van

de ratio te laten gebeuren **per boekjaar**, met andere woorden, in de overgrote meerderheid van de gevallen, op basis van de bezoldigingen en erelonen die betrekking hebben op de periode van 1 januari tot 31 december.

Er is immers geen betwisting over de interpretatie van artikel 135, eerste lid, van het Wetboek van vennootschappen dat stelt dat commissarissen worden benoemd voor een hernieuwbare termijn van “drie jaar”, namelijk dat daarmee “drie boekjaren” worden bedoeld, zodat van de commissaris wordt verwacht dat hij verslag uitbrengt over drie opeenvolgende jaarrekeningen (Instituut der Bedrijfsrevisoren, Vademecum 2002, p. 644).

Overigens, ook al wordt de bezoldiging van de commissarissen overeenkomstig artikel 134, § 1, bij de aanvang van hun opdracht, door de algemene vergadering vastgesteld tegen een vast bedrag voor drie jaar, de bezoldiging voor de uitoefening van het mandaat als commissaris, slaat op één boekjaar.

Wanneer, bij voorbeeld, een commissaris benoemd wordt op de algemene vergadering van april X 1 (en in de veronderstelling dat de vennootschap afsluit op 31 december), dan geldt de bezoldiging voor de kalender- en boekjaren X 1, X 2 en X 3. De jaarlijkse bezoldiging vormt een kost van het boekjaar, waarbij de wijze van facturatie en betaling niet relevant is. In dit voorbeeld moet, op 31 december van het jaar X 1, de volledige bezoldiging met betrekking tot X 1 normaal ten laste worden genomen in de rekeningen van de gecontroleerde vennootschap.

Anderzijds, wat de erelonen betreft voor andere (non-audit)diensten dan de wettelijke opdrachten, is het eveneens om redenen van rechtszekerheid en samenhang alsook om een transparante en doeltreffende controle te kunnen uitoefenen op de naleving van de one-to-one regel, verantwoord om de berekening per boekjaar te verrichten, met andere woorden, in de overgrote meerderheid van de gevallen op basis van de erelonen toegekend tussen 1 januari en 31 december.

Deze interpretatie strookt trouwens met het vereiste inzake transparantie van de erelonen, zoals bedoeld in artikel 134, § 2 en 4 van het Wetboek van vennootschappen, dat ook per boekjaar is uitgewerkt (via vermeldingen in het jaarverslag).

Het Comité heeft beslist om uit te gaan van de bovenstaande interpretatie bij de behandeling van dossiers in verband met vragen om afwijking van de one-to-one regel, en bij zijn controle.

Onderzoek van de vierde vraag: Vanaf welke datum moeten, bij een eerste benoeming tot commissaris van de te controleren vennootschap of bij de eerste toepassing van de one-to-one regel, de erelonen voor non-auditdiensten in de berekening van de one-to-one ratio worden opgenomen : vanaf het begin van het boekjaar waarvoor het mandaat van commissaris geldt of vanaf de datum waarop de commissaris door de algemene vergadering is benoemd?

Artikel 4, derde lid, van het koninklijk besluit van 4 april 2003 betreffende de prestaties die de onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang brengen, regelt de inwerkingtreding van artikel 133, vijfde en zevende lid van het Wetboek van vennootschappen. Die bepaling stelt dat de one-to-one regel van toepassing is op de bezoldigingen die betrekking hebben op diensten, opdrachten en mandaten gepresteerd vanaf het begin van de mandaten van de commissaris die een aanvang nemen na de inwerkingtreding van het voornoemd besluit. Die overgangsbepaling impliceert dat de one-to-one regel enkel van toepassing is op prestaties en situaties van na 1 oktober 2003. Aangezien er geen andere regels voor een eerste toepassing zijn opgegeven, is er volgens het Comité geen verantwoording om een prorata temporis berekening te maken voor het eerste jaar van het mandaat van de commissaris waarin de one-to-one regel van toepassing is.

Meer algemeen dient de onderzochte vraag te worden gezien als een bijzondere toepassing van de voorgaande vraag. In de logica van het antwoord op de derde vraag, namelijk dat de berekening van de one-to-one ratio **per boekjaar** dient te geschieden, en bij gebrek aan een afwijkende tekst in dit verband, alsook om een transparante en controleerbare ratio te verkrijgen, moet dus elk beginsel van “proratering” worden geweerd uit de berekening van de one-to-one ratio, zowel voor de jaarlijkse bezoldiging van de commissaris als voor de in aanmerking te nemen erelonen voor non-auditdiensten. In die benadering is de datum waarop de commissaris door de algemene vergadering is benoemd, niet relevant voor de toerekening van de erelonen voor non-auditdiensten.

Deze interpretatie strookt trouwens met het vereiste inzake transparantie van de erelonen, zoals bedoeld in artikel 134, § 2 en 4 van het Wetboek van vennootschappen, dat ook per boekjaar is uitgewerkt (via vermeldingen in het jaarverslag).

Het Comité heeft beslist om uit te gaan van de bovenstaande interpretatie bij de behandeling van dossiers in verband met vragen om afwijking van de one-to-one regel, en bij zijn controle.

Onderzoek van de vijfde vraag: Moet de ratio worden berekend op basis van één enkel boekjaar of op basis van drie boekjaren (met andere woorden, op basis van de duur van een mandaat als commissaris)?

De onderzochte bepalingen zijn op dit punt niet duidelijk noch expliciet.

Het Comité is van oordeel dat, om redenen van transparantie, rechtszekerheid en controle, de berekening van de one-to-one ratio **op basis van één enkel boekjaar** dient te geschieden.

Deze interpretatie is coherent met de antwoorden op de vragen drie en vier, en inzonderheid met het vereiste inzake transparantie van de erelonen, zoals bedoeld in artikel 134, § 2 en 4 van het Wetboek van vennootschappen, dat ook per boekjaar is uitgewerkt (via vermeldingen in het jaarverslag).

Het Comité heeft beslist om uit te gaan van de bovenstaande interpretatie bij de behandeling van dossiers in verband met vragen om afwijking van de one-to-one regel, en bij zijn controle.

▪ **Conclusies**

Gelet op wat voorafgaat, heeft het Comité beslist

- om de aandacht van de bevoegde Ministers te vestigen op de rechtsonzekerheid omtrent bepaalde aspecten van de berekening van de one-to-one regel en op de gevolgen en risico's van een technisch gebrekkige of onvolledige formulering van de onderzochte bepalingen;
 - om de Regering te suggereren alle nuttige maatregelen te treffen waarmee de voornoemde bepalingen in technisch en juridisch opzicht kunnen worden verduidelijkt;
 - om, in afwachting van die verduidelijking, in de uitoefening van zijn wettelijke bevoegdheden de bovenstaande interpretaties toe te passen.
-