

COMMISSIE VOOR BOEKHOUDKUNDIGE NORMEN

CBN-advies 2010/1 DE INTERPRETATIE VAN DE OPENBAARMAKINGSVERPLICHTING VAN TRANSACTIES VAN ENIGE BETEKENIS MET VERBONDEN PARTIJEN BUITEN NORMALE MARKTVOORWAARDEN, ZOALS BEPAALD IN HET KONINKLIJK BESLUIT VAN 10 AUGUSTUS 2009

Advies van 13 januari 2010

Via het Koninklijk besluit van 10 augustus 2009 (B.S., 24.08.2009) is in intern Belgisch algemeen jaarrekeningenrecht voorzien in de omzetting van artikelen 1, 6) en 2, 1) van Richtlijn 2006/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, 83/349/EEG van de Raad betreffende de geconsolideerde jaarrekening, 86/635/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen en 91/674/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van verzekeringsondernemingen (Publicatieblad van de Europese Unie, L 224/1, 16.08.2006).

1. Situering

De bijkomende verplichtingen die in het koninklijk besluit aan bepaalde categorieën van ondernemingen worden opgelegd, kaderen in een aantal Europese maatregelen tot verbetering van de corporate governance. Ze vergroten de transparantie bij transacties met verbonden partijen en buiten de balans vallende regelingen en verbeteren de informatievertrekking over corporate governancepraktijken bij ondernemingen en bevestigen op die manier de collectieve verantwoordelijkheid van de leden van de leidinggevende, toezichthoudende of bestuursorganen jegens aandeelhouders en andere belanghebbenden.

In het betrokken besluit wordt met name aan bepaalde categorieën van vennootschappen de verplichting opgelegd om, in de toelichting bij hun jaarrekening, bepaalde gegevens te vermelden betreffende van enige betekenis zijnde transacties tussen verbonden partijen buiten normale marktvoorwaarden.

De Richtlijn voorziet in overweging (6), in fine, dat de openbaarmaking van transacties van enige betekenis met verbonden partijen die niet onder normale marktvoorwaarden worden verricht, de gebruikers van de jaarrekening kunnen helpen om de financiële positie van de onderneming te beoordelen alsook, wanneer de onderneming tot een groep behoort, de financiële situatie van de groep als geheel. Deze overweging werd overgenomen in het Verslag aan de Koning bij het geciteerde besluit van 10 augustus 2009.

Aan de Commissie werd de vraag gesteld welke transacties precies moeten vermeld worden.

2. Toepassingsgebied

a. Eerste categorie

Eenzijds worden volgende categorieën van vennootschappen verplicht om informatie betreffende van enige betekenis zijnde transacties tussen verbonden partijen buiten normale marktvoorwaarden op te nemen in hun toelichting: genoteerde vennootschappen¹, vennootschappen waarvan de effecten zijn toegelaten op een MTF (Multilateral Trading Facility) zoals bedoeld in artikel 2, 4° van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, en vennootschappen die meer dan één van de criteria bedoeld in artikel 16, § 1, eerste lid, W.Venn. overschrijden.

Zoals bepaald in de Richtlijn, voorziet het koninklijk besluit evenwel volgende uitzondering: *“Deze informatie is niet vereist voor transacties die zijn aangegaan tussen twee of meer leden van een groep, mits de dochterondernemingen die partij zijn bij de transactie, geheel in eigendom zijn van een dergelijk lid”*².

Voor wat de interpretatie betreft van deze passus is de Commissie de mening toegedaan, dat hier transacties worden bedoeld die plaatsvinden tussen vennootschappen van de groep die volledig³ in eigendom zijn van de groep. Deze transacties moeten alsdan dus niet worden opgenomen in deze nieuwe staat van de toelichting.

Veronderstel bijvoorbeeld dat de moedervernootschap A 99 procent van de aandelen bezit van zowel dochtervernootschap X als dochtervernootschap Y. Y houdt de overige één procent aan van X en X houdt het resttaandeel van Y aan. In dat geval behoren X en Y volledig toe aan de groep. De transacties van enige betekenis die buiten normale marktvoorwaarden zouden plaatsvinden tussen A, X en Y dienen dus niet opgenomen te worden in de nieuwe staat van de toelichting⁴.

Hetzelfde geldt indien bijvoorbeeld de moedervernootschap A 100 procent van de aandelen bezit van dochteronderneming X en 40 procent van onderneming Y. X bezit de overige 60 procent van Y. Ook in dit geval moeten de transacties van enige betekenis die buiten normale marktvoorwaarden plaatsvinden tussen A, X en Y dus niet opgenomen te worden in de nieuwe staat van de toelichting.

¹ Cfr. artikel 4, W. Venn.

² Artikel 1, 6), Richtlijn 2006/46/EG stelt “Member States may exempt transactions entered into between two or more members of a group provided that subsidiaries which are party to the transaction are wholly owned by such a member”.

³ Of indien het bestuursorgaan van de vennootschap kan aantonen dat het belang van een eventuele minderheidsparticipatie van verwaarloosbare betekenis zou zijn (bijvoorbeeld 1 %). Evenwel is het passend hier te vermelden dat bij een naamloze vennootschap minderheidsaandeelhouders een minderheidsvordering kunnen instellen die, op de dag waarop de algemene vergadering zich uitspreekt over de aan de bestuurders te verlenen kwijting, effecten bezitten die ten minste 1 procent vertegenwoordigen van de stemmen verbonden aan het geheel van de op die dag bestaande effecten, of op diezelfde dag effecten bezitten die een gedeelte van het kapitaal vertegenwoordigen ter waarde van ten minste 1.250.000 EUR.

⁴ Dit zal ook gelden voor transacties die plaatsvinden tussen twee dochterondernemingen, ingeval de aandelen van deze twee dochtervernootschappen voor 100 % door dezelfde moedervernootschap worden aangehouden.

b. *Tweede categorie*

Naamloze vennootschappen die niet tot de eerder vermelde drie categorieën van ondernemingen behoren kunnen zich beperken tot het vermelden van enkel de van enig betekenis zijnde transacties, buiten normale marktvoorwaarden, die direct of indirect zijn aangegaan tussen de vennootschap en haar voornaamste aandeelhouders en de vennootschap en de leden van de leidinggevende, de toezichhoudende of de bestuursorganen.

3. Materialiteitsbeginsel

De betrokken transacties worden in de toelichting opgenomen, indien zij *van enige betekenis* zijn.

De Commissie is van oordeel dat de wetgever hier bedoelt dat, van de betrokken transacties, enkel de *materiële* transacties moeten worden toegelicht. Het begrip materieel wordt gebruikt in de (in de context van jaarrekeningen) internationaal algemeen aanvaarde betekenis van dat woord, volgens dewelke informatie materieel is indien het weglaten of het onjuist weergeven daarvan een invloed zou kunnen hebben op de economische beslissingen die gebruikers op basis van de jaarrekening nemen.⁵⁶

De vaststelling of een transactie al dan niet van enige betekenis is, moet tevens worden gezien in het licht van de doelstelling van het betrokken besluit, namelijk de verbetering van het corporate governance-beleid.

4. Transacties buiten normale marktvoorwaarden

Vooreerst moet gesteld worden dat de Richtlijn zelf niet voorziet in een omschrijving van deze passus.

Wat betreft transacties *buiten normale marktvoorwaarden* expliciteert de Europese Commissie in het document "European Commission proposal for amending the Accounting Directives - Frequently Asked Questions" in verband met de voorgenomen invoering van deze passus, het volgende: "*Therefore, it is preferable to limit the disclosure to those transactions which have been concluded with the involvement of parties who may potentially have a conflict of interest, in other words transactions not performed at "arm's length", i.e. not under normal market conditions.*"⁷.

Uit deze passus blijkt dat met "*transacties buiten normale marktvoorwaarden*", deze worden bedoeld die niet "*at arm's length*" zijn tot stand gekomen.

⁵ Verslag aan de koning bij het koninklijk besluit van 14 november 2007 betreffende de verplichtingen van emittenten van financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereguleerde markt.

⁶ In die zin kan ook worden verwezen naar art. 524, § 1, derde lid, 2° W.Venn. dat stelt dat, op elke beslissing of elke verrichting gedaan ter uitvoering van een beslissing van een genoteerde vennootschap, voorafgaandelijk de procedure wordt toegepast, zoals vastgelegd in §§ 2 en 3 van datzelfde artikel. Deze procedure hoeft evenwel niet te worden toegepast indien het verrichtingen betreft die minder dan één procent van het netto-actief van de vennootschap vertegenwoordigen, zoals dat blijkt uit de (geconsolideerde) jaarrekening.

⁷ MEMO/04/246, Brussels, 28.10.2004.

Het begrip “onder normale marktvoorwaarden” is niet nieuw in de Belgische wetgeving.

Het koninklijk besluit van 14 november 2007 betreffende de verplichtingen van emittenten van financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereguleerde markt noteert in artikel 13, § 6 dat, voor emittenten van aandelen, het tussentijdse jaarverslag ook de belangrijkste transacties met verbonden partijen vermeldt en het effect daarvan op de verkorte financiële overzichten. Meer bepaald wordt in het derde lid van datzelfde artikel gesteld: *“Wanneer de emittent bedoeld in het eerste lid geen geconsolideerde jaarrekening moet opstellen en zijn enkelvoudige jaarrekening niet overeenkomstig de internationale standaarden voor jaarrekeningen opstelt, maakt hij ten minste de transacties met verbonden partijen openbaar, met inbegrip van het bedrag van dergelijke transacties, de aard van de betrekking met de verbonden partij, alsmede andere informatie over de transacties die nodig is voor het verkrijgen van inzicht in de financiële positie van de emittent, indien dergelijke transacties materieel zijn en niet onder normale marktvoorwaarden zijn verricht⁸”.*

Ook in het Wetboek van Vennootschappen is het begrip niet onbekend. In verband met het tegenstrijdig belang vermelden artikel 261 (met betrekking tot de BVBA)⁹ en artikel 523 en 524 (met betrekking tot de NV)¹⁰ dat melding moet worden gemaakt van overeenkomsten of verrichtingen die niet onder normale omstandigheden (en tegen de zekerheden die op de markt gewoonlijk gelden) plaatsvinden.

Ook artikel 629 van het Wetboek van Vennootschappen inzake de financiering door een naamloze vennootschap van de verkrijging van haar effecten door een derde stelt in § 1: *“Het voorschieten van middelen, toestaan van leningen of stellen van zekerheden door een naamloze vennootschap met het oog op de verkrijging van haar aandelen of van haar winstbewijzen of met het oog op de verkrijging of de inschrijving door een derde van certificaten die betrekking hebben op aandelen of winstbewijzen, moet voldoen aan de volgende voorwaarden: 1° de verrichtingen gebeuren onder de verantwoordelijkheid van de raad van bestuur en tegen billijke marktvoorwaarden¹¹, met name wat betreft de rente die de vennootschap ontvangt en de zekerheid die aan de vennootschap wordt verstrekt”.*

5. Besluit

⁸ Eigen onderlijning.

⁹ Art. 261, W. Venn.: *“Indien de zaakvoerder de enige vennoot is en hij voor de in artikel 259, § 1, bedoelde tegenstrijdigheid van belangen is geplaatst, kan hij de beslissing nemen of de verrichting doen, doch hij moet hierover bijzonder verslag uitbrengen in een stuk dat tegelijk met de jaarrekening moet worden neergelegd. Hij is gehouden, ten aanzien van zowel de vennootschap als van derden, tot vergoeding van de schade die voortvloeit uit een voordeel dat hij ten koste van de vennootschap onrechtmatig zou hebben verkregen. De tussen hem en de vennootschap gesloten overeenkomsten worden, tenzij het courante verrichtingen betreft die onder normale omstandigheden plaatsvinden, opgenomen in het stuk bedoeld in het eerste lid.”*

¹⁰ Art. 523, W. Venn.: *“... Bovendien zijn § 1 en artikel 524ter niet van toepassing wanneer de beslissingen van de raad van bestuur betrekking hebben op gebruikelijke verrichtingen die plaatshebben onder de voorwaarden en tegen de zekerheden die op de markt gewoonlijk gelden voor soortgelijke verrichtingen”.* Art. 524, § 1, W. Venn.: *“Op elke beslissing of elke verrichting gedaan ter uitvoering van een beslissing van een genoteerde vennootschap, wordt voorafgaandelijk de procedure toegepast die is vastgelegd in de §§ 2 en 3, wanneer ze verband houdt met: ... Dit artikel is niet van toepassing op: 1° de gebruikelijke beslissingen en verrichtingen die hebben plaatsgevonden onder de voorwaarden en tegen de zekerheden die op de markt gewoonlijk gelden voor soortgelijke verrichtingen”.*

¹¹ Eigen onderlijning.

Rekening houdende met bovenstaande punten besluit de Commissie dat die transacties worden bedoeld die *enerzijds* materieel zijn en die *anderzijds* buiten normale marktvoorwaarden plaatsvinden. Transacties buiten normale marktvoorwaarden kunnen worden omschreven als “*verrichtingen die niet worden aangegaan onder de voorwaarden en tegen de zekerheden die op de markt gewoonlijk gelden voor soortgelijke verrichtingen*”.

Nietteminsteende “*niet onder marktvoorwaarden*” geen onbekend begrip blijkt in de Belgische wetgeving, blijft de invulling van dit conceptueel begrip niet eenvoudig. Bij de vaststelling, of een transactie al dan niet onder normale marktvoorwaarden plaatsvindt, moet steeds rekening worden gehouden met de context waarin de betrokken transactie plaatsvindt. De Commissie onderlijnt hier, rekening houdende met de doelstelling van het betrokken koninklijk besluit inzake *corporate governance*, de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan.