

bijlage VII

Historiek

De Hoge Raad voor de Economische Beroepen werd opgericht door de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen¹ en volgt de Hoge Raad voor het Bedrijfs-revisorat en de Accountancy op.

Overeenkomstig de wettelijke bepalingen hebben het kabinet van de Minister van Justitie en het kabinet van de Minister van Economie een aanvraag van advies ingediend bij de Hoge Raad voor de Economische Beroepen omtrent een overgemaakte tekst van voorontwerp van koninklijk besluit tot uitvoering van artikel 133 van het Wetboek van vennootschappen, vergezeld van een Verslag aan de Koning.

In februari 2001 heeft de Hoge Raad een advies verstrekt omtrent de onafhankelijkheid van de commissaris in het voorontwerp van wet die dit koninklijk besluit uitvoert. In het kort waren in dit advies de leden van de Hoge Raad het unaniem eens om een "cooling off" periode van twee jaar in te lassen.

Omtrent de mogelijkheid tot het verlenen van aanvullende prestaties door de commissaris of de personen die met hem verbonden zijn, waren de leden het unaniem eens dat de wetgeving terzake dient aangescherpt te worden. Over de te nemen maatregelen bestond geen eensgezindheid.

- De meerderheid van de leden, met name mevrouw Pieters en de heren Keutgen, Michel en Servais zijn van mening dat tegelijkertijd een beroep moet worden gedaan op een wettelijke bepaling en een aanpasbare uitvoeringsregeling. De onverenigbare activiteiten moeten in deze laatste regeling worden vastgelegd teneinde te kunnen aansluiten bij de internationale ontwikkelingen.
- Mevrouw Van Den Bossche en de heer Struyf menen dat terzake een absoluut verbod vereist is.
- De heer Peeters steunt een wetgevend initiatief dat de commissaris verplicht tot melding dat deze laatste het bestuursorgaan op de verplichting van artikel 134, §4 Wetboek van vennootschappen inzake informatieverstrekking van bijkomende honoraria heeft gewezen alsook dat de commissaris meldt dat het jaarverslag de vereiste vermeldingen bevat.

De Hoge Raad merkt op dat het advies omtrent het voorontwerp van koninklijk besluit tot uitvoering van het ontwerp van artikel 133 van het Wetboek van vennootschappen, vergezeld van een Verslag aan de Koning in bovenvermeld kader dient gesitueerd te worden.

1. B.S., 11 mei 1999.

Krachtlijnen

De Hoge Raad wenst in de eerste plaats de principiële standpunten te bevestigen die de leden hebben ingenomen in het advies van 19 februari 2001 omtrent het voorontwerp van wethoudende wijziging van het Wetboek van vennootschappen alsook van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnamebiedingen². Het betreft de verdeelde standpunten van de leden Keutgen, Michel, Peeters, Pieters en Servais enerzijds en de leden Struyf en Van Den Bossche anderzijds.

- Mevrouw Van Den Bossche en de heer Struyf zijn voorstander van een wettelijke bepaling die stelt dat de commissarissen zich niet onafhankelijk kunnen verklaren wanneer andere verrichtingen worden uitgevoerd door de commissaris of een persoon waarmee de commissaris een arbeidsovereenkomst heeft afgesloten of met wie hij beroepshalve in samenwerkingsverband staat. Hieruit volgt dat zij principieel gekant zijn tegen het ontwerp van koninklijk besluit zoals overgelegd ter advies aan de Hoge Raad.
- De meerderheid van vijf leden op zeven van de Hoge Raad, met name mevrouw Pieters en de heren Keutgen, Michel, Peeters en Servais³ hebben een onderzoek gewijd aan het ontwerp van koninklijk besluit dan hun ter advies is overgelegd. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad onderstreept hierbij het belang de rechtszekerheid te waarborgen. Hieruit volgt de noodzaak om sommige begrippen te verduidelijken en te verfijnen en om bepalingen op te stellen die vanuit reglementair technisch oogpunt in al hun aspecten coherent zijn.

Deze meerderheid van vijf leden op zeven van de Hoge Raad stelt vast dat wordt geijverd om een “*expectation gap*” te vermijden en een nieuw evenwicht te bereiken tussen de verwachtingen van alle “*stakeholders*” waarvoor

de onafhankelijkheid van de commissaris een fundamenteel element vormt en de werking van het Belgisch commissariaat in het licht van de internationale ontwikkelingen.

In dat perspectief en naar aanleiding van verschillende onverwachte recente internationale gebeurtenissen benadrukken deze leden van de Hoge Raad nogmaals de noodzaak van een adequate toezichten en handavingsprocedure. De betrokken leden verwijzen hierbij uitdrukkelijk naar de aanbeveling in het advies van 19 februari 2001 terzake. In dit advies werd aanbevolen dat een adequaat controleregime met betrekking tot deze bepalingen moet worden ingericht en sancties op de niet naleving moeten worden opgesteld. Dit impliceert dat de bevoegde instanties daartoe in alle fasen van de procedure van toezicht en handhaving, in het bijzonder de disciplinaire, tenminste uit een meerderheid van onafhankelijke en van de economische beroepen externe leden zou samengesteld zijn.

Dergelijke benadering, waaraan een groot aantal buitenlandse en internationale normen zijn gewijd, impliceert ook dat de organen die belast worden met deze nieuwe opdrachten moeten kunnen beschikken over aangepaste financiële middelen om op aangepaste wijze een antwoord te bieden aan de “*expectation gap*” die zeer duidelijk terzake bestaat.

De meerderheid van vijf leden op zeven van de Hoge Raad is ook verheugd vast te stellen dat omtrent het reglementair kader een aanzienlijke inspanning wordt geleverd om de rechtsonzekerheid die zou kunnen ontstaan nadat artikel 133 van het Wetboek van vennootschappen zal zijn gewijzigd, te vermijden. Evenwel is daartoe niet alleen een diligent optreden van de uitvoerende macht vereist doch ook de wetgever zal in het wetsontwerp de nodige aanpassingen moeten verrichten.

Deze meerderheid van vijf leden op zeven van de Hoge Raad is van oordeel

2. Hierna het wetsontwerp.

3. Hierna aangeduid als “de meerderheid van de leden van de Hoge Raad”.

dat de rechtszekerheid dwingt om met volgende elementen rekening te houden.

- De huidige redactie van de wettelijke bepaling creëert rechtsonzekerheid omtrent het toelaatbaar karakter van de prestaties die niet door het koninklijk besluit “als onafhankelijkheidsaantastend” worden beschouwd. Daartoe moet de redactie van de wettelijke bepaling vaststellen dat de commissarissen zich niet onafhankelijk kunnen verklaren wanneer de limitatief in het koninklijk besluit vastgestelde verrichtingen werden verstrekt. De niet door het koninklijk besluit vastgestelde verrichtingen tasten de onafhankelijkheid van de commissaris niet aan.
- Het wetsontwerp moet uitdrukkelijk bepalen dat een koninklijk besluit zal worden vastgesteld om te verhinderen dat terzake een onzekere rechtstoestand wordt gecreëerd.
- Het koninklijk besluit moet gelijktijdig in werking treden met de wetsbepalingen die betrekking hebben op de onafhankelijkheid van de commissaris.
- Aan de betrokken partijen moet de nodige overgangstermijn worden verstrekt om zich aan het nieuwe reglementaire kader aan te passen.

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad stelt tevens vast dat het voorontwerp van koninklijk besluit de onafhankelijkheidsverklaring van de commissaris laat afhangen van de naleving van de bepalingen in artikel 7bis van de wet van 22 juli 1953 en de artikelen 4 tot 14 van het koninklijk besluit van 10 januari 1994. Deze leden menen dat hiertoe moet onderzocht worden op welke grond deze verplichting wordt opgelegd.

Wat de redactie van de verschillende activiteiten die de onafhankelijkheid aantasten betreft, stelt deze meerderheid van vijf leden op zeven vast dat niettegenstaande de bedoeling aan te sluiten bij de Europese aanbevelingen⁴ terzake in een aantal gevallen het koninklijk besluit aanzienlijk anders geformuleerd is. In deze gevallen stellen deze leden voor de redactie van het besluit aan de Europese aan-

bevelingen aan te passen. Daartoe dient de formulering rekening te houden met het verbod om:

- tussen te komen in het beslissingsproces;
- de jaarrekening op te stellen of de boekhouding te voeren tenzij uitsluitend een informatief advies van zuiver formele of technische aard wordt verstrekt;
- tussen te komen bij het opstellen en implementeren van technologische systemen omtrent financiële informatie behoudens in een aantal welomschreven en nauwkeurig gedefinieerde gevallen.
- waarderingsuitvoeren te voeren tenzij in een aantal algemene gevallen;
- tussen te komen bij een interne audit behoudens in geval van een door het bevoegde orgaan genomen beslissing omtrent duidelijk, welomschreven en uitsluitend aan het bevoegde orgaan te rapporteren adviesverstrekking terzake;
- de cliënt te vertegenwoordigen bij de afwikkeling van fiscale en andere geschillen tenzij door personen die met de commissaris een samenwerkingsverband hebben en de uitkomst van deze geschillen geen belangrijke impact heeft op de jaarrekening;
- in te staan voor of tussen te komen bij de recrutering van directieleden.

Terloops merkt de meerderheid van de leden op dat de Europese aanbevelingen op het stuk van de transparantie een regeling vaststellen die verder reikt dan het huidige Belgische wettelijke kader vastlegt.

De meerderheid van de leden stelt vast dat het toepassingsgebied waarbij de Belgische vennootschap en haar dochtervennootschappen worden onderworpen niet in overeenstemming is met het wetsontwerp. Het toepassingsgebied stemt evenwel overeen met het amendement nr. 1211/2 zoals het werd ingediend door mevrouw Barzin en de heer van

4. Committee on Auditing, *Consultative paper on Statutory Auditor's Independence in the EU: A Set of Fundamental Principles*, december 2000, 48 p.

Overtveldt. Deze leden van de Hoge Raad zijn van oordeel dat moet worden gestreefd naar een evenwicht tussen twee hierna vermelde belangen. Enerzijds moet worden tegemoet gekomen aan de verwachtingen van het publiek om het grootste vertrouwen in de revisorale controle te handhaven of te bewerkstelligen en anderzijds moet het vastgelegde regime uitvoerbaar en controleerbaar worden gehouden en kunnen worden gehandhaafd.

Om in overeenstemming te zijn met de Europese aanbevelingen meent de meerderheid van de leden van de Hoge Raad

bovendien dat een *algemeen* uitzonderingsregime waarbij de onafhankelijkheid niet zou worden aangetast indien cumulatief aan een aantal voorwaarden, waaronder het “non-materiality” beginsel, wordt voldaan niet bij koninklijk besluit mag worden vastgesteld. De Europese aanbevelingen stellen bij de afzonderlijke activiteiten vast onder welke voorwaarden de betrokken activiteit de onafhankelijkheid niet aantast. Deze leden vinden het gepast dat de Belgische uitvoeringsregeling hierbij aansluit en dat deze bepaling in het voorontwerp van Koninklijk Besluit komt te vervallen.

A dvies

Inhoudstafel

1. Inleiding
2. Algemene evaluatie van de benadering in het voorontwerp van koninklijk besluit
3. Algemene commentaar in het Verslag aan de Koning
4. Artikelsgewijze bespreking van het voorontwerp van koninklijk besluit
 - 4.1. Artikel 1 van het voorontwerp
 - 4.1.1. Artikel 184, §1 als verwijzingsbepaling
 - 4.1.2. Artikel 184, §2 inzake de organisatiestructuur bij de commissaris
 - 4.1.3. Artikel 184, §2 en §4 wat de omschrijving van het “samenwerkingsverband” betreft
 - 4.1.4. Artikel 184, §3 met verwijzing naar de wet van 1953 en het koninklijk besluit van 1994
 - 4.1.5. Artikel 184, §4 betreffende de lijst van onverenigbaarheden
 - a) Het nemen van beslissingen in de gecontroleerde vennootschap
 - b) Het opstellen van de jaarrekening en het voeren van de boekhouding
 - c) Instaan voor de uitwerking en implementatie van technologische systemen
 - d) Het uitvoeren van waarderingen
 - e) De interne audit
 - f) Het afwikkelen van fiscale en andere geschillen
 - g) Recruitering en interimmanagement
 - 4.1.6. Fiscaal advies
 - 4.1.7. Artikel 184, §5 inzake het toepassingsgebied
 - 4.1.8. Artikel 184bis betreffende het uitzonderingsregime
 - 4.1.9. Artikel 184ter inzake de bevoegdheid van het I.B.R. om richtlijnen uit te vaardigen
 - 4.1.10. Artikel 184quater inzake rapportering
 - 4.2. Artikel 2 van het voorontwerp met technische aanpassingen aan het koninklijk besluit van 30 januari 2001
 - 4.3. Artikel 3 van het voorontwerp inzake de inwerkingtreding
 - 4.4. Artikel 4 van het voorontwerp inzake de uitvoering
5. Bijzondere vaststellingen omtrent het Verslag aan de Koning
6. Standpunt van de leden Van den Bossche en Struyf omtrent het principe van wettelijke regeling uitgevoerd door een koninklijk besluit

1. Inleiding

De Hoge Raad voor de Economische Beroepen werd opgericht door de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen⁵ en volgt de Hoge Raad voor het Bedrijfs-revisorat en de Accountancy op.

De Hoge Raad heeft de wettelijke taak bij te dragen tot de ontwikkeling van het op de economische beroepen toepasselijk wettelijk en reglementair kader door het verstrekken, op eigen initiatief of op verzoek, van adviezen of aanbevelingen aan de regering en aan de beroepsorganisaties voor de economische beroepen.⁶

Overeenkomstig de wettelijke bepalingen terzake hebben het kabinet van de Minister van Justitie en het kabinet van de Minister van Economie een aanvraag van advies ingediend bij de Hoge Raad voor de Economische Beroepen omtrent een overgemaakte tekst van voorontwerp van koninklijk besluit tot uitvoering van artikel 133 van het Wetboek van vennootschappen, vergezeld van een Verslag aan de Koning.

Preliminair wenst de Hoge Raad melding te maken van volgende overwegingen.

In februari 2001 heeft de Hoge Raad een advies verstrekt omtrent de onafhankelijkheid van de commissaris in het voorontwerp van wet houdende wijziging van het Wetboek van vennootschappen en van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen.

In het kort waren in dit advies de leden van de Hoge Raad het unaniem eens om een "cooling off" periode van twee jaar in te lassen gedurende dewelke de commissaris na het beëindigen van zijn mandaat geen mandaat van bestuurder of zaakvoerder noch enige andere functie mag aanvaarden, noch bij de vennootschap waarbij hij tot commissaris benoemd werd, noch bij de vennootschappen die met deze verbonden zijn. Daartoe moet tevens een adequaat controleregime worden ingericht alsook de te nemen sancties op de niet naleving opgesteld.

Omtrent de mogelijkheid tot het verlenen van aanvullende prestaties door de commissaris of de personen die met hem verbonden zijn, waren de leden het unaniem eens dat de wetgeving terzake dient aangescherpt te worden. Over de te nemen maatregelen bestond geen eensgezindheid.

- De meerderheid van de leden, met name mevrouw Pieters en de heren Keutgen, Servais en Michel zijn van mening dat tegelijkertijd een beroep moet worden gedaan op een wettelijke bepaling en op een aanpasbare uitvoeringsregeling. De onverenigbare activiteiten moeten in deze laatste regeling worden vastgelegd teneinde te kunnen aansluiten bij de internationale ontwikkelingen. Deze leden menen tevens dat een gepast transparantieregime omtrent de remuneratie moet worden opgezet en ook dat moet gewaakt worden op de naleving van de betrokken bepalingen.
- Mevrouw Van Den Bossche en de heer Struyf menen dat terzake een absoluut verbod vereist is.
- De heer Peeters steunt een wetgevend initiatief dat de commissaris verplicht tot melding dat deze laatste het bestuursorgaan op de verplichting van artikel 134, §4 Wetboek van vennootschappen inzake informatieverstrekking van bijkomende honoraria heeft gewezen alsook dat de commissaris meldt dat het jaarverslag de vereiste vermeldingen bevat.

2. Algemene evaluatie van de benadering in het voorontwerp van koninklijk besluit

De Hoge Raad wenst in de eerste plaats de principiële standpunten te bevestigen die de leden hebben ingenomen in het advies van 19 februari 2001 omtrent het voorontwerp van wet houdende wijziging van het Wetboek van vennootschappen alsook van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen⁷. Het betreft de verdeelde standpunten van de

5. B.S., 11 mei 1999.

6. Deze bevoegdheid vloeit voort uit artikel 54 van de Wet 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen.

7. Hierna « het wetsontwerp ».

leden Keutgen, Michel, Peeters, Pieters en Servais enerzijds en de leden Struyf en Van Den Bossche anderzijds.

- Mevrouw Van Den Bossche en de heer Struyf zijn voorstander van een wettelijke bepaling die stelt dat de commissarissen zich niet onafhankelijk kunnen verklaren wanneer andere verrichtingen worden uitgevoerd door de commissaris of een persoon waarmee de commissaris een arbeidsovereenkomst heeft afgesloten of met wie hij beroepshalve in samenwerkingsverband staat. Hieruit volgt dat zij principieel gekant zijn tegen het ontwerp van koninklijk besluit zoals overgelegd ter advies aan de Hoge Raad.
- De meerderheid van vijf leden op zeven van de Hoge Raad, met name mevrouw Pieters en de heren Keutgen, Michel, Peeters en Servais hebben een onderzoek gewijd aan het ontwerp van koninklijk besluit dan hun ter advies is overgelegd. De Raad onderstreept hierbij het belang de rechtszekerheid te waarborgen. Hieruit volgt de noodzaak om sommige begrippen te verduidelijken en te verfijnen en om bepalingen op te stellen die vanuit reglementair technisch oogpunt in al hun aspecten coherent zijn.

Deze meerderheid van vijf leden op zeven devan de Hoge Raad stelt anderzijds vast dat een aanzienlijke inspanning werd geleverd teneinde een “expectation gap” te vermijden en een nieuw evenwicht te bereiken tussen de verwachtingen van alle “stakeholders” waarvoor de onafhankelijkheid van de commissaris een fundamenteel element vormt en de werking van het Belgische commissariaat in het licht van de internationale ontwikkelingen. Immers enerzijds is men in België geconfronteerd met een aantal ongunstige ontwikkelingen die nopen om aan het publiek in het algemeen en de investeerder in het bijzonder een signaal te geven dat het werk van commissarissen het volste vertrouwen en geloofwaardigheid mag worden toegekend. Anderzijds stelt de meerderheid van de leden van de Hoge Raad vast dat internationaal geen algemeen ver-

bod geldt om naast de wettelijke opdrachten andere opdrachten te vervullen ten gunste van de vennootschap wiens rekeningen de commissaris controleert of een daarmee verbonden vennootschap of persoon zoals bepaald in artikel 11 van het Wetboek van vennootschappen.

Het voorontwerp van koninklijk besluit biedt een adequate oplossing aan beide deels uiteenlopende ontwikkelingen. Het legt immers de klemtoon op een aantal concrete met de wettelijke opdrachten van de commissaris onverenigbare activiteiten. Langs deze weg versterkt het koninklijk besluit de geloofwaardigheid van de gecontroleerde informatieverstrekking en komt het besluit tegemoet aan de behoeften van de investeerders. Anderzijds houdt het voorontwerp van koninklijk besluit rekening met de boven geschetste internationale ontwikkeling mits een aanpassing van het wetsontwerp, door niet *a priori* alle andere opdrachten te verbieden, doch slechts deze activiteiten die een wezenlijk gevaar leveren om de onafhankelijkheid aan te tasten.

Deze meerderheid van vijf leden op zeven van de Hoge Raad wensen naar aanleiding van enkele zeer recente internationale gebeurtenissen de noodzaak van een adequate toezichten en handhavingprocedure te benadrukken. De betrokken leden verwijzen hierbij uitdrukkelijk naar de aanbeveling in het advies van 19 februari 2001 terzake. In dit advies werd aanbevolen dat een adequaat controleregime met betrekking tot deze bepalingen moet worden ingericht en sancties op de niet naleving moeten worden opgesteld. Dit impliceert dat de bevoegde instanties daartoe in alle fasen van de procedure van toezicht en de controle, in het bijzonder de disciplinaire, tenminste uit een meerderheid van onafhankelijke en van de economische beroepen externe leden zouden samengesteld zijn.

Dergelijke benadering, waaraan een groot aantal buitenlandse en internationale normen zijn gewijd, impliceert

ook dat de organen die belast worden met deze nieuwe opdrachten moeten kunnen beschikken over aangepaste financiële middelen om op aangepaste wijze een antwoord te bieden aan de “expectation gap” die zeer duidelijk terzake bestaat.

*
* * *

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad is ook verheugd vast te stellen dat omtrent het reglementair kader een aanzienlijke inspanning wordt geleverd om de rechtsonzekerheid die zou kunnen ontstaan nadat het ontwerpartikel 133 van het Wetboek van vennootschappen zal zijn gewijzigd, te vermijden.

Immers wordt momenteel een wetsontwerp in de Kamer behandeld. Dit wetsontwerp strekt onder meer tot een wijziging van een aantal bepalingen omtrent de commissaris. De onafhankelijkheid van de commissaris wordt door dit wetsontwerp aanzienlijk versterkt. Voor het eerst sinds het midden van de jaren tachtig wordt opnieuw op wetgevend vlak opgetreden om concrete maatregelen terzake de onafhankelijkheid van de commissaris tot stand te brengen.

Wanneer deze bepalingen in het wetsontwerp ongewijzigd zouden worden goedgekeurd door het Parlement, kan de Koning dientengevolge de verrichtingen vastleggen die de onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang brengen. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad onderscheidt derhalve verschillende mogelijkheden die na invoering van de nieuwe regeling al dan niet elkaar kunnen opvolgen.

1. De wijziging zoals voorgesteld in het wetsontwerp invoeren zonder uitvoeringsregeling. Dit leidt tot een absoluut verbod van het aanbieden van andere prestaties door de commissaris.
2. De wijziging zoals voorgesteld in het wetsontwerp invoeren met een uitvoeringsregeling die wordt geïnterpreteerd zoals in de artikelsgewijze bespreking van het wetsontwerp tot uiting wordt gebracht.⁸

Dit beduidt dat andere verrichtingen dan deze die de Koning uitdrukkelijk heeft vastgelegd de onafhankelijkheid van de commissaris niet in het gedrang zullen brengen.

3. De wijziging zoals voorgesteld in het wetsontwerp invoeren met een uitvoeringsregeling waarbij de nieuwe leden vijf en zes van artikel 133 van het Wetboek van vennootschappen samen en strict worden geïnterpreteerd. Met bepaalde rechtsleer⁹ is de meerderheid van de leden van de Hoge Raad het eens dat de huidige redactie van lid zes de toepassing van lid vijf niet in de weg staat en niet leidt tot een coherente regelgeving. Immers introduceert het nieuwe lid vijf een absoluut verbod. Wanneer de Koning de lijst van onverenigbare activiteiten heeft vastgesteld, moet wanneer de commissaris of een met hem verbonden persoon een aanvullende prestatie verricht nog steeds rekening blijven houden met de algemene bepaling van lid vijf. De prestatie zal derhalve nog steeds niet geoorloofd zijn althans voor zover de commissaris wil vermijden dat zijn onafhankelijkheid wordt aangetast.

Uit hoger vermelde onderscheiden mogelijkheden volgt dat de rechtsonzekerheid aanzienlijk zal toenemen. Vooreerst bestaat op grond van het huidige wetsontwerp geen zekerheid dat een koninklijk besluit zal worden genomen. Deze leden van de Hoge Raad zijn van mening dat de Koning aan deze wettelijke bepaling uitvoering zal geven.

Daarnaast merkt de meerderheid van de leden van de Hoge Raad op dat niet uitdrukkelijk wordt bepaald dat het koninklijk besluit gelijktijdig met het wetsontwerp zal in werking treden. Deze leden van de Hoge Raad willen dat het koninklijk besluit gelijktijdig in werking treedt met de wetsbepalingen die betrekking hebben op de onafhankelijkheid van de commissaris.

Daarenboven mag niet noodzakelijk worden besloten dat de activiteiten die niet in het koninklijk besluit worden opgesomd, na de inwerkingtreding van deze

8. Wetsontwerp, *Parl. St.*, Kamer 2000-2001, nr. 1211/001, 14.

9. E. Wymeersch, “De onafhankelijkheid van de revisor”, in *De bedrijfsrevisor en de onafhankelijkheid*, Instituut der Bedrijfsrevisoren, studiedag 23 november 2001, nr. 8.

laatste opnieuw als verenigbaar met de onafhankelijkheid moeten worden geacht zoals de artikelsgewijze commentaar in het wetsontwerp laat uitschijnen. Daarom moet het wetsontwerp aangepast worden in de zin dat de commissarissen zich niet onafhankelijk kunnen verklaren wanneer de limitatief in het koninklijk besluit vastgestelde verrichtingen worden verstrekt. De niet door het koninklijk besluit vastgestelde verrichtingen tasten de onafhankelijkheid van de commissaris niet aan.

Tot slot vergt deze ingrijpende wijziging de nodige overgangstermijn om de betrokken partijen toe te laten zich op een gepaste wijze aan het nieuwe reglementaire kader aan te passen. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad meent dat aan de betrokken personen een gepaste overgangstermijn moet worden gelaten.

De aanpassingen om deze rechtsonzekerheid weg te nemen, situeren zich op twee onderscheiden niveaus. Naast een aanpassing van het wetsontwerp is ook diligent optreden van de uitvoerende macht vereist. Immers een koninklijk besluit moet tegelijkertijd met de wet in werking treden, om dergelijke overgangsproblemen te vermijden. Er mag dan ook worden gehoopt dat de procedure om dit voorontwerp van koninklijk besluit tot stand te brengen en te implementeren in de Belgische rechtsorde er niet toe leidt dat de inwerkingtreding op een later tijdstip geschiedt als het wetsontwerp.

3. Algemene commentaar in het Verslag aan de Koning

De inleidende bedenkingen van het Verslag aan de Koning situeren het debat omtrent de onafhankelijkheid van de commissaris in een ruim perspectief. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad steunt dergelijke benadering omdat de huidige voortschrijdende internationale ontwikkeling noopt om deze problematiek niet te beperken tot België. In vele landen wordt aandacht besteed aan de noodzaak maatregelen uit te vaardigen die de onafhankelijkheid van de commissaris te waarborgen of zoals in een recent

Australisch rapport wordt gesteld: “Those (auditors’) reports would not be credible, and investors and creditors would have little confidence in them, if auditors were not independent in both fact and appearance. To be credible, an auditor’s opinion must be based on an objective and disinterested assessment of whether the financial statements are presented fairly in conformity with generally accepted accounting principles.”¹⁰ In het belang van de Belgische vennootschappen moet het vertrouwen van de Belgische doch ook internationale investeerder verzekerd worden. Daartoe is het noodzakelijk dat de commissaris en zijn prestaties het publiek het volste vertrouwen schenken.

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad stelt bovendien vast dat dit debat reeds vele jaren wordt gevoerd en zich derhalve niet beperkt tot de laatste maanden. In dit kader moet het koninklijk besluit worden gesitueerd.

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad meent dat aangezien het voorontwerp slaat op de onafhankelijkheid van de commissaris, iedere verwarring moet worden vermeden die zou kunnen veroorzakt worden door het gebruik van het begrip “auditor”.

Omtrent het verslag aan de Koning wensen deze leden van de Hoge Raad nog bijkomende bedenkingen te formuleren:

- Het Verslag aan de Koning maakt melding als toezichthoudende overheid van de Securities and Exchange Commission (SEC).

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad stelt zich niettemin de vraag of de SEC kan worden gedefinieerd als de “overheid van prudentiële controle voor de Amerikaanse financiële markten”. De SEC heeft als voornaamste doelstelling investeerders te beschermen en de integriteit van de effectenmarkten te verzekeren. Daartoe stelt de SEC zelf: “the SEC requires *public companies* to disclose meaningful financial and other information to the public ... The SEC also oversees other key participants in the

10. I. Ramsay, *Independence of Australian Company Auditors – Review of Current Australian Requirements and Proposals for Reform – Report to the Minister for Financial Services and Regulation*, Melbourne, October 2001, 20-21.

securities world, including *stock exchanges, broker-dealers, investment advisors, mutual funds, and public utility holding companies.*”¹¹ Hieruit volgen ook een aantal beperkingen ratione personae omtrent de aan het toezicht van de SEC onderworpen personen. Om de nauwkeurigheid te verhogen lijkt het aangewezen dat het Verslag aan de Koning ook uitdrukkelijk vermeld welke personen aan het toezicht van de SEC zijn onderworpen.

- De meerderheid van de leden van de Hoge Raad is het eens dat de regels van de SEC inzake onafhankelijkheid een aanzienlijke invloed hebben gehad op de wijziging van de ethische code van de International Federation of Accountants (IFAC). Deze leden steunen deze initiatieven van zelfregulering waartoe deze instelling overgaat. Het is evenwel van belang dat het Verslag aan de Koning voldoende duidt dat deze ethische code uitsluitend een zelfregulerend karakter heeft. In het andere geval kan de indruk ontstaan dat aan de normen van de IFAC hetzelfde belang wordt gehecht als aan deze van de SEC. Dit zou evenwel de geloofwaardigheid van het voorontwerp van koninklijk besluit kunnen schaden daar deze federatie geen afdwingbare normen uitvaardigt. Bovendien bestaat de IFAC uit beroepsbeoefenaars uit de sector waardoor investeerders de indruk zouden kunnen hebben dat de belangen van deze beroepsbeoefenaars de IFAC-normen zouden kunnen hebben beïnvloed.

Bovendien moet worden opgemerkt dat in deze materie die zeer nauwkeurig moet worden vastgesteld en afgelijnd om ieder interpretatieprobleem te vermijden, de verwijzing naar de overname “in grote lijnen” door de IFAC van de reglementering van de SEC mogelijks tot verwarring aanleiding geeft.

- De meerderheid van de leden van de Hoge Raad stelt vast dat nog wordt verwezen naar het werkdocument van de Europese Commissie “Statutory Auditors’ Independence in the EU: A

Set of Fundamental Principles” van 15 december 2000. Ook hier past het om terzake het statuut van het “Committee on Auditing” en haar verslaggeving te situeren. Terecht stelt het Verslag aan de Koning dat België is vertegenwoordigd in de schoot van dit Comité door een vertegenwoordiger van de Minister van Economie. Ook moet worden opgemerkt dat tevens een vertegenwoordiger van de Hoge Raad voor de Economische Beroepen aan deze vergaderingen deelneemt.

Dit Comité werd opgericht door een initiatief genomen door de Commissie en niet door de Ministerraad van de Europese Unie. Dit houdt in dat deze aanbevelingen niet noodzakelijk leiden – hoewel dit niet als uitgesloten mag worden beschouwd – tot een voorstel van richtlijn of desgevallend een voorstel van verordening.

In tegenstelling tot de Belgische delegatie die onder andere bestaat uit personen die onafhankelijk van de economische beroepsbeoefenaars aan de vergaderingen van het *Committee on Auditing* deelnemen, zetelen in dit Comité delegaties uit andere landen die uitsluitend bestaan uit vertegenwoordigers uit de auditsector. Derhalve verdient het aanbeveling in de verwijzing naar dit rapport uitdrukkelijk te melden op welke wijze de aanbevelingen binnen het *Committee on Auditing* tot stand werden gebracht. Bovendien stelt de negende considerans van het rapport van het *Committee on Auditing* dat de aanbevelingen dienen te worden beschouwd als fundamentele beginselen. Deze zinsnede wijst uit dat het *Committee on Auditing* de aanbevelingen als basisbeginselen beschouwt die verder verfijnd zullen moeten worden. De tiende considerans vult aan dat “the setting of national independence rules that are complementary to EU fundamental principles is to be left to the discretion of Member States”. Dit houdt in dat deze beginselen zijn te beschouwen als minimale op Europees niveau na te leven regels die door de lidstaten verder kunnen wor-

11. Zie terzake www.sec.gov/about/whatwedo (eigen cursivering).

den aangevuld. Het *Committee on Auditing* beoogt derhalve slechts het minimaal kader te schetsen waaraan iedereen moet beantwoorden. Strengere regels worden derhalve niet verboden.

Dienaangaande mag ook niet worden achterwege gelaten dat het document van het *Committee on Auditing* niet volledig werd hernomen in het voorontwerp van koninklijk besluit. Immers zou men na lezing van de redactie van het Verslag aan de Koning de indruk kunnen hebben dat het rapport van het *Committee on Auditing* volledig en getrouw werd overgenomen. Zo ontbreekt in het koninklijk besluit iedere verwijzing naar de regeling omtrent de openbaarmaking van de vergoeding van de commissaris (weze het voor het verstrekken van zijn diensten in het kader van een wettelijke opdracht of voor het verstrekken van andere diensten). Dat deze materie niet wordt behandeld in het voorontwerp van koninklijk besluit vloeit voort uit het wetsontwerp die terzake geen nieuwe bepalingen voorziet. Niettemin mag niet de indruk worden gewekt dat het voorontwerp van koninklijk besluit een volledige weergave zou zijn van het rapport van het *Committee on Auditing*.

- In het Verslag aan de Koning wordt eveneens verwezen naar een antwoord van de Minister van Financiën op een parlementaire vraag van de heer Georges Lenssen. Het past terzake het ministeriële antwoord te citeren: “Het voorontwerp van *corporate governance*-wet is voor advies bij de Raad van State en bij de Hoge Raad voor de Economische Beroepen, die uiteraard rekening zullen moeten houden met de huidige ontwikkelingen op Europees en Amerikaans niveau.”
- Het past te stellen dat het belang om de internationale context mede in kaart te brengen door de meerderheid van de leden wordt gesteund.
- Algemeen rijst de vraag waarom het Verslag aan de Koning verwijst naar de

toepassing van de boekhoudkundige referentiekaders. Deze materie houdt slechts verband met de onafhankelijkheid van commissaris in zover er een internationaal aspect aan verbonden is. Bovendien dient indien toch zou worden geopteerd om deze paragraaf te behouden de verwijzing naar het voorstel van Verordening inzake boekhoudkundige regelen uitdrukkelijk te vermelden dat dit uitgevaardigd werd door de Europese Commissie. Hoewel er kan naar gestreefd worden dat het Europees Parlement en de Ministerraad het voorstel van Verordening steunt, moet daaromtrent de wetgevende procedure nog worden verdergezet. De huidige redactie in het Verslag aan de Koning laat uitschijnen dat het Europees Parlement en de Ministerraad reeds hebben ingestemd met het voorstel van Verordening.

- Ook stelt het Verslag dat de tekst van het *Committee on Auditing* grotendeels is ingegeven door de regels van de “overheidsregulateur” in de Verenigde Staten. Terzake wenst de Hoge Raad op te merken dat in tegenstelling tot de SEC die in belangrijke mate een “rules-based” benadering hanteert, het *Committee on Auditing* de “principles-based” benadering voorstaat. De huidige redactie van het Verslag zou aanleiding kunnen geven tot verwarring tussen beide benaderingen, niet in het minst omdat het *Committee on Auditing* minimale regels terzake heeft vastgelegd, terwijl de SEC een welomschreven en gedetailleerd kader van bepalingen heeft uitgevaardigd.

4. Artikelsgewijze bespreking van het voorontwerp van koninklijk besluit

4.1. Artikel 1 van het voorontwerp

4.1.1. Artikel 184, §1 als verwijzingsbepaling

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad heeft geen bijzondere opmerkingen te formuleren op de redactie van artikel 184, §1.

4.1.2. Artikel 184, §2 inzake de organisatiestructuur bij de commissaris

Wat artikel 184, §2 betreft stelt de meerderheid van de leden van de Hoge Raad vast dat het voorontwerp verwijst naar een beroepsmatig samenwerkingsverband in de zin van artikel 1 van het koninklijk besluit van 10 januari 1994 betreffende de plichten van bedrijfsrevisoren.¹² Het wetsontwerp bevat deze wijziging niet. De vraag moet worden opgeworpen of het aan de Koning toekomt de interpretatie van het begrip “beroepshalve samenwerkingsverband” a priori in te vullen zoals vastgesteld in artikel 1 van het koninklijk besluit van 10 januari 1994.

Luidens het Verslag aan de Koning werd deze paragraaf ingevoegd om tegemoet te komen aan het eerste deel van de Europese aanbeveling waarbij de commissaris de opdracht krijgt in alle gevallen te onderzoeken of de betrokken situatie afbreuk zou kunnen doen aan zijn onafhankelijkheid. Deze bepaling in het voorontwerp heeft een algemene strekking en is zeer vaag daar waar wordt bepaald dat de maatregelen de bedreiging van de onafhankelijkheid “tot een aanvaardbaar peil” moeten herleiden.

Het eerste luik van de Europese aanbeveling beslaat evenwel ruim 15 bladzijden en omvat tal van gedetailleerde aanbevelingen omtrent de onafhankelijkheidsrisico's waaraan de commissaris en zijn kantoor kunnen blootgesteld zijn. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad merkt op dat naar luid van artikel 6 en 7 alsook hoofdstuk III van het koninklijk besluit van 10 januari 1994 iedere bedrijfsrevisor moet onderzoeken niet alleen of een bepaalde opdracht de onafhankelijkheid in het gedrang kan brengen, doch ook of deze opdracht de vertrouwensrelatie zou kunnen schenden, of er een belangenconflict kan rijzen, dat zijn onpartijdigheid wordt gewaarborgd, ...

De vraag rijst hoe de huidige redactie van de tweede paragraaf van artikel 184 zich verhoudt tegenover de overige bepalingen omtrent onafhankelijkheid waaraan

de revisor moet tegemoetkomen enerzijds en de gedetailleerde bepalingen van het Committee on Auditing anderzijds. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad beveelt aan deze bepaling nauwkeuriger te formuleren in het licht van de bijzondere voorschriften in het eerste luik van aanbevelingen van het Committee on Auditing en de op heden in België van kracht zijnde bepalingen omtrent onafhankelijkheid en het voorontwerp van koninklijk besluit.

Twee voorbeelden lichten de noodzaak tot een herformulering nader toe.

- Als eerste voorbeeld wijst de meerderheid van de leden van de Hoge Raad op het verschillende toepassingsgebied. Artikel 184§2 verwijst naar de personen met wie een beroepsmatig samenwerkingsverband bestaat in de zin van artikel 1, 5° van het koninklijk besluit van 10 januari 1994. De tekst van het Committee on Auditing houdt het op de “statutory auditor” en “those persons who are in a position to influence the outcome of the Statutory Audit”. De volgende paragraaf licht deze verschillpunten nader toe.
- Het tweede voorbeeld heeft betrekking op de uitdrukkelijke verslaggeving over de onafhankelijkheid van de commissaris aan de raad van bestuur. Luidens het Committee on Auditing moet de commissaris jaarlijks aan de raad melden dat “related safeguards ... are in place”¹³ alsook dat de commissaris onafhankelijk is “within the meaning of regulatory and professional requirements and objectivity of the statutory auditor is not compromised, or otherwise declare that he has concerns that the independence and objectivity may be compromised”¹⁴. Deze regel geldt voor een “Public Interest Entity” waartoe onder meer beursgenoteerde vennootschappen behoren¹⁵. In het wetsontwerp is alleen sprake dat de commissaris moet verklaren in zijn verslag dat hij zijn “opdracht in volle onafhankelijkheid zoals bepaald in artikel 133” (in ontwerp) heeft uitgeoefend. Deze regel lijkt te verschillen van de aanbeveling in het rapport van het Committee on Auditing.

12. B.S. 18 januari 1994.

13. Committee on Auditing, o.c., 14.

14. Committee on Auditing, o.c., 14.

15. Committee on Auditing, o.c., 49.

4.1.3. Artikel 184, §2 en §4 wat de omschrijving van het “samenwerkingsverband” betreft.

Luidens artikel 1, 5° van het koninklijk besluit van 10 januari 1994 is een persoon waarmee een beroepsmatig samenwerkingsverband bestaat “elke persoon waarmee de bedrijfsrevisor een georganiseerd beroepsmatig samenwerkingsverband heeft aangegaan; aan deze begripsomschrijving worden in elk geval vermoed te beantwoorden, elke vennootschap die ertoe strekt het beroep uit te oefenen, elke overeenkomst die het recht inhoudt een gemeenschappelijke benaming te gebruiken of eraan te refereren, of die een verbintenis tot wederkerige aanbeveling omvat”. Deze benadering van het begrip “samenwerkingsverband” wordt gehanteerd zowel inzake de beoordeling of de organisatiestructuren de bedreiging van de onafhankelijkheidspositie van de commissaris tot een aanvaardbaar peil kunnen herleiden – artikel 184 §2 - als inzake de beoordeling van de onafhankelijkheid van de commissaris bij het verstrekken van aanvullende prestaties – artikel 184 §4.

Het Verslag aan de Koning stelt dat aansluiting moet worden gezocht bij de aanbevelingen van het *Committee on Auditing*.

In Deel A van de tekst van het *Committee on Auditing* moet de degelijkheid en de deugdelijkheid van de organisatiestructuur worden afgewogen bij de “statutory auditor” en “those persons who are in a position to influence the outcome of the Statutory Audit”. Tot deze laatste categorie behoren onder meer “the audit partners, audit managers and audit staff” en ook “professional personnel from other disciplines involved in the audit engagement”¹⁶ waartoe onder meer juristen, actuarissen, fiscalisten, IT-specialisten behoren.

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad is van oordeel dat wat het toepassingsgebied van artikel 184 §2 betreft een aanpassing zich opdringt om te beantwoorden aan de aanbevelingen van het *Committee on Auditing*.

Dezelfde bedenking geldt jegens artikel 184 §4. In de aanbevelingen van het

Committee on Auditing is er sprake van “statutory auditor”, “audit firm” en “its network member firms”. Daar waar de eerste twee categorieën van personen terug te vinden zijn in het voorontwerp van koninklijk besluit¹⁷, moet de vraag worden opgeworpen of dit voor de laatste categorie personen ook het geval is. Luidens het *Committee on Auditing* worden als een “network” beschouwd: “the audit firm which performs the statutory audit, together with its affiliates and any other entity controlled by the audit firm or under common control, ownership or management or otherwise affiliated or associated with the audit firm through the use of a common name or through the sharing of significant common professional resources.”¹⁸

Onder meer wat deze laatste zinsnede betreft, moet verduidelijkt worden of de omschrijving in artikel 1 van het koninklijk besluit van 10 januari 1994 inzake het beroepsmatig samenwerkingsverband ook deze laatste vorm van samenwerking dekt. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad beveelt daartoe de uitdrukkelijke omschrijving van deze begrippen in het koninklijk besluit aan.

4.1.4. Artikel 184, §3 met verwijzing naar de wet van 1953 en het koninklijk besluit van 1994

Artikel 184, §3 vermeldt een aantal gevallen die tot gevolg hebben dat de commissaris zich niet onafhankelijk kan verklaren in geval hij de wettelijke voorschriften van artikel 7bis van de wet van 22 juli 1953 of de reglementaire voorschriften in de artikelen 4 tot en met 14 van het koninklijk besluit van 10 januari 1994 niet naleeft.

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad stelt vast dat het een bedrijfsrevisor verboden is de in het vorige lid opgesomde bepalingen van dit advies niet na te leven. Als het a priori verboden is op dergelijke wijze op te treden, lijkt het vanzelfsprekend dat een commissaris deze regels niet overtreedt.

Een aangepaste redactie van deze bepaling zou evenwel kunnen leiden tot het

16. Committee on Auditing, *Commission Recommendation – Statutory Auditors’ Independence in the EU: A Set of Fundamental Principles*, July 2001, 7, punt A.2. (2) (b) en (3) (a) (i) en (ii).

17. Als “statutory auditor” wordt beschouwd: “the approved person in the meaning of Article 2 (1) of the 8th Company Law Directive (=statutory auditor) who, either being a natural or a legal person, is appointed for a certain statutory audit engagement by means of national law and – as a consequence – in whose name the audit report is signed”. Als “audit firm” wordt beschouwd: “the organisational – generally legal – entity that performs a Statutory Audit (e.g., a sole practitioner’s practice, a partnership or a company of professional accountants). The Audit Firm and the Statutory Auditor who is appointed for the Statutory Audit might be identical legal persons, but need not be (e.g., where an individual who is a member of a partnership practice is appointed as the Statutory Auditor, the partnership as such forms the Audit Firm).”

18. Committee on Auditing, *o.c.*, 48-49.

strafrechtelijk sanctioneren van dergelijke overtreding. Immers bestaat op heden geen duidelijk strafrechtelijk kader wanneer een revisor de betrokken bepalingen schendt. Toezicht op de naleving van deze bepalingen wordt uitgeoefend door de sector zelf, desgevallend met medewerking van onafhankelijke derden. Wanneer een commissaris naar luid van de nieuwe bepaling uitdrukkelijk in zijn verslag moet verklaren of zij hun opdracht in volle onafhankelijkheid hebben uitgeoefend, stelt hij zich bloot aan strafrechtelijke sancties die door investeerders als een “onafhankelijkheidsgarantie” kunnen worden beschouwd.

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad heeft evenwel terzake twee bijzondere opmerkingen.

- In de eerste plaats rijst de vraag op welke wijze deze bepaling met de wijziging van artikel 144 van het Wetboek van vennootschappen moet samengelezen worden. Luidens deze bepaling moet de commissaris zich immers uitspreken over de uitvoering van opdracht in volle onafhankelijkheid zoals bepaald in het ontwerpartikel 133. Artikel 184, §3 slaat op de verklaring van de onafhankelijkheid in andere situaties en bij andere prestaties.

Het verslag aan de Koning dient derhalve te verduidelijken welke grondslag wordt aangewend om de commissaris te verplichten deze aanvullende “onafhankelijkheidsverklaring” te geven.

- Zoals verder bij de bespreking bij artikel 184ter ter sprake komt, moet de vraag worden gesteld of de zinsnede “behoudens ingeval van de bepalingen bedoeld in artikel 184ter” dient behouden te blijven.

4.1.5. Artikel 184, §4 betreffende de lijst van onverenigbaarheden

Eén van de belangrijkste bepalingen in het voorontwerp van koninklijk besluit is artikel 184, §4. Deze bepaling duidt duidelijk aan welke activiteiten de onafhankelijkheid van de commissaris in het

gedrang brengen. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad steunt dergelijke libellering omdat het zowel de gecontroleerde vennootschappen als de commissarissen een houvast biedt inzake taken die door deze laatste niet mogen worden verstrekt aan de gecontroleerde vennootschappen. Zo menen ook deze leden van de Hoge Raad dat het niet verenigbaar is om naast de controle van de vennootschap ook diensten zoals interne audit, het voeren van de boekhouding en andere diensten zoals vermeld in deze paragraaf vier te verstrekken.

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad meent dat het opportuun is om deze bepaling die in zijn algemeenheid wordt gesteund nader te analyseren en voorstellen tot verfijning aan te brengen.

Zoals verder bij de bespreking bij artikel 184ter ter sprake komt, moet de vraag worden gesteld of de zinsnede “behoudens ingeval van de bepalingen bedoeld in artikel 184ter” dient behouden te blijven.

*
* * *

Wat de verschillende concrete verbodsbepalingen betreft, maakt de meerderheid van de leden van de Hoge Raad volgende opmerkingen:

a) *Het nemen van beslissingen in de gecontroleerde vennootschap*

Wat het verbod tot het nemen van beslissingen betreft in de gecontroleerde vennootschap zoals verwoord in littera a) vraagt de meerderheid van de leden van de Hoge Raad zich af of deze verbodsbepaling niet reeds wordt voorzien in het koninklijk besluit van 10 januari 1994. Niettemin behoudt deze bepaling door de duidelijkheid zijn belang.¹⁹ Daartoe is evenwel vereist dat het toepassingsgebied wordt uitgebreid tot andere personen dan de gecontroleerde vennootschappen. De door de meerderheid van de leden van de Hoge Raad geïssueerde andere personen worden opgesomd in de bespreking van artikel 184, §5 van het voorontwerp van koninklijk besluit.

19. Immers in het koninklijk besluit van 10 januari 1994 concentreert zich op de aanvaarding of uitvoering van een revisorale opdracht daar waar de benadering in dit voorontwerp van koninklijk besluit uitgaat van het nemen van beslissingen in een gecontroleerde vennootschap.

Daarnaast wenst de meerderheid van de leden van de Hoge Raad een voorbehoud te formuleren omtrent de benadering inzake het nemen van beslissingen. Immers heeft deze redactie een beperkte draagwijdte. Uit de bepaling volgt immers niet noodzakelijk dat de commissaris niet mag deelnemen aan het beslissingsproces. Enkel het nemen van de beslissing binnen de gecontroleerde vennootschap wordt verboden. In de aanbevelingen van het Committee on Auditing valt bovendien te lezen dat niet alleen het nemen van beslissingen moet worden verboden doch ook “take part in any decision-making on behalf of the audit client or one of its affiliates, or its management”.

Hieruit volgt dat de Europese aanbevelingen tenminste twee aspecten nader verifiëren. Naast de hoger vermelde tussenkomst in het beslissingsproces verbieden de Europese aanbevelingen ook het nemen van beslissingen of het tussenkomen in het beslissingsproces in alle “affiliates or its management”.

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad stelt voor ook deze activiteiten in overeenstemming met de Europese aanbevelingen terzake uitdrukkelijk te verbieden.

b) Het opstellen van de jaarrekening en het voeren van de boekhouding

Ook het verbod om in te staan voor het opstellen van de jaarrekening of het voeren van de boekhouding van de gecontroleerde vennootschap wordt door de meerderheid van de leden van de Hoge Raad gesteund.

Zoals bij het nemen van beslissingen in de gecontroleerde vennootschappen menen deze leden van de Hoge Raad evenwel dat dit verbod niet volledig een overname is van de bepalingen in de aanbevelingen van het *Committee on Auditing*. Immers uit deze aanbevelingen volgt dat niet alleen het instaan voor het opstellen van de jaarrekening of het voeren van de boekhouding van de gecontroleerde vennootschap wordt be-

schouwd als een te groot gevaar op zelfcontrole, doch ook iedere bijstand en voorbereiding terzake. De Europese aanbevelingen voorzien slechts één beperkte uitzondering. In geval van bijstand van uitsluitend “technical or mechanical nature” of wanneer het advies enkel een informatief karakter heeft en de gecontroleerde vennootschap geen “public interest entity” is.²⁰ Tot deze categorie van entiteiten behoren: “entities which are of significant public interest because of their business, their size, their number of employees or their corporate status is such that they have a wide range of stakeholders. Examples of such entities might include credit institutions, insurance companies, investment firms, UCITS, pension firms and listed companies.”²¹ De meerderheid van de leden van de Hoge Raad dringt aan ook met deze bijzondere bepalingen in de Europese aanbevelingen rekening te houden bij de redactie van het koninklijk besluit. .

Bovendien merkt de meerderheid van de leden van de Hoge Raad op dat in het voorontwerp van koninklijk besluit geen duidelijkheid wordt verschaft omtrent bijstand met, advies over of instaan voor het opstellen van de jaarrekening of het voeren van de boekhouding van personen als bedoeld in artikel 11 van het Wetboek van vennootschappen. Ook hier mag worden geoordeeld dat het gevaar op zelfcontrole te groot is.

Ook de Europese aanbevelingen achten dit gevaar aanzienlijk daar deze laatste, in navolging van de beperkte uitzondering die zij voorzien op de algemene regel stellen dat wanneer geconsolideerde rekeningen worden gecontroleerd, slechts tussenkomst inzake boekhouding of opstellen van jaarrekeningen toelaatbaar wordt geacht indien de bijstand van uitsluitend “technical or mechanical nature” is of het advies een zuiver informatief karakter heeft, de jaarrekening van de geconsolideerde vennootschap niet belangrijk is voor de geconsolideerde rekeningen – noch afzonderlijk noch in het totaal – en de bezoldiging voor die tussenkomst onbeduidend is in verhouding tot de “geconsolideerde remuneratie”.²²

20. Committee on Auditing, *o.c.*, 32, punt 7.2.1. (2).

21. Committee on Auditing, *o.c.* Commission Recommendation – Statutory Auditors’ Independence in the EU: A Set of Fundamental Principles, november 2001, 49.

22. Committee on Auditing, *o.c.*, 34.

c) *Instaan voor de uitwerking en implementatie van technologische systemen*

Ook het op doorslaggevende wijze instaan voor de uitwerking en implementatie van technologische systemen van financiële informatie in de gecontroleerde vennootschap wordt luidens het voorontwerp van koninklijk besluit ontoelaatbaar geacht.

Dit verbod is een kernachtige omschrijving van een Europese aanbeveling. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad merkt op dat het in een koninklijk besluit niet mogelijk is de volledige aanbeveling terzake over te nemen. Niettemin lijkt het raadzaam enige verduidelijking te verstrekken. Immers stelt het voorontwerp van koninklijk besluit dat slechts het op “doorslaggevende wijze instaan” voor deze prestaties ontoelaatbaar is. Deze benadering limiteert het toepassingsgebied van de Europese aanbeveling. Als algemene regel stelt de Europese aanbeveling vast dat iedere tussenkomst inzake het opzetten en implementeren van technologische systemen omtrent financiële informatie een te hoog risico op zelfcontrole inhoudt. Dit gaat beduidend verder dan op doorslaggevende wijze tussenkomen.

De Europese aanbeveling laat evenwel de tussenkomst toe in bepaalde welomschreven gevallen.

- 1) Het management van de gecontroleerde vennootschap bevestigt schriftelijk de verantwoordelijkheid voor het algemene systeem van interne controle te dragen;
- 2) De commissaris heeft vastgesteld dat de tussenkomst inzake het technologisch systeem omtrent financiële informatie door het management niet wordt aangewend als voornaamste basis om het aangepaste karakter van de interne controle- en financiële rapporteringssystemen vast te stellen.
- 3) Wanneer het bijzonderheden betreft die werden vastgelegd door het management van de gecontroleerde vennootschap inzake een ontwerpproject van technologische systemen omtrent financiële informatie

4) Wanneer het geen “turn key” project – dit is een project dat zowel bestaat uit een software ontwerp, een hardware configuratie en de implementatie van beide systemen – betreft behoudens wanneer de “audit client” of het management van deze laatste expliciet en schriftelijk bevestigt de verantwoordelijkheid te dragen voor:

- a) het ontwerp, implementatie en evaluatieproces alsook iedere beslissing terzake en
- b) de operationalisering van het systeem, met inbegrip van de gegevens waarop het systeem draait of die door het systeem worden ontwikkeld.

Wanneer de commissaris meent dat de aanvullende prestatie valt onder een van bovenvermelde uitzonderingen moet deze laatste luidens de Europese aanbeveling onderzoeken of bijkomende maatregelen moeten worden getroffen om tegemoet te komen aan het risico van zelfcontrole. In het bijzonder moet de vraag worden beantwoord of de aanbidding van deze dienstverlening niet uitsluitend dient te geschieden door een team dat bestaat uit andere mensen en op andere wijze rapporteert dan alle personen betrokken bij de revisorale opdracht.²³

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad is derhalve van oordeel dat de huidige redactie van het voorontwerp van koninklijk besluit slechts het verbod zoals omschreven in punt 4 vat. Het lijkt dan ook verantwoord om terzake het voorontwerp aan te vullen door niet alleen het instaan voor de uitwerking en implementatie van technologische systemen van financiële informatie te verbieden doch ook iedere tussenkomst inzake het ontwikkelen, opzetten en implementeren van het systeem, zoals de Europese aanbevelingen terzake in algemene bewoordingen bepalen.

Opnieuw meent de meerderheid van de leden van de Hoge Raad dat het belangrijk is te onderzoeken of de beperking om deze dienstverlening aan te bieden, tot de gecontroleerde vennootschap voldoende is. Meer bepaald is het van belang om ook deze personen die tot de

23. Het “engagement team”.

consolidatiekring van de gecontroleerde vennootschap behoren, onder de verbodsbepaling te laten vallen.

d) Het uitvoeren van waarderungen

Na de in werking treding van het voorontwerp van koninklijk besluit zoals het heden geredigeerd is, zal het niet meer toegelaten zijn dat de commissaris “instaat voor het maken van waarderungen van de activa van de gecontroleerde vennootschap in geval de gewaardeerde activa een belangrijk element zijn van de jaarrekening en de waardering bovendien een belangrijke graad van subjectiviteit inhoudt”.

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad merkt op dat de laatste zinsnede “en de waardering bovendien een belangrijke graad van subjectiviteit inhoudt” hen niet volledig duidelijk is. Deze leden menen evenwel te mogen afleiden dat deze zinsnede is overgenomen uit de Europese aanbevelingen die terzake luiden “the valuation involves a significant degree of subjectivity inherent in the item concerned”. Uit de toelichting bij deze aanbevelingen volgt dat deze bepaling betrekking heeft op twee vrijheidsgraden, met name het aantal onderstellingen die terzake worden gebruikt of de verschillen in de toepasbare waarderingsmethoden.

Opnieuw stelt de meerderheid van de leden van de Hoge Raad vast dat de Europese aanbevelingen verder gaan dan het voorontwerp van koninklijk besluit. Immers is het gevaar op zelfcontrole luidens het Europees document niet alleen te groot wanneer voldaan wordt aan beide hoger vermelde voorwaarden, doch ook moet in de andere gevallen door de commissaris worden onderzocht of aanvullende maatregelen moeten worden genomen en meer in het bijzonder of de aanbidding van deze dienstverlening niet uitsluitend dient te geschieden door een team dat bestaat uit andere mensen en op andere wijze rapporteert dan alle personen betrokken bij de revisorale opdracht.²⁴

Het lijkt dan ook verantwoord om tegemoet te komen aan de verwachtingen

van alle stakeholders door het uitvoeren van waarderungen verder te beperken en deze laatste zinsnede “en de waardering bovendien een belangrijke graad van subjectiviteit inhoudt” weg te laten.

Bovendien moet ook de vraag worden opgeworpen of de uitzondering voor activa die geen belangrijk element zijn van de jaarrekening moet behouden blijven. Indien de regering oordeelt dat dit het geval is, dient zij ter versterking van de rechtszekerheid duidelijkheid te verschaffen omtrent activa die als een belangrijk element van de jaarrekening kunnen worden beschouwd.

e) De interne audit

Zoals de overige verbodsbepalingen is ook deze bepaling omtrent het aanbieden van diensten die betrekking hebben op de interne audit een gedeeltelijke omzetting van een Europese aanbeveling. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad wenst omtrent deze omzetting twee bedenkingen te formuleren.

- Luidens het voorontwerp van koninklijk besluit is het verboden op “doorlaggevende wijze” in de interne audit op te treden. Dit kan aanleiding geven tot aanzienlijke interpretatieproblemen. Deze leden van de Hoge Raad menen dat deze toevoeging overbodig is. Immers heeft het voorontwerp van koninklijk besluit het over een overname van de interne audit. Een “overname” van de auditactiviteiten brengt, naar de mening van deze leden van de Hoge Raad, altijd de onafhankelijkheidspositie van de commissaris in het gedrang, ongeacht het al dan niet doorslaggevend karakter.
- De tweede bedenking slaat dan ook op de inlassing van het woord “overnemen”. Ook onder het huidige recht is dergelijke “overname” verboden. Dit volgt uit de beslissing van de Raad van het Instituut der Bedrijfsrevisoren (zoals weergegeven in het *Vademecum* 1999):

“De interne-auditfunctie, begrepen in het organigram van de vennootschap, is per

24. Het “engagement team”.

definitie een permanente taak en impliceert – in het merendeel van de gevallen – een hiërarchische ondergeschiktheid.

Dit houdt in dat een persoon of een orgaan van de vennootschap het recht heeft om dwingende instructies aan de persoon die deze functie uitoefent, op te leggen. Dergelijke specifieke en permanente opdracht dient als onverenigbaar te worden beschouwd met het uitoefenen van een mandaat van commissaris-revisor.”²⁵

Wat bepaalde activiteiten inzake interne audit betreft acht de Raad van het Instituut deze, onder bepaalde omstandigheden en in overeenstemming met het huidige recht toelaatbaar:

“Het is niet uitgesloten dat een bedrijfs-revisor, weze het de commissaris-revisor, bepaalde taken inzake interne audit aanvaardt, teneinde tegemoet te komen aan een specifieke behoefte die klaar en duidelijk door de directie van de onderneming wordt verwoord. Deze opdracht, uitgeoefend door de commissaris-revisor, is een uitbreiding van de werkzaamheden, buiten hetgeen normalerwijze vereist is voor zijn wettelijke opdracht, om op die manier tegemoet te komen aan de specifieke behoeften inzake interne controle.

Deze toestand is verenigbaar met de onafhankelijke uitoefening van de opdracht van de commissaris-revisor, voor zover hij zijn volledige autonomie bij het vervullen van de vereiste werkzaamheden behoudt, zelfs indien het aanvaardbaar is dat de procedures voor de interne audit worden uitgewerkt in overleg met de directie.”

Hieruit volgt dat wanneer de voorwaarden niet worden vervuld, het verstrekken van aanvullende interne auditprestaties onder het huidige recht niet wordt toegelaten maar het de lege ferenda wel zal worden.. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad steunt deze evolutie niet. Zij zijn derhalve de mening toegedaan dat “overnemen” moet worden aangepast en stelt voor de formulering te redigeren als volgt: “tussenkomen

behoudens in geval van een door het bevoegde orgaan genomen beslissing omtrent duidelijk en welomschreven adviesverstrekking inzake interne audit, uitsluitend te rapporteren aan dit orgaan”.

Deze mening is gesteund op een stricte interpretatie van de Europese aanbevelingen en de huidige invulling door de Raad van het Instituut. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad meent immers dat slechts klaar en duidelijk verwoorde opdrachten van de directie toegelaten zijn waarbij de Europese aanbeveling stelt dat het “Governance body”²⁶ te allen tijde verantwoordelijk blijft voor onder meer het systeem van de interne audit, “the scope, risk and frequency of the internal audit procedures to be performed” en “considering and acting on the findings and recommendations provided by internal audit or during the course of a Statutory Audit”²⁷.

De beperkte en aan strenge voorwaarden onderworpen uitzondering laat ook toe tegemoet te komen aan de overweging verwoord in de Europese aanbevelingen om vooral kleine en middelgrote ondernemingen de mogelijkheid te bieden de toezichthoudende functie van het bevoegde orgaan te versterken. Daartoe is het uitdrukkelijk vereist dat de commissaris uitsluitend advies verstrekt²⁸ en uitsluitend aan dit bevoegde orgaan rapporteert.

f) Het afwikkelen van fiscale en andere geschillen

Een andere dienstverlening die de onafhankelijkheid luidens het voorontwerp van koninklijk besluit aantast betreft de vertegenwoordiging “bij de afwikkeling van fiscale of andere geschillen in geval de uitkomst van deze geschillen een belangrijke impact kan hebben op de jaarrekening.”

Opnieuw moet de meerderheid van de leden van de Hoge Raad vaststellen dat deze verbodsbepaling een gedeeltelijke omzetting is van de Europese aanbevelingen.

25. Instituut der Bedrijfsrevisoren, *Vademecum – Plichtenleer en Controlenormen 1999*, Brussel, 1998, 210.

26. Dit is “A body or a group of persons which is embedded in the Audit Client’s corporate governance structure to exercise oversight of management as a fiduciary for investors and, if required by national law, for other stakeholders such as employees, and which consists of or, at least, includes individuals other than management, such as a supervisory board, an audit committee, or a group of non-executive directors or external board members”.

27. Committee on Auditing, *o.c.*, 37-38.

28. En derhalve de “tussenkomen” uitsluitend bestaat uit adviesverstrekking.

In deze aanbevelingen komt ook aan bod dat zelfs indien de uitkomst van deze geschillen geen belangrijke impact heeft op de jaarrekening aanvullende maatregelen nodig kunnen zijn. Opnieuw wijst het *Committee on Auditing* op de noodzaak te evalueren of de aanbidding van deze dienstverlening niet uitsluitend dient te geschieden door een team dat bestaat uit andere mensen en op andere wijze rapporteert dan alle personen betrokken bij de revisorale opdracht.²⁹

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad stelt vast dat de Raad van het Instituut der Bedrijfsrevisoren zich reeds op basis van de andere reglementaire teksten heeft uitgesproken over de uitoefening van deze activiteiten.

Het *Vademecum* preciseert terzake dat “volgende activiteiten als onverenigbaar aan te merken” zijn:

-;
- activiteiten die specifiek tot een ander beroepssfeer behoren;
- vertegenwoordiging van een onderneming t.o.v. fiscale, administratieve of gerechtelijke overheid.”³⁰

Uit deze stelling mag worden afgeleid dat de huidige redactie van het voorontwerp van koninklijk besluit minder verstrekkend is dan tot heden door het Instituut der Bedrijfsrevisoren werd verdedigd.

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad is van oordeel dat het voorontwerp van koninklijk besluit niet mag leiden tot een afzwakking van de regels omtrent de onafhankelijkheid van de commissaris. Bovendien conflicteert deze bepaling met de stelling van het Instituut der Bedrijfsrevisoren dat de bedrijfsrevisor dergelijke diensten niet mag leveren terwijl een commissaris onder bepaalde voorwaarden deze activiteiten wel mag ontplooiën. Deze leden van de Hoge Raad menen dan ook dat de zinsnede “in geval de uitkomst van deze geschillen een belangrijke impact kan hebben op de jaarrekening” moet worden weggelaten wanneer deze activiteiten worden verricht door de commissaris. Dit verhindert niet dat deze bepaling zijn belang behoudt in zover een verbod wordt opgelegd deze activiteiten te ver-

strekken door personen die met de commissaris samenwerken.

g) *Recrutering en interimmanagement*

De laatste verbodsbepaling betreft het instaan “voor de recrutering van algemene, financiële of administratieve directieleden van de gecontroleerde vennootschap, met inbegrip van degenen die deze functies op tijdelijke wijze uitoefenen.”

Opnieuw stelt de meerderheid van de leden van de Hoge Raad vast dat deze bepaling een gedeeltelijke omzetting is van de aanbeveling van de Europese Commissie. Niettemin reikt de Europese aanbeveling op bepaalde stukken verder dan de verbodsbepaling in het voorontwerp van koninklijk besluit. Immers stelt de aanbeveling dat in bepaalde gevallen zelfs het aanbrengen van een lijst van mogelijke kandidaten voor de te begeven functie voor een onaanvaardbaar hoog risico van de aantasting van de onafhankelijkheid zorgt.³¹ In het voorontwerp van koninklijk besluit is slechts sprake van een verbod om in te staan voor de recrutering. Dit houdt niet in dat in die gevallen geen lijst van potentiële kandidaten door de commissaris mag worden aangebracht. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad meent dan ook dat het opportuun is deze bepaling aan te vullen tussen de woorden “instaat voor” en “de recrutering” met “of op enige wijze tussenkomen bij”.

Wat de laatste zinsnede betreft meent de meerderheid van de leden van de Hoge Raad dat nader onderzoek vereist is omtrent het geoorloofd karakter van dergelijke dienstverlening door een commissaris. Op nationaal niveau staat vast dat in de drie verschillende gewesten het aanbieden van “interimarbeid” streng reglementeerd en/of vergunningsplichtig is. Het Instituut der Bedrijfsrevisoren stelt in zijn *Vademecum* dat de revisor zijn adviesfunctie moet beperken tot zijn vakgebied. “Hij mag het door de wet aan andere personen toegewezen domein niet betreden”³². Verder stelt het Instituut ook dat “activiteiten die specifiek tot een andere beroepssfeer behoren”³³ onverenigbaar zijn.

29. Het “engagement team”.

30. Instituut der Bedrijfsrevisoren, *Vademecum – Plichtenleer en Controlenormen 1999*, Brussel, 1998, 177.

31. Zie *Committee on Auditing*, o.c., punt 7.2.6 (3).

32. Instituut der Bedrijfsrevisoren, *Vademecum – Plichtenleer en Controlenormen 1999*, Brussel, 1998, 177.

33. *Ibid.*

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad meent dat dergelijke dienstverlening, voor zover deze te situeren valt binnen het kader van “interimarbeid”, kan geïnterpreteerd worden als aan andere personen toegewezen activiteiten die tot een andere beroepssfeer behoren. Deze leden stellen dan ook voor “met inbegrip van degenen die deze functies op tijdelijke wijze uitoefenen” weg te laten.

4.1.6. Fiscaal advies

In het voorontwerp van koninklijk besluit is niets bepaald omtrent fiscale adviesverstrekking. Dergelijk advies tast naar luid van het ontwerp van koninklijk besluit derhalve de onafhankelijkheid van de commissaris niet aan. Luidens het Verslag aan de Koning worden dergelijke prestaties ook toegestaan door de Securities and Exchange Commission (SEC), door het *Committee on Auditing* en de IFAC. Wat de SEC betreft, merkt het Verslag aan de Koning zelfs op, dat deze toezichthouder dergelijk advies zelfs aanbeveelt.

Zoals boven reeds aangeduid acht de meerderheid van de leden van de Hoge Raad het niet opportuun expliciet te verwijzen naar de IFAC-standpunten.

Wat de verwijzing naar de Europese aanbeveling betreft, lijkt het de meerderheid van de leden van de Hoge Raad opportuun aan te duiden dat het *Committee on Auditing* deze dienstverlening niet afzonderlijk heeft behandeld bij “non-audit services”. Dit houdt niet in dat het *Committee on Auditing* a priori iedere fiscale dienstverlening toestaat. Tenminste de algemene regels inzake de bewaking van de onafhankelijkheidspositie van de commissaris moeten worden nageleefd.

De SEC verbiedt de commissaris niet om fiscaal advies te verstrekken. Dit wordt uitdrukkelijk gesteld in het rapport “Final Rule: Revision of the Commission’s Auditor Independence Requirements”.

“As the rule text and this Release make clear, accountants will continue to be able to provide tax services to audit clients.”

Ook voor bepaalde toepassingen maakt de SEC gebruik van een uitzondering inzake belastingadvies. Dit valt onder meer af te leiden uit de regels inzake de waardering van activa en “fairness opinions”:

“Notwithstanding paragraph (c)(4)(iii)(A) of this section, the accountant’s independence will not be impaired when:

....

The valuation is performed in the context of the planning and implementation of a tax-planning strategy or for tax compliance services;”

Evenwel heeft de meerderheid van de leden van de Hoge Raad niet uitdrukkelijk kunnen vaststellen dat de SEC overgaat tot het aanbevelen van deze prestaties aanbeveelt.

*
* * *

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad is dan ook van oordeel dat de internationale ontwikkelingen niet van aard zijn te besluiten dat een algemeen verbod terzake gerechtvaardigd is.

Niettemin menen deze leden van de Hoge Raad dat in het licht van de huidige nationale ontwikkelingen het reglementair kader een signaal bevat dat ook de fiscale dienstverlening door de commissaris niet van aard mag zijn de onafhankelijkheid in het gedrang te brengen. Deze leden van de Hoge Raad stellen voor de transparantieregels te hanteren. Wanneer de commissaris fiscale diensten heeft verstrekt aan een gecontroleerde vennootschap of personen in de zin van artikel 11 van het Wetboek van vennootschappen, moet de vennootschap terzake bijzondere informatie verstrekken omtrent de omvang van deze verrichtingen en de eraan verbonden remuneratie.

Deze benadering sluit aan bij het rapport van het *Committee on Auditing* die terzake ook streeft naar een duidelijke transparantie. De Europese aanbevelingen wensen een duidelijk beeld te verstrekken omtrent de remuneratie die de “statutory auditor” wordt toegekend. Hiertoe moet

deze remuneratie worden geventileerd over de onderscheiden verrichtingen met name de wettelijke controleopdracht en de andere onderscheiden opdrachten. Deze aanbeveling gaat aanzienlijk verder dan de huidige Belgische wettelijke regeling.

4.1.7. Artikel 184, §5 inzake het toepassingsgebied

Wat het toepassingsgebied betreft merkt het voorontwerp van koninklijk besluit op dat de regeling niet alleen van toepassing is op de gereviseerde vennootschap doch ook op de “Belgische dochtervennootschappen van de gecontroleerde vennootschap”.

Terzake wenst de meerderheid van de leden van de Hoge Raad volgende opmerking te formuleren. Deze bepaling steunt op een amendement nr. 1211/2 ingediend door mevrouw Barzin en de heer Van Overtveldt.. Immers laat het huidige wetsontwerp niet toe de toepassing te beperken tot de gereviseerde vennootschap en de door deze laatste gecontroleerde vennootschappen. Het voorstel tot amendement wil het toepassingsgebied van de personen waaraan de commissaris geen diensten mag verlenen om zijn onafhankelijkheid niet in het gedrang te brengen aanzienlijk beperken. Luidens het voorstel tot amendement vallen naast de gereviseerde vennootschap slechts de Belgische dochtervennootschappen onder het toepassingsgebied van de reglementering inzake het aanbod van diensten tegelijkertijd met de revisorale controle vallen. Het betreft de Belgische vennootschappen ten opzichte waarvan een controlebevoegdheid bestaat.³⁴ Dit beduidt dat alle andere personen vermeld in artikel 11 W. Venn. niet onder de bepaling vallen. Het betreft de volgende personen:

- a) de buitenlandse vennootschappen waarover zij een controlebevoegdheid uitoefent;
- b) de vennootschappen die een controlebevoegdheid over haar uitoefenen;
- c) de vennootschappen waarmee zij een consortium vormt;
- d) de andere vennootschappen die, bij weten van haar bestuursorgaan, onder controle staan van de vennootschappen bedoeld in a), b) en c);

- e) de natuurlijke en rechtspersonen die verbonden zijn met een persoon in de betekenis van a) tot d).

In zijn advies van 19 februari 2001 heeft de Hoge Raad vastgesteld dat het van belang is dat het toepassingsgebied *ratione materiae* van het regime in het licht van de Europeesrechtelijke en internationaalrechtelijke bepalingen wordt onderzocht.³⁵ Meer bepaald stelt de meerderheid van de leden van de Hoge Raad vast dat de huidige redactie van het voorontwerp en het ontwerp tot gevolg heeft dat ook buitenlandse personen worden onderworpen. De extraterritoriale werking van het wetsontwerp zou tot gevolg kunnen hebben dat in sommige gevallen slechts aan het wetsontwerp kan worden tegemoetgekomen wanneer de commissaris zijn ontslag aanbiedt. In het bijzonder levert deze toepassing problemen wanneer dit ontslag ontijdig kan worden beschouwd vanuit vennootschapsrechtelijk perspectief doch noodzakelijk omdat reeds diensten werden aangeboden die de onafhankelijkheid in het gedrang brengen.

Hierbij rijst de vraag op welke wijze een controle- en handavingsregime die de mogelijkheid biedt alle mogelijke dienstverleningen die door de onderworpen personen worden verricht, te onderzoeken en controleren.

Anderzijds beperkt het amendement het toepassingsgebied van de bepaling tot bepaalde personen die de meerderheid van de leden van de Hoge Raad meende te moeten onderwerpen aan de regeling, met name andere rechtspersonen dan vennootschappen, zoals de vereniging zonder winstoogmerk) die verbonden zijn met de gecontroleerde vennootschap en die naar luid van het amendement niet langer onder het “cumulatieverbod” vallen. Indien dit het geval is, dreigt de Belgische publieke opinie die in het bijzonder gevoelig is na bepaalde gebeurtenissen van het voorbije jaar, het vertrouwen in de onafhankelijkheid van de commissaris te verliezen.

Het past in dit kader een standpunt te verdedigen dat enerzijds tegemoet komt aan de verwachtingen van het publiek om

34. Artikel 6, 2° W. Venn.

35. Hoge Raad voor de Economische Beroepen, *Advies omtrent het wetsontwerp houdende wijziging van het Wetboek van vennootschappen en van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen*, Brussel, februari 2001, 24.37. Committee on Auditing, o.c., 36, point 7.2.3 (2).

het vereiste vertrouwen in de revisorale controle te handhaven of te bewerkstelligen en anderzijds verzekert dat het vastgelegde regime uitvoerbaar en controleerbaar is. De redactie van het huidige wetsontwerp kan terzake worden aangepast om te komen tot een evenwicht tussen beide hoger vermelde belangen. Deze aanpassing mag er evenwel niet toe leiden dat de gelijktijdige invoering van het voorontwerp van koninklijk besluit en het wetsontwerp in het gedrang komt of op een andere wijze de rechtszekerheid in het gedrang zou brengen.

4.1.8. Artikel 184bis betreffende het uitzonderingsregime

Artikel 184bis heeft betrekking op een uitzonderingsregime dat van toepassing in geval de commissaris of een persoon waarmee de commissaris een arbeidsovereenkomst heeft afgesloten of met wie hij beroepsmatig in samenwerkingsverband staat “door onachtzaamheid” een verbodsbepaling overtreedt.

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad stelt vast dat hierbij een zogenaamd “materiality” beginsel reglementair wordt vastgelegd.

De Hoge Raad maakt evenwel duidelijk voorbehoud tegen dergelijke benadering. Deze leden van de Hoge Raad vrezen immers dat dit uitzonderingsstelsel zou kunnen geïnterpreteerd worden als een vrijgeleide om mits de nodige voorzorgen te nemen de diensten die luidens het voorontwerp van koninklijk besluit verboden zijn, te blijven aanbieden. Hierdoor komt het evenwicht dat het voorontwerp van koninklijk besluit nastreeft, meer bepaald het vergroten van het vertrouwen van de investeerder en het duidelijk afbakenen van de verboden dienstverleningen in het gedrang.

Daarnaast stelt de meerderheid van de leden van de Hoge Raad vast dat dit artikel 184bis een algemene strekking heeft en slaat op alle activiteiten die worden verricht en de onafhankelijkheidspositie aantasten. Dit gaat beduidend verder dan de aanbevelingen van het *Committee on Auditing*. Immers wordt in dit document in een aantal gevallen een uitzondering opgeno-

men wanneer de dienstverlening niet “material” is zoals bij de waardering van activa³⁶ of bij de vertegenwoordiging bij geschillen³⁷ doch over een algemeen uitzonderingsregime inzake is niets verwoord. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad meent dat aansluiting moet worden gezocht bij de Europese ontwikkelingen terzake en stelt voor artikel 184bis weg te laten. Immers de uitzonderingen die de Europese aanbevelingen hebben vastgesteld, werden bij de hoger vermelde specifieke onverenigbaarheden opgenomen.

Teneinde de rechtszekerheid voor de commissarissen te vergroten stemmen deze leden van de Hoge Raad in met een evaluatie a priori van de voorgenomen dienstverlening die desgevallend de onafhankelijkheid in het gedrang brengt, door een orgaan dat volledig onafhankelijk is van het beroep. Wanneer een dienstverlening door dit orgaan wordt beoordeeld als zijnde niet van aard de onafhankelijkheid in het gedrang te brengen, verleent het orgaan toestemming om deze dienstverlening te verrichten waarbij a posteriori niet meer kan worden geoordeeld dat de toegelaten activiteit alsnog de onafhankelijkheid in het gedrang brengt.³⁸

Deze leden van de Hoge Raad merken op dat zij terzake desgevallend een advies willen uitbrengen die de modaliteiten van deze procedure, het orgaan en de andere operationele aspecten nader analyseert. Het spreekt immers voor zich dat dergelijke evaluatieprocedure snel moet worden uitgevoerd, een grondige kennis vereist van de sector en de dienstverlening, aanzienlijke financiële middelen vergt, ...

4.1.9. Artikel 184ter inzake de bevoegdheid van het I.B.R. om richtlijnen uit te vaardigen

Artikel 184ter in het voorontwerp van koninklijk besluit verstrekt het Instituut der Bedrijfsrevisoren de bevoegdheid om de nodige richtlijnen uit te vaardigen inzake de toepassing van de bepalingen in het koninklijk besluit.

Dit artikel voegt daar aan toe dat deze richtlijnen moeten aansluiten bij de Europese aanbevelingen. De meerder-

36. Committee on Auditing, o.c., 36, punt 7.2.3 (2).

37. Committee on Auditing, o.c., 39, punt 7.2.5 (2).

38. En voor zover het orgaan belast met de evaluatie van deze dienstverlening in het bezit is van alle relevante informatie om terzake een standpunt te kunnen innemen en voor zover de bijkomende dienstverlening binnen de vooraf toegelaten dienstverlening blijft.

heid van de leden van de Hoge Raad meent dat deze toevoeging overbodig is. Immers, zoals boven reeds gesteld beschouwen deze leden van de Hoge Raad deze aanbevelingen als minimale na te leven bepalingen. Aangezien sommige aanbevelingen minder ver reiken dan de invulling die het Instituut de Bedrijfsrevisoren geeft aan sommige van de huidige Belgische reglementaire bepalingen, impliceert deze toevoeging dat de mogelijkheid wordt geboden om nieuwe interpretaties uit te werken die de facto een uitholling zouden kunnen betekenen van het huidige kader.

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad is derhalve van oordeel dat de huidige reglementering niet mag worden versoepeld en derhalve dat de zinsnede “die aansluiten op de Europese aanbevelingen over de onafhankelijkheid van de wettelijke controleur van de jaarrekeningen” moet worden weggelaten.

4.1.10. Artikel 184quater inzake rapportering

Boven werd reeds gewezen op het feit dat de meerderheid van de leden van de Hoge Raad het niet opportuun acht artikel 184bis in te voegen. Hieruit volgt dat het eerste lid van artikel 184quater overbodig wordt. Deze leden van de Hoge Raad stellen voor dit eerste lid weg te laten.

Indien het voorstel van de meerderheid van de leden van de Hoge Raad om artikel 184bis weg te laten niet wordt gevolgd, dan wensen deze leden van de Hoge Raad op te merken dat het over te maken verslag niet impliceert dat de Hoge Raad terzake over een aanvullende opdracht van bijzonder toezicht, naast de zijn door de wet van 22 april 1999 omschreven bevoegdheden, beschikt. De bevoegdheid om inzake de toepassing van het - niet te behouden - artikel 184bis te oordelen, berust bij het Instituut der Bedrijfsrevisoren.

In het tweede lid van artikel 184quater het voorontwerp van koninklijk besluit wordt aan de Hoge Raad voor de Economische Beroepen de bevoegdheid gegeven een klacht tegen een of meer bedrijfsreviso-

ren neer te leggen. Zoals dit lid zelf stelt, beschikt de Hoge Raad reeds op grond van artikel 54, §3 van de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen over deze bevoegdheid. Het lijkt dan ook overbodig deze bevoegdheid nogmaals toe te kennen. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad stelt voor ook dit lid weg te laten.

4.2. Artikel 2 met technische aanpassingen aan het koninklijk besluit van 30 januari 2001

Artikel 2 slaat op een aantal wijzigingen aan te brengen aan het koninklijk besluit van 30 januari 2001.

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad heeft naar aanleiding van zijn advies slechts twee materiële opmerkingen op dit artikel.

– Het past om in de Nederlandstalige versie “§4. De in §2 bedoelde titel ...” te wijzigen in “§3. De in §2 bedoelde titel...”

– Daarnaast merken deze leden van de Hoge Raad op dat zijn advies strekt tot de weglating van artikel 184bis en artikel 184quater (in ontwerp). Derhalve moet in §4 “artikel 184quinquies” worden gewijzigd in “artikel 184ter”.

4.3. Artikel 3 van het voorontwerp inzake de inwerkingtreding

Artikel 3 van het voorontwerp van koninklijk besluit stelt vast dat de in werking treding van het koninklijk besluit op dezelfde dag zal geschieden als de in werking treding van de wet. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad steunt deze bepaling daar zoals hoger reeds vastgesteld, dit de rechtsonzekerheid verkleint. Deze leden van de Hoge Raad wensen evenwel een opmerking te formuleren omtrent de motivering van artikel 3 in het bijgevoegd verslag aan de koning. Daarin wordt gesteld dat het totale verbod “niet realiseerbaar voor de goede voortzetting van het mandaat van commissaris en zou in strijd zijn met de in voorbereiding zijnde Europese en internationale regels.”

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad merkt ook op dat dit Verslag aan de Koning geen motief aanbrengt waarom een totaal verbod de goede voortzetting van het mandaat van commissaris in het gedrang zou brengen. Zelfs indien deze leden van de Hoge Raad het eens zijn dat een totaal verbod niet strookt met de internationale ontwikkelingen die terzake werden vastgesteld meent de meerderheid van de leden van de Hoge Raad dat een absoluut verbod niet in strijd is met de Europese regels die terzake worden voorbereid, noch met de internationale regels.

Op het Europese niveau nemen de regels die tot stand werden en worden gebracht de vorm aan van aanbevelingen waaraan een commissaris en zijn kantoor moet beantwoorden om tegemoet te komen aan de eisen van onafhankelijkheid. De meerderheid van de leden van de Hoge Raad stelt vast dat deze maatregelen als minimumregels dienen gelezen te worden. Derhalve is het mogelijk dat de individuele Lid-Staten strengere regels vastleggen. Bovendien valt uit artikel 24 van de Achtste Richtlijn inzake de wettelijke controle van de boekhoudbescheiden af te leiden dat de nationale Lid-Staten bepalen hoe het begrip onafhankelijkheid wordt vormgegeven.³⁹ Ook het onderzoek omtrent de internationale regels valt niet af te leiden dat een absoluut verbod om andere prestaties te verrichten hiermee in strijd zou zijn. Het past evenwel om deze internationale ontwikkelingen in overweging te nemen en terzake geen absoluut verbod uit te vaardigen.

4.4. Artikel 4 van het voorontwerp inzake de uitvoering

De meerderheid van de leden van de Hoge Raad stelt vast dat luidens de tekst slechts de Minister van Economie bevoegd is voor de uitvoering van dit besluit.

5. Bijzondere vaststellingen omtrent het Verslag aan de Koning

Het past om in de verwijzing naar de ontwikkelingen op het stuk van de boek-

houdnormen “refertekaders” te wijzigen in “referentiekaders”.

In de paragraaf met de verwijzing naar het rapport van het Committee on Auditing merkt de meerderheid van de leden van de Hoge Raad op dat “europese” moet worden gewijzigd in “Europese”.

Wat de verwijzing naar de “preambule (14)” betreft, stelt de meerderheid van de leden van de Hoge Raad voor dit te wijzigen in “preambule (15)” dat uitdrukkelijk refereert naar de driejarige overgangperiode.⁴⁰

Wat de toelichting in het Verslag aan de Koning betreft stelt de meerderheid van de leden van de Hoge Raad voor de Nederlandstalige redactie van het eerste lid in fine van artikel 184 §2 te wijzigen en meer bepaald de woorden “aanslagen op” en “acceptabel” in “aantasting van” en “aanvaardbaar”.

Wat de Nederlandstalige versie van bij artikel 184 §3 betreft, dringt de meerderheid van de leden van de Hoge Raad aan op de aanpassing in het tweede lid van §3, 1° tot “De onder 1° beschreven verbodsbepalingen zijn niet van toepassing op de uitoefening van een taak in het onderwijs.”

Wat §3, 2° betreft stelt de meerderheid van de leden van de Hoge Raad om het woord “hij” in de eerste zin weg te laten en “actuele” te vervangen door “huidige” in de tweede zin.

6. Standpunt van de leden Van den Bossche en Struyf omtrent het principe van wettelijke regeling uitgevoerd door een koninklijk besluit

Mevrouw Van Den Bossche en de heer Struyf zijn de mening toegedaan dat een combinatie van de wettelijke opdrachten en een aanvullende niet-audit dienstverlening verstrekt aan een vennootschap door dezelfde revisor, kantoor of netwerk waarmee de revisor is verbonden, in aanzienlijke mate zijn onafhankelijkheid in het gedrang brengt en in het bijzonder de vertrouwensrelatie die er moet bestaan tussen de revisor en de vertegenwoordi-

39. Achtste Richtlijn van de Raad van 10 april 1984 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het E.E.G.-Verdrag inzake de toelating van personen, belast met de wettelijke controle van de boekhoudbescheiden (84/253/EEG), *Pb. L.* nr. 126, 12 mei 1984.

40. Terloops stelt de Hoge Raad nog vast dat de tekst melding maakt dat het voorontwerp van koninklijk besluit wordt genomen “op voordracht van Onze Minister van Economie en van Onze Minister van Justitie”. De Hoge Raad stelt voor deze volgorde om te draaien.

gers van de werknemers in de ondernemingsraad. Dit is de reden waarom deze leden in het vorige advies van de Hoge Raad voor de Economische Beroepen van 19 februari 2001 het voorontwerp van wet omtrent de onafhankelijkheid van de revisor hebben gesteund.

Deze leden betreuen dat het ontwerp van wet dit absoluut verbod om aanvullende dienstverleningen te verstrekken niet meer herneemt. Luidens Mevr. Van Den Bossche en de heer Struyf duidt de voorgestelde benadering in het voorontwerp van wet op duidelijke manier aan dat het algemeen belang moet primeren op de bijzondere economische belangen van de revisoren en de netwerken waarvan zij deel uitmaken. Bovendien herwaardeert volgens de mening van deze leden het verbod om als revisor of een nationaal of internationaal netwerk diensten te verstrekken, andere dan de wettelijke opdrachten aan dezelfde vennootschap, de revisorale opdracht alsook de opdracht die zij hebben jegens de ondernemingsraad.

Dit absoluut verbod:

- versterkt de schijn van onafhankelijkheid en maakt de uitbouw van een vertrouwensrelatie met de afgevaardigden van de werknemers in de ondernemingsraad makkelijker;
- vermijdt dat de wettelijke opdrachten het voorwerp kunnen uitmaken van het gekruiste aanbod van andere diensten;
- Vormt op een positieve wijze een tegengewicht tegen de huidige internationale ontwikkelingen. Deze vertalen zich in een voortdurende afname van het deel van de auditopdrachten in het omzetcijfer van deze netwerken en in een wijziging van het statuut van deze wettelijke opdrachten: zij worden meer en meer door het beroep ervaren als een noodzakelijke hindernis om meer rendabele diensten aan de cliënte te kunnen aanbieden waarvan de opbrengst uiteindelijk tussen de vennoten wordt verdeeld.

Voor Mevrouw Van Den Bossche en de heer Struyf is een absoluut verbod om non-audit diensten te verstrekken een aangepast antwoord, een sterk signaal

om het vertrouwen van het beroep te herstellen bij de Belgische publieke opinie, de werknemers en de vertegenwoordigers van de werknemers die door de gekende gebeurtenissen van het afgelopen jaar geschokt werden. Het beroep werd opnieuw beklad in de internationale pers na een dramatisch faillissement in de Verenigde Staten.

Voor Mevrouw Van Den Bossche en de heer Struyf laat het wetsontwerp en het voorontwerp van koninklijk besluit zoals voorgelegd voor advies aan de Hoge Raad niet toe op significante wijze het debat omtrent de onafhankelijkheid af te bakenen:

- de in het voor advies voorgelegde koninklijk besluit opgesomde overenigbare activiteiten worden reeds voor het overgrote deel verboden door de interne normen van het Instituut der Bedrijfsrevisoren;
- Een studie uit 2001 bij 4000 ondernemingen inzake onafhankelijkheid uitgevoerd door onderzoekers van de Universiteit van Stanford, MIT en Michigan State Business School (Stanford Business November 2001, vol. 70, nr. 1) stelt vast dat het aanbieden van diensten de onafhankelijkheid aantast en op gevaarlijke wijze de grenzen van de aanvaarde boekhoudkundige gebruiken verplaatst;
- Het aanbod van non-audit diensten diversifieert meer en meer en zoals de jaarrekeningen van de netwerken die deze aanbieden bewijzen, zijn deze diensten meer en meer winstgevend. De risico's op het verlies van de onafhankelijkheid zien zich verveelvoudigd. Een limitatieve lijst van verboden dekt niet alle gevallen en is niet preventief.

Mevrouw Van Den Bossche en de heer Struyf houden er aan te benadrukken dat luidens de vertegenwoordigers van de werknemers in de ondernemingsraad de cumulatie door een zelfde revisor of kantoor van fiscale diensten enerzijds en het certificeren van de jaarrekening en de gegevens verstrekt aan de ondernemingsraad anderzijds afbreuk doet van de noodzakelijke vertrouwensrelatie tussen de revisor en de leden van de onder-

nemingsraad. Evenzeer onaanvaardbaar zijn de adviezen inzake het herstructureren van ondernemingen.

Zoals deze leden het reeds hebben aangeduid in een vorig advies van de Hoge Raad voor het Bedrijfsrevisoraat en de Accountancy (advies van 15 juni 1999) inzake de problematiek van de onafhankelijk, wordt deze onafhankelijkheid beter verzekerd door:

- de mogelijkheid voor de vertegenwoordigers van de werknemers om hun kandidaat revisor voor te dragen tot benoeming;
- de oprichting van een onafhankelijk fonds gespijsd door de ondernemingen op basis van objectieve criteria en belast met de vergoeding van de revisoren.

Deze leden houden er ook aan te benadrukken dat er onvoldoende transparantie bestaat op het stuk van de aanvullende taken:

- de honoraria ontvangen voor aanvullende prestaties uitgevoerd door hetzelfde revisorennetwerk (zoals het fiscaal advies) worden in de praktijk op geen enkele wijze bekendgemaakt in het bestuursverslag noch uitgesplitst in de jaarrekening zoals dit het geval is bv. in de Verenigde Staten;
- de leden van de ondernemingsraad worden niet ingelicht over de aanvullende prestaties van de revisor en evenmin over de ventilatie van de honoraria ontvangen voor deze diensten..

Deze leden merken op, hierbij verwijzend naar de internationale instrumenten, met inbegrip van deze die het beroep in zijn eigen belang uitvaardigt, dat het voorontwerp van koninklijk besluit voorgelegd voor advies slechts een beperkt antwoord aanreikt en geen rekening houdt met de bijzonderheden van het Belgische systeem die sinds de hervorming van het revisoraat van 1985 werd ingericht.

België is een van de enige landen waar de revisor is belast met wettelijke opdrachten (met inbegrip van pedagogische) bij de ondernemingsraad. Dit impliceert dat een vertrouwensrelatie moet worden ontwikkeld met de vertegenwoordigers van de werknemers en rekening moet worden gehouden met de economische democratie in ondernemingen. Bovendien moet de revisor economische en financiële informatie die veel gedetailleerder en uitgewerkt is dan deze verstrekt aan de aandeelhouders certificeren en verklaren. Het is bovendien op basis van deze gecertificeerde informatie dat economische beslissingen die een invloed hebben op de belangen van de werknemers worden genomen.

Deze leden onderlijnen daarnaast dat het enige internationale document van een politieke overheid, het ontwerp van Europese aanbevelingen inzake de onafhankelijkheid van revisoren waarnaar het voorontwerp van koninklijk besluit verwijst:

- nog niet werd aangenomen op Europees niveau, en bovendien niet dwingend is.
- Het aan iedere lidstaat toelaat om meer radicale maatregelen te nemen om de onafhankelijkheid van de rekeningcontroleur te verzekeren.

Mevrouw Van Den Bossche en de heer Struyf leiden hier uit af dat de draagwijdte van het voorontwerp van wet geen enkel probleem oplevert op het internationaal niveau.

Deze leden besluiten dat het voorontwerp van wet zoals dit het voorwerp heeft uitgemaakt van het advies van de Hoge Raad van 19 februari 2001 de noodzakelijke kwaliteiten bezit die het wetsontwerp en het voorontwerp van koninklijk besluit ontbeert: juridische zekerheid. Het onttrekt zijn kracht aan zijn eenvoud.