

Financial Law Institute

Working Paper Series

WP 2002-04

April 2002

*De onafhankelijkheid van de
commissaris in een internationaal
perspectief*

Ingrid de Poorter

*The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit within the Law School of Ghent University, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.*

*The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research results of different researchers within the Financial Law Institute to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working papers are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.*

*For more information and a full list of available working papers, please consult the **homepage** of the Financial Law Institute at:*

<http://www.law.rug.ac.be/fli>

*De onafhankelijkheid van de
commissaris in een internationaal
perspectief*

Ingrid de Poorter

Abstract

Several recent developments have placed the issue of the auditor's independence in the spotlight. However, the discussion is not a new one.

In November 2000, the Securities and Exchange Commission issued the 'Revision of the Commission's Auditor Independence Requirements'. These strict and detailed requirements should constitute a guarantee for the auditor's independence. The European Commission has set up a Committee on Auditing, which has prepared a draft recommendation in which some fundamental principles are included to obtain auditor's independence. Several professional federations, e.g. Fédération des Experts Comptables Européens and the International Federation of Accountants have revised their deontological rules, and have tightened up the principles of independence for the members of the federations.

In Belgium as well the need arose to reconsider some of the principles concerning auditor's independence. A draft law was drawn up ("the draft law on Corporate Governance"), prohibiting the provision non-audit services. However, the effect of this prohibition can be minimised by an implementing order.

This document compares the Belgian initiative to the existing international documents and regulations. We will also study the current Belgian law and disciplinary. The provision of non-audit rules is the leitmotiv of this document.

Comments to the Author:

ingrid.depoorter@rug.ac.be

© Financial Law Institute, Universiteit Gent, 2002

DE ONAFHANKELIJKHEID VAN DE COMMISSARIS IN EEN INTERNATIONAAL PERSPECTIEF¹

Ingrid De Poorter

Assistente Instituut Financieel Recht U. G.

Advocaat Balie te Gent

Samenvatting

Enkele recente ontwikkelingen plaatsen de problematiek van de onafhankelijkheid van de commissaris opnieuw in het middelpunt van de belangstelling. Maar de discussie is zeker niet nieuw. Reeds vóór de gebeurtenissen rond het falen van ENRON en Lernout & Hauspie Speech Products NV, werd zowel nationaal als internationaal aan dit onderwerp veel aandacht besteed.

In november 2000 vaardigde de Securities and Exchange Commission een reeks van strenge en zeer gedetailleerd uitgeschreven regelen uit om de onafhankelijkheid van de commissaris te garanderen. De Europese Commissie stelde een Committee on Auditing samen. Dit Committee heeft een ontwerp van aanbeveling voorbereid dat enkele fundamentele principes bevat om de onafhankelijkheid te bewaren.

Ook diverse beroepsorganisaties, zoals de Fédération des Experts Comptables en de International Federation of Accountants achtten het wenselijk om hun deontologische codes inzake onafhankelijkheid, opgelegd aan hun leden, te verduidelijken en te verstrengen.

In de loop van het jaar 2000 is eveneens in België de noodzaak gebleken om de regelen inzake onafhankelijkheid te herzien. Op 22 september 2000 werd een voorontwerp van wet, gebaseerd op de bevindingen van de Commissie De Grauwe, door de ministerraad goedgekeurd. Het wetsontwerp Corporate Governance omvat enkele strenge bepalingen om de onafhankelijkheid te bewaren. Dit behelst onder meer een verbod voor de commissaris om andere dan revisorale diensten te verlenen aan de te controleren vennootschap. Dit verbod kan echter worden gemilderd aan de hand van een uitvoeringsbesluit.

De bedoeling van deze bijdrage bestaat erin het Belgische initiatief te vergelijken met de internationale documenten ter zake. Hierbij wordt zowel de huidige Belgische regelgeving als de tuchtrechtspraak betreffende inbreuken op de onafhankelijkheid onder de loep genomen.

¹ Dit artikel bevat een weergave van de stand van zaken op 1 juni 2002.

Résumé

Quelques développements récents reposent le problème de l'indépendance du commissaire. Mais la discussion n'est pas nouvelle. Même avant les faillites d'ENRON et de LERNOUT & HAUSPIE SPEECH PRODUCTS SA, on a fixé son attention à ce problème tant au niveau national qu'international.

En novembre 2000, le Securities and Exchange Commission a prescrit une série de règles sévères et détaillées pour garantir l'indépendance du commissaire. La Commission Européenne a constitué une commission nommée Committee on Auditing. Le "Committee" a préparé un projet de recommandation qui contient quelques principes fondamentaux garantissant l'indépendance.

Aussi diverses organisations professionnelles comme le Fédération des Experts Comptables et l' International Federation of Accountants, ont jugé préférable de renforcer les codes déontologiques en question, auxquels leurs membres sont soumis.

Dans le courant de l'année 2000, on a constaté en Belgique la nécessité pour revoir les règles concernant l'indépendance du commissaire d'entreprise. Le 22 septembre 2000 un avant-projet de loi, basé sur un rapport de la commission De Grauwe, a été approuvé par le conseil des ministres. Le projet de loi "Corporate Governance" contient quelques règles sévères pour maintenir l'indépendance du commissaire. Ce projet prévoit l'interdiction pour le commissaire de rendre d'autres services que des services révisorales à la société contrôlée. Cette interdiction peut être atténuée par les arrêtés royaux.

L'intention de ce document consiste à comparer l'initiative Belge avec des règles internationales. Nous avons étudié tant la réglementation Belge actuelle que la jurisprudence disciplinaire.

<i>De onafhankelijkheid van de revisoren in een internationaal perspectief</i>	<i>1</i>
I. Inleiding	4
Afdeling 1. Ratio legis	4
Afdeling 2. Techniek van reguleren: het garanderen van de onafhankelijkheid	5
II. De onafhankelijkheid: rechtsvergelijkend bekeken	6
Afdeling 1. De regelgeving in de Verenigde Staten van Amerika	6
1) Independence Standards Board (ISB)	6
2) Public Oversight Board (POB)	6
3) The Securities and Exchange Commission (SEC)	7
- Revision of the Auditor's independence	7
- De extra-territoriale werking	8
- Het uitoefenen van niet-revisorale diensten	8
Afdeling 2. Regelgeving in Europa	10
1) Committee on auditing van de Europese Commissie	10
- Aanbeveling 2001/6942 van de Commissie van 16 mei 2002: Onafhankelijkheid van de met wettelijke controle belaste accountant in de EU: Basisbeginselen.	10
- Het uitoefenen van niet-controle diensten	12
2) De regelgeving in diverse Europese landen	12
- Frankrijk	12
- Verenigd Koninkrijk	13
- Nederland	14
- Duitsland	15
Afdeling 3. Regelgeving vanuit de internationale beroepsorganisaties	16
1) Fédération des Experts Comptables Européens (FEE)	16
2) International Federation of Accountants (IFAC)	17
- Re-exposure Draft Independence	17
- Het uitoefenen van non-audit diensten	18
III. De Belgische regelgeving	19
Afdeling 1. De huidige Belgische wetgeving	19
1) De onafhankelijkheidsplichten, wettelijk geregeld	19
- Familiale banden	20
2) De tuchtprocedure	20
Afdeling 2. Het wetsontwerp Corporate Governance	21
1) De totstandkoming van het wetsontwerp	21
2) De voorgestelde wijzigingen op het gebied van de onafhankelijkheid van de commissaris	22
- De afkoelingsperiode	22
- Het uitoefenen van niet-revisorale diensten door de commissaris	23
IV. Besluit	25
Bijlage 1: Een vergelijkende analyse van een aantal specifieke non-audit prestaties	Error! Bookmark not defined.
Bijlage 2: Overzicht van de inbreuken op de onafhankelijkheid overeenkomstig de jaarverslagen van het IBR	Error! Bookmark not defined.

I. INLEIDING

Afdeling 1. Ratio legis

1. *“In de werking van de vennootschap maakt het toezicht van de commissaris het sluitstuk uit van de geloofwaardigheid van de financiële verslaggeving.”*² Onafhankelijk opgestelde financiële rapportering is fundamenteel voor de betrouwbaarheid van de verslagen van de revisor. De onafhankelijke ingesteldheid van de revisor kent een dubbele doelstelling. Enerzijds kan op deze manier een objectieve audit worden gecreëerd, d.i. zonder beïnvloeding van externe factoren die de rapportering kunnen beïnvloeden. Anderzijds bevordert dit het vertrouwen van de investeerders, aandeelhouders en andere stakeholders in de financiële verslaggeving. Financiële verslaggeving vormt immers de basis van de waardering van de vennootschap en haar aandelen in de financiële markten.

2. Om de onafhankelijkheid te kunnen garanderen dient zowel de onafhankelijkheid van geest als de schijnbare onafhankelijkheid te worden nagestreefd. De onafhankelijkheid van geest omvat de ingesteldheid van de revisor om rekening te houden met overwegingen in verband met zijn revisorale opdracht. Daarnaast houdt ‘onafhankelijkheid’ verband met de veruitwendiging, met name de schijn van onafhankelijkheid. De positie van de revisor moet in de rechtsorde derwijze geconstrueerd zijn dat verhinderd wordt dat derden zijn objectiviteit in vraag zouden kunnen stellen.

3. Het beroep van commissaris (-revisor) is ontstaan als gevolg van de behoefte aan een onafhankelijk en deskundig oordeel over de financiële verslaggeving. Teneinde de investeerders meer inzicht te verschaffen omtrent het gebruik van hun financiële middelen, werd een deskundige aangesteld die op een objectieve en onafhankelijke manier de controle van de financiële informatie dient waar te nemen. Naast de strikt controlerende functie, werd de revisor steeds vaker ingeschakeld om andere functies binnen de vennootschap waar te nemen. Wegens zijn kennis en ervaring binnen de vennootschap en de nauwe samenwerking met het bestuur van de vennootschap, is de revisor immers zeer geschikt om advies- of andere bijstand te verlenen. Hierdoor zou een onafhankelijke beoordeling van de revisor evenwel in het gedrang kunnen komen. Ook de expansie van de multi-disciplinaire organisaties heeft deze problematiek beïnvloed. Het verlenen van niet-revisorale diensten is immers uitgegroeid tot één van de belangrijkste, en meest winstgevendende afdelingen binnen deze multi-disciplinaire organisaties. Minstens de schijn van onafhankelijkheid kan hierdoor in het gedrang komen.³ Door deze en andere gewijzigde omstandigheden bleek de noodzaak om de regels voor de onafhankelijkheid duidelijker af te bakenen en te verscherpen.⁴ Dit debat

²Wetsontwerp houdende de wijziging van het Wetboek van vennootschappen als van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnamebiedingen (hierna: Wetsontwerp Corporate Governance), *Parl. St. Kamer* 2000-2001, Doc. 50 1211/001, p. 10, zie: <http://www.kamer.be>.

³ Voor een overzicht van de gevolgen van de groei van de adviesverlening binnen multi-disciplinaire organisatie: A.J. BINDENGA, “De adviesverlening van de controlerende accountant”, *Ondernemingsrecht* 2001/3, 58 - 61.

⁴ Instituut der Bedrijfsrevisoren (IBR), *Jaarverslag 2000*, 15; Zie ook: NT, “Regering verscherpt de regels voor onafhankelijkheid commissaris”, *F.E.T.* vrijdag 20 april 2001.

werd mede gekleurd door de publieke aandacht rond schandalen als Lernout & Hauspie, Enron, Gazprom, HHH Insurance Limited, Waste Management ...

4. Hierna zal een overzicht worden gegeven van de nationale en belangrijkste internationale initiatieven met betrekking tot het bewaren van de onafhankelijkheid van de commissaris. Specifiek zal hierbij de aandacht worden gevestigd op de deelgebieden van de onafhankelijkheidsproblematiek die door de Belgische wetgever werden belicht.

Afdeling 2. Techniek van reguleren: het garanderen van de onafhankelijkheid

5. Controversieel is de vraag in welke omkadering men de regelgeving omtrent de onafhankelijkheid van de revisoren dient te vatten. Men onderscheidt hierin twee tegengestelde strekkingen.

6. Enerzijds zijn er de voorstanders van een op algemene principes steunende regeling. In deze strekking vertrekt men van een aantal algemene principes. Zij worden gevat in een vijftal risico's: het risico van eigenbelang (self-interest risk), het risico van zelfcontrole (self-review risk), het risico verbonden aan de vertegenwoordiging (advocacy risk) en het risico van familiariteit of vertrouwelijkheid (familiarity risk).⁵ Door het instellen van waarborgen of beschermingsmaatregelen⁶ kunnen deze risico's worden geminimaliseerd of uitgesloten.

Een belangrijk voordeel deze strekking is dat zij veel flexibeler is om adequaat en vooral snel te kunnen reageren op nieuwe ontwikkelingen en behoeften in het vennootschapsleven.⁷ Deze benadering houdt tevens rekening met de steeds veranderende omstandigheden in de bedrijfswereld. Ze belet dat juridische kunstgrepen de nakoming ervan zouden verhinderen. Tevens responsabiliseert ze de audit in die mate dat de revisoren zelf preventief dienen aan te wijzen op welke manier zij onafhankelijk zijn en op welke manier zij deze willen bewaren.⁸

7. Anderzijds kan men de onafhankelijkheid omschrijven aan de hand van een uitgebreid en gedetailleerd geheel van verbodsregelen. Voor de revisor kan bijgevolg geen twijfel bestaan in welke gevallen hij zich dient te onthouden van zijn revisorale opdracht. Voorstanders van een 'ruled-based' benadering argumenteren dat een zwart-wit redenering geen ruimte laat voor misverstanden of verschillende interpretaties. De gedetailleerd uitgewerkte regelen kunnen echter makkelijk worden omzeild door een letterlijke lezing van de verbodsbepaling. Bijvoorbeeld:

'Een financiële instelling in Australië geeft bepaalde derivaten uit die nauw verbonden zijn met de activiteiten van de vennootschap. Een letterlijk geïnterpreteerde regel die de auditor verbood om enig eigendomsrecht binnen

⁵ IBR, "I. De wet van 22 juli 1953 en haar uitvoeringsbesluiten", *Jaarverslag 1998*, 26.

⁶ In het Engels wordt deze term als 'safeguard' omvat. Dit kan vertaald worden als een beveiligingssysteem, een waarborg of een veiligheidsmaatregel. Het houdt in dat de commissaris zelf een gedetailleerd geheel van interne regelen dient op te stellen om de onafhankelijkheidspositie van deze laatste tegen verschillende risicofactoren te beschermen.

⁷ Committee on Auditing, *Commission Recommendation of 28 March 2001 - Statutory Auditors's Independence in the EU: A set of Fundamental Principles* (Draft), juli 2001, 8.

⁸ Fédération des Experts comptables Européens (FEE), *The conceptual approach to protecting auditor independence*, februari 2001, 5, zie: <http://www.fee.be/publications/main.htm>

de te controleren vennootschap te bezitten, zou de revisor niet verbieden om een dergelijk instrument te houden, ook al zou zijn financieel belang gelijkwaardig kunnen zijn met dat van de aandeelhouder.'

In een 'rule-based' systeem dienen de regels ook constant te worden aangepast aan nieuwe omstandigheden.

DE ONAFHANKELIJKHEID: RECHTSVERGELIJKEND BEKEKEN

Afdeling 1. De regelgeving in de Verenigde Staten van Amerika

1) Independence Standards Board (ISB)

8. Uiteenlopende visies tussen de Securities and Exchange Commission (SEC) en de American Institute Of Certified Public Accountants (AICPA) omtrent het onafhankelijkheidsvraagstuk, lagen aan basis van de oprichting van de Independence Standards Board in 1997. De opdracht van de ISB bestond er in principes van onafhankelijkheid te formuleren ter ondersteuning van het algemeen belang en ter bevordering en bescherming van het vertrouwen van de investeerders in de kapitaalmarkt.

In november 2000 werd het document *Exposure draft: Statement of Independence Concepts: A conceptual Framework for Auditor Independence*⁹ verspreid. Dit document analyseert de diverse bedreigingen voor de onafhankelijkheid, de vooropgestelde beschermingsmaatregelen, hun doeltreffendheid, alsook het aanvaardbaar niveau van onafhankelijkheid.

Het meeste bepalingen werden later geïncorporeerd in de door de SEC uitgevaardigde regelen. Om die reden zullen de regelen van de ISB niet afzonderlijk worden besproken in dit overzicht.

Op 17 juli 2001 hield de ISB op te bestaan. De doelstelling, met name oplossingen formuleren omtrent de onafhankelijkheidsproblematiek, was grotendeels verwezenlijkt.

2) Public Oversight Board (POB)

9. De Public Oversight Board houdt toezicht op de programma's van auto-regulering van de SEC Practice Section (SECPS)¹⁰, alsook van de Auditing Standards Board en de Independence Standards Board. Op vraag van de SEC, heeft de POB een werkgroep opgericht die ermee is belast om diverse auditmethodes te onderzoeken teneinde aanbevelingen te formuleren om de geloofwaardigheid van de financiële verslaggeving, het vertrouwen van de investeerders in het beroep en de efficiëntie van de kapitaalmarkten en de audits te vergroten. Deze aanbevelingen zijn terug te vinden in het document '*The Panel on audit effectiveness – report and recommendations*', gepubliceerd op 31 augustus 2000.¹¹

10. In dit rapport wordt enkel aandacht besteed aan twee specifieke thema's die de onafhankelijkheid van de auditor in het gedrang kunnen brengen. De POB heeft onderzocht of een verbod op het uitoefenen van non-audit diensten en het

⁹ Independence Standards Board (ISB), *Exposure Draft (ED 00-2) Statement of Independence Concepts , A Conceptual Framework for Auditor Independence*, november 2000, zie: <http://www.cpaindependence.org>.

¹⁰ Dit werd opgericht in 1977 door het American Institute of Certified Public Accountants (AICPA).

¹¹ Zie: www.pobauditpanel.org/downloads/chapter5.pdf

respecteren van een afkoelingsperiode noodzakelijk zijn voor het garanderen van zowel de onafhankelijkheid van geest als de schijnbare onafhankelijkheid van de revisor.

Dit onderzoek, met betrekking tot de vijf grootste auditkantoren¹² toonde onder meer aan dat de verhouding voor het uitvoeren van revisorale opdrachten (Accounting and Auditing) ten opzichte van adviesverlenende taken is gedaald van 6 op 1 (1990) tot 1,5 op 1 (1999). Dit betekent dat de opbrengsten en dus de aantrekkingskracht die voortvloeien uit het uitvoeren van non-audit diensten deze van de revisorale opdrachten ruimschoots overschrijden. De POB beklemtoont dat een vraag naar de schijnbare onafhankelijkheid zal blijven bestaan, zolang de auditor non-audit diensten levert aan zijn audit cliënt.

11. Onder meer uit ontevredenheid met de manier waarop de SEC de ENRON-crisis heeft benaderd, ontbond de POB zichzelf op 20 januari 2002. Alvorens definitief zijn werkzaamheden te beëindigen, heeft hij een document uitgevaardigd, getiteld *The Road to Reform, A White Paper From The Public Oversight Board on Legislation to Create a New Private Sector Regulatory Structure for the Accounting Profession*.¹³ Hierin wordt onder meer geopteerd een afkoelingsperiode van twee jaar en een verplichte rotatie van het mandaat na zeven jaar in te lassen in de Amerikaanse regelgeving. De POB achtte het nog steeds niet noodzakelijk een verplicht verbod voor het uitvoeren van niet-revisorale diensten op te leggen.¹⁴

3) The Securities and Exchange Commission (SEC)¹⁵

- *Revision of the Auditor's independence*

12. Op 21 november 2000 heeft de Securities and Exchange Commission nieuwe definitieve voorschriften uitgevaardigd onder de naam 'Revision of the Commission's Auditor Independence'. Deze regels traden in werking op 5 februari 2001.¹⁶

De 'federal securities laws' voorzien enkel dat de verspreiding van financiële informatie goedgekeurd of gecontroleerd wordt door een onafhankelijke auditor. De SEC heeft daarom, voor de ondernemingen die aan haar toezicht zijn onderworpen, een uitgebreide lijst van detailregelen gepubliceerd die de 'onafhankelijkheid' van de auditor kunnen hypothekeren. Ze vertrekt hierbij van vijf niet-limitatieve omstandigheden waarin de onafhankelijkheid van de auditor (niet) langer kan worden gegarandeerd omwille van:

- Financiële verbondenheid (Financial Relationship)
 - ⇒ Investerings in de audit cliënt, in het bijzonder aandelen in de gecontroleerde vennootschap

¹² K.P.M.G., Deloitte & Touche, Ernst & Young, Arthur Andersen en PriceWaterHouseCoopers.

¹³ Zie: POB, *The Road to Reform, A White Paper From The Public Oversight Board on Legislation to Create a New Private Sector Regulatory Structure for the Accounting Profession*, 19 Maart 2002.

¹⁴ Het is niet duidelijk in welke mate deze aanbevelingen zullen worden opgenomen in de Amerikaanse regelgeving.

¹⁵ SEC, "Revision of the Commission's Auditor Independence", Release Nos. 33-7919, 34-43602, 35-27279, IC-24744, IA-1911, FR-56, File No. S7-13-00, 27 December 2000, CCH SEC Docket, Vol. 73 N° 15, 1917; zie: <http://www.sec.gov/rules/final.shtml>.

¹⁶ De regelgeving van de SEC is niet toepassing op auditkantoren die controle uitvoeren op vennootschappen die geen publiek beroep doen op het openbaar spaarwezen, in het bijzonder op de Small and Medium Enterprises (SME's).

- ⇒ Financiële belangen zoals leningen van cliënten, bank- en spaarrekeningen, effectenrekeningen, kredietkaarten, verzekeringsprodukten, ...
- ⇒ Bepaalde van de auditor onafhankelijke uitzonderingen, bv. erfenissen en geschenken, new audit engagement, employee compensation and benefit plans
- Verbondenheid van tewerkstelling (Employment Relationship)
- Zakelijke verbondenheid (Business Relationship)
- Het verlenen van bepaalde non-audit diensten (zie infra randnr. 17)
- Het verkrijgen van resultaatsgebonden vergoedingen (Contigent fee).

- *De extra-territoriale werking*

13. De door de SEC opgestelde regelgeving bezit een internationaal karakter. Deze regels zijn opgesteld lastens 'statutory auditors of SEC registrants'. Dit betekent dat alle auditors, en auditkantoren die de financiële verslaggeving van de onder het toezicht van de SEC ressorterende vennootschappen controleren, onderworpen zijn aan deze 'onafhankelijkheidsregels' van de SEC. De in België gevestigde revisor die bv. de jaarrekeningen controleert van een op de New York Stock Exchange genoteerde moedervernootschap van Belgische dochtervennootschappen, zal onderworpen zijn aan de SEC-rules. Indien deze revisor tevens onderworpen is aan de Belgische wetgeving terzake, lijkt het niet uitgesloten dat conflicterende normen kunnen ontstaan.

De definitie van *Accounting Firm* omvat een tweede element van extra-territorialiteit. Hieronder worden immers *the associated entities, including those located outside the United States* begrepen.¹⁷ Onder meer buitenlandse dochtervennootschappen zullen dus de SEC-rules dienen te respecteren. Ook voor de Europese auditors dringt zich dus een met de SEC conforme, minstens niet conflicterende regelgeving op.

- *Het uitoefenen van niet-revisorale diensten*

14. De SEC treedt streng op om adviesverlenende prestaties ten gunste van de auditcliënt te verbieden.¹⁸ Behoudens uitzonderingen voor bepaalde sectoren of voor prestaties met een uitzonderlijk karakter die gedurende korte termijn worden verricht, zijn de volgende niet-revisorale activiteiten verboden:

- 1) Het voeren van de boekhouding of andere diensten verbonden aan rekeningen of financiële staten. Ook het voorbereiden of het opstellen van essentiële gegevens voor de financiële verslaggeving worden hier onder begrepen. Uitzonderingen hierop dienen uiterst beperkt te worden geïnterpreteerd. Enkel in geval van hoogdringendheid en op voorwaarde dat de auditor geen leidinggevende functie of een taak met beslissingsbevoegdheid uitoefent, kan een dergelijke dienst door de auditor verschaft worden.
- 2) Het opzetten en implementeren van informaticasystemen. Het is voor de auditor verboden om informaticasystemen te beheren en rechtstreeks of onrechtstreeks

¹⁷ Rule S-X, §2.10, 2-01 (f) (2) Code of Federal Regulations.

¹⁸ In het opstellen van die negen verboden diensten heeft de SEC getracht bestaande regelen afkomstig van de SEC zelf, de AICPA en de SECPS te codificeren.

te controleren.¹⁹ Deze verbodsbepaling is niet voor het optimaliseren van de systemen omwille van fouten die aan het licht komen in het kader van de interne auditcontroles en de controle van het risicobeheer.²⁰

- 3) Het waarden of evalueren van waarderungen door een derde uitgevoerd (met inbegrip van "fairness opinions"). Indien het resultaat van deze diensten (individueel of gezamenlijk) een essentiële invloed vertoont op het resultaat van de jaarrekeningen of indien de auditor de door hem uitgevoerde waardering dient te controleren, zijn deze diensten aan het verbod onderworpen.
- 4) Het uitvoeren van actuariële opdrachten. Deze dienstverlening wordt verboden voor zover ze betrekking heeft op het beleid van de verzekeringsmaatschappij inzake reserves of aanverwante rekeningen.²¹
- 5) Het uitvoeren van interne audit prestaties. Dergelijke diensten zijn toegelaten voor zover het aantal gepresteerde uren beperkt blijft tot 40% van het totaal aantal uren van interne audit, verricht door een vennootschap. De regel geldt niet voor vennootschappen waarvan het totaal van activa minder dan 200 miljoen USD bedraagt. Diensten van operationele interne audit die geen verband houden met de controlewerkzaamheden van de auditor, de financiële systemen of de financiële staten, zijn eveneens verboden.
- 6) Het uitoefenen van leidinggevende functies. Het is de auditor verboden om noch tijdelijk, noch op vaste basis, de functie van directeur, lid van het dagelijks bestuur of raad van bestuur van de te controleren vennootschap op te nemen. De revisor mag tevens geen beslissingsbevoegdheid, noch een functie van toezicht of controle binnen de audit-cliënt waarnemen.
- 7) Het interveniëren op vlak van het "human resources" management. De auditor treedt niet onafhankelijk op indien hij zoekt naar kandidaten om leidinggevende functies binnen de vennootschap op te nemen, test- en evaluatieprogramma's voor het personeel uitwerkt, als onderhandelaar optreedt voor de te reviseren vennootschap en een bepaalde persoon voor een bepaalde functie aanbeveelt. Dit geldt ook voor diensten van "interim-management".
- 8) Optreden in naam van de gecontroleerde cliënt bij de beslechting van rechtsgeschillen. Aan de gecontroleerde vennootschap mogen geen diensten waarvoor men moet gemachtigd zijn om op te treden voor een Amerikaans rechtscollege, worden verstrekt.
- 9) Het leveren van financiële diensten van uiteenlopende aard. Een auditor mag niet optreden als tussenpersoon, promotor of borg voor de (effecten van de) te controleren vennootschap²².

Ondanks de uitgebreide lijst van verboden dienstverlening, heeft de SEC duidelijk niet gekozen een algemeen verbod op te leggen voor het uitvoeren van

¹⁹ Deze dienstverlening is wel toegelaten indien het management van de onderneming: (i) ten behoeve van de auditor en van het auditcomité haar aansprakelijkheid verduidelijkt wat betreft de beslissing om een systeem van interne controle uit te bouwen en in stand te houden; (ii) bevoegde personeelsleden aanwijst voor elke besluitvorming betreffende het opzetten en het invoeren van systemen van hardware of software; (iii) alle betekenisvolle beslissingen in verband met het IT-project neemt; (iv) de aanvaardbaarheid en de resultaten van het IT-project evalueert; (v) niet op het werk van de auditor steunt om uit te maken in welke mate haar systeem van financiële verslaglegging aanvaardbaar is. De honoraria uitbetaald aan de auditor voor deze dienstverlening, dienen openbaar te worden gemaakt.

²⁰ Vanzelfsprekend geldt dit niet indien de auditor optreedt in de hoedanigheid van werknemer van de te controleren vennootschap en daar een leidinggevende functie uitoefent.

²¹ Actuariële diensten mogen wel worden verstrekt indien de geauditeerde vennootschap eigen actuarissen of een derde actuaaris aanstelt, de directie de verantwoordelijkheid opneemt wat de actuariële methodes en hypothesen betreft, de auditor niet continu betrokken is.

²² Rule S-X § 210.2-01 (c) (4) Code of Federal Regulations.

adviesverlenende activiteiten binnen te controleren vennootschappen. Voor elk van deze diensten omschrijft de SEC tevens specifieke uitzonderingen in de welke de onafhankelijkheid van de auditor niet in het gevaar komt.

15. Daarnaast heeft de SEC geopteerd één algemene uitzondering in te lassen voor het niet naleven van de door de SEC opgestelde onafhankelijkheidsregels. De onafhankelijkheid komt niet in het gedrang indien (i) de auditor geen weet had van de omstandigheden die de onafhankelijkheid in het gedrang konden brengen en (ii) de auditor deze inbreuk, onder de gegeven omstandigheden, zo snel mogelijk heeft rechtgezet. Het auditkantoor dient tevens een kwaliteitscontrolesysteem op te zetten dat redelijke waarborgen biedt om de onafhankelijkheid van het auditkantoor en van de daar tewerkgestelde personen te garanderen. Deze verplichting geldt ook voor de werknemers van het auditkantoor die buiten de Verenigde Staten werkzaam zijn.^{23,24}

16. Het lijkt echter niet onwaarschijnlijk dat deze nog jonge regelgeving zal worden herzien in het licht van het Enron-schandaal.

Afdeling 2. Regelgeving in Europa

1) Committee on auditing van de Europese Commissie

- Aanbeveling 2001/6942 van de Commissie van 16 mei 2002: Onafhankelijkheid van de met wettelijke controle belaste accountant in de EU: Basisbeginselen.²⁵

17. Het principe van onafhankelijkheid lag reeds vervat in de Achtste Richtlijn inzake de toelating van personen, belast met de wettelijke controle van boekhoudbescheiden.²⁶ De concrete invulling werd aan de lidstaten zelf overgelaten onder meer omdat men geen overeenstemming kon bereiken omtrent de inhoud van het begrip onafhankelijkheid. Gelet op de internationalisering en vooral de verscheidenheid van het wetgevend optreden in de verschillende lidstaten,²⁷ heeft de Europese Commissie deze problematiek opnieuw op haar agenda geplaatst.²⁸ Het EU Comité Accountantscontrole heeft een ontwerp van aanbeveling voorbereid omtrent de onafhankelijkheid van de wettelijke controleurs van de jaarrekeningen.²⁹ In de nasleep van het Enron-schandaal opteerde de Commissie vooralsnog een afkoelingsperiode van twee na het einde van het mandaat op te nemen in de aanbeveling. Deze aanbeveling werd op 16 mei 2002 goedgekeurd.

²³ Rule S-X § 210.2-01 (d) (1) - (3) Code of Federal Regulations.

²⁴ Auditkantoren die jaarlijks meer dan 500 vennootschappen reviseren, zijn aan strengere verplichtingen onderworpen. (Rule S-X § 210.2-01 (d) (4) Code of Federal Regulations)

²⁵ Terminologisch gezien, nogal een ongelukkige vertaling van 'Commission Recommendation 2001/6942 - Statutory Auditors' Independence in the EU: A Set of Fundamental Principles', zie: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/audit/official/index.htm.

²⁶ Artikel 23 en 24 van de Achtste Richtlijn 84/253/EEG van de Raad van 10 april 1984 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag inzake de toelating van personen, belast met de wettelijke controle van boekhoudbescheiden, *PB. L.* 126, 12 mei 1984, 20-26.

²⁷ Onder voorbehoud van nieuwe wetgevende initiatieven, zie voor een niet-exhaustief overzicht in de wetgevingen van de landen van de Europese Unie: C. TROLLIET, *L'exercice de la Profession Comptable dans la CEE*, Paris, Edition comptables Malesherbes, 1994, 81.

²⁸ Voor een overzicht van de initiatieven genomen door de Europese Commissie inzake de onafhankelijkheid zie: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/audit/committ/index.htm

²⁹ Zie: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/audit/committ/index.htm

18. De commissie heeft geopteerd voor een aanbeveling. Op die manier kan zowel de kwaliteit als de geloofwaardigheid van het revisorenberoep geharmoniseerd en verbeterd worden zonder evenwel wetgevend te moeten optreden. Na een periode van drie jaar zal de Commissie een evaluatie maken van de omzetting van deze aanbeveling in de landen van de Europese Unie. Indien nodig, zal alsnog wetgevend worden opgetreden.³⁰ Dankzij deze vorm van normering, wordt aan de lidstaten zelf de vrijheid gelaten om bepaalde hete hangijzers reguleren. Nadeel van een aanbeveling is dat dit geen afdwingbaar karakter vertoont^{31,32}.

19. De aanbeveling wordt opgesplitst in twee delen. Afdeling A beschrijft de algemene onafhankelijkheidsvereisten waaraan de externe accountants moeten voldoen³³. Fundamenteel is het bewaren van de objectiviteit, de professionele integriteit en de onafhankelijkheid. Hierbij legt de aanbeveling de verantwoordelijkheid voor de naleving van deze onafhankelijkheidsregels in handen van de externe accountant zelf.

De aanbeveling erkent diverse bedreigingen voor de onafhankelijkheid van de externe accountant: eigenbelang, zelfcontrole, belangenbehartiging, te grote familiariteit of te vergaand vertrouwen en intimidatie. Door middel van beveiligingsmaatregelen, waaronder verbodsbepalingen, beperkingen, allerlei gedragsregels - en procedures of informatieverplichtingen zullen de bedreigingen voor de onafhankelijkheid van de externe accountant worden weggenomen of minstens worden afgezwakt. Voorbeelden van mogelijks in te stellen veiligheidsmaatregelen worden uitgebreid besproken in de aanbeveling.

In afdeling B worden vervolgens een aantal specifieke, niet-limitatieve onafhankelijkheidsbedreigende situaties onder de loep genomen. Daarbij wordt telkens ook ingegaan op de veiligheidsmaatregelen die aangewezen zijn om het onafhankelijkheidsrisico weg te werken of tot een aanvaardbaar minimum.

Het betreft volgende situaties:

- 1) Het bezit van een bestaand of potentieel, direct of indirect financieel belang in de gecontroleerde cliënt of de met deze cliënt verbonden partijen.
- 2) Zakelijke relaties tussen de *externe accountant* of het *accountantskantoor* en de *gecontroleerde cliënt*, de met deze cliënt *verbonden partijen* of het management.
- 3) Het uitoefenen van een dienstbetrekking bij de gecontroleerde cliënt.
- 4) Uitoefening van een bestuurs- of controlefunctie bij een gecontroleerde cliënt.
- 5) Indiensttreding bij het accountantskantoor.
- 6) Familiale en andere persoonlijke banden.
- 7) Niet-controlediensten.
- 8) Honoraria voor controle- en niet-controlediensten.
- 9) Rechtsgeschillen.
- 10) Hoger personeel dat lange tijd aan eenzelfde opdracht meewerkt.

³⁰ Zie considerans 15 van aanbeveling 2001/6942.

³¹ H.v.J. 13 december 1989, *Grimaldi/Fonds voor Beroepsziekten*, C-322/88, *Jur.* 1989, (4407) 4420, r.o. 13.

³² De rechtsgevolgen van een door de EG uitgevaardigde aanbeveling kennen slechts uitwerking ten aanzien van de nationale rechter, die rekening dient te houden met de in de aanbeveling gestelde regelen om duidelijkheid te verschaffen over de uitlegging van nationale bepalingen die ter uitvoering van de aanbeveling zijn opgesteld, dan wel om communautaire dwingende bepalingen aan te vullen, zie: K. LENAERTS en P. VAN HUFFEL, *Europees Recht, In hoofdlijnen*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 706, nr. 732.

³³ De regelen van deze aanbeveling zijn van toepassing op de vennoten van de auditvennootschap, de bedienden van de auditvennootschap, de leden van het auditteam, elke persoon die in het controleproces tussenkomt (deskundige) en tot slot, ook de vennoten en de werknemers van de vennootschappen die met de vennootschap in beroepsmatig samenwerkingsverband staan.

- *Het uitoefenen van niet-controle diensten*

20. Reeds in 1996 had de Europese Commissie geopteerd om geen absoluut verbod op te leggen voor het uitoefenen van non-audit diensten door auditor.³⁴

Gegeven de snelle evolutie van de financiële markten, acht de EU het niet mogelijk en wenselijk een limitatieve lijst van verbodsbepalingen op te stellen.

Met betrekking tot het uitoefenen van niet-revisorale diensten, stelt de aanbeveling vooreerst dat de accountant adviserend kan optreden voor zover hij geen beslissingen neemt in, noch dat betrokken is bij de besluitvorming van de gecontroleerde cliënt, één van de met deze cliënt verbonden partijen of het management ervan. Zelfs indien hij niet betrokken is bij de besluitvormingsproces van de gecontroleerde vennootschap of van één van de met deze cliënt verbonden partijen, moeten veiligheidsmaatregelen worden ingesteld om elke mogelijke bedreiging voor de onafhankelijkheid tot een minimum te beperken.

Vervolgens kent de Commissie in de aanbeveling aan zes adviesdiensten een voorbehoud toe, met name

- 1) Opstelling van boekhoudbescheiden;
- 2) Ontwerpen en invoeren van financiële informatietechnologiesystemen;
- 3) Diensten op het gebied van waardebeoordeling;
- 4) Deelname aan interne controle van de gecontroleerde cliënt;
- 5) Optreden in naam van de gecontroleerde cliënt bij de beslechting van (rechts)geschillen;
- 6) Indienstneming van hogere kaderleden;

Wat de overige adviesdiensten betreft, acht de Europese Commissie hen toelaatbaar, mits een aantal veiligheidsmaatregelen in acht worden genomen. In de praktijk zal de externe accountant zich genoodzaakt zien de mogelijke gevolgen van vergelijkbare maar toch afwijkende omstandigheden in te schatten en te overwegen welke veiligheidsmaatregelen moeten worden genomen om het onafhankelijkheidsrisico op een bevredigende manier te ondervangen.

2) De regelgeving in diverse Europese landen

In de volgende paragraaf wordt overzicht gegeven van de initiatieven op het gebied van de onafhankelijkheid van de wettelijke jaarrekeningcontroleur in verschillende lidstaten van de Europese Unie.

- *Frankrijk*

21. Het Comité de Déontologie de l'Indépendance des commissaires aux comptes de sociétés faisant appel public à l'épargne (CDI) werd opgericht op 2 februari 1999. Het was een gezamenlijk initiatief van de Commission des Opérations de Bourse (COB) en de Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes (CNCC). De leden, aangesteld door de twee hoger genoemde organen, dienen te onderzoeken op welke manier de onafhankelijkheid van de revisor kan bewaard worden.

³⁴ Europese Commissie, "Groenboek van de Europese Commissie inzake de rol, de positie en de aansprakelijkheid van de wettelijke jaarrekeningcontroleur in de Europese Unie", *Pb.* C. 321, 28 oktober 1996.

De zwakte van een dergelijke regeling ligt in het niet afdwingbaar karakter ervan aangezien het rapport enkel bepaalde adviezen, algemene voorstellen en aanbevelingen formuleert. Zowel de COB (Commission des Opérations de Bourse) als de CNCC (Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes) hebben zich echter verbonden de bevindingen van de CDI aan te wenden in hun regelgeving.³⁵

22. Het CDI³⁶ stelt dat acht adviesdiensten verstrekt aan de auditcliënt niet cumuleerbaar zijn met het uitvoeren van een audit controle op die cliënt.

Het betreft:

- het voeren of meewerken aan de boekhouding,
- het waarderen of evalueren,
- prestaties die een belangrijke invloed uitoefenen op het beleid van de onderneming,
- betaalde prestaties in de vorm van commissies uitbetaald door derden,
- tussenkomst in de boekhouding van de gecontroleerde vennootschap of ten minste zijn medewerking verlenen,
- financiële dienstverlening of corporate finance,
- andere prestaties die van die aard zijn dat zij een belangrijke invloed uitoefenen op het resultaat van de onderneming of die van die aard zijn dat zij aandeelhouders in belangrijke mate kunnen beïnvloeden en
- interventies op het gebied van 'human resources' management.

Andere dan deze uitdrukkelijk verboden diensten zijn in principe toegelaten. Er wordt echter nog in een voorbehoud voorzien. Zij mogen enkel worden uitgeoefend indien er geen buitensporig hoge financiële verbondenheid of vorm van financiële afhankelijkheid ontstaat. Tevens wordt er benadrukt dat de revisor zelf de verantwoordelijkheid opneemt voor het verrichten van dergelijke diensten. Bijkomend kan het instellen van sancties in geval van ernstige of herhaalde inbreuken, de onafhankelijkheid beter waarborgen.³⁷

- *Verenigd Koninkrijk*

23. In het Verenigd Koninkrijk werd deze problematiek opgevangen door het ICAEW (Institute of Chartered Accountants in England and in Wales). Naar aanleiding van een aantal gebeurtenissen in de Verenigde Staten, werden de twee rapporten opgesteld. Enerzijds werd door een werkgroep van het ICAEW een document opgesteld, getiteld '*The Review of Guidance on Auditor Independence*'. Anderzijds werd door de Joint Monitoring Union (JMU) onderzocht in welke mate de "independence compliance" procedures van alle kantoren die genoteerde vennootschappen controleren, geactualiseerd waren (*Review of compliance with Auditor Independence Guidance*).

24. Alhoewel eerder uitzonderlijk inbreuken werden vastgesteld, achtte de ICAEW het eveneens noodzakelijk de regelen omtrent de onafhankelijkheid te verfijnen. Om de regelgeving vorm te geven, wordt een conceptueel kader gebruikt. Maar de ICAEW stelt dat regelgeving alleen niet voldoende is. Op verschillende manieren

³⁵ Comité de Déontologie de l'Indépendance des commissaires aux comptes des sociétés faisant appel public à l'épargne (CDI), *Rapport Annuel 1999-2000*, 7 februari 2001, zie: <http://www.cob.fr>

³⁶ CDI, o.c., 17.

³⁷ CDI, o.c., 18.

wordt de afdwingbaarheid verstevigd.³⁸ Door middel van het verhogen van de invloed van het auditcommittee, het verscherpen van de disciplinaire procedures in het ICAEW en de onderzoeksprocedures van de JMU, en door het openbaar maken van inbreuken wordt het belang van een onafhankelijk optreden door de auditor benadrukt.

Met betrekking tot het verrichten van niet-revisorale diensten, wordt door het ICAEW een tolerante houding aangenomen. Zij vertrekt van het principe dat het verrichten van non-audit diensten is toegelaten, tenzij uitdrukkelijk anders bepaald. Sommige risico's kunnen immers niet worden opgevangen door veiligheidsmaatregelen. Indien men er toch voor opteert dit risico op te vangen door het instellen van bepaalde veiligheidsmaatregelen, dan dient men deze op een duidelijke en transparante manier uiteen te zetten. In welke mate non-audit diensten toegelaten zijn, is bijgevolg afhankelijk van de beoordeling van de specifieke omstandigheden van elk afzonderlijk geval.^{39,40}

25. Recentelijk besliste de ICAEW om haar regelgeving aan te passen aan de Europese aanbeveling. Haar aandacht zal hierbij uitgaan naar:

- het opleggen van een verplichte afkoelingsperiode van twee jaar
- een verplichte rotatie van het mandaat van auditor
- en een strengere regelgeving wat betreft het verlenen van niet-revisorale diensten door de auditor.

Een gedetailleerd uitwerkte regelgeving op basis van deze algemene principes zouden in oktober 2002 publiek worden gemaakt en mogelijks worden opgenomen in een nieuwe ethische code.⁴¹

- *Nederland*

26. In Nederland pleit het Koninklijk Nederlands Instituut van Registeraccountants (NIVRA) voor een verscherping van de regelgeving m.b.t. onafhankelijkheid en het instellen van een compliance-regeling. Het NIVRA verdedigt het standpunt dat het vervullen van zowel controle- als adviesfuncties de onafhankelijkheid van de accountant 'in wezen, noch in schijn' in gevaar mag brengen. Het NIVRA dient echter de regelgeving daaromtrent nog verder uit te werken.⁴² Alleszins pleit zij voor een duidelijke afbakening van de toegelaten en verboden controle- en adviesdiensten. Een absolute scheiding van dergelijke diensten is volgens het

³⁸ 'To operate effectively, that guidance and its importance must be understood, it must be enforced and it must be seen enforced'.

³⁹ Bij wijze van voorbeeld kan financiële dienstverlening aangehaald worden. Deze vorm van dienstverlening tast volgens de meeste instanties de onafhankelijkheid dermate aan dat deze vorm van dienstverlening wordt verboden. In Engeland en Ierland is deze vorm van dienstverlening in beperkte mate toegestaan via het instellen van een trustfiguur. De medewerkers van het auditkantoor kunnen dus bepaalde fondsen van zijn auditcliënten houden en beheren de regelen van de trust, hetgeen in de meeste andere Europese landen in ruime mate verboden is. Zie C. TROLLIET, *o.c.*, 81.

⁴⁰ Hiermee wijkt de ICAEW af van de (voorstellen tot) regelgeving in de EU, het IFAC en de SEC. In tegenstelling tot de voorstellen van de EU en het IFAC die het waarderen of evalueren van waarderingen door een derde uitgevoerd of het verschaffen van juridisch advies in principe verbieden in geval dat deze dienst wordt gematerialiseerd en het voorwerp uitmaakt van een subjectief gegeven, en in tegenstelling tot de SEC waar het uitvoeren van non-audit diensten nog stringenter wordt weergegeven, is de cumulatie van audit en non-audit diensten toegelaten, mits bepaalde voorzorgsmaatregelen in acht worden genomen.

⁴¹ Zie: http://www.icaew.co.uk/index.cfm?AUB=TB2I_33682&tb5=1.

⁴² De NIVRA zal voor de verdere uitwerking van de regelen de Aanbeveling van de Europese Commissie afwachten. Zie: R. KAMERLING en W. VERHOOG, "Onafhankelijkheid: De aanbeveling van de Europese Commissie", *de Accountant*, februari 2002, 36-41.

NIVRA niet wenselijk. In het opstellen van deze regelgeving, is het voor het NIVRA essentieel dat deze nauw aansluit bij de internationale initiatieven. Naast het huidige stelsel van collegiale toetsing en het tuchtrechtsysteem, pleit het NIVRA voor het instellen van onafhankelijk extern toezicht op de certificerende accountants binnen de beroepsorganisatie. Het toezicht zal vooral betrekking hebben op de verstrekking van licenties, de collegiale toetsing én op de naleving van de regelgeving met betrekking tot onafhankelijkheid. Enerzijds zal het toezicht leiden tot het waarborgen van de kwaliteit en de onafhankelijkheid van het beroep en anderzijds zal het zorgen voor een groter vertrouwen in het functioneren van het beroep.

Tevens beveelt de NIVRA de revisorenkantoren aan om per kantoor een "compliance officer" aan te wijzen die is belast met de bewaking van de goede werking van de maatregelen m.b.t. de onafhankelijkheid.⁴³

27. In juni 2002 heeft de NIVRA nieuwe regelgeving publiek gemaakt op het gebied van de onafhankelijkheidsvoorschriften voor de accountant.⁴⁴ De bepalingen zouden in werking treden op 1 januari 2003. De door de NIVRA uitgevaardigde voorschriften zijn gebaseerd op de aanbeveling van de Europese Commissie. Een uitzondering hierop vormt paragraaf 4.3.3. met betrekking tot het interim-management. De NIVRA oordeelt namelijk dat interim-managementopdrachten waarbij een belangrijke invloed wordt uitgeoefend op het algemene en/of financiële bestuur en beheer van de controlecliënt niet is toegestaan.⁴⁵ Deze schijnbaar enige uitzondering met de Europese Aanbeveling vloeit voort uit het typisch Nederlands karakter van dit fenomeen.

- *Duitsland*

28. In Duitsland heeft het German Government Panel on Corporate Governance zich ingelaten met de problematiek van de onafhankelijkheid van de Abschlußprüfer.⁴⁶ De regeringscommissie beklemtoont hierbij het belang om de internationale ontwikkelingen daaromtrent nauwkeurig op te volgen en desgevallend te implementeren.⁴⁷ Hieruit volgt onder meer dat de regeringscommissie omtrent diverse aspecten van het onafhankelijkheidsvraagstuk een eerder afwachtende houding aanneemt.

Om de onafhankelijkheid te kunnen garanderen, acht de commissie het noodzakelijk dat de Abschlußprüfer zelf de verantwoordelijkheid neemt om zich

⁴³ Koninklijk Nederlands Instituut van Registeraccountants (NIVRA), *Beleidsnota, 3. Onafhankelijkheid*, mei 2001, zie http://www.nivra.nl/index.asp?evaluatie%20accountantswetgeving/3_onafhankelijkheid.asp.

⁴⁴ NIVRA/NOvAA, *Onafhankelijkheid van de accountant-Concept*, juni 2002, zie: http://www.nivra.nl/Onafhankelijkheid/Onafhankelijkheid_concept%20NIVRA-NOvAA%20juni%202002.pdf.

⁴⁵ Dit risico is volgens de NIVRA namelijk bijzonder groot indien de uitgeleende medewerker van de accountantsorganisatie weet dat het bestuur in de praktijk een advies ten aanzien van de besluitvorming automatisch zonder nadere overweging zal opvolgen, ook al neemt het bestuur formeel de besluiten. In het verlengde hiervan bestaat het gevaar dat de accountant zijn eigen werk moet beoordelen.

⁴⁶ Th. BAUMS, *Bericht der Regierungskommission Corporate Governance*, Verlag Dr.Otto Schmidt, Köln, 2001, 310-316.

⁴⁷ NIEHUES meent dat enkel een volledige omzetting van de Europese aanbeveling en regelen opgelegd door de IFAC het vertrouwen in de taken vervuld door de Wirtschaftsprüfer kan herstellen en versterken. M. NIEHUES, "Unabhängigkeit der Wirtschaftsprüfer - Regulierungs- oder Vertrauensfrage?!", *BB.* 57 Jg. Heft 23, 5 juni 2002, 1.

onafhankelijk op te stellen. Zo wordt aan de te benoemen Abschlußprüfer de plicht opgelegd een 'onafhankelijkheidsverklaring' op te stellen. Alle omstandigheden die zijn onafhankelijkheid enigszins in het gedrang kunnen brengen, dienen hierin door de Abschlußprüfer te worden omschreven.

Een verbod op het uitoefenen van non-audit diensten wordt door de regeringscommissie niet wenselijk geacht. Welke diensten cumuleerbaar zijn met de controletaken van de Abschlußprüfer, zullen worden onderzocht conform de definitieve teksten van de Europese Commissie en de IFAC.

De regeringscommissie is een voorstander van openbaarmaking van de vergoedingen verkregen voor de diensten, verricht door de Abschlußprüfer. Hierbij dient een onderscheid te worden gemaakt naar gelang de vergoeding afkomstig is van het verrichten van audit, dan wel non-audit diensten. Dit verslag wordt overlegd aan de algemene vergadering der aandeelhouders, in het boekjaar voorafgaand aan de (her)aanstelling van de Abschlußprüfer. Verder is de Abschlußprüfer verplicht om alle vergoedingen verkregen voor diensten die niet werden vermeld in dit verslag, te melden aan de Aufsichtsrat.⁴⁸

Afdeling 3. Regelgeving vanuit de internationale beroepsorganisaties

3) Fédération des Experts Comptables Européens (FEE)

29. Een aantal essentiële principes inzake de onafhankelijkheid van de auditor waren reeds in 1998 het voorwerp van regelgeving.⁴⁹ In februari 2001 heeft de FEE⁵⁰ een document uitgevaardigd, getiteld '*The conceptual approach to protecting auditor independence*'.⁵¹ In dit document worden de voor- en nadelen van een conceptuele benadering versus een gedetailleerd uitgewerkte regeling nauwkeurig naast elkaar afgewogen. De FEE beklemtoont dat de afdwingbaarheid van de regelgeving van essentieel belang is in deze problematiek.

30. De meest belangrijke aandachtspunten worden hier kort aangehaald.

Banden met de gecontroleerde vennootschap: Bepaalde persoonlijke of zakenrelaties tussen de wettelijke controleur en de te controleren vennootschap kunnen leiden tot het risico zichzelf te controleren. Aangezien het instellen van waarborgen, het risico van onafhankelijkheid moeilijk kan opvangen, is het opportuun dat de auditor zich onthoudt of laat vervangen in het kader van zijn revisorale opdracht.

De relatie tussen de honoraria en de globale inkomsten van de controlevennootschap: Gelet op het op zijn minst schijnbaar risico voor het verlies van zijn objectiviteit via eigenbelang, te wijten aan een te grote afhankelijkheid van één enkele cliënt, mag de auditor geen opdracht aanvaarden van de

⁴⁸ Opvallend in de Duitse wetgeving is de rotatie van het mandaat van revisor na een periode van tien jaar van revisorale opdracht binnen een bepaalde genoteerde vennootschap (§ 319 Abs. 3 Nr. 6 HGB). Zie: H.F. GELHAUSEN, "Reform der externen Rechnungslegung und ihrer Prüfung durch den Wirtschaftsprüfer", AG 1997, 75.

⁴⁹ Fédération des Experts-Comptables Européens (FEE), *Indépendance et Objectivité du Contrôleur légal des Comptes - Corps de principes essentiels pour l'orientation de la profession européenne*, juli 1998; Zie ook: Instituut der Bedrijfsrevisoren, *De rol, het statuut en de aansprakelijkheid van de wettelijke rekeningcontroleur in de Europese Unie*, 1997, Studies IBR, 49-101.

⁵⁰ Deze organisatie groepeerd en vertegenwoordigt de Europese accountants. Zie: <http://www.fee.be/secretariat/Introduction.htm>.

⁵¹ FEE, *The conceptual approach to protecting auditor independence*, februari 2001.

vennootschap die staat voor een onverantwoord groot aandeel van de bruto-inkomsten van het auditkantoor.

Honoraria voor de wettelijke controle: Elk jaar opnieuw dienen afspraken te worden gemaakt over de grondslag voor de berekening van de honoraria voor de controlewerkzaamheden van de auditor. De kost moet variëren naargelang enkele onverwachte factoren in de werkzaamheden. Er mag nooit een overeenkomst worden afgesloten waarbij het bedrag van de honoraria in verband wordt gebracht met het resultaat van de controlewerkzaamheden. Dit geldt eveneens voor het verstrekken van andere dan de revisorale diensten.

Gelijktijdige verstrekking van andere dan controlediensten aan de cliënten van de wettelijke controleur: De FEE is geen voorstander van een absoluut verbod voor het uitoefenen van niet-revisorale diensten. Om de onafhankelijkheid te kunnen garanderen, stelt de FEE voor dat de cliënt-vennootschap over interne documentatieprocedures zou beschikken. Deze documenten dienen de door de vennootschap in te stellen procedures voor het verkrijgen van niet-revisorale diensten te bevatten. Deze documentatie zou het bewijs kunnen leveren dat de keuze van de verstrekkers van andere diensten is gebeurd op basis van objectieve criteria. Dit kan eventueel ook doorgetrokken worden naar de benoeming van de revisor toe. Volgens de FEE verdient deze oplossing voorkeur boven het invoeren van regels inzake de openbaarmaking van de aan de wettelijke controleur betaalde honoraria voor het verstrekken van niet-controlediensten. Zij deed dit in navolging van een rapport van de SEC uit 1981. Hierin kwam de SEC tot de conclusie dat een eenvoudige berekening van de verhouding tussen de honoraria voor wettelijke controle en de honoraria voor ander niet-revisorale diensten geen reëel beeld gaf van de risico's voor de objectiviteit en de onafhankelijkheid van de revisor.

4) International Federation of Accountants (IFAC)

- *Re-exposure Draft Independence*

31. In juni 2000 heeft het ethisch comité van de IFAC (International Federation of Accountants) een ontwerp tot wijziging van de ethische code betreffende de onafhankelijkheid uitgebracht. Op 12 november 2001 werd dit ontwerp door het bestuursorgaan van de IFAC goedgekeurd.

De door de IFAC opgestelde regelen zijn van internationale aard. Zij dienen door de verschillende leden van de IFAC⁵² in hun regelgeving te worden geïmplementeerd. Het is niet toegelaten dat een lid van de IFAC minder strenge regelen zou toepassen dan deze uiteengezet in de ethische code.

32. Uiterlijk vertoont deze regeling een sterke gelijkenis met de Europese aanbeveling. Een eerste deel van het document behandelt de manier van reguleren. De IFAC koos voor een conceptueel framework. Vijf mogelijke risico's op onafhankelijkheid worden door de IFAC onderscheiden: het risico van eigenbelang (self-interest threat), het risico van zelfcontrole (self-review threat), het risico verbonden aan de vertegenwoordiging (advocacy threat), het risico van familiariteit of vertrouwen (familiarity threat) en tot slot het risico op intimidatie (intimidation risk). In bepaalde gevallen kunnen enkel verbodsbepalingen

⁵² De IFAC is de internationale organisatie die de nationale instellingen der revisoren groepeerd.

uitsluitel bieden zoals het houden van enig financieel belang (tenzij het van onbeduidende aard is) en het onderhouden van zakelijke relaties met de cliënt. Volgens de IFAC kunnen alle andere situaties opgevangen worden door het instellen van beschermingsmaatregelen.⁵³

Een tweede deel analyseert enkele specifieke omstandigheden waarin de onafhankelijkheid in het gedrang komt:

- 1) Het houden van enig (direct of indirect) financieel belang in de controlecliënt. (Financial interests in the assurance client, loans and guarantees)
- 2) Zakelijke verbondenheid (Close Business relationship with an assurance client)
- 3) Familiale en andere persoonsgebonden relaties (Family and personal relationships)
- 4) Verbondenheid van tewerkstelling (Employment with an assurance client)
- 5) Een vroegere, pas afgelopen, dienstverlening bij de cliënt (Recent service with an assurance client)
- 6) Dienstverlening als een lid van het dagelijks bestuur of raad van bestuur binnen de controlecliënt (Serving as an officer or as a director on the board of an assurance client)
- 7) Gedurende een lange periode in dezelfde te controleren vennootschap de controle uitoefenen (Long association of senior personnel with an assurance client)
- 8) Het verlenen van bepaalde non-audit diensten (Provision of non-assurance services to an assurance client) (supra nr. 35)
- 9) Vergoedingen en honoraria (Fees and pricing)
- 10) Gastvrijheid en geschenken (Gifts and hospitality)
- 11) Optreden in een hangend of dreigend rechterlijk geding (Actual or threatened litigation)

- *Het uitoefenen van non-audit diensten*

33. De IFAC beklemtoont het belang van de ervaring en de expertise van de controlerende accountant in de te controleren vennootschap. Om die reden is het totaal verbod voor het uitoefenen van niet-revisorale diensten niet wenselijk. De IFAC meent dat zowel de vennootschap als de controlerende accountant er immers voordeel uit halen. Omtrent de uitoefening van deze diensten wordt een drieledige structuur gehanteerd. Een eerste reeks betreft diensten die uitdrukkelijk als niet verenigbaar met het beroep van accountant worden geacht. Het onderhouden van enige leidinggevende functie binnen de vennootschap wordt hieronder begrepen. Een tweede categorie van diensten moet individueel, per dienst, beoordeeld worden. Indien de bedreiging onbeduidend is, kunnen deze diensten worden uitgeoefend mits een aantal beschermingsmaatregelen worden opgesteld. Tot slot, bestaat de derde categorie uit een aantal niet-revisorale diensten die worden toegelaten mits bepaalde beschermingsmaatregelen worden ingezet.

34. De IFAC beschrijft vervolgens enkele voorbeelden van niet-revisorale diensten en de veiligheidsmaatregelen die mogelijk kunnen worden ingesteld:

⁵³ Zij kunnen immers niet het voorwerp uitmaken van adequate beschermingsmaatregelen.

- 1) Het opstellen van financiële en boekhoudkundige informatie: mits het instellen van bepaalde waarborgen, is deze dienstverlening toegelaten indien men geen bestuurs- of beheersbeslissingen neemt.
- 2) Waarderen of evalueren: indien deze dienstverlening in belangrijke mate de te controleren financiële informatie beïnvloed, of indien het in belangrijke mate onderhevig is aan een subjectief oordeel, dient de accountant zich te onthouden van het verstrekken van deze diensten.
- 3) Interne audit prestaties: deze dienstverlening dient afzonderlijk te worden geëvalueerd om te kunnen beoordelen of eventuele beschermingsmaatregelen de risico's kunnen opvangen.
- 4) IT dienstverlening: indien bepaalde waarborgen nageleefd worden - waaronder het opstellen van interne controlesystemen, het feit dat de accountant zich niet mag inlaten met beleidsbeslissingen... - is deze vorm van dienstverlening toegelaten.
- 5) Tijdelijke tewerkstelling bij de auditcliënt: deze dienstverlening dient afzonderlijk te worden geëvalueerd, om te kunnen beoordelen of eventuele beschermingsmaatregelen de risico's kunnen opvangen. Geen leidinggevende functies of beslissingen mogen in deze worden (op)genomen.
- 6) Optreden of bijstaan van een cliënt in de oplossing van een geschil of gerechtelijke procedure: factoren zoals het bedrag van het geschil, de graad van subjectiviteit en rol van het kantoor in het geschil, beïnvloeden de mogelijke beveiligingsmaatregelen die dienen te worden ingesteld ter bescherming van de onafhankelijkheid.
- 7) Juridische dienstverlening: de mate waarin de dienstverlening onafhankelijk van het auditteam werd opgesteld en de invloed hiervan op de financiële informatie is van essentieel belang voor het toelaten van deze vorm van dienstverlening.
- 8) Aanwerven van leidinggevend personeel voor de auditcliënt: indien de uiteindelijke beslissing voor het aanwerven van het personeel in handen blijft van de auditcliënt, is het, mits het instellen van waarborgen, toegelaten dit soort van dienstverlening uit te oefenen.
- 9) Corporate finance en soortgelijke dienstverstrekking: in een aantal gevallen, waaronder het promoten, beheren of onderschrijven van aandelen, is deze vorm van dienstverlening niet toegelaten. In alle andere gevallen kunnen waarborgen dit risico opvangen.

DE BELGISCHE REGELGEVING

Afdeling 1. De huidige Belgische wetgeving

5) De onafhankelijkheidsplichten, wettelijk geregeld

35. De regels van de beroepsethiek, in het bijzonder met betrekking tot de onafhankelijkheid van de bedrijfsrevisor worden gegarandeerd door zowel de Wet van 22 juli 1953 houdende de oprichting van een Instituut der Bedrijfsrevisoren,⁵⁴ als het K.B. van 10 januari 1994 betreffende de plichten van de bedrijfsrevisoren⁵⁵.

⁵⁴ Wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut der Bedrijfsrevisoren, B.S. 2 september 1953, zoals gewijzigd door de wet van 21 februari 1985, B.S. 28 februari 1985.

⁵⁵ K.B. van 10 januari betreffende de plichten van de bedrijfsrevisoren, B.S. 18 januari 1994; Erratum B.S. 22 januari 1994.

Artikel 7bis, 4° W. 22 juli 1953 vermeldt dat de bedrijfsrevisor geen werkzaamheid mag uitoefenen die onverenigbaar is met de waardigheid en de onafhankelijkheid van zijn beroep. Artikel 8 voegt hieraan toe dat 'bij het vervullen van de hem toevertrouwde controletaak, de revisor in volledige onafhankelijkheid handelt van de betrokken personen, vennootschappen en instellingen.' Tot slot beklemtoont artikel 18ter, 3° dat het Instituut der Bedrijfsrevisoren er op zal toezien dat de bedrijfsrevisoren zich met de nodige zorg en in volledige onafhankelijkheid kwijten van de hun toevertrouwde controleopdrachten en geen werkzaamheden uitoefenen die onverenigbaar zijn met de waardigheid of de onafhankelijkheid van het beroep. Tevens wordt in een tuchtprocedure voorzien (infra nr. 36).

Deze algemeen geldende principes van beroepsethiek voor de bedrijfsrevisoren worden verduidelijkt in de artikelen 8 t.e.m. 12 van het K.B. 10 januari 1994. Deze artikelen omvatten onder meer de volgende risico's:

- Familiale banden
- Financiële verbondenheid
- Financiële afhankelijkheid
- Het opnemen van enige bestuurs- of beheersfuncties binnen de te controleren vennootschap
- Het uitoefenen van andere dan revisorale diensten

Deze voorschriften om de onafhankelijkheid te bewaren zijn eveneens van toepassing op de commissarissen. Overeenkomstig artikel 133 W. Venn. dienen zij zich te onthouden van hun revisorale opdracht indien zij zich in een positie bevinden die de onafhankelijkheid in het gedrang kan brengen. Indien de onafhankelijkheid niet kan worden verzekerd alvorens de betrokkene wordt aangesteld, kan deze laatste niet tot commissaris worden benoemd. Ook hun medewerkers zijn aan deze regeling onderworpen.

Artikel 134 W. Venn. vereist vervolgens transparantie van de opdracht en vergoedingen uitbetaald voor 'uitzonderlijke werkzaamheden'.⁵⁶ De bezoldiging van dergelijke werkzaamheden is slechts geoorloofd voor zover aan deze verplichting is voldaan. Dit betekent eveneens dat er geen algemeen verbod bestaat op het uitoefenen van niet-revisorale diensten.⁵⁷

6) De tuchtprocedure

36. De tuchtprocedure wordt nauwkeurig beschreven in het K.B. 10 januari 1994. Een tuchtprocedure kan worden ingeleid tegen een revisor wegens het niet naleven van de normen of wegens gebrek aan onafhankelijkheid. De klacht wordt ingediend door de Raad van het Instituut, door de Hoge Raad van de Economische Beroepen of door de Procureur Generaal.⁵⁸

In de jaarverslagen van het IBR worden de disciplinaire beslissingen van deze tuchtcommissie en de commissie van beroep gepubliceerd. Dit stelt ons in de mogelijkheid de inbreuken te onderzoeken op deze verbodsbepalingen.

⁵⁶ Deze verplichting geldt ook voor de persoon met wie de commissaris een arbeidsovereenkomst heeft afgesloten of met wie hij beroepshalve in verband van samenwerking staat.

⁵⁷ Voor een overzicht van de toegelaten niet-revisorale diensten zie: K. AERTS, *Taken en aansprakelijkheden van commissarissen en bedrijfsrevisoren*, Gent, Larcier, 2002, p. 45-49, nr. 42-47.

⁵⁸ Voor een uitgebreide beschrijving van de tuchtprocedure, opgelegd aan bedrijfsrevisoren, zie: B. TILLEMANS, "Tuchtrechterlijke aansprakelijkheid van de commissaris: overzicht van de tuchtrechtspraak en de adviespraktijk van de Raad van het I.B.R.", *Studiedag KULeuven*, 13 maart 2002.

Slechts een beperkt aantal inbreuken werden aanhangig gemaakt bij de tuchtcommissie. De meeste zaken betroffen verboden vormen van reclamevoering of het niet betalen van de bijdragen.

Uit dit onderzoek dat alle procedures inzake onafhankelijkheid repertorieert over de laatste 13 jaar, blijkt dat er in het totaal zo'n 20 gevallen zijn (geweest) waarin de revisoren werden vervolgd wegens schending op het onafhankelijkheidsbeginsel.⁵⁹ Tijdens deze periode waren er gemiddeld 1000 revisoren ingeschreven op de tabel van het Instituut. Dit betekent een ratio van 1,5 pro mille. De verklaring van dit verschijnsel kan niet enkel gevonden worden in de strikte naleving van de onafhankelijkheidsvereisten door de revisoren. Eén van de mogelijke verklaringen is dat de inbreuken op de principes van onafhankelijkheid dikwijls slechts aan het licht komen op het tijdstip dat de vennootschap in moeilijkheden is geraakt. Voor een belanghebbende partij, zoals een investeerder is het niet steeds eenvoudig noch lonend inbreuken vast te stellen en te rapporteren. Een systematische controle op het bewaren van de onafhankelijkheid door de revisoren door een van het beroep volledig onafhankelijk ingesteld orgaan, schijnt, gezien het huidige wantrouwen in het beroep, wenselijk. Het is eveneens opvallend dat de sanctie in eerste aanleg (dikwijls een schorsing van 3 maanden), in alle gevallen in beroep werd gereduceerd. Een extern orgaan zou op het gebied van de onafhankelijkheid van de revisor op zijn minst de schijn van onafhankelijkheid naar derden toe kunnen garanderen.

Afdeling 2. Het wetsontwerp Corporate Governance

7) De totstandkoming van het wetsontwerp

37. Op 20 maart 2000 overhandigde de Commissie Corporate Governance haar verslag aan de Eerste Minister. Dit verslag bevat bepalingen voor het garanderen van de onafhankelijkheid van de revisor. Door de Commissie wordt voorgesteld een verbod op te leggen voor het uitoefenen van andere dan audit diensten. Tevens stelt de commissie in haar verslag dat het de commissaris moet verboden worden elke functie, opdracht of mandaat bij een vroeger geauditeerde vennootschap te aanvaarden of uit te oefenen voor een termijn van twee jaar te rekenen na de beëindiging van zijn mandaat van commissaris (afkoelingsperiode). Op 22 september 2000 werd een voorontwerp van wet, gebaseerd op de bevindingen van de commissie De Grauwe, door de ministerraad goedgekeurd. Het advies van diverse instanties, waaronder de Commissie voor het Bank- en Financieuzen en de Hoge Raad voor Economische Beroepen, werd ingewonnen. Na enkele wijzigingen, op aangeven van deze instanties te hebben ingevoegd, heeft de Regering het wetsontwerp op 23 april 2001 bij de Kamer⁶⁰ ingediend. Op 18 april 2002 werd de tekst, na het voorwerp te zijn geweest van tal van amendementen,

⁵⁹ Vergelijk: in een periode van zes jaar (1995-2001) werden 72 tuchtdossiers behandeld. Informatie zie: IBR, *De vertrouwenscrisis omtrent deugdelijk bestuur en bedrijfsrevisoraat*, 20 februari 2002, <http://www.iec-iab.be/ned/ibr/>.

⁶⁰ Wetsontwerp houdende de wijziging van het Wetboek van vennootschappen als van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnamebiedingen (hierna: Wetsontwerp Corporate Governance), *Parl. St. Kamer 2000-2001*, Doc. 50 1211/001, p. 10, zie: <http://www.kamer.be>.

aangenomen door de Kamer van Volksvertegenwoordigers en overgezonden aan de Senaat.⁶¹

8) De voorgestelde wijzigingen op het gebied van de onafhankelijkheid van de commissaris

- *De afkoelingsperiode*⁶²

38. Om de onafhankelijkheid van de commissaris beter te kunnen garanderen, heeft de Belgische wetgever geopteerd het principe van een afkoelingsperiode op te nemen in artikel 133, lid 3 W. Venn. De bepaling opgenomen in het wetsontwerp luidt: *“Zij kunnen gedurende een tijdvak van twee jaar na het einde van hun mandaat van commissaris, noch in de vennootschap die aan hun controle is onderworpen, noch in een daarmee verbonden vennootschap of persoon zoals bepaald in artikel 11, een mandaat van bestuurder, zaakvoerder of enige andere functie aanvaarden”*.

Aangezien niet steeds tuchtrechtelijk kan worden ingegrepen, heeft de wetgever geopteerd dergelijke strafbepaling in artikel 170 W. Venn op te nemen. Personen die in de loop van twee jaar, na het einde van hun mandaat van commissaris, een mandaat aanvaarden van een bestuurder, zaakvoerder of enige andere functie in de vennootschap die onderworpen was aan hun toezicht of in een daarmee verbonden vennootschap of persoon, worden gestraft met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met een geldboete van 250 euro tot 50.000 euro of met een van die straffen alleen.

39. Vanuit rechtsvergelijkend oogpunt wordt het principe van de afkoelingsperiode als garantie voor de onafhankelijkheid uiteenlopend beoordeeld. In het kader van deze uiteenzetting wordt het niet opportuun geacht deze standpunten uitgebreid weer te geven. Tot voor kort kende enkel de Franse wetgeving een dergelijke regeling. Overeenkomstig artikel L 225-225 Code Commerce wordt een dergelijk verbod opgelegd voor een periode van vijf jaar te rekenen vanaf het beëindigen van de controleopdracht.⁶³

De meeste internationale instellingen, zoals de SEC, de ISB, de FEE en de Europese Commissie achtten het niet opportuun een dergelijk principe verplicht op te leggen aan zijn leden of onderdanen. De risico's die zouden voortvloeien uit het tewerkstellen van een voormalige commissaris in een gecontroleerde vennootschap, konden volgens hen worden opgevangen door het instellen van aantal beschermingsmaatregelen.

De schokgolven rond de ENRON-saga deden een aantal instellingen echter twijfelen aan deze beslissing.⁶⁴

Als gevolg daarvan heeft de Europese Commissie het noodzakelijk geacht een afkoelingsperiode in het ontwerp van aanbeveling op te nemen. Ze meent immers dat:

“Wanneer een bij de uitvoering van de wettelijke controle met een essentiële taak belaste vennoot het accountantskantoor verlaat om bij de gecontroleerde cliënt een essentiële bestuursfunctie te

⁶¹ C. VAN DER ELST, “De onafhankelijke commissaris: transparantie en juridisch-economische beoordeling van het Belgisch normerend kader”, *T.R.V.* 2002/2, 130-146.

⁶² Voor een meer uitgebreide behandeling van dit onderwerp zie: Christoph VAN DER ELST en Ingrid DE POORTER, “Wetsontwerp Corporate Governance: de onafhankelijkheid van de commissaris”, Studiedag gehouden te Gent op 30 mei 2002, Studiecycclus ‘Op zoek naar nieuwe evenwichten’, te publiceren in het verslagboek.

⁶³ Met uitzondering op de gérant.

⁶⁴ Zowel Enron's chief accounting officer, als de chief financial officer waren ex-werknemers, respectievelijk senior manager en audit manager, geweest van de controlerende revisorenvennootschap Andersen alvorens hun taken binnen de gecontroleerde vennootschap ENRON op te nemen: A. MICHAELS, “Andersen links to Enron probed”, *F.T.* 4 januari 2002.

gaan uitoefenen, wordt dit geacht aanleiding te geven tot een onaanvaardbaar hoog onafhankelijkheidsrisico. Daarom moet een termijn van ten minste twee jaar verstreken zijn voordat een *bij de uitvoering van de wettelijke controle met een essentiële taak belaste vennoot een essentiële bestuursfunctie kan aanvaarden.*"

Het lijkt geen twijfel dat ook andere instellingen, zoals de SEC omtrent dit principe meer duidelijkheid zullen scheppen in hun toekomstige wetgeving.

- *Het uitoefenen van niet-revisorale diensten door de commissaris*

40. Het opleggen van een absoluut verbod voor het uitoefenen van niet-revisorale diensten door de commissaris waarvoor de Commissie De Grauwe had geopteerd, werd in het Belgische wetsontwerp niet weerhouden. Het wetsontwerp voorziet dat in artikel 133 W. Venn. wordt opgenomen dat: *'de commissarissen kunnen zich niet onafhankelijk verklaren wanneer de vennootschap waarvan zij de jaarrekening controleren of een Belgische vennootschap of een Belgische persoon die met deze vennootschap is verbonden in de zin van artikel 11 of een buitenlandse dochtervennootschap van een Belgische vennootschap die onderworpen is aan de wettelijke controle van haar jaarrekening, bedoeld in de artikelen 142 tot 146, het voorwerp geweest van één of meerdere andere prestaties dan deze die krachtens de wet werden toevertrouwd aan de commissaris en worden uitgevoerd door hem of door een persoon met wie de commissaris een arbeidsovereenkomst heeft afgesloten of met wie hij beroepshalve in samenwerkingsverband staat'.*

Deze schijnbare algemene verbodsregeling zal worden verduidelijkt aan de hand van een K.B. Luidens het wetsontwerp bepaalt de Koning *'bij een besluit vastgelegd na overleg in de Ministerraad, genomen op initiatief van de minister van Economie en van de minister van Justitie, na advies van de Hoge raad voor economische beroepen en het Instituut der bedrijfsrevisoren, limitatief de prestaties zoals bedoeld in het vorige lid die van aard zijn de onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang te brengen'.*

Het is evenwel onduidelijk of de diensten die niet in het K.B. zullen worden gevat, door de commissarissen kunnen worden uitgeoefend. Overeenkomstig het wetsontwerp lijkt deze vraag negatief te moeten beantwoord worden. Het uitvoeringsbesluit kan enkel verduidelijken welke de precieze gevallen zijn die onder het verbod worden begrepen. Dat een bepaalde activiteit niet in het besluit is opgenomen, leidt er niet toe dat de bedoelde activiteit geoorloofd zou zijn: de algemene wetsbepaling overheerst immers de bijzondere regelen die in het uitvoeringsbesluit zijn neergelegd.⁶⁵ Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat dit niet de bedoeling van de wetgever is. Daarin wordt immers gesteld dat *"andere verrichtingen [die niet in het K.B. worden vermeld] de onafhankelijkheid van de commissaris niet zullen aantasten, voor zover de commissaris de andere reglementaire en deontologische verplichtingen naleeft."*⁶⁶ Een duidelijke, en dus met de Memorie van Toelichting coherente wetsbepaling is in deze wenselijk.⁶⁷

⁶⁵ E. WYMEERSCH, "De onafhankelijkheid van de revisor", *De bedrijfsrevisor en de onafhankelijkheid*, Studiedag/journée d'étude IBR, Genval, 2001.

⁶⁶ Artikel 3 Wetsontwerp Corporate Governance, 14.

⁶⁷ Er zijn diverse mogelijkheden die de wetgever had kunnen hanteren. Ofwel zou men een algemeen verbod op het uitoefenen van andere dan revisorale diensten, kunnen behouden, en in een K.B. kunnen verduidelijken welke diensten niet strijdig zijn met de onafhankelijkheid van de revisor. Het opmaken van dit K.B. zou echter bijzonder uitgebreid en moeilijk hanteerbaar worden. Ofwel opteert men geen algemene verbodsbepaling in de wet op te nemen. Slechts in een K.B. zal dan verduidelijkt worden wat er specifiek verboden is. Of een keuze voor deze optie in de gevorderde staat van de wetgeving nog mogelijk, is nog maar de vraag.

41. Aan de hand van het advies, uitgebracht door de HREB,⁶⁸ is het mogelijk de krachtlijnen van het toekomstige K.B., waarvan sprake is in het wetsontwerp, te schetsen.⁶⁹

Het advies stipuleert dat de commissaris zich niet onafhankelijk kan verklaren indien hij of een persoon waarmee hij een arbeidsovereenkomst heeft afgesloten of met wie hij in een beroepsmatig samenwerkingsverband staat in de gecontroleerde vennootschap of Belgische dochtervennootschappen ervan:

- 1) in de gecontroleerde vennootschap beslissingen neemt of er aan deelneemt namelijk wat het bestuur betreft;
- 2) Bijstand verleent of deelneemt aan de voorbereiding of het voeren van de boekhouding of aan de opstelling van de financiële staten van de gecontroleerde vennootschap, uitgezonderd het uitvoeren wat het laatste geval betreft van zuiver technische of mechanische opdrachten;
- 3) instaat voor de opstelling, de ontwikkeling of de inwerkingtreding van technologische systemen van financiële informatie in de gecontroleerde vennootschap;
- 4) instaat voor het waarden van activa van de gecontroleerde vennootschap in geval de gewaardeerde activa een belangrijk element zijn van de jaarrekening;
- 5) tussenkomen in de interne audit functie, behoudens in geval van een door het bevoegde orgaan genomen beslissing omtrent duidelijk en, welomschreven adviesverstrekking inzake interne audit die uitsluitend aan dit orgaan moet gegeven worden;
- 6) optreedt voor de gecontroleerde vennootschap bij de afwikkeling van fiscale of andere geschillen;
- 7) op een of andere wijze tussenkomen in de rekrutering van personen belast met algemene, financiële of administratieve directiefuncties van de gecontroleerde vennootschap.

42. Er zal een comité worden opgericht dat - a priori en a posteriori - toezicht zal uitoefenen op de onafhankelijke taakuitoefening van de commissaris. Op verzoek van de commissaris zal dit comité een voorafgaandelijk advies uitbrengen over de verenigbaarheid van een prestatie met zijn onafhankelijke taakuitoefening. Het zal trachten de grijze zone tussen de toegelaten en de verboden diensten te definiëren. Dit advies is niet bindend. Dit advies zal de commissaris enkel informeren of de door hem te verstrekken diensten toegelaten zijn in het kader van het onafhankelijk uitoefenen van zijn taken.

Om de onafhankelijkheid van dit comité te garanderen, heeft de wetgever ervoor geopteerd het comité samen te stellen uit leden die niet behoren tot het beroep van bedrijfsrevisor. Ze zullen benoemd worden door de Koning, op voordracht van de minister van Economie en de minister van Justitie voor een hernieuwbare periode van vijf jaar.

De bekommernis van de wetgever om dit orgaan op een, van het beroep onafhankelijke wijze te laten functioneren, verdient onze navolging. Echter, de mogelijkheid moet worden geboden om de beroepsbeoefenaars te horen. Dit kan een 'beroepsgericht' oordeel mogelijk maken.⁷⁰

Het lijkt eveneens wenselijk om deze adviezen te publiceren zodat ook de andere commissarissen hierover kunnen geïnformeerd worden.

⁶⁸ HREB, *Advies omtrent het voorontwerp van Koninklijk Besluit tot uitvoering van het ontwerp van artikel 133 van het Wetboek van vennootschappen*, 29 januari 2002.

⁶⁹ Bij het ter perse gaan van dit artikel, was het ontwerp van K.B. tot uitvoering van artikel 133 W. Venn. nog niet publiek beschikbaar. In deze uiteenzetting, zou het onthouden van de informatie, vervat in dat K.B. een afbreuk doen aan het wetsontwerp ter zake.

⁷⁰ Van Der Elst gaat nog verder door te stellen dat men zou moeten opteren om te verbieden dat de leden van dit comité zouden behoren tot de economische beroepsbeoefenaars. Immers wanneer commissarissen nauw samenwerken met accountants of andere economische beroepsbeoefenaars die zouden zetelen als lid in het extern comité, kan een 'schijn van onafhankelijkheid' worden gecreëerd. Zie C. VAN DER ELST, "De onafhankelijke commissaris: transparantie en juridisch-economische beoorderling van het Belgisch normerend kader", *T.R.V.* 2002, p. 144.

Met betrekking tot de onafhankelijke taakuitoefening van een commissaris kan dit comité een zaak aanhangig maken bij het bevoegde tuchtorgaan van het Instituut der Bedrijfsrevisoren. Op dit niveau zal het comité een controlerende functie uitoefenen over de commissarissen, maar uitsluitend met betrekking tot de onafhankelijke uitoefening van zijn taak. Gelet op het beperkt aantal tuchtzaken met betrekking tot inbreuken inzake de onafhankelijkheid van de commissaris, lijkt dit een positieve evolutie. De vraag is echter wel of aan dit orgaan voldoende bevoegdheden en financiële middelen te beschikking zal gesteld worden om deze controlefunctie naar behoren te kunnen uitoefenen. Een K.B. zal hierover uitsluitsel moeten geven.

43. Voor een rechtsvergelijkend overzicht van niet-revisorale diensten waaraan specifieke aandacht werd geschonken door de SEC, de Europese aanbeveling en het Belgisch wetsontwerp, kan worden verwezen naar Bijlage 1. Aangezien het Belgische wetsontwerp uitdrukkelijk verwijst naar de bepalingen opgenomen in de Europese aanbeveling, zal onze aandacht voornamelijk worden gevestigd op de verschillpunten tussen beide teksten.

De Europese aanbeveling gaat uit van het principe dat het uitoefenen van niet-revisorale diensten door de commissaris niet verboden is. Indien niet-revisorale diensten door de commissaris worden verleend, dient deze te waarborgen dat noch hijzelf, noch personen van het accountantskantoor of enigerlei kantoor van het netwerk, beslissingen neemt of betrokken is bij de besluitvorming van de gecontroleerde cliënt, of één van de met deze cliënt verbonden partijen of het management ervan.

Ongeacht of deel wordt genomen aan het besluitvormingsproces, dienen veiligheidsmaatregelen te worden genomen om elke mogelijke bedreiging voor de onafhankelijkheid tot een minimum te beperken.

De aanbeveling geeft vervolgens enkele voorbeelden in de welke een onafhankelijke taakuitoefening door de commissaris niet mogelijk is en in welke omstandigheden de commissaris wel kan optreden mits het instellen van een aantal veiligheidsmaatregelen. In tegenstelling tot het Belgische wetsontwerp en voorontwerp van K.B., zijn dit enkel voorbeelden en dus geen limitatieve lijst van verboden niet-revisorale diensten.

Alhoewel het Belgisch wetsontwerp aan dezelfde niet-revisorale diensten een voorbehoud toekent, lijkt de Europese aanbeveling veel flexibeler wat de invulling betreft. In de aanbeveling staan immers bij elk van deze diensten uitdrukkelijk omschreven omstandigheden in de welke deze niet-revisorale diensten alsnog mogen worden uitgeoefend. Dergelijke uitzonderingen liggen niet (in die mate) vervat in het voorontwerp van K.B. zoals blijkt uit het advies van de Hoge Raad.

Zoals de HREB terecht opmerkt in zijn advies, dienen de door de Koning uit te vaardigen bepalingen nauw aan te sluiten bij "minimale bepalingen" vervat in de Europese aanbeveling. Het internationale karakter van deze problematiek vereist immers een Europese aanpak.

BESLUIT

44. De controlefunctie van de revisor heeft zich ontwikkeld als gevolg van de behoefte aan een deskundig en onafhankelijk oordeel over de financiële informatie die door de vennootschappen worden verspreid. Momenteel staat het beroep van controleur van de jaarrekeningen wereldwijd ter discussie.⁷¹ Het vertrouwen van

⁷¹ P. T. LARSEN, "Accounting suffers wider crisis of confidence", FT 30 januari '02.

de investeerder in de financiële informatie is geschokt. Dit betekent echter niet dat de wetgever zeer stringent dient op te treden in deze materie.

Een aantal essentiële principes mogen door de Belgische wetgever niet uit het oog worden verloren. In de eerste plaats is er nood aan een duidelijke, transparante en flexibele regeling, die geen ruimte laat voor interpretatie. Dit is niet enkel in het belang van de revisor zelf, maar verschaft ook zekerheid voor alle betrokken partijen: aandeelhouders, stakeholders, schuldeisers...

Vervolgens geniet het de voorkeur dat de Belgische wetgever zich laat inspireren door de documenten verspreid door diverse internationale instanties. Gezien de harmonisatiebehoefte binnen de Europese Gemeenschap, is het verkieslijk dat de Belgische wetgever de Europese aanbeveling als leidraad hanteert. Daarom is het niet wenselijk dat de Belgische wetgever op een al te strenge wijze de vrijheid van de revisor zowel tijdens als na het beëindigen van zijn revisorale opdracht beknot.

Het instellen van een adequaat controleregime is evenmin onbelangrijk. Het inrichten van een onafhankelijk controleorgaan dient de naleving van de regels betreffende de onafhankelijkheid te verzekeren. Het accuraat opsporen van inbreuken op de principes van onafhankelijkheid is een *conditio sine qua non* voor een efficiënt (tuchtrechtelijk) sanctioneringsmechanisme. Op die manier kan de beroepsdoctrine evolueren en worden de revisoren beschermd tegen negatieve berichtgeving.