

TAX, AUDIT & ACCOUNTANCY

NR
N° **63**

JAARGANG 14 / 14e ANNEE
JUNI / JUIN 2019
4X/JAAR / 4X/AN



Round table current issues in the audit world: future of the multidisciplinary audit model, etc.

- Code des sociétés et des associations (CSA) et la responsabilité des administrateurs**
- Verbod op en beperking van niet-controlediensten: stand van zaken anno 2019**
- Comparison between the international Code of ethics and Belgian law**
- Implications du CSA pour les missions du commissaire dans les sociétés**

SOMMAIRE

INHOUD

- 01** Editoriaal van de Voorzitter van het IBR
Editorial du Président de l'IRE
-
- 07** *Round table: Current issues in the audit world: future of the multidisciplinary audit model, etc.*
-
- 25** *La responsabilité des administrateurs ou la recherche de l'impossible équilibre*
-
- 37** Verbod op en beperking van niet-controlediensten: stand van zaken anno 2019
-
- 58** *A comparison between the international code of ethics for professional accountants and applicable Belgian ethical requirements*
-
- 68** *Les implications du Code des sociétés et des associations pour les missions du commissaire dans les sociétés : quelques observations*
-
- 86** Woord van de Hoofdredacteur
De afschaffing van de controle van quasi-inbrengen in BV's en in CV's: een stap achteruit voor het deugdelijk bestuur van ondernemingen
Mot du Rédacteur en chef
La suppression du contrôle des quasi-apports dans les SRL et les SC : un pas en arrière pour la bonne gouvernance des entreprises
-

TAX AUDIT & ACCOUNTANCY

Revue trimestrielle du Centre d'Information du Révisorat d'entreprises (ICCI)
Abréviation recommandée : TAA

Driemaandelijks tijdschrift van het Informatiecentrum voor het Bedrijfsrevisoraat (ICCI)
Aanbevolen afkorting: TAA

COMITE DE REDACTION

REDACTIECOMITE

P.P. Berger
T. Carlier
M. De Wolf (Hoofdredacteur/Rédacteur en chef)
T. Dupont
A. Jorissen
P. Minne
D. Schockaert
D. Smets
C. Van der Elst

SECRETARIAT DE REDACTION

REDACTIESECRETARIAAT

ICCI
E. Vanderstappen, C. Luxen et/en
S. De Blauwe
Bd. E. Jacquainlaan 135
1000 Brussel - Bruxelles

EDITEUR RESPONSABLE

VERANTWOORDELIJKE UITGEVER

P.P. Berger
Bd. E. Jacquainlaan 135
1000 Bruxelles - Brussel

MISE EN PAGE

VORMGEVING

die Keure/la Charte
Brugge

Editoriaal van de Voorzitter van het IBR

Geachte lezer,

Ik wil graag gebruik maken van het forum dat mij door de TAA wordt aangeboden om mijn prioriteiten als Voorzitter van het IBR met u te delen.

Toegevoegde waarde van de bedrijfsrevisor: een geweldige springplank naar een boeiende carrière

Mijn eerste en ook belangrijkste prioriteit is het promoten van ons beroep. Ik wil in het bijzonder wijzen op het belang en de essentiële rol die door de bedrijfsrevisoren wordt vervuld ten behoeve van de economie. De commissarisopdracht is immers essentieel en creëert een belangrijke toegevoegde waarde, en dit niet enkel voor onze klanten, maar ook voor andere belanghebbenden, zoals aandeelhouders, bankiers en medewerkers.

Door hun deskundigheid, onafhankelijkheid en professioneel-kritische instelling, alsook door hun beroepsethiek en waarden dragen de bedrijfsrevisoren bij tot het



Editorial du Président de l'IRE

Cher lecteur,

Je profite de la tribune qui m'est offerte par le TAA pour vous faire part des priorités que je souhaiterais mettre en œuvre au cours de mon mandat de Président de l'IRE.

Valeur ajoutée du réviseur d'entreprises : un magnifique tremplin pour débiter une carrière passionnante

Ma première priorité qui est aussi la plus importante est la promotion de notre profession. Il me tient particulièrement à cœur de rappeler l'importance et le rôle essentiel rempli par les réviseurs d'entreprises au service de l'économie. La mission de commissaire est, en effet, primordiale et crée une importante valeur ajoutée, non seulement pour nos clients, mais également pour les autres parties prenantes, tels les actionnaires, les banquiers et le personnel.

Par leur expertise, leur indépendance, leur scepticisme professionnel mais également par leur éthique et par leurs valeurs, les réviseurs d'entreprises contribuent



creëren van vertrouwen. Vertrouwen en transparantie zijn essentieel voor een goed functionerende markteconomie.

De investeerders moeten hun vertrouwen kunnen stellen in de rekeningen die door de ondernemingen worden gepubliceerd. De klanten en de leveranciers moeten kunnen rekenen op stabiele business partners. Werknemers en hun vertegenwoordigers moeten de resultaten die door hun werkgevers worden meegedeeld, kunnen aanvaarden en ook moet de Staat zich op deze resultaten kunnen beroepen om de billijke fiscale lasten van ondernemingen te bepalen. Zonder bedrijfsrevisoren zou er niet evenveel vertrouwen zijn en dit zou een invloed hebben op de goede werking van de economie.

Ik zal dus tijdens mijn mandaat de nadruk leggen op het feit dat bedrijfsrevisoren echte "vertrouwenspartners" zijn en dat hun auditopdrachten absoluut noodzakelijk zijn in het kader van een goede werking van de markteconomie.

Maar is ons beroep aantrekkelijk? We hebben vandaag de dag zeker een groot aantal stagiairs in onze kantoren. Dit wil echter niet zeggen dat ons beroep als aantrekkelijk wordt ervaren door studenten en jong gediplomeerden.

We moeten de aantrekkelijkheid van ons beroep aanzienlijk vergroten en

à créer la confiance. Or la confiance et la transparence sont des conditions *sine qua non* au bon fonctionnement d'une économie de marché.

Les investisseurs doivent pouvoir se fier sur les comptes publiés par les entreprises. Les clients et les fournisseurs doivent pouvoir compter sur des partenaires de business stables. Le personnel et ses représentants doivent pouvoir accepter les résultats qui leur sont communiqués par leurs employeurs et, en outre, l'Etat doit pouvoir se baser sur ceux-ci afin de déterminer la juste charge fiscale des entreprises. Sans les réviseurs d'entreprises, cette confiance ne serait pas du même niveau et le bon fonctionnement de l'économie s'en trouverait affecté.

Je ne manquerai donc pas de souligner au cours de mon mandat que les réviseurs d'entreprises sont de véritables « créateurs de confiance » et que leurs missions d'audit sont absolument nécessaires dans le cadre d'un bon fonctionnement de l'économie de marché.

Mais notre profession est-elle attractive? Nous comptons certes aujourd'hui un grand nombre de stagiaires au sein de nos cabinets. Cela ne signifie pas pour autant que notre profession soit perçue comme attractive par les étudiants et les jeunes diplômés.

Nous devons renforcer sensiblement l'attractivité de notre profession et en

de voordelen ervan uitleggen om de beste jongeren van onze universiteiten en hogescholen te kunnen overtuigen. We zullen hier alleen in slagen indien we onder andere de neerwaartse druk op de erelonen kunnen ombuigen.

Ervaring in audit maakt het mogelijk kennis te maken met de meest uiteenlopende aspecten van de werking van bedrijven uit diverse sectoren. Bovendien leert men als auditor niet enkel boekhoudkundige en financiële technieken, maar vooral methodiek, nauwgezetheid, organisatorische vaardigheden en professioneel beoordelingsvermogen, wat perfect aansluit bij het masterdiploma van recent gediplomeerden.

Ik ben er diep van overtuigd dat ervaring opdoen in een auditteam voor deze jonge universitair en één van de beste manieren is om hun beroepsloopbaan te starten. De stage van bedrijfsrevisor is weliswaar zeer veeleisend maar is vooral de moeite waard en staat garant voor een kwalitatief hoogstaande opleiding.

Het is dus de taak van het IBR om ons mooie beroep te promoten bij de universiteiten en recent gediplomeerden. In dit verband wil ik in het bijzonder de vertegenwoordigers van de Jongerenraad bedanken die het initiatief hebben genomen om alle Belgische universiteiten en hogescholen te bezoeken en ik moedig hen aan om hun inspanningen op dit gebied voort te zetten.

expliquer les atouts afin de convaincre les meilleurs jeunes issus de nos universités et hautes écoles. Nous ne parviendrons à ce but que si nous pouvons, entre autres, renverser la pression à la baisse exercée sur les honoraires.

L'expérience en audit permet d'appréhender le fonctionnement des entreprises de divers secteurs dans leurs aspects les plus variés. En outre, le métier d'auditeur enseigne les techniques comptables et financières, mais surtout la méthodologie, la rigueur, le sens de l'organisation, le jugement professionnel ainsi que des valeurs aux jeunes diplômés, ce qui complète parfaitement leurs diplômes de master.

Pour ces jeunes universitaires, une expérience dans une équipe d'audit est, j'en suis intimement convaincu, une des meilleures manières pour débiter une carrière professionnelle. Le stage de réviseur d'entreprises est certes très exigeant, mais il est surtout valorisant et est le gage d'une formation de haute qualité.

Il incombe donc à l'IRE de promouvoir notre belle profession auprès des universités et des jeunes diplômés. Je suis, à cet égard, particulièrement reconnaissant aux représentants du Conseil des jeunes qui ont pris l'initiative de visiter systématiquement toutes les universités et hautes écoles du pays et les encourage à poursuivre leurs efforts en ce domaine.



Ik zal ook aan de Stagecommissie vragen om de contacten met de universiteiten en hogescholen te versterken om ons beroep bij hen te promoten.

Verhoogde aanwezigheid van het IBR bij de besluitvormers van ons land

De tweede prioriteit van mijn mandaat die ik in dit editoriaal met u wil delen, is dat we onze aanwezigheid bij de besluitvormers van ons land aanzienlijk moeten versterken.

Ik hoop dat de federale en regionale regeringen snel zullen worden gevormd na de verkiezingen van 26 mei zodat we contact kunnen opnemen met de personen die verantwoordelijk zullen zijn voor ons beroep. Het doel van deze contacten is niet een lobbyactiviteit die vaak als partijdig wordt ervaren en aldus wordt bekritiseerd.

Mijn doel is om onze gesprekspartners bewust te maken van de gevolgen voor onze economie van de beslissingen die ze willen nemen.

Als bevoorrechte waarnemer van de economie, als controleur die handelt in het algemeen belang, als onafhankelijke beroepsbeoefenaars die onderworpen zijn aan strikte ethische regels en onder het toezicht staan van een instantie die onafhankelijk is van het beroep, zijn wij in staat om een technisch, geïnformeerd en onpartijdig standpunt in te nemen

Je demanderai également à la Commission du stage d'intensifier ses contacts avec ces mêmes universités et hautes écoles afin d'y promouvoir notre profession.

Présence renforcée de l'IRE auprès des décideurs de notre pays

La deuxième priorité de mon mandat dont je voudrais vous faire part dans cet éditorial est que nous devons sensiblement renforcer notre présence auprès des décideurs de notre pays.

Je formule le vœu qu'un gouvernement fédéral et que des gouvernements régionaux soient rapidement mis en place après les élections du 26 mai afin que nous puissions prendre contact avec les personnes chargées de suivre notre profession. Le but de ces contacts n'est pas une activité de lobbying souvent perçue comme partisane et décriée à ce titre.

Mon but est de rendre nos interlocuteurs attentifs aux conséquences sur notre économie des décisions qu'ils envisagent de prendre.

En tant qu'observateur privilégié de l'économie, en tant que contrôleur agissant au service de l'intérêt général, en tant que professionnels indépendants, soumis à des règles éthiques rigoureuses et supervisés par un organe indépendant de la profession, nous sommes en mesure de donner un point de vue technique, éclairé et

over wetsontwerpen die betrekking hebben op economische onderwerpen.

Ik zal mijn voorzitterschap wijden aan de versterking van onze aanwezigheid op politiek niveau en aan de verbetering van het legitieme vertrouwen die de politiek heeft in ons beroep.

Versterking van de banden tussen instituten voor economische beroepen

Mijn derde en laatste boodschap richt ik aan onze confraters van het BIBF en het IAB.

Ik hoop van harte dat hun fusieproject een groot succes wordt en dat ze onverwijd hun krachten kunnen bundelen in een nieuw instituut. Verder hoop ik ook dat onze betrekkingen positief en constructief zullen blijven.

Ik ben ervan overtuigd dat onze beroepen met elkaar zijn verbonden en elkaar aanvullen. Wij hebben er alle belang bij om onze krachten te bundelen en samen te werken met respect voor onze complementariteit en onze respectievelijke expertise.

We moeten bereid zijn om met het nieuwe gefusioneerde instituut een samenwerkingsproject tot stand te brengen ten behoeve van onze leden en hun klanten om zo de beroepen van elkeen in een positief daglicht te plaatsen.

*
* *

impartial sur les projets législatifs en matière économique.

Je consacrerai ma présidence à renforcer notre présence au niveau politique et à y améliorer la légitime confiance dont y jouit notre profession.

Renforcement des liens entre les instituts des professions économiques

Mon troisième et dernier message s'adresse à nos consœurs et confrères de l'IPCF et de l'IEC.

Je souhaite très sincèrement que leur projet de fusion soit un plein succès et qu'ils puissent sans délai unir leurs forces au sein d'un nouvel institut. Je souhaite également que nos relations restent positives et constructives.

Je suis convaincu que nos métiers sont liés et complémentaires. Nous avons tout intérêt à unir nos forces pour travailler ensemble dans le respect de nos complémentarités et de nos expertises respectives.

Nous devons être disposés à discuter avec le nouvel institut fusionné d'un projet de collaboration au service de nos membres et de leurs clients afin d'y valoriser les métiers de chacun.

*
* *



Samen met de nieuwe, recent verkozen Raad van het IBR zullen we ons uiterste best doen om deze prioriteiten te realiseren, en ik sta uiteraard open voor eventuele suggesties van de confraters.

Tom MEULEMAN
Voorzitter IBR

Avec le nouveau Conseil de l'IRE récemment élu, je ferai le maximum pour réaliser ces priorités et je reste à l'écoute des suggestions que les consœurs et confrères pourraient formuler.

Tom MEULEMAN
Président IRE

ROUND TABLE: CURRENT ISSUES IN THE AUDIT WORLD: FUTURE OF THE MULTIDISCIPLINARY AUDIT MODEL, ETC.



On Friday November 16, 2018, a round table discussion took place in the offices of the Belgian Institute of Registered Auditors (IBR-IRE) chaired by Prof. Dr. Marleen WILLEKENS on the topic of one of the current issues in the audit industry, namely the debate about audit-only firms and the future of the multidisciplinary audit model.

Meanwhile, Prof. Dr. Marleen WILLEKENS authored a study with Prof. Dr. Simon DEKEYSER and Prof. Dr. Ines SIMAC that was requested by the European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs (ECON)¹ in which they execute an in-depth analysis of the evolution of market concentration, competition and costs in the EU market for statutory auditing before and after the

EU Audit Reform. Based on data from archival databases and a survey, they present evidence suggesting that rivalry between the largest audit suppliers increased, as did audit costs, non-Big 4 audit market share, and joint audit rates. Non-audit services (NAS) fees earned by the incumbent auditor decreased.

In addition, the UK House of Commons (Business, Energy and Industrial Strategy Committee) recently published a report "The Future of Audit"² in which its members elaborate a set of proposals intended to address, in their view, problems of:

- audit quality, by stronger regulation and much-needed clarity on the interaction between accounting standards and the law;

1 WILLEKENS, M., DEKEYSER, S., and SIMAC, I., EU Statutory Audit Reform: Impact on Costs, Concentration and Competition, Study for the Committee on Economic and Monetary Affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, April 2019, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/631057/IPOL_STU\(2019\)631057_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/631057/IPOL_STU(2019)631057_EN.pdf).

2 UK House of Commons Business, Energy and Industrial Strategy Committee, The Future of Audit, Report ordered by the UK House of Commons, London, April 2019, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmbeis/1718/1718.pdf>.

- resilience, by increasing the capability of challenger firms through segmented market share caps and the piloting of joint audits;
- conflicts of interest, by splitting audit and non-audit services, ending the renewal of contracts and introducing cooling off periods. This will help the culture to be tilted away from one of facilitation by a service provider to one of challenge by an inspector;
- product usefulness, by encouraging the broadening of the scope of audits to provide more useful information to assist the efficient allocation of capital in the economy.

Presentation of the participants (in alphabetical order)

Rudi BRAES – Vice-Chair of EY EMEA (Ernst & Young Europe, Middle East, India and Africa), Partner of Ernst & Young Bedrijfsrevisoren/Ernst Reviseurs D'Entreprises, *Bedrijfsrevisor* (Belgian registered auditor).

Thierry DUPONT – President (at the time of the round table) of the Belgian Institute of Registered Auditors (IBR-IRE), Partner of RSM Belgium.

Edelfried SCHNEIDER – President of Accountancy Europe (at the time of the round table), CEO and Partner of HLB Dr. Dienst & Partner GmbH & Co. KG, Koblenz, Germany; Honorary Professor at the Hochschule Koblenz (University of Applied Sciences), *Wirtschaftsprüfer* (German public auditor) and *Steuerberater* (German tax advisor).

Marleen WILLEKENS (Chair) – Full professor of Accounting and Auditing and Vice dean for research of the Faculty of Economics and Business (FEB) at KU Leuven. Part-time research professor at BI Norwegian Business School (Oslo).

Presentation of the observers (in alphabetical order)

Johan BARROS – Senior Policy Advisor of Accountancy Europe.

Marc BIHAIN – Secretary General of the Belgian Institute of Registered Auditors (IBR-IRE).

Harry EVERAERTS – Partner of Ernst & Young Bedrijfsrevisoren/Ernst Reviseurs D'Entreprises, *Bedrijfsrevisor* (Belgian registered auditor).

* * *

The written representation of the roundtable discussion is provided by: Steven DE BLAUWE, Legal Advisor of the Belgian Institute of Registered Auditors (IBR-IRE) and Scientific Advisor of the Belgian Information Centre of Corporate Audit (ICCI); Dounia SMEYERS, Former legal Advisor of the IBR-IRE and Former Scientific Advisor of the ICCI; and Erwin VANDERSTAPPEN, Head of Legal Affairs of the IBR-IRE and Delegate General of the ICCI.

* * *

Definition of audit quality

Marleen WILLEKENS: I am very pleased to be able to chair this round table today. As you all know, the topic of today is on audit-only firms and some aspects that are linked to that topic. The goal is to exchange ideas about these matters.

To get started, I would like to introduce the topic of audit-only firms. The topic is currently very 'hot', but it is not a new one. The audit sector is typically one going from one regulation to the next. The 2014 EU Reform had quite some implications and I think the intention was to address the issue of conflict of interest that auditors may have, which seems to be something that is popping up in every audit regulation. Next, the issue of competition in the audit market was also on the table, as the audit market happens to be a very concentrated market. With such a high level of concentration, some people jump to the conclusion that the audit market is very uncompetitive, which might or might not be the case.

Before we address the questions that relate to audit-only firms, I think it makes sense to stress

that audit regulations (in general) typically have the intention to increase audit quality. There are economic theories justifying audit regulation on the grounds of information asymmetry between the supplier of audit services (*i.e.* audit firm) and the users in the end (*i.e.* stakeholders of financial statements). Now one could make a case to have a very heavily regulated market, to make sure that audit quality is ok or more than ok.

I would like to open the discussion on a very basic question: 'What is in your view audit quality?' As said, increasing audit quality is always used as the ultimate goal of having stricter regulation. But what do we understand by it? I know from a researcher's perspective it is not easy to measure audit quality and it is not easy to define it. When I look at audit regulations, I do not find any clear definitions either.

Edelfried SCHNEIDER: You made a good point in saying that it is not easy to define audit quality. As a consequence of that it is not measurable. It is not like a consumer product where you define the ingredients etc. and then you say for example: "if you have 4 percent fat, then it is good milk", so it is very easy to measure. But here, it is absolutely not measurable, so sometimes I think we should go away from that term and perhaps speak of audit equivalence, because in the end it is all about the correctness of the audit opinion. That is the only thing which is going public. In Germany, we have a long form report, which stays very confidential with the management or with the board, but for the external world it is only the short form report with the audit opinion which is going public. I think the best way to look at this is retrospective. Whether the balance sheet so to say is "right" or "not right", nobody knows, the future will show. And coming to the point of the expectation gap, which is very much related to the aspect of audit quality, whether the company will go bust or not in the next two or three years that you will see later on. So, in the right moment, when the audit opinion is coming out, it is very difficult to judge the quality of the audit. Consequently, I think you can go to these technical things where one says: well, if you follow the standards, if you obey to

the regulations the institutes and chambers are bringing out, then from a technical point of view you can judge whether it is a good or bad audit quality. However, from a technical point of view, it can be a good quality audit but, finally the expectation gap will not be closed because the company will not perform. For the time being, it is very clear that with all the standards and with what the auditor is doing, for about 60 to 70 percent we are looking backwards, and the balance sheet is a cut for the past. There is only little determination in there for the future. So, the stakeholders do not understand what the audit is about, as they are much more interested in the future development.

Rudi BRAES: I think delivering high-quality audits is the ultimate purpose of our business. Our role as auditors is to serve the public interest and provide confidence to the capital markets. Without delivering high-quality audits, we would not fulfil that role.

In our view, a high-quality audit truly challenges and tests the financial statements, in order to form an opinion on whether these financial statements present a true and fair view. Fundamentally, an effective audit process must deliver the right audit opinion supported by appropriate audit evidence and professional judgements that provide confidence to shareholders and other stakeholders.

There are various drivers of quality on the audit firm level. This includes an audit process tailored to the risks, an audit team with the right skills and expertise that is intellectually curious and independent-minded and proper consultation and integration of specialists and experts. And what is perhaps most important is a culture in the audit firm that seeks continuous improvement and increased quality and that sets the right tone on professional and ethical matters including quality, objectivity and integrity.

There are also external factors driving quality, especially through effective interaction between the auditor, management and the audit committee throughout the audit process. Everyone must understand what the 'audit

issues' are, why these are 'issues' and how these will be resolved.

Last, but not least, we need to see audit quality also in the light of future developments. Audit transformation and innovation have to be considered as well. It is an ongoing process not limited to fixing the past but even more relevant with a view to the question on how to stay fit for the future. In that regard, we believe that the multi-disciplinary audit firm model will become even more important for the future, not less.

Edelfried SCHNEIDER: I endorse everything you said, but the fact that we are frightened of is, that we are rendering an unqualified opinion and two or three months later the company is bust. That is the point we are struggling with. Whether you did it right or wrong from a technical point of view, that does not matter if nothing happens, because then the investors and the public do not know. As long as everything is going smooth and fine, the question of audit quality is not relevant. It is only popping up when the regulators are coming out and say: "60 percent of your audits are wrong, there are substantial mistakes, etc.". In the Netherlands we see frontrunners of that.

Rudi BRAES: We should indeed make a distinction between findings reported in the inspection reports that are caused by insufficient documentation of performed audit procedures, and findings reported in respect of incorrect audit opinions.

Marleen WILLEKENS: What I hear here, is that there are two aspects to the concept of audit quality. On the one hand, there is the output of the audit process, which is the audit opinion. On the other hand there is the input to the audit process which may affect the quality delivered. As far as the output or the audit opinion is concerned, when a company goes bankrupt one typically wonders where the auditor was. On average, throughout the world, we see that in fifty percent of the cases, there was no opinion that warned for going concern issues the year prior to bankruptcy. So that seems to be a lot. Of course, there are much less bankruptcies

than companies that are healthy. What is often not picked up is there is a lot of "Type I"-error as well, which means that auditors issue a going concern opinion but in 95 percent of the cases nothing ever happens and the company survives. In other words, auditors tend to be very conservative in fact. That is the other side of the story that is hardly ever addressed.

Thierry DUPONT: In my view, audit quality consists of three pillars, namely ethics, quality management inside the audit firm and technical standards. Only if you are following these three pillars, you will have a high-quality audit and the result of this is a quality audit opinion.

Harry EVERAERTS: What could also be important and what stakeholders want, is that an audit is relevant. Maybe it is audit quality under the current model, but from a stakeholder perspective, in general, you regularly hear two things coming back, namely more assurance on going concern and on fraud. That is really what the wider audience is looking for, so an auditor needs to be relevant to them on those two aspects that are closely related to audit quality. In order to achieve that, we go back to risk assessment and assessing where material misstatements could occur as a result of fraud. There I think still lies an expectation of the wider audience, who expects us to find issues relating to that.

Edelfried SCHNEIDER: To look back a little bit in history, you know that the concepts of true and fair view and going concern were brought into EU-accountancy by the UK. When the UK joined the European Union in 1973, soon after, in the mid-eighties, the Fourth and Seventh Directive came out with these concepts. It was the first time, for central Europe and certainly for Germany, that we cared about true and fair view and going concern. We have always known the concept that specific law is dominating the general rule, but in the true and fair view concept, it is very clear that you have a principle override. When the law is not providing a true and fair view, you have to apply alternative depictions.

So, I think it is one of the most critical points for the profession to address going-concern issues and be aware of the thesis of the self-fulfilling prophecy. In my opinion, the profession should be bolder in defining ways in the audit opinion to address this problem very early.

That leads to the question whether the business model of a client is sustainable. Especially in bank audits, the business model is very much addressed, and it is checked by the regulatory bodies, which is not the case in normal industries. That is one of the great issues and it is difficult to evaluate the business model in the course of the audit.

Rudi BRAES: And let us not forget that management is in first instance responsible for the internal control environment and the true and fair view of the accounts. In the UK there also seems to be a growing support for the introduction of a UK SOX.

Key Audit Matters (KAM)

Marleen WILLEKENS: When I hear all this and then the link to the audit opinion, as you suggest, the profession could maybe do a better job in bringing the going concern issue more in the awareness, so these cases do not happen.

A little side question before we move on: was the initiative to introduce the Key Audit Matters (KAM) not sufficient to address what would be relevant for the audience to know about the company?

Harry EVERAERTS: I think the Key Audit Matters, the way we saw it in Belgium as a first-year experience, was more "where do the auditors spend a large amount of their time?". Mostly, that is on judgmental matters, which acquire considerable management judgement. If on going concern there would be an issue, then there is an expectation that this would be in the opinion, rather than in the Key Audit Matters, which tend to be the more technical matters. However, these could be of importance for the numbers and what management could potentially do, to manipulate them. This is

what is it about: how is the auditor comfortable that the key assumptions, which impacted the P&L (*profit and loss statement*), have not been manipulated?

Marleen WILLEKENS: Override of internal controls for example, could be in the Key Audit Matters, and this seems relevant to some of the things we are discussing here.

What I implied was that we may be missing something with the Key Audit Matters? Could we use this in a different way?

Thierry DUPONT: I do not think that the Key Audit Matters changed the audit work in an important way. It changed the audit report and increased the information given to the external world as before this information was kept internal, but the audit work remains the same. However, it did increase the transparency towards the audience.

Rudi BRAES: One feels that there is an important expectation gap between what is being reported and what the public believes should be reported. We should try and close that gap via open and constructive conversations with all stakeholders.

General purpose of auditing and Going Concern Opinions (GCOs)

Marleen WILLEKENS: This is a key aspect of the definition of auditing as we were reading it many years ago, namely that auditing is supposed to be something utilitarian, it has to serve the needs of the public interest.

Edelfried SCHNEIDER: I am a little bit afraid that the media and also the audit profession are overestimating the importance of the financials and the audit opinion. I remember very well when Accountancy Europe had its corporate-reporting-conference last year and one of the panelists, an investment banker from the Netherlands said very clearly to us: "forget about your audit report or opinion, I make my decisions on totally other data. I am relying on my analysts and the quarterly figures, etc. When

the audit report is coming out, it is far too late". In my opinion, Carillion is a very untypical case, because most of the rumor and the debate is coming from the fact that on one hand the government and the public sector themselves are heavily involved and that on the other hand it created a lot of business and fees for the profession. We should take the lead in saying that Carillion is not a good example to call for massive changes in the regulation of the profession. There are many other insolvencies nobody cares about. In Germany for example, we had the insolvency of KTG Agrar, which was the first agricultural company listed on the German stock exchange. When they went bust, no one cared about it. When there are other massive failures in the private sector (like Prokon, German Pellets and P&R) nobody really cares.

Marc BIHAIN: When you say in your example that the head of investments makes his decisions before the audit, it is because he knows that everything is audited and he anticipates that it will be ok, because in the absence of an auditor, I am not sure that he would be able to make an opinion on the quarterly figures. Consequently, we are too late in our opinion, but the audit opinion is still important to him I presume. If the figures would not have been audited, it would probably make a difference.

Edelfried SCHNEIDER: What I want to point out is that we should not forget the timeline of going concern problems. They are not occurring in one quarter or in six months, it is always a longer process. An instrument of early warning would really help to bring this debate into the right direction.

Harry EVERAERTS: When you are talking about KPIs (*key performance indicators*), we can talk about the topic of integrated reporting, where you have both financial and non-financial KPIs. I know it is slow going in terms of implementation, but the section of integrated reporting on non-financial KPIs could address some aspects providing a holistic view and a more forward-

looking perspective. Of course, the question is on how to audit it. That is a separate discussion, but the concept of having a more holistic view, not just historic financials, is something that would be relevant. Some of the non-financial KPIs that are used in the industry, make sense.

Marleen WILLEKENS: Again, I think this might absolutely be the case, but the point is that the audit report comes very late in the whole process and this information might have already been disseminated in another way. There are studies that show that once the audit opinion has been launched, there is no or very little effect anymore. However, this does not imply that without an auditor, we would have the same annual report. The majority of early studies that examine the market reaction to GCOs (*Going Concern Opinions*) in the U.S. found large negative abnormal returns in the weeks preceding the issuance of the GCO, but no response to the issuance of the GCO itself (Chow and Rice 1982; Elliott 1982; Banks and Kinney 1982; Davis 1982; Dodd et al. 1984). Thus, it was concluded that GCOs simply reflect what investors already knew about the company's financial condition and the issuance of the opinion did not, of itself, provide new information. However, more recent studies do report effects. For example, Menon and Williams (2010) observe negative excess returns when the GCO is disclosed, and the reaction is more negative if the GCO cites a problem with obtaining financing.



Edelfried SCHNEIDER

Audit-only firms – conflict of interest and non-audit services (NAS)

Marleen WILLEKENS: Let us move on to the next set of questions that relate more to the topic of our round table discussion: audit-only firms. Basically, the fact that there could be potentially a conflict of interest is an important one in all the regulation that relates to auditing. The joint supply by an accountancy firm of audit services and also non-auditing consultancy services is very often perceived to be something that could threaten the independence of the incumbent auditor and the auditor's opinion or his/her objective view on the financial statements. In general, what are your views on this?

Thierry DUPONT: This is a very old problem. We have addressed this problem in Belgium in 2006 in particular, since we had at that time a very strong regulation. It went nearby further than in any other country in the world, namely with the one-to-one rule that places a cap on the amount of non-audit services that an auditor can provide in relation to the audit services that he provides for this client, and also with the list of prohibited non-audit services. In my opinion, the problem was also very well addressed later on in the new European regulation of 2014. Consequently, this is no longer a problem for audit firms in Belgium. However, what remains a problem is the expectation gap and the appearance of independence as understood by the external world.

Rudi BRAES: There are also quite a number of non-audit services that, from an efficiency point of view, probably nobody else than the auditor can do, for example comfort letters, etc. In Belgium we further have indeed a long list of non-audit services that the auditor is prohibited from doing. We also have a cap, namely the 70 percent cap for the PIEs (*public interest entities*) and the one-to-one cap for the non-PIEs. Maybe the public and the users of financial statements in general, have limited knowledge of the one-to-one rule or the 70 percent cap or the long list of non-audit services the

auditor cannot do. It might be an issue that we do not always succeed in informing the public environment about all the safeguards that we already have to protect the auditor's independence and objectivity.

Edelfried SCHNEIDER: I am a little more sceptic. In my opinion, the evaluation of the problem is very much depending on the situation and on the market where the services are provided. For the latter, there is a big difference between the work for listed firms and private firms. Say that you advise a listed client on an acquisition, in this case we have often seen that in the next years it reveals that the acquisition price was too high. Then you are in a difficult position, as auditor you have to say: "yes, I said it was the right price, but now you have to write off." That clearly shows that advising and auditing are two different things. And this is about our independence. So, I would like to be stricter with non-audit services, especially depending on the market where you are in. However, I find that there is nothing wrong in a private or a small company if the auditor just does the simple tax calculation, because it is a rules based task and when someone else would do it, the outcome would be the same. Whenever there is more judgement involved, I would be careful. Nevertheless, I see that the majority of the members of Accountancy Europe would like to defend the situation as we have it from the last regulation. Whether we are successful in this or not, we will see. Personally, I think the profession will have to offer something. We are not in the position to rule out our own position. It is up to the public to judge us.

Thierry DUPONT: I have to say that on all the financial statements that are published, in Belgium, only less than 25 percent of all fees for auditors represent non-audit fees. So, the problem is not that big. And within this 25 percent, you already have comfort letters, etc.

Marleen WILLEKENS: Just as an aside, research has looked into effects of the joint supply of

auditing and non-auditing services on proxies of audit quality, and the evidence appears to be mixed. Some studies in the US (DeFOND *et al.* 2002; GEIGER and RAMA, 2003, and CALLAGHAN *et al.* 2009) find no significant association between NAS fees and GCO reporting decisions by auditors. BLAY and GEIGER (2013) find a negative association between the magnitude of NAS fees and going-concern audit reporting. Mixed results on the relationship between NAS fees and GCMO reporting are also found in the U.K. For example, LENNOX (1999) finds that NAS fees were not significantly associated with auditors' GCO opinion decisions. Yet, FIRTH (2002) finds a significant negative association between NAS fees and qualified opinions. IRELAND (2003) finds no association of NAS fees and GCMO opinions in the U.K. BASIOUDIS *et al.* (2008) find a significant negative association between the magnitude of NAS fees and the issuance of a GCO, suggesting the provision of NAS may impair U.K. auditor independence.

Rudi BRAES: Certain non-audit services could improve our understanding of the business and potential risks which could help us in designing more effective audit procedures and ultimately supporting audit quality.

Edelfried SCHNEIDER: Maybe we have a problem in pretending that the audit profession can do almost everything. It is correct that we have our fixed costs, we have our staff on board, and our business must be profitable, otherwise our firms will not survive. But I think, especially when it comes to the mid-tier sector, we should carefully explore what we can do and cannot do. So, I think there may be certain services where we are absolutely not capable, and then we should restrict ourselves. It is the reality that some firms do have advisory expertise and so they can do it, others cannot. This is an aspect of competence on top of independence.

Rudi BRAES: In that case for example, this would be strategic advice the auditor would be asked to give. This is more management-related business and an extension of management

activity, all of which are prohibited under the PIE independence rules.

Marc BIHAIN: I think it is proper to make a distinction between the audit-only firm and the audit-only client approach. An audit-only firm means that, if you are doing an audit, and you need people with skills just for auditing and not to give advice. If you have the approach of audit-only clients, it means that for one client you may only do auditing, and for other clients you may do the whole spectrum of services, so you can use your good people in audit because you need some expertise in audit, but also in advisory for other clients.

Rudi BRAES: I think we should better define what an audit service is (for example are comfort letters included or not, etc.)? I cannot imagine that you would have these kinds of services provided by someone else than the auditor. Next to that I still believe audit quality could be improved by doing certain permitted non-audit services resulting in a better knowledge of the organization that makes it possible to design more effective audit procedures.

Edelfried SCHNEIDER: You are absolutely right. We have to think about enlarging the audit-related services and I think there is nothing wrong if you use your knowledge and your expertise from the audit in another additional service. In my opinion, there could be more room to do that, for example signing off the covenants for bank contracts, etc.

Model of audit-only firms – impact on audit quality

Marleen WILLEKENS: Do you believe, if we move to a model of audit-only firms, that this will have a negative impact on the quality of the audit, for all the reasons already stated?

All participants: Yes, absolutely.

Rudi BRAES: I really think there is no doubt about that. Organizations are becoming more

and more complex. It now requires audit firms to have expertise in artificial intelligence (AI), cyber, analytics, robotics, block chain and other emerging disciplines along with knowledge of complicated IT platforms in order to be able to achieve their financial audit and reporting obligations.

Being able to access a constant supply of diverse professionals with specialist skills at speed and at scale helps strengthen the delivery of audit quality. Being an audit-only firm would impede the ability to attract the talent we need, to provide relevant insights and high-quality audits. We need these skills to be in-house, provided by specialist teams who share our values and culture and who are part of audit teams on an ongoing basis. Having to outsource these skills could create extremely complex regulatory compliance challenges, for example with a view to auditor independence.

The multi-disciplinary model helps drive innovation across our business, transferring skills and new thinking to enable us to serve companies across all their functions and advise on issues holistically. It also gives us the scale and resources to invest in cutting-edge technologies that are reshaping the way information is gathered and analyzed. For example, at EY we now have more than 1.000 automation projects. All those innovations are brought in the audit process by the knowledge of people that did not really start their career in the audit service line.

The multidisciplinary model enables us better to attract, build and retain talent with the sort of specialist and technical skills increasingly required to deliver complex audits. It enables our people to do cutting-edge work every day, helping to build their skills which, in turn, helps deliver today's more complicated audits.

Finally, we believe corporate reporting and audit/assurance needs to evolve to meet 21st century needs. For all the reasons set out before, audit and assurance will only be able to keep pace with those needs as part of a multi-disciplinary model.

Harry EVERAERTS: The in-house integrity and culture are very important, because these

people of advisory and the consultants are in our firm, so they know what independence is, they know the values of our firm. If you take that away, so that they no longer are within our firm, then the disconnect of integrity and values creates a serious risk not only to independence, but certainly also to quality overall. If they do not have the mindset, then it is very difficult to guide those people, because then they are kind of an "unguided missile".

Marleen WILLEKENS: Wouldn't that then also imply that auditing would become quite different? Because you say you have to bring in the people from elsewhere as you need that kind of expertise. But what is the implication then for what you will deliver?

Rudi BRAES: I think, you simply cannot give an audit opinion if you do not have those experts. I read yesterday that for mining companies we have ten different experts that we involve. Sometimes these experts are very large groups of people. If we are auditing banks, these are thousands of people that are working on the audit of a bank with all kinds of very specific expertise. Consequently, in a model of audit-only firms, we would not be able to attract and retain those experts, because they would not be interested. I believe it will be very difficult for large firms, to engage them for a specific client or specific engagement, and effectively and appropriately manage their culture and independence (including the financial interest aspect).

Edelfried SCHNEIDER: I agree on that. We have this standard on using the resources and results of another expert and I am sceptic with that, because in the end all the responsibility and the liability are with the audit firm itself. I understand the issues of ISA 600 to rely on the opinion of another professional colleague, so another auditor, but to rely on experts outside the profession is difficult. You are absolutely right in your opinion, but the precondition of your argument is that an audit-only firm would not be able to attract the necessary people. I am not

sure of that and I will give two examples. First when these regulatory bodies were installed then we thought: “who is so blunt and joining those regulatory bodies to perform the inspections?” In the end, they found enough people to do it and they are mostly coming from the firms, not from other sectors. So, I am convinced that you will always find people who like a very secure job, are happy with their salary, and like a regulated eight-hour day schedule. The second example is the public audit courts; they are auditing the municipalities and other public bodies and they have excellent people. I think it is important that the auditor should always be a step ahead of those whom he is auditing in terms of knowledge, expertise, experience, innovation, etc. If the audited organization is ahead of the auditor, then an outcome of an audit can never be sufficient.

In conclusion, I follow hundred percent what you are saying, but I think that if the model of audit-only firms would come – and I really hope not –, they will find people to work for them and, from my understanding, it would be a step into a state regulated and state performed audit of companies, and this would certainly be the case for the listed firms.

Thierry DUPONT: In my opinion, the model of audit-only firms would increase the problem of concentration of the audit market, because only the very large audit firms would be able to attract, retain and pay those experts working only on audit firms.

Harry EVERAERTS: Even then, I think you will get the nine-to-five mentality of people, so it would decrease innovation, but we really need those ideas of those people that are exposed to different things other than audit to deliver today’s more complicated audits. We would get the necessary people for sure, but again, this would will not likely benefit overall audit quality.

Rudi BRAES: To be clear, it is now already a problem to attract enough experts to support the audit even in the current environment, because the competitors for talent are not

only other audit firms, but also consulting and lawyer firms, etc. who do not have our personal independence restrictions.

Edelfried SCHNEIDER: I understood your question in a different way, namely will the model of audit-only firms have an effect on the audit quality and, if so, which effect. I think to implement the audit-only firm model would only make sense if it would be evident that the audit quality would increase. From my perspective, the quality would definitely not increase. In our medium-sized firm, about 35 percent of all our revenues is related to statutory audits. I know others like the Big Four audit firms that have something around 50 percent or more. That is a lot of man hours rendered to audit services, and you cannot say that the staff in our firms is doing, in principle, a bad job, because they are also giving other services. So, I do not see why in an audit-only firm the staff can do better than those who are doing it since years and years. If you are convinced that most of the audits, about 95 percent, are state of the art, then you cannot improve them, not today, not tomorrow, not in five years. When we are talking about stepping up the audit quality, I think it is very clear that a model of audit-only firms is not a step forward. Our concern is that it will get worse.

Marleen WILLEKENS: Is the multidisciplinary audit model necessary and sufficient to guarantee high-quality audits? May I conclude that the opinion around the table here is that a multidisciplinary approach is value enhancing for an audit?

Rudi BRAES: Indeed, this is a structure that gives the necessary bandwidth to improve the audit with the necessary people skills and with the sector experience. Also, the scale allows you to invest more in the development of audit methodologies and techniques, which enhances the audit quality as such. And it will be just as important if not more so in the future, particularly if society wants and needs audit to evolve to close the expectations gaps including around fraud and going concern.

Edelfried SCHNEIDER: You have also asked whether the multidisciplinary audit model is sufficient to guarantee high-quality audits. I think you can always do better and you can always do more, but the least I can say is that it is the best basis for high-quality audits.



Marleen WILLEKENS

Audit-only firms – labor market issues

Marleen WILLEKENS: Let's move on to another question. We have already touched a little bit upon HRM related issues. Let's focus on some labor market issues, that is on the people who are doing the audits and the experts that are needed in a multidisciplinary setting. Is it true that it would be very difficult to attract skilled people in audit-only firms? Couldn't we just bluntly say that this is about economics and that if one would pay sufficiently high compensations one would be able to attract skilled people and find a new price equilibrium in that market. Could this work like this or is this view too simplistic?

Edelfried SCHNEIDER: I believe that we will not get to this equilibrium. From an economic point of view, an audit lasts three to five months, not more. It starts perhaps in the middle of November and ends with the reporting in March at the latest. How do you employ the staff in rest of the year outside the busy season? I agree with you that if the remuneration is right, you get the staff. But it would mean that audit fees would at least be increased by 40% if not more in order

to make the business model sustainable and to cover the fixed costs.

Rudi BRAES: I still doubt whether or not you would get them by paying more money because those people have a complete career perspective, they want to do all kinds of different things next to audit, making career in their own expertise. If you cannot have a career path of that expertise in the audit, I really think that you will not retain them.

Edelfried SCHNEIDER: I agree with the career path idea. I think that no one is born as an auditor and that it would not be suitable to train someone from the beginning to be just and solely an auditor. The person should have some broader business experience.

Rudi BRAES: Let's take an example from a trainee perspective and imagine that you are able to attract a tax expert in an audit only firm in Europe. Today we have tax departments where tax experts are challenging each other, are well trained by experts in their field of play and have a career path. If you separate them in an audit only firm without comparable structure they would lack challenge, education, support and motivation to become better. All this would certainly not improve audit quality.

Edelfried SCHNEIDER: Looking for instance at this from a tax inspector's perspective, they have a good education and experience in practical things in the review service before they join the fiscal audit teams. Our medium-sized firms are facing problems to attract and keep audit staff. Regulations and technology are getting more and more demanding and we see that we lose our best auditors, who were in the profession for five or even ten years, because of the fact that IT is getting too complicated, the standards are getting too complicated, in such a way that eventually they prefer to move to general advice or tax. It is becoming really difficult to attract people that are dedicated to become an auditor.

Rudi BRAES: If you look at the future of audit, we all recognize that execution of basic audit work in large firms is taking place more and more off shore, for example, in India. In that respect, we speak more and more about the multi-tier audit delivery model. Such a model comprises delivery services off-shore, by the local audit team, and by hubs in Europe where specific non-audit experts (e.g. in technology and automation) serve audit teams around the world. The audit is also rapidly becoming more and more automated. It seems to me that this model is vital to delivering and improving audit quality and any move away from such a model would be counter-productive. These people all want a career path in our organization, need to be trained and should have the same values, culture, independence, etc.

Edelfried SCHNEIDER: That is a very valid point. There is no rule that you must do your tax work in the country of residence. You can do it abroad. For example in Luxembourg, there are a lot of British accountants who live in Luxembourg and are competent to do UK tax work. With that it comes directly to the point of networks and network firms and other things to go forward with the model of fractioned service providing. Fighting against this tendency would not work.

Marleen WILLEKENS: So, then the model becomes even more international, multinational and for big firms, basically. This, in turn, would be enhancing concentration even further rather than decreasing it.

Harry EVERAERTS: I have the feeling that with an audit only firm, the product will get to something almost like a commodity. The people working in such audit-only firm on an audit, would have a program with ten things to do and they would do them perfectly. If you come back ten years later, they would probably still do the exact same program of ten things, but in the meantime, the world will have changed. Ultimately, paying more money in such instance to hire people to work in an audit-only firm, does not mean you will have a better quality audit.

Audit-only firms – impact on audit methodology

Marleen WILLEKENS: I think this relates to the topic of ‘audit methodology’. Do you think this movement towards audit-only firms would have an effect on how audits are produced, or more precisely on the audit methodology?

Thierry DUPONT: In my practice, I don’t have any knowledge about that.

Rudi BRAES: I am not so sure that it will change the audit methodology as such because in fact, what an auditor should do, is regulated. You have the ISAs for example. It is of course people executing the procedures that make the difference. Their values, professional skepticism, technical expertise, sector knowledge. You need to have the access to the best resources to guarantee a further improvement of audit quality.

Edelfried SCHNEIDER: My answer to the question is absolutely no. I think it is a little bit like the quality discussion. The Big Four attract young professionals with their advantage in excellent methodology.

In Germany, after all, you are about 28 years old when you go into the profession, so it starts quite late. When I remember my beginnings in the profession about 40 years ago there was no real training. When it came to methodology, very simple things that you had to do were implemented step by step, it was like training on the job. Since then, the whole system has changed quite a lot and I think the methodology is now driven by the new technologies. Nowadays, technology is getting more capable and demanding. We are on a trend where technology offers the possibility of permanent control and continuous auditing, etc.

Marleen WILLEKENS: If there will be different types of ‘labor’ and ‘skills’ in an audit firm, wouldn’t that also have an impact on the innovations in audit methodology in the mid or long term?

Rudi BRAES: Exactly, having a multidisciplinary team fosters a culture of innovation in general and innovation in methodology more specifically.

Alternative ways to address auditor independence concerns

Marleen WILLEKENS: I think that one of the questions we did not cover entirely is whether you have a view on potentially alternative ways to address auditor independence concerns. Having audits performed by civil servants would probably be the most 'extreme' alternative option, but are there other ways you think are likely to work better?

Harry EVERAERTS: I think Rudi mentioned earlier the accountability that must be put not only on the auditors but also with the management. It is not bad I think to know internal controls and certifications that management has to do. It gives you the opportunity to know the company a lot better. Of course, one can be seen as biased because it would mean more fees for the profession and there are several opinions on that, but if you look into the US environment, there is evidence it did help and eased the discussion on failures and what we know as auditors. We want to be objective, it has to be a constructive debate involving management and the audit committee, and giving them also a role in that.

Rudi BRAES: As you said earlier, evolving corporate reporting to get closer to the expectations of stakeholders is key. In fact, today we are already working globally on the development of long-term value reporting with several CEOs of very large global organizations.

We were talking earlier about how we should bring more accountability for the auditors. There can always be more regulation, accountability and inspections. If firms and auditors are consistently underperforming, there should be consequences. But even more important to me is that we build learning firms – analogous to the airline industry. When someone makes

a mistake, which is only human, we should learn from it, and document the root cause of the mistake. Did we have the right team, did we spend enough time, was their enough involvement from the experienced members of the team, etc. Our profession should use such information and analysis more than it does currently to learn as an organization and help prevent future mistakes.

Marleen WILLEKENS: If I understand well, this would be an initiative that originates from the audit firm itself. I think this is a very interesting and valuable suggestion. Learning and having an insight into the psychological biases related to making errors and quality threatening behaviors. This could be very useful for any organization, no matter its size, sector, rules or deontology. But then, how would you persuade the public of this? Because perception plays an important role in this whole debate, I believe.

Rudi BRAES: There are two matters to address here. The first one is a single accepted definition of audit quality – this is about the purpose and scope of audit (*i.e.* closing the expectation gap) and also being clear about what distinguishes a good audit from a bad audit – in other words what audit committees and audit oversight bodies consider and communicate to stakeholders. Secondly, where there are bad audits or deficient ones, auditors must address these issues – confidence in audit depends on both matters.

Marleen WILLEKENS: Certainly, but most procedures executed by the audit firm are not known by the public. In fact, an audit service is to a certain extent a 'credence good'. It is like a doctor who has performed surgery. You don't know whether he or she did it in the way that it should have been done. If you feel OK afterwards, even if it wasn't done very well, you think that the operation was performed appropriately. When two years later you turn very ill again, you still might not attribute it to malpractice by the surgeon. In other words the quality is not observable and therefore trust

in the surgeon is crucial. Reputation is very important for credence goods. I think that not being able to communicate this to the public domain in one way or another will be crucial, even if you are doing all the right things. The communication strategy is very important.

Thierry DUPONT: You were talking at the level of the firms, but we must not forget that we are one of the most regulated professions, if not the most. We work on the standards with regard to all the scandals, to the results of the inspections and so on. We are working on professional skepticism and on the management of the audit. It is again multifactorial, at the level of the firm but also at the level of the regulations, but we are working and progressing. We take all the problems facing the profession into account.

Marleen WILLEKENS: I did not mean to imply that you were not, I am just looking at it from an outside perspective.

Thierry DUPONT: I think that the main problem is perception.

Marleen WILLEKENS: Yes, and this is again expectations gap related. We have been talking about expectations gap for over 40 years now.

Thierry DUPONT: Communication is something very difficult. Look at the transparency report. Who actually reads it?

Marleen WILLEKENS: The transparency report was installed in 2006 already, and we (i.e. the external stakeholders) hoped back then that we would be able to read what was going on in an audit firm. And at the time, not only me but also many of my colleague-researchers were disappointed because there was nothing in there that was really helping us understanding how audit firms operate. I think that some people might read this report if there was actually something new in there. Nowadays the scope of the transparency report has expanded and I understand that some things cannot simply be disclosed in there, but the whole topic of how you do your quality

control is a very important piece of information and it is not always very well communicated. I think there is an opportunity there for the audit profession.

Edelfried SCHNEIDER: Do we really believe that the number of failures, no matter the way it is defined, is surprising? I read that here in Belgium, there are 26.000 statutory audits per year. How many go wrong? That is the point. Very often, you see the term of audit industry. If you take this industrial comparison, the audit is a "production"-process ending with an opinion. If you look at other industries, what is the percentage of failures there? For example, in the industry of carmakers: even when the cars are on the road, there might be massive production failures, we see that with diesel gate! I think that if you are the auditor of one of the big carmakers you should think about the business model, whether it is sustainable or not, whether they can move to electro mobility, to self-driving cars, etc.

Well - my point is: is it really surprising that once in a while an audit may go wrong?

Rudi BRAES: I agree that auditors could communicate better about what they do, and what the value of it is. We are investing massively in quality, service innovation, training for our people and in our communities. More than one million people work for the four biggest audit networks. These are people that are trained, share knowledge and become future leaders in society; whether in business, academia, practice, politics etc. Perhaps it is in the DNA of our profession not to explain and promote what we do well. We are self-critical. We want to do better all the time. We need to have a better open dialogue with all stakeholders.

Marleen WILLEKENS: I think there is an explanation to this. The thing is, the audit profession is constantly put in a defense seat. You have these inspection teams, and when something goes wrong it is relayed by the press. When there is a new 'calamity', there is new wave of criticism, and ... yes, new regulations. You are in a defense

position all the time and I think that this might have impacted how you report to the public. It is a pity, because there are for sure a lot of positive points that deserve attention and it would be great to focus on that.

Edelfried SCHNEIDER: I think we need to make a clear distinction about failure. Audit-failure is when you render a really wrong opinion that is technically poor, and the company goes bust. If you give a wrong opinion but there is no damage afterwards, who cares?

The other point that we see is misconduct, misbehavior. Looking at what was going on for instance in South Africa, I think the profession should launch a movement to care for integrity and ethics. We have to eliminate those wrongdoing guys out of our firms and out of the profession.

The economic press in the UK is so sharp and they are much more challenging than in other countries. In the UK, and to a certain extent in the Netherlands as well, everyone wants to be involved in economic affairs and wants to know what is happening. It is one of the problems that many fellow citizens believe they are experts in economics, when obviously they are not.

Rudi BRAES: And obviously, we cannot stop that.

Thierry DUPONT: There is also the fact that the main part of our added value remains invisible and therefore not known. It cannot be found in our report. It happens before the report is issued, during the audit, when we say to the client that we don't agree with XYZ. Things are then hopefully corrected, modified, and that is why at the end we give an unqualified opinion. It is in all this working phase that the biggest part of our added value is to be found.



Rudi BRAES and Harry EVERAERTS

Disclosure in the auditor's report and risk of professional liability

Marleen WILLEKENS: I would think that another reason why one is careful not to communicate more than one necessarily has to relate to liability and litigation. What do you think about this?

Rudi BRAES: I do not entirely agree with this because laws and rules on professional liability are quite clear in most jurisdictions, including in Belgium. I repeat my earlier statement, that the profession needs to be more transparent on all the value added by an audit, emphasizing training of young people to take a prominent role in society, innovation into auditing techniques that provide added value to the audit and to our clients on insight into their operations, technology and automation, all of which are areas in which the audit firms invest a lot of resources and money in.

Edelfried SCHNEIDER: I think that it could be the other way around, because the more you disclose, the better off you are. If you have written it down, then you are off the case. However, if you hide anything, or if you keep it by yourself as you think it is not worthwhile to report, then at the end you may have problems, when something reveals.

Rudi BRAES: But then of course we have all kinds of confidentiality rules too. If a client

says or specifies something, we are not always in a position to react. In most instances it is simply not possible for us to disclose a piece of information because of confidentiality.

Competition and concentration in the audit market

Marleen WILLEKENS: Let's move to the final part of our discussion. It is about competition and concentration in the audit market. Concentration has been a concern to regulators, albeit in some countries more than in others. Concentration is very often confused with lack of competition among audit suppliers. What is feared is that it has negative effects, such as overpricing or not doing what you have to do, or collusion among the suppliers.

Now I have two questions here. First, and you have already touched upon that to some extent, if we would move to a model of audit-only firms what do you think would be the effect on competition? A second related question is: in general, do you think that competition in the audit market is a good thing or a bad thing?

Thierry DUPONT: One thing is to strike a balance between the public interest and the benefits of good competition. It is not only a question of competition. In order to be able to give the services that the law requires from the firms in the benefit of the public interest, they must have the resources, the skills, in the very large entities as well as in the small ones and for that, it is very important to have the structure, to have enough means to do that, which leads to the price. Therefore, we must limit the effect of the competition on the market because when competition pushes the price too low, it necessarily puts the public interest in danger and that surely cannot be the case.

Edelfried SCHNEIDER: I believe it can come to the point that price competition is damaging audit quality, when the price is lower than the fixed and variable costs. With price dumping first you lose the profit, then you lose the coverage of

your fixed costs. At that point, it is very clear that such low prices are damaging the audit quality. When the price is going below the variable costs of the job, then it is very likely that you will start shortening the hours spent on the job. That is an inherent risk if you organize this market in a private way. People need to be aware of that. We see that in Germany a little bit in the public sector audits, where the prices are going down and down. There is a rotation scheme in the public sector, a three years term with the possibility of prolonging by three extra years. I have never seen the price for an audit of a public utility going up in such a rotation scheme, at least not in real terms. In that sector, normally the audit is not a high-risk issue. There are a lot of colleagues who are trained as auditor and want to perform a statutory audit, so they go to this public sector market. We will see that rotation at least on a short-term will lead to lowering prices and I am afraid that this will have an impact on the audit quality.

On the other hand, when you speak of concentration, we have to look at it from the consumers' or clients' perspective. I think that many of our medium-sized firms would be capable to audit a 2.000 or even a 10.000 staff company which is listed. But there is a selection process by the prospects and they decide. That can lead to nearly monopole structures, as for instance in Germany before the rotation-regulation KPMG was auditing 80% of the insurance market. So it is clear that some part of the concentration is caused by the clients.

Rudi BRAES: On the competition side, the price is a very interesting element. There should be less competition on price, and more on the team that you provide, on the quality that you deliver, on the innovation that you bring, on the value that you bring in the audit process.

There are ways that competition between audit firms can be enhanced to give stakeholders greater comfort that quality and objectivity are properly prioritized. For example, audit committees of PIEs could be:

1. Required to report to the competent authority about an audit tender and its outcome allowing the competent authority to have more visibility across the market about how it is working in the public interest. The competent authority could then issue a public report stating its views on the audit market (including choice and competition), auditor procurement, and audit committee effectiveness;
2. Encouraged to provide better information to shareholders about audit tenders when the company appoints or reappoints an auditor. This would involve providing them with an overview of the information provided to the competent authority above; and/or
3. Audit committees could adopt a blind tender process where auditors tender without the price until after a decision has been made about the preferred auditor. This would have the benefit of ensuring that audit work is properly priced to deliver audit quality.

A second thing is that of course you have this concentration of the Big Four, that is true. But you need the scale to invest and make progress. Smaller firms recognize this more and more and often seek to join larger organizations because of the economics involved. It is sometimes also the regulator or law that limits the competition. The cooling-in and a cooling-off period, prohibited services and audit rotation that limit the competition. There are thus a lot of things created by the law that limit the choice of the audit client.

Edelfried SCHNEIDER: I think that concentration is bad to a certain extent, but on the other hand, as long as we organize statutory company audits in an external private way there will always be competition and there must be competition.

Rudi BRAES: No question that there is competition.

Edelfried SCHNEIDER: The thing is that with niche markets, if you do not know the market and its specialties, it is very difficult to enter the market. This is a real rule that you cannot run away

from. You have to show your expertise, your references and if you don't have references in the market, you are off the game.

Harry EVERAERTS: And the system of audit only firm would not change that.

All participants: Absolutely.

Harry EVERAERTS: And it will not lead to more competition.

Rudi BRAES: And the joint audit will not either. Joint audit would actually create even less competition because you would have more cooling-off and cooling-in periods to respect.



Marc BIHAIN and Thierry DUPONT

Main challenges of the model of audit-only firms

Marleen WILLEKENS: I think we are coming towards the end of this very interesting discussion. Maybe one final very short question as a matter of conclusion: could you – in three sentences – share your ideas on what you think are the main challenges if we were to move to a system of audit-only firms?

Rudi BRAES: I think that the main challenges would be the following:

- The access to the specialists who are necessary to support a modern audit would be severely impaired;
- It would create additional complexity in auditor independence requirements;

- It would lead to a problem in attracting, retaining and developing talent, and will ultimately increase the audit costs significantly while decreasing the audit quality.

Marleen WILLEKENS: Are there other views in three sentences?

Thierry DUPONT: In addition to the different elements that Rudi BRAES has just mentioned and which I share, my personal view is that it would increase the concentration problem because only big firms would be able to attract clients.

Edelfried SCHNEIDER: I follow both views. I think that at least in the long-term audit only firms would be a turn down of audit quality and not a step up. I am also afraid that it would be a first step towards more state regulated audits. We have not addressed the question of who should be liable for the audit fees. You could imagine a system where it is not the audited company that pays but they pay to a common pot (say for example: all companies of a special segment at a stock exchange) and then the auditors are paid out of that pot. This would be a real step towards state regulated audits and we have to be very clear on the fact that this is absolutely not a suitable model for small and medium-sized companies and private enterprises because they really want one-stop shopping and speak directly to their auditors.

Marleen WILLEKENS: Thank you all for your great contributions.

LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS OU LA RECHERCHE DE L'IMPOSSIBLE ÉQUILIBRE

PATRICK DE WOLF

Avocat, maître de conférences UCL



Introduction

Les règles relatives à la responsabilité des dirigeants sociaux n'ont pas échappé aux réformes menées tambour battant par M. le Ministre de la justice Koen GEENS.

Trois d'entre elles méritent une attention particulière.

- La première réforme est portée par la loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations (CSA). Elle est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2019, même si elle n'est pas immédiatement applicable aux sociétés antérieurement constituées. De portée extrêmement large, le CSA modifie également les règles de responsabilité des dirigeants, (i) en clarifiant ou complétant certaines règles pour faire écho à la jurisprudence (art. 2:56 CSA), (ii) en étendant aux fautes de gestion le caractère solidaire de la responsabilité, autrefois réservé aux dommages résultant d'infractions au Code ou aux statuts et (iii) en introduisant un système de limitation (par plafonds de 125.000 EUR à 12 millions EUR, en fonction de la taille de la société) de la responsabilité financière des dirigeants (art. 2:57 et 2:58 CSA).
- La deuxième a trait au droit de l'insolvabilité et à la loi du 11 août 2017 portant insertion d'un

LES RÈGLES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS SOCIAUX N'ONT PAS ÉCHAPPÉ AUX RÉFORMES MENÉES TAMBOUR BATTANT PAR M. LE MINISTRE DE LA JUSTICE KOEN GEENS

livre XX dans le Code de droit économique (CDE), entré en vigueur le 1^{er} mai 2018. La responsabilité des dirigeants en cas de faillite y trouve désormais son siège, à savoir (i) les règles relatives à l'action en comblement de passif (art. XX.225 CDE, anciennement 530 C. Soc.), et (ii) l'action en responsabilité, nouvellement créée, pour *wrongful trading* (art. XX.227 CDE), permettant d'actionner la responsabilité des dirigeants en cas de poursuite fautive d'activité déficitaire.

- La troisième concerne la modification du Code de droit économique par la loi du 15 avril 2018, entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2018. La nouvelle définition de l'entreprise qu'elle contient inclut désormais, selon une certaine lecture de la loi et des travaux

préparatoires, le dirigeant d'entreprise, puisqu'il exerce une activité professionnelle à titre d'indépendant (art. I.1.1^o CDE). La jurisprudence en la matière est abondante et pour le moins divisée.

La présente contribution vise à un examen synthétique de ces réformes et, malgré sa brièveté, à la recherche du « fil rouge » qui relie ces textes entre eux¹. La tâche n'est pas aisée, tant est flagrante la différence entre la volonté affichée de réforme et l'impression, vraie ou fautive, de permanence que laisse les textes nouveaux.

Le régime général du nouveau Code des sociétés et des associations sera abordé dans la première partie (1), avant d'évoquer la responsabilité spécifique des dirigeants en cas de faillite (2), puis la faillite personnelle des dirigeants (3) et, enfin, de conclure (4).

La responsabilité des dirigeants dans le Code des sociétés et des associations : régime général et plafonds

A. Régime général

- Deux textes en un

Selon l'article 2:56 CSA :

« Les personnes visées à l'article 2:51² et toutes les autres personnes qui détiennent ou ont détenu le pouvoir de gérer effectivement la personne morale sont responsables envers la personne morale des fautes commises dans l'accomplissement de leur mission. Il en va de

même envers les tiers pour autant que la faute commise présente un caractère extracontractuel. Ces personnes ne sont toutefois responsables que des décisions, actes ou comportements qui excèdent manifestement la marge dans laquelle des administrateurs normalement prudents et diligents placés dans les mêmes circonstances peuvent raisonnablement avoir une opinion divergente. Lorsque l'organe d'administration forme un collège, elles sont solidairement responsables des décisions et des manquements de ce collège.

Même si l'organe d'administration ne forme pas un collège, ses membres répondent solidairement tant envers la personne morale qu'envers les tiers, de tout dommage résultant d'infractions aux dispositions du présent code ou aux statuts de cette personne morale.

Elles sont toutefois déchargées de leur responsabilité pour les fautes visées aux alinéas 2 et 3 auxquelles elles n'ont pas pris part si elles ont dénoncé la faute alléguée à tous les autres membres de l'organe d'administration, ou, le cas échéant, à l'organe d'administration collégial et au conseil de surveillance. Si elle est faite à un organe collégial d'administration ou de surveillance, cette dénonciation et les discussions auxquelles elle donne lieu sont mentionnées dans le procès-verbal. »

Les articles 527 et 528 du Code des sociétés (C. Soc.)³, (visant respectivement la faute de gestion et la violation du Code et des statuts), font à présent l'objet d'un article unique, désormais applicable à toutes les personnes morales visées par le CSA, donc y compris aux A(l)SBL et aux fondations. L'article 2:56 CSA contient quelques innovations et confirmations.

- Champ d'application *ratione personae*

Outre les membres d'un organe de gestion et le délégué à la gestion journalière (art. 2:51

1 Pour un examen plus complet de la matière voy. J. MALHERBE et csorts, *Droit des sociétés, Précis, droit communautaire et droit belge*, 2^{ème} éd., Bruylant, 2006, pp. 614 à 649 ; M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 203 à 294 et P. DE WOLF, *La responsabilité civile des administrateurs de sociétés anno 2019 : régime général*, séminaire VANHAM & VANHAM, 31 janvier 2019 (30 p.).

2 Art. 2:51 CSA : « Chaque membre d'un organe de gestion ou délégué à la gestion journalière est tenu à l'égard de la personne morale de la bonne exécution du mandat qu'il a reçu. »

3 Il est fait référence, dans cette section, aux seuls administrateurs de SA. Le propos peut toutefois être étendu *mutatis mutandis* aux gérants de SPRL.

CSA), les administrateurs de fait sont à présent visés dans le régime général et non plus uniquement dans certaines hypothèses visant les entreprises en difficultés. Ils sont ceux *qui détiennent ou ont effectivement détenu le pouvoir de gérer effectivement la personne morale*. La responsabilité est la même que celle des membres des organes d'administration ou de surveillance.

Les dirigeants d'ASBL, d'ASBL et de fondations tombent désormais sous le coup des articles 2:56 à 2:58 CSA. S'il n'est pas contestable que le droit commun (droit du mandat et responsabilité quasi-délictuelle) trouvait à s'appliquer pour ces entités⁴, ce qui aboutissait en pratique à leur appliquer un régime proche de celui des sociétés, les règles nouvelles ont le mérite d'unifier et de clarifier le régime applicable. Elles étendent aussi désormais, de manière plus aisée, la responsabilité des administrateurs de ces entités particulières, en cas de violation du Code et des statuts.

- **Consécration légale du contrôle marginal**

Les dirigeants concernés « *ne sont toutefois responsables que des [...] comportements qui excèdent manifestement la marge dans laquelle des administrateurs normalement prudents et diligents placés dans les mêmes circonstances peuvent raisonnablement avoir une opinion divergente* » (art. 2:56, al. 1^{er}, *in fine*). Le contrôle marginal de la faute du dirigeant, connu en jurisprudence et repris dans la loi, tend à « *contribuer à l'appréciation plus correcte des décisions des administrateurs et gérants* »⁵. Il s'applique en toute logique au seul cas où l'organe d'administration dispose d'une certaine

liberté d'appréciation⁶, donc pas lorsque la loi, les statuts ou une autre norme prescrivent un comportement déterminé.

- **Responsabilité solidaire (art. 2:56, al. 2 à 4 CSA)**

a. Fautes de gestion (art. 2:56, al. 2 CSA)

La responsabilité des membres des organes collégiaux est solidaire pour toute cause de responsabilité, même pour les fautes de gestion (*fautes commises dans l'accomplissement de leur mission*)⁷. Le système ancien ne connaissait pas ce principe, sauf le cas de la responsabilité solidaire pour faute de gestion commune ou *in solidum* en cas de fautes concurrentes ayant causé le même dommage⁸. Cette extension de la solidarité impose aux dirigeants d'être vigilants.

Point de changement pour le surplus : une faute de gestion est un manquement à l'obligation (de moyen) qui pèse sur les administrateurs, de gérer la société en bon père de famille, qu'il consiste en un fait positif, une omission ou une négligence. La faute la plus légère suffit à engager la responsabilité de son auteur, lequel ne pourra se retrancher derrière la gratuité de son mandat, ni invoquer son incompétence pour excuser sa faute⁹.

4 F. MOÏSES, « Le nouvel environnement légal des dirigeants d'ASBL et de fondations », *R.D.C.*, 2003, pp. 727-737.

5 Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. 2017-18, 54 3119, p. 60. Pour un commentaire critique, voy. W. DERIJCKE, « La responsabilité des dirigeants de société et d'association », in *Actualités 2018-2019 - sociétés et associations*, Séminaire DWG, 2019, p. 15 : « *il est impossible de se prononcer sur une marge sans examiner le tout, étant entendu que c'est celui qui contrôle qui fixe lui-même la marge* ».

6 Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. 2017-18, 54 3119, p. 60.

7 Cette responsabilité solidaire s'applique à un même niveau de l'administration de la personne morale. Ainsi, dans un organe d'administration dual, le conseil de surveillance n'est en principe pas solidairement responsable des décisions du conseil de direction et le conseil d'administration n'est pas responsable des décisions du délégué à la gestion journalière. W. DERIJCKE, *La responsabilité des dirigeants de sociétés et d'associations*, *op. cit.*, p. 16.

8 R. AYDOGDU et csorts, *Le Code des sociétés et des associations, Introduction à la réforme du droit des sociétés*, CUP, Liège, 2018, p. 34.

9 J. MALHERBE et csorts, *Droit des sociétés, Précis, droit communautaire et droit belge*, 2^{ème} éd., Bruylant, 2006, p. 617 et les réf. citées.

b. Les autres fautes (art. 2:56, al. 3 CSA)

La présomption de solidarité reste de mise, comme par le passé, pour les infractions au Code et aux statuts, indépendamment du caractère collégial ou non de l'organe d'administration. Cette présomption est réfragable.

c. Devoir de dénonciation et renversement de la présomption (art. 2:56, al. 4 CSA)

L'obligation de dénonciation à l'assemblée générale est supprimée. Pour échapper à la solidarité, le dirigeant qui n'a pas pris part à l'infraction (en raison de son absence pour motif légitime, par exemple) doit dénoncer la faute alléguée à ses collègues administrateurs ou, le cas échéant, à l'organe d'administration collégial et au conseil de surveillance. Le dirigeant concerné veillera à se ménager la preuve de la dénonciation, le cas échéant via le procès-verbal de l'organe collégial d'administration ou du conseil de surveillance¹⁰.

- **Faute de gestion qui présente un caractère extracontractuel (art. 2:56, al. 1^{er} CSA)**

« Les personnes [...] sont responsables envers la personne morale des fautes commises dans l'accomplissement de leur mission. Il en va de même envers les tiers pour autant que la faute commise présente un caractère extracontractuel. »

Le Code consacre, lapidairement, le principe, admis par la jurisprudence, de la responsabilité personnelle des administrateurs à l'égard des tiers, même pour une faute de gestion toutes les fois que l'impéritie ou la déloyauté de ceux-ci leur a causé un dommage, conformément au droit commun de la responsabilité aquilienne¹¹.

10 Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. 2017-18, 54 3119, p. 35.

11 J. VAN RYN et X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers », *J.T.*, 1988, p. 401, n° III.

Il est renvoyé à la jurisprudence et aux auteurs pour ce qui est des controverses sur l'étendue et les conditions de mise en cause de cette responsabilité. Mentionnons, en particulier, les arrêts de la Cour de cassation du 29 juin 1989¹² (sur le type de faute pouvant entraîner la responsabilité des administrateurs), du 7 novembre 1997¹³ (quasi-immunité des dirigeants dans le contexte d'une violation d'un contrat par la société) et du 20 juin 2005¹⁴ (coexistence de la responsabilité personnelle du dirigeant avec celle de la société qui a commis un quasi-délit).

B. Les plafonds à la responsabilité et l'interdiction des exonérations

- **Introduction**

Le CSA introduit une innovation de taille¹⁵. Il fixe les montants maximaux de responsabilité des administrateurs et prévoit comme corollaire des cas où cette limitation de responsabilité est exclue, et une interdiction générale de s'exonérer contractuellement de toute responsabilité.

- **Limitations (art. 2:57, § 1^{er} et 2 CSA)**

En s'inspirant du régime applicable aux professionnels du chiffre¹⁶, le législateur limite (ou plafonne) la responsabilité des membres d'un organe d'administration ou du délégué à la gestion journalière pour les responsabilités ressortissant de l'article 2:56 ainsi « que toute autre responsabilité en raison de dommages causés découlant du présent code ou d'autres lois ou règlements à charge des personnes mentionnées à l'article 2:51, ainsi que la

12 Cass., 29 juin 1989, *R.P.S.*, 1989, p. 175.

13 Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, pp. 730-732 et note V. SIMONART.

14 Cass., 20 juin 2005, *R.P.S.*, 2005, pp. 183 et suiv. et note Y. DE CORDT, « Chronique d'une valse-hésitation : la responsabilité aquilienne des organes de sociétés. »

15 Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess.ord. 2017-18, 54 3119, p. 62.

16 *Ibid.*, p. 69. Pour une analyse de cette réglementation, voy. notre étude « L'exercice en société des professions du chiffre : le retour au droit commun de la responsabilité », *TAA*, juillet 2010.

responsabilité pour les dettes de la personne morale visées aux articles XX.225 et XX.227 du Code de droit économique ».

Le Code prévoit ainsi des plafonds qui varient entre (i) 125.000 EUR¹⁷, (ii) 250.000 EUR¹⁸, (iii) 1.000.000 EUR¹⁹, (iv) 3.000.000 EUR²⁰ et (v) 12.000.000 EUR²¹. Les critères utilisés pour déterminer les plafonds de responsabilité recourent à des critères dont il est fait usage par le Code pour définir les micro-entités, les petites et les grandes sociétés.

La limitation de la responsabilité s'applique tant envers la personne morale qu'envers les tiers, que le fondement de l'action en responsabilité soit contractuel ou extracontractuel.

- Exclusions (art. 2:57, § 3 CSA)

Toutefois, la limitation de la responsabilité visée ci-avant est exclue dans quatre cas: (i) en cas de faute légère présentant dans le chef de l'auteur un caractère habituel plutôt qu'accidentel, de faute grave, d'intention frauduleuse ou à dessein de nuire dans le chef de la personne responsable ; (ii) pour la responsabilité dans certaines situations où les actions d'une SRL ou d'une SA n'ont pas été valablement libérées (art. 5:138, 1° à 3° et 7:205, 1° à 3°) ; (iii) pour la responsabilité solidaire visée aux articles 442^{quater} (précompte professionnel) et 458 (condamnations pour fraude fiscale) du CIR 92 et aux articles 73^{sexies} (condamnations pénales) et 93^{undecies}C (solidarité en cas de non-paiement de la TVA dans certaines conditions)

¹⁷ Si, sur trois exercices précédant l'action en responsabilité, ou, à défaut, depuis la constitution de la personne morale : chiffre d'affaires moyen inférieur à 350.000 EUR et total du bilan moyen à 175.000 EUR.

¹⁸ Chiffre d'affaires moyen inférieur à 700.000 EUR et total du bilan moyen à 350.000 EUR.

¹⁹ Chiffre d'affaires moyen inférieur à 9.000.000 EUR et total du bilan moyen à 4.500.000 EUR.

²⁰ Chiffre d'affaires moyen supérieur à 9.000.000 EUR mais inférieur à 50.000.000 EUR et total du bilan moyen supérieur à 4.500.000 EUR mais inférieur à 43.000.000 EUR.

²¹ Chiffre d'affaires moyen inférieur à 50.000.000 EUR et total du bilan moyen à 43.000.000 EUR. Ainsi que pour les entités d'intérêt public.

EN S'INSPIRANT DU RÉGIME APPLICABLE AUX PROFESSIONNELS DU CHIFFRE, LE LÉGISLATEUR LIMITE (OU PLAFONNE) LA RESPONSABILITÉ DES MEMBRES D'UN ORGANE D'ADMINISTRATION OU DU DÉLÉGUÉ À LA GESTION JOURNALIÈRE

du Code de la taxe sur la valeur ajoutée ; (iv) pour la responsabilité solidaire visée à l'art. XX.226 CDE.

Il faut rappeler les règles de responsabilité des réviseurs d'entreprises, qui ont inspiré les auteurs du CSA, trop partiellement sans doute. En vertu de la loi du 7 décembre 2016, portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises, les plafonds de responsabilité (3 ou 12 millions EUR) sont inapplicables en cas d'« *infraction commise avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire* ».

Le CSA a jugé bon d'étendre les cas d'exclusion du plafond à la « faute grave » et à la « faute légère habituelle », qui ne figuraient pas dans le projet du gouvernement. Leur ajout est le fruit d'un compromis politique dont les conséquences possibles n'ont pas été suffisamment anticipées. Le pouvoir d'appréciation du juge et l'absence de balises légales font peser le risque, selon W. DERIJCKE, que le juge fasse droit à toute demande qui invoquerait l'intention frauduleuse et la faute grave. Il souligne en outre le risque que le dirigeant dont la responsabilité serait engagée même en deçà du plafond légal ne rencontre des difficultés avec son assureur, non tenu de fournir sa garantie pour les actes intentionnels

et pouvant s'exonérer de ses obligations pour les cas de faute lourde²².

L'opinion de cet auteur doit être nuancée. L'intention frauduleuse ou le dessein de nuire, en ce qu'ils ne sont pas aisés à prouver, constituent des balises en soi. Le compromis visé ci-avant et l'extension du champ des exclusions nous éloignent de la solution cohérente en vigueur pour les réviseurs d'entreprises. Prouver la faute grave ou la faute légère habituelle est sans conteste plus aisé. C'est là, selon nous, que gît le risque réel.

- **Caractère d'ordre public des plafonds (art. 2:58 CSA)**

Les clauses d'exonération et de garantie contractées par la société au profit de ses administrateurs, au-delà de ce qui est prévu par la loi (ci-dessus) sont interdites.

Afin de se prémunir contre un autre risque de contournement, l'article 2:58, al. 2 CSA prévoit aussi que la personne morale, ses filiales ou les entités qu'elle contrôle ne peuvent par avance exonérer ou garantir un membre d'un organe d'administration ou délégué à la gestion journalière de leur responsabilité envers la société ou les tiers. Un actionnaire majoritaire ou un autre tiers garde cependant une telle faculté d'exonération ou de garantie au profit des dirigeants susvisés²³.

C. Droit transitoire

L'application dans le temps des règles qui précèdent est réglée au chapitre IV, section II de la loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant dispositions diverses.

L'article 39, § 6 de la loi précise que les articles 2:56 à 2:58 CSA, commentés ci-avant, deviennent applicables aux faits dommageables

commis à partir de la date à laquelle le Code des sociétés et associations devient applicable à la personne morale concernée conformément au paragraphe 1^{er}, alinéas 1^{er} ou 2.

A cet égard, le CSA est applicable pour la première fois le 1^{er} janvier 2020 aux sociétés, associations et fondations existant au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, c'est-à-dire, pour rappel, le 1^{er} mai 2019 (art. 39, § 1^{er}, al. 1^{er} de la loi).

Les entités juridiques existant au moment de l'entrée en vigueur du Code peuvent toutefois décider d'appliquer les dispositions du CSA avant le 1^{er} janvier 2020, en recourant à la faculté d'*opt-in*. L'exercice de cette faculté d'*opt-in* requiert une modification des statuts. Ainsi, lorsqu'une société, association ou fondation en fait usage, elle doit mettre ses statuts en conformité avec les dispositions du Code et celui-ci est applicable à partir du jour de la publication de la modification des statuts mais au plus tôt le 1^{er} mai 2019.

Les actions en responsabilité en cas d'insolvabilité (art. XX.225 à 228 CDE)

A. Généralités

Par l'effet de la loi du 11 août 2017 introduisant le livre XX CDE, la responsabilité spécifique des dirigeants en cas de faillite (action en comblement de passif), figurant jadis à l'article 530 C. Soc., est désormais prévue aux articles XX.225 (régime général) et XX.226 (présomption de faute grave des dirigeants en faveur de l'ONSS).

La responsabilité pour « *wrongful trading* » fait son entrée à l'article XX.227 du CDE. Elle vise le cas de la poursuite fautive d'activité déficitaire.

Ces actions concernent toutes les personnes morales et les organisations sans personnalité juridique (art. XX.224 CDE) et sont du ressort exclusif du tribunal de l'entreprise (art. XX.228 CDE).

²² W. DERIJCKE, « La responsabilité des dirigeants de société et d'association », *op. cit.*, 2019, p. 17.

²³ *Ibid.*, p. 16.

B. Action en comblement de passif (art. XX.225 CDE)

- Transposition (presqu') à l'identique de l'article 530 C. Soc.

En cas de faillite d'une entreprise et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout administrateur, gérant, délégué à la gestion journalière, membre du comité de direction ou du conseil de surveillance, actuel ou ancien, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer l'entreprise, peut être déclaré personnellement obligé, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif (art. XX.225, § 1^{er}, al. 1^{er} CDE).

L'action en comblement de passif peut être dirigée contre tout administrateur de droit ou de fait lorsque (i) la société a été déclarée en faillite (la réorganisation judiciaire ou la liquidation volontaire ne sont pas visées), (ii) l'actif est insuffisant, (iii) une faute grave et caractérisée²⁴ (notamment la fraude fiscale grave au sens de la législation anti-blanchiment – art. XX.225, § 1^{er}, al. 2) a été commise et (iv) que cette faute a contribué à la faillite (le curateur établit que cette faute est une des causes de la faillite ; il n'est pas requis qu'elle soit la cause unique et décisive de la faillite²⁵ ni qu'elle soit à l'origine de l'insuffisance d'actif).

- Exclusion des petites entités (art. XX.225, § 2 CDE)

L'action en comblement de passif ne peut être intentée lorsque l'entreprise en faillite est

une entreprise qui a réalisé, au cours des trois exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620.000 EUR HTVA et lorsque le total du bilan du dernier exercice n'a pas dépassé 375.000 EUR ou lorsqu'il s'agit d'une ASBL, AISBL ou fondation qui tient une comptabilité simplifiée.

Comme exposé ci-après, il n'y a pas d'exclusion de l'action pour « *wrongful trading* » contre les sociétés de taille réduite. A l'évidence, cette différence de traitement avec le régime de l'action en comblement de passif est susceptible de soulever la question du respect du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Certains parlementaires ont relevé, lors des débats en commission, le caractère illogique de cette différence de traitement sans pour autant infléchir la position des auteurs du projet de loi sur ce point²⁶.

- Titulaires de l'action et indemnisation des frais et dépens (art. XX.225, §§ 3 et 4 CDE)

L'action en comblement de passif appartient au curateur et, subsidiairement, si le curateur ne l'introduit pas lui-même, aux créanciers lésés. Le créancier sera indemnisé de ses frais et dépens, toujours quand l'action a été bénéficiaire pour la masse et seulement si le curateur intervient dans les autres cas.

- Répartition de l'indemnisation entre les créanciers (art. XX.225, § 5 CDE)

Le régime d'indemnisation accordé par le tribunal est, depuis l'adoption du livre XX.CDE, variable :

- en cas de diminution ou d'une absence d'actif, l'indemnisation est répartie proportionnellement entre créanciers en respectant les causes légitimes de préférence ;
- en cas d'aggravation du passif, l'indemnisation est répartie proportionnellement entre tous

²⁴ La faute grave et caractérisée fait aussi écho aux obligations prévues aux articles 2:52 (obligation de l'organe d'administration de délibérer sur les mesures nécessaires à la continuité de l'entreprise pendant 12 mois quand des faits graves et concordants sont susceptibles de compromettre cette continuité), 5:153, § 2 et 7:228 CSA (procédure de sonnette d'alarme, respectivement dans la SRL et la SA).

²⁵ Comm. Bruxelles, 10 septembre 1985, *R.D.C.*, 1987, p. 523; Comm. Bruxelles, 11 décembre 1984, *R.D.C.*, 1985, p. 491; Comm. Charleroi, 8 septembre 1992, *R.P.S.*, 1993, p. 329.

²⁶ *Doc. Parl., Ch., doc 54 2407/004*, p. 61.

les créanciers sans tenir compte des causes légitimes de préférence (art. XX.227, § 3).

La différence de régime, justifiée dans les travaux préparatoires²⁷ par le besoin de préserver le droit des créanciers privilégiés affectés par la disparition d'actifs sur lesquels reposent leurs droits de sûreté, fait l'objet d'une double critique. Certains auteurs estiment que cette différence violerait le principe d'égalité et de non-discrimination consacré aux articles 10 et 11 de la Constitution²⁸. D'autres regrettent la finalité du système mis en place²⁹, qui serait plus axée sur la sanction que la réelle indemnisation.

C. Action spéciale de l'ONSS (art. XX.226 CDE)

Les dirigeants de droit ou de fait sont personnellement et solidairement responsables à l'égard de l'ONSS et du curateur pour la totalité ou une partie des cotisations sociales, majorées des intérêts de retard, dues au moment du prononcé de la faillite, s'il est établi qu'au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, un ou plusieurs de ces dirigeants ont été impliqués dans au moins deux faillites ou liquidations d'entreprises à l'occasion desquelles des dettes de la sécurité sociale n'ont pas été honorées.

Ce cas particulier de responsabilité objective (sans faute) figurait à l'article 530, § 2 C. Soc. La version légèrement remaniée qui figure au CDE n'en atténue pas le danger qu'il constitue pour tous les administrateurs, dès lors qu'il suffit en effet qu'un seul dirigeant ait été impliqué dans la situation visée par la loi pour que les autres deviennent solidairement responsables de tout ou partie des dettes à l'égard de l'ONSS. Une extrême vigilance s'impose aux dirigeants.

²⁷ Doc. Parl., Ch., doc 54 2407/001, p. 103.

²⁸ J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, « La responsabilité des dirigeants liée à une poursuite d'activité déficitaire avant ou pendant l'insolvabilité » in *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme* (direction A. ZENNER), Anthémis, Limal, 2018, p. 683 à 685.

²⁹ W. DERIJCKE, « La responsabilité des dirigeants de société et d'association », *op. cit.*, p. 12.

D. Action pour « *wrongful trading* »

La poursuite fautive d'une activité déficitaire a régulièrement été stigmatisée par les juges. Il est ainsi reproché aux administrateurs (i) soit de ne pas avoir fait aveu de faillite dans le délai légal d'un mois, (ii) soit de ne pas avoir respecté la procédure de l'article 633 C. Soc. (devenu art. 7:228 CSA), (iii) ou encore d'avoir poursuivi de manière déraisonnable une activité déficitaire en s'écartant du comportement raisonnable du dirigeant normalement prudent et avisé.

Des banquiers ou des administrateurs ont été mis en cause pour avoir artificiellement prolongé la vie d'une entreprise moribonde et d'avoir aggravé ses pertes. La doctrine a mis en lumière le fondement quasi délictuel (art. 1382 C. civ.) de ces actions et les problèmes délicats d'appréciation qu'elles soulèvent, notamment pour déterminer le moment où la santé de l'entreprise est jugée irrémédiablement compromise dans un contexte où demeure l'espoir – fondé ou non – de redressement³⁰.

Le nouveau concept légal de « *wrongful trading* » figurant à l'article XX.227 CDE vise expressément la poursuite d'activité déficitaire dans le cadre d'un régime qui présente des similitudes avec l'action en comblement de passif, décrite ci-dessus.

La notion de *wrongful trading* peut être librement traduite par « gestion inadéquate » (d'une activité déficitaire) ou par « négligence sanctionnable » (termes utilisés dans une étude du Parlement européen sur les droits et obligations des actionnaires³¹).

³⁰ J.-F. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, « La responsabilité des dirigeants liée à une poursuite d'activité déficitaire avant ou pendant l'insolvabilité », *op. cit.*, p. 668-69 et les réf. citées.

³¹ F. M. LAPRADE, « Droits et obligations des actionnaires. Régimes nationaux et propositions d'instruments au niveau européen en vue d'améliorer l'efficacité juridique », document disponible sur le site internet : [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2012/462463/IPOL-JURI_ET\(2012\)462463_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2012/462463/IPOL-JURI_ET(2012)462463_FR.pdf), 2012, p. 27.

Le champ d'application *ratione personae* (personnes morales et dirigeants visés) est identique à celui de l'action en comblement de passif.

Qu'en est-il de la faute requise par l'article XX.227 CDE ? La responsabilité du dirigeant est engagée si (i) avant la faillite, il savait ou devait savoir qu'il n'y avait manifestement pas de perspective raisonnable pour préserver l'entreprise ou ses activités et éviter la faillite (art. XX.227, § 1^{er}, a) et si (ii) la personne concernée n'a pas agi comme l'aurait fait un administrateur prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances (art. XX.227, § 1^{er}, a)).

Avec son sens de la formule, W. DERIJCKE précise que l'action pour *wrongful trading* vise le dirigeant de droit ou de fait qui ne s'est pas comporté *normalement* dans une situation *anormale*³².

L'action pour *wrongful trading* relève de la compétence exclusive du curateur (art. XX.227, § 2, CDE), alors que l'action en comblement de passif peut aussi être introduite par le créancier lésé (ci-dessus).

Enfin, les règles de responsabilité ci-avant ne sont pas applicables lorsque l'entreprise déclarée en faillite est une ASBL, AISBL et fondation qui tient une comptabilité simplifiée (art. XX.227, § 5). Il n'y a cependant pas d'exclusion pour les sociétés de taille réduite, comme c'est le cas pour l'action en comblement du passif (ci-dessus). Cette différence de régime est une différence qui pourrait être jugée inconstitutionnelle.

La répartition de l'indemnisation s'opère selon les mêmes règles qu'en matière d'action en comblement de passif (ci-dessus).

La faillite d'administrateur

La loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises marque le point final du démantèlement du Code de commerce au profit du Code de droit économique en substituant totalement la notion d'entreprise à celle de commerçant. La définition de l'entreprise inclut désormais chacune des *organisations* suivantes : (i) toutes les personnes physiques exerçant une activité professionnelle à titre d'indépendant (art. I, 1, 1^o, a) CDE), (ii) toute personne morale (art. I, 1, 1^o, b) CDE), toute autre organisation sans personnalité juridique (art. I, 1, 1^o, c) CDE) qui poursuit un but de distribution.

Les travaux préparatoires de la loi fournissent quelques indications sur la première catégorie d'entreprise visée par la loi (personnes physiques exerçant une activité professionnelle à titre d'indépendant) : « *Le choix des concepts « à titre indépendant » et « activité professionnelle » ont pour effet de mettre fin à des discussions antérieures concernant « une activité économique durable ». En effet, le concept d'« indépendant » est l'opposé de celui de « sous les liens d'un contrat de travail » (la différence entre un indépendant et un travailleur), alors que celui de « durabilité » est inhérent à une « activité professionnelle ». A titre d'exemple, on peut penser à des personnes physiques qui travaillent en tant que commerçant, artisan, personnes exerçant une profession libérale ou administrateur de sociétés*³³. »

Il n'en fallut pas plus pour que la jurisprudence se saisisse de l'argument à l'appui de jugements déclaratifs de faillite de mandataires sociaux, assimilés à une entreprise, et tombant donc sous le coup du livre XX CDE³⁴, y compris en degré d'appel³⁵. Un argument supplémentaire est

32 W. DERIJCKE, « La responsabilité des dirigeants de sociétés et d'associations », *op. cit.*, p. 9.

33 *Doc. Parl.*, Ch., 7 décembre 2017, doc 54 2828/01, p. 10.

34 *Comm. Liège* (div. Liège), 18 juin 2018, inédit, R.G. O/18/00043 ; *Trib. entr. Liège* (div. Namur), 7 mars 2019, inédit, R.G. O/19/00082.

35 Bruxelles, 21 décembre 2018, *TRV-RPS*, 2019, p. 116 et note M. ROELANTS, *De kwalificatie van de natuurlijke persoon-bestuurder als onderneming na de Wet Hervorming Ondernemingsrecht*, p. 104.

tiré de l'article III.82, § 1^{er}, CDE, contenant une dérogation en matière comptable, notamment en faveur des « *personnes physiques dont l'activité professionnelle à titre indépendant consiste en l'exercice d'un ou de plusieurs mandats d'administrateur* ». Sur cette base, la jurisprudence estime que les administrateurs sont des entreprises, même lorsque ces entreprises ne doivent pas tenir de comptabilité.

Cette jurisprudence n'est pas unanime. D'autres juridictions ont refusé en effet de déclarer la faillite d'indépendants dont l'activité se limitait à la gestion de leur propre société³⁶. Un argument récurrent, invoqué à l'appui du refus de prononcer la faillite est l'absence d'« organisation » telle qu'exigée par la loi, ce qui supposerait de pouvoir démontrer un agencement de moyens personnels et matériels.

Les mandataires sociaux ne rentraient pas, jadis, dans la définition du commerçant. Ils posaient quotidiennement des actes de commerce visés à l'article 2 du Code de commerce. Ces actes posés au nom et pour le compte de la personne morale qu'ils représentaient ne faisaient pas de ces mandataires sociaux des commerçants. La faillite était donc exclue.

La nouvelle définition légale a ouvert une brèche. La controverse devra être tranchée rapidement pour assurer la cohérence de la définition de l'entreprise, d'une part, et pour garantir l'égalité de traitement entre toutes les personnes physiques administrateurs de société, d'autre part. Comment tolérer plus longuement que, selon la juridiction saisie, le mandataire social puisse bénéficier du régime favorable (et quasi-automatique) de l'effacement de dette qu'offre la faillite ou, au contraire, se voir refuser les avantages de cette solution ?

Conclusion

Le droit de l'insolvabilité (2017) a consacré le « *fresh start* » sous la forme de l'effacement de dettes, sorte d'absolution accordée à l'entrepreneur personne physique. Il s'agit sans conteste d'un signal positif donné aux entrepreneurs encouragés à redémarrer une activité rapidement sans plus subir les affres liées à la faillite.

Le CSA (2019) se veut simple, moderne et flexible. Il doit aussi faciliter la vie des entrepreneurs. N'a-t-on pas dit que le ministre de la justice souhaitait que, grâce à ce Code, la Belgique soit à l'Europe ce que le Delaware est aux Etats-Unis d'Amérique ?

Les administrateurs de société n'échappent pas à cet élan réformateur : le caractère supplétif de la révocabilité *ad nutum*, les plafonds à leur responsabilité et la forte réduction du nombre de sanctions pénales sont conçus pour apaiser les craintes des dirigeants, cernés par de trop nombreuses responsabilités, et encourager un esprit d'entreprise trop atone. Le fil rouge de ces réformes a sans nul doute été l'intention de clarifier et d'alléger le régime de responsabilité des dirigeants.

Le bref examen qui précède a cependant fait apparaître de nombreuses failles, découlant d'erreurs ou d'omissions, qui rendent les choses moins claires en pratique.

De nouveaux inhibiteurs sont en effet apparus, tels que l'extension de la solidarité entre administrateurs pour leurs fautes de gestion, les exceptions mises à l'application des plafonds de responsabilité qui pourraient anéantir l'intérêt même du plafond, l'introduction d'un texte relatif à la responsabilité pour la poursuite fautive d'activité déficitaire (*wrongful trading*) ou, encore, les hésitations de la jurisprudence en matière de faillite des personnes physiques, mandataires sociaux.

³⁶ Comm. Brabant wallon, 8 octobre 2018, *TRV-RPS*, 2019/1, p. 115, Trib. entr. Hainaut (div. Tournai), 6 novembre 2018, *TRV-RPS*, 2019/1, p. 111.

Au lieu de parfaire un droit de la responsabilité des dirigeants qui doit aboutir à indemniser justement la victime d'un dommage qui est la conséquence d'une mauvaise gestion, le législateur sanctionne et punit le dirigeant³⁷.

L'équilibre est incontestablement difficile à trouver entre la promotion de l'esprit d'entreprise d'une part, et la « responsabilisation » du dirigeant, d'autre part.

Les performances du moteur de l'entreprise ont sans doute été améliorées. Mais a-t-on débloqué le frein à main ? Pas sûr.

LES ADMINISTRATEURS DE
SOCIÉTÉ N'ÉCHAPPENT PAS
À CET ÉLAN RÉFORMATEUR :
LE CARACTÈRE SUPPLÉTIF
DE LA RÉVOCABILITÉ *AD
NUTUM*, LES PLAFONDS À LEUR
RESPONSABILITÉ ET LA FORTE
RÉDUCTION DU NOMBRE DE
SANCTIONS PÉNALES SONT
CONÇUS POUR APAISER LES
CRAINTES DES DIRIGEANTS,
CERNÉS PAR DE TROP
NOMBREUSES RESPONSABILITÉS,
ET ENCOURAGER UN ESPRIT
D'ENTREPRISE TROP ATONE

37 W. DERIJCKE, « La responsabilité des dirigeants de sociétés et d'associations », *op. cit.*, p. 17 : « (...) Le droit de la responsabilité civile n'est pas le lieu de la sanction. Le législateur serait bien inspiré de respecter l'esprit d'entreprise plutôt que de le rendre suspecte. »

Samenvatting

Het recht inzake de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders heeft significante wijzigingen ondergaan als gevolg van doorgevoerde wetshervormingen tussen 2017 en 2019.

In dit verband kunnen drie belangrijke wetteksten worden aangehaald:

- het insolventierecht en de wet van 11 augustus 2017 houdende invoering van een boek XX in het Wetboek van economisch recht (WER) met de regels inzake de rechtsvordering tot aanzuivering van schulden, de nieuw ingevoerde aansprakelijkheidsvordering wegens "wrongful trading";
- de wet van 15 april 2018 tot wijziging van het Wetboek van economisch recht en invoering van de nieuwe definitie van het ondernemingsbegrip dat, volgens een bepaalde lezing van de wet, de bedrijfsleider omvat;
- de wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV). Het WVV (i) verduidelijkt bepaalde regels ter bevestiging van de rechtspraak, (ii) kent een hoofdelijk karakter van aansprakelijkheid toe aan beheersfouten (iii) voert een systeem van beperking van financiële bestuurdersaansprakelijkheid in (door een plafond van 125.000 EUR tot 12 miljoen EUR, afhankelijk van de omvang van de vennootschap).

Voormelde hervormingen worden beknopt samengevat, alsook in het juiste perspectief geplaatst om te bepalen of er een evenwicht is bereikt tussen de wens om enerzijds het ondernemerschap te bevorderen en anderzijds een rechtvaardig en doeltreffend regime voor bestuurdersaansprakelijkheid in te voeren.

Summary

The law on the civil liability of directors has undergone significant changes as a result of legislative reforms introduced between 2017 and 2019.

In this regard, three major legislative texts can be cited:

- the Belgian insolvency law and the Belgian Law of 11 August 2017 introducing a Book XX in the Belgian Code of Economic Law, containing rules relative to the "action en complément du passif", the newly established action for wrongful trading;
- the Belgian Law of 15 April 2018 amending the Belgian Code of Economic Law and introducing the new definition of the concept of the company which, according to a certain reading of the law, includes the company director;
- the Belgian Law of 23 March 2019 introducing the Belgian Code of Companies and Associations (CCA). The CCA (i) clarifies certain rules to echo the case law, (ii) extends solidary liability to mismanagement faults (iii) introduces a system of limitation for the financial liability of directors (by ceilings from 125,000 EUR to 12 million EUR, depending on the size of the company).

The aforementioned reforms are briefly summarized and taken into perspective in order to determine whether a fair balance has been struck between the desire to foster entrepreneurship on the one hand and to implement a fair and efficient regime of directors' liability on the other hand.

VERBOD OP EN BEPERKING VAN NIET- CONTROLEDIENSTEN: STAND VAN ZAKEN ANNO 2019¹

ERWIN VANDERSTAPPEN

*Diensthooft Juridische zaken IBR, Algemeen
afgevaardigde ICCI, Bedrijfsjurist*



Inleiding

Door het invoeren van het verbod op en de beperking van bepaalde niet-controlediensten bij organisaties van openbaar belang (hierna OOB's), met name² de genoteerde vennootschappen, de kredietinstellingen, de verzekeringsondernemingen, de herverzekeringsondernemingen, de vereffeningsinstellingen en de met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen beogen de Europese instanties de auditfunctie te verbeteren. Een impactstudie van de Europese Commissie³ gaf immers aan dat niet-controlediensten mogelijks een bedreiging voor de onafhankelijkheid vormen, vermits ze belangconflicten kunnen doen ontstaan en, wanneer ze belangrijk zijn, een financiële afhankelijkheid. Het verbod op en de beperking van

bepaalde niet-controlediensten zou tevens de kwaliteit van de audit ten goede komen.

De Europese Unie heeft door middel van de artikelen 4 en 5 van Verordening nr. 537/2014⁴ een lijst van verboden niet-controlediensten opgesteld voor de wettelijke controle van de financiële overzichten van OOB's. Bovendien worden de honoraria voor niet-verboden niet-controlediensten in OOB's beperkt tot 70 % van de gemiddelde audithonoraria die worden betaald door de gecontroleerde entiteit over de laatste drie jaren.

De artikelen 3:63, 3:64 en 3:65 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV) bevatten de implementatie in het Belgisch recht door de wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren (hierna de wet van 7 december 2016) van het verbod op en de beperking van niet-controlediensten.

Deze bijdrage beoogt de implicaties ervan in kaart te brengen en maakt daarbij een onderscheid tussen de verboden niet-controlediensten voor OOB's enerzijds en voor niet-OOB's anderzijds.

1 De juridische interpretaties en andere standpunten verbinden slechts de auteur. Zie over dit onderwerp: E. VANDERSTAPPEN, "Het verbod op en de beperking van niet-controlediensten" in *Europese audithervorming en implementatie ervan in België*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, ICCI, 2016, nr. 3, p. 33-71; T. DUPONT en E. VANDERSTAPPEN, "De commissaris na de Europese audithervorming van 2014" in *In het vennootschapsbelang. Liber amicorum Herman Braeckmans*, Antwerpen, Intersentia, 2017, p. 135-142.

2 Voor de definitie, zie art. 1:12 WVV.

3 Commission Staff working paper, *Impact assessment – Accompanying document – Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2006/43/EC on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts and a Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on specific requirements regarding statutory audit of public-interest entities*, SEC(2011)1384-final (30.11.2011).

4 Verordening EU Nr. 537/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende specifieke eisen voor de wettelijke controles van financiële overzichten van organisaties van openbaar belang en tot intrekking van Besluit 2005/909/EG van de Commissie, *Pb. EU*, 27 mei 2014, L158/77 (hierna "Auditverordening").

Door de Europese Auditverordening aangevulde "zwarte" lijst van verboden diensten

Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de wet van 7 december 2016 op 1 januari 2017 mocht de commissaris sinds 2003 bij dezelfde cliënt en haar dochtervennootschappen, zowel OOB's als niet-OOB's, verscheidene soorten van opdrachten verrichten, voor zover deze geen verband hielden met de zeven verboden diensten in het door het koninklijk besluit van 7 juli 2017 tot wijziging van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen opgeheven artikel 183ter van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen die hun onafhankelijkheid in het gedrang brengen⁵:

"1. het nemen van een beslissing in de gecontroleerde vennootschap of tussenkomen in de besluitvorming;

2. bijstand verlenen of deelnemen aan de voorbereiding of het voeren van de boekhouding of aan het opstellen van de jaarrekening of van de geconsolideerde jaarrekening van de gecontroleerde vennootschap;

3. instaan voor de opstelling, de ontwikkeling, de invoering en het beheer van technologische systemen van financiële informatie in de gecontroleerde vennootschap;

4. instaan voor het waarderen van de elementen van de jaarrekening of van de geconsolideerde jaarrekening van de gecontroleerde vennootschap indien deze een belangrijk element vormen van de jaarrekening;

5. deelnemen aan de interne auditfunctie;

⁵ Voor een uitgebreide bespreking van de zeven verboden diensten, zie C. VAN DER ELST, "De commissaris, non-auditdiensten en het comité voor advies en toezicht" in *De Wet Behoorlijk Vennootschapsbestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 175-195; A. KILESE, "L'indépendance du commissaire à la lumière de la loi corporate governance", *RPS* 2003, 37-44, nrs. 54-74.

6. de gecontroleerde vennootschap vertegenwoordigen bij de afwikkeling van fiscale of andere geschillen; en

7. tussenkomen in de werving van personen die deel uitmaken van een orgaan of van het leidinggevend personeel van de gecontroleerde vennootschap."

De Europese audithervorming maakt deze lijst evenwel nog stringenter voor OOB's en beoogt onder andere de volgende niet-controlediensten:

- het verlenen van belastingdiensten met betrekking tot het opstellen van belastingformulieren; het identificeren van overheidssubsidies en belastingstimulansen tenzij de steun van de wettelijke auditor of het auditkantoor voor dit soort diensten bij wet verplicht is; het verstrekken van belastingadvies;

- waarderingsdiensten, met inbegrip van waarderingsdiensten in verband met actuariële diensten of ondersteuningsdiensten bij rechtsgeschillen; en

- juridische diensten, met betrekking tot het geven van algemeen advies; het onderhandelen namens de gecontroleerde entiteit.

Artikel 5, § 1, tweede lid van de Auditverordening bevat derhalve de volgende lijst van elf verboden diensten bij OOB's die niet samen met de wettelijke controle mogen worden verstrekt:

"a) het verlenen van belastingdiensten met betrekking tot:

- i) het opstellen van belastingformulieren;*

- ii) loonbelasting;*

- iii) douanerechten;*

- iv) het identificeren van overheidssubsidies en belastingstimulansen tenzij steun van de wettelijke auditor of het auditkantoor voor dit soort diensten bij wet verplicht is;*

- v) *bijstand inzake belastinginspecties door de belastingautoriteiten, tenzij bijstand door de wettelijke auditor of het auditkantoor inzake belastinginspecties door de belastingautoriteiten bij wet verplicht is;*
- vi) *het berekenen van directe en indirecte belastingen en uitgestelde belastingen; en*
- vii) *het verstrekken van belastingadvies;*
- b) *diensten die het vervullen van een rol bij het beheer of de besluitvorming van de gecontroleerde entiteit inhouden;*
- c) *boekhouding en het opstellen van boekhoudkundige documenten en financiële overzichten;*
- d) *loonadministratie;*
- e) *het ontwikkelen en ten uitvoer leggen van procedures voor interne controle en risicobeheer die verband houden met de opstelling en/of controle van financiële informatie of het ontwikkelen en ten uitvoer leggen van financiële informatietechnologiesystemen;*
- f) *waarderingdiensten, met inbegrip van waarderingen in verband met actuariële diensten of ondersteuningsdiensten bij rechtsgeschillen;*
- g) *juridische diensten, met betrekking tot:*
 - i) *het geven van algemeen advies;*
 - ii) *onderhandelen namens de gecontroleerde entiteit; en*
 - iii) *optreden als belangenbehartiger bij het oplossen van geschillen;*
- h) *diensten in verband met de interne controlefunctie van de gecontroleerde entiteit;*
- i) *diensten die verband houden met de financiering, de kapitaalstructuur en -toewijzing, en de investeringsstrategie van*

**DE "ZWARTE" LIJST GAAT
VOOR DE COMMISSARISSEN
VAN OOB'S DUIDELIJK VERDER
DAN DEZE VAN DE ZEVEN
DIENSTEN DIE VAN 2003 TOT
2017 IN BELGIË VERBODEN
WAREN IN COMBINATIE MET DE
WETTELIJKE CONTROLE VAN
OOB'S EN NIET-OOB'S**

de gecontroleerde entiteit, met uitzondering van het verstrekken van assurediciënen diensten in verband met financiële overzichten, waaronder het verschaffen van comfort letters met betrekking tot door de gecontroleerde entiteit uitgegeven prospectussen;

j) het aanbevelen van, handelen in of inschrijven op aandelen in de gecontroleerde entiteit;

k) personeelsdiensten, met betrekking tot:

i) leidinggevendenden die zich in een positie bevinden waarin zij wezenlijke invloed kunnen uitoefenen op het opstellen van boekhoudkundige documenten of financiële overzichten waarop de wettelijke controle betrekking heeft, indien dergelijke diensten het volgende behelzen: - het zoeken naar of benaderen van kandidaten voor een dergelijke functie; of - het controleren van de referenties van kandidaten voor dergelijke functies;

ii) het structureren van de opzet van de organisatie; en

iii) kostenbeheersing."

Deze "zwarte" lijst gaat voor de commissarissen van OOB's duidelijk verder dan deze van de zeven diensten die van 2003 tot 2017 in

België verboden waren in combinatie met de wettelijke controle van OOB's en niet-OOB's. In haar advies van 22 december 2015 is de Hoge Raad voor de Economische Beroepen (HREB, hierna de Hoge Raad) van oordeel dat de toen bestaande Belgische lijst van zeven prestaties die onverenigbaar zijn met de onafhankelijkheid van de commissaris dient behouden te blijven, mits deze aan te passen aan de terminologie zoals gehanteerd in de nieuwe Europese regelgeving met het oog op de coherentie⁶ en dat België aan de lijst van de elf verboden diensten uit de Auditverordening geen bijkomende verbodsbepalingen dient toe te voegen voor de OOB's en de optie in artikel 5, § 2 van de Auditverordening derhalve niet dient te worden gelicht⁷.

Belgische implementatie van de Europese lijst

A. Gehanteerde wetstechniek

De wet van 7 december 2016 promoveert de regeling inzake de verboden diensten zoals opgenomen in het opgeheven artikel 183ter van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot wet door deze volledig over te hevelen naar het Wetboek van vennootschappen en dit omwille van het belang van deze maatregelen op het vlak van de onafhankelijkheid van de commissaris.

Paragraaf 1 van artikel 3:63 WVV omvat dus de algemene verbodsbepaling voor de commissaris om bepaalde niet-controlediensten te verstrekken aan de vennootschap waarin hij de wettelijke controle van de jaarrekening verricht. In paragraaf 2 wordt verduidelijkt welke niet-controlediensten er precies onder vallen.

6 HREB, *Advies van 22 december 2015 over de omzetting in Belgisch recht van de Europese hervorming inzake de externe audit*, p. 30, nr. 45: <http://www.cspe-hreb.be/ysite/pdf/advies-hreb-22-12-2015-met-bijlagen.pdf>.

7 HREB, *Advies van 22 december 2015 over de omzetting in Belgisch recht van de Europese hervorming inzake de externe audit*, p. 31, nr. 49.

De Belgische lijst die in grote lijnen ongewijzigd is gebleven, wordt in overeenstemming gebracht met de formuleringen van de Auditverordening, hetgeen op een aantal punten enige precisering met zich meebrengt.

B. Bespreking van de verboden niet-controlediensten

Artikel 3:63, § 2 WVV herformuleert de vroegere zeven verboden prestaties, die zowel voor OOB's als niet-OOB's gelden, als volgt:

1° diensten die de vervulling van een rol bij het bestuur of de besluitvorming van de vennootschap, onderworpen aan de wettelijke controle, inhouden

Zoals reeds het geval was, mag de commissaris geen diensten verstrekken die het vervullen van een rol bij het bestuur of de besluitvorming van de vennootschap, onderworpen aan de wettelijke controle, inhouden. Deze formulering heeft een algemene strekking en omvat eveneens rechtstreekse en onrechtstreekse tussenkomsten in het beslissings- of besluitvormingsproces die plaatsvinden nadat een bijzondere of algemene volmacht werd verstrekt aan andere personen dan diegenen die binnen de vennootschap luidens de algemene bepalingen gerechtigd zijn de beslissing te treffen of het besluit te nemen.

De notie "een rol bij het bestuur of de besluitvorming van de vennootschap" omvat volgens de Q&A van de Europese Commissie van 3 september 2014 "*working capital management, providing financial information, business process optimisation, cash management, transfer pricing, creating supply chain efficiency and the like*"⁸, met name "*beheer van werkkapitaal, verstrekken van financiële informatie, bedrijfsprocesoptimalisatie, beheer van liquide middelen, vaststellen*

8 European Commission, "Q&A - Implementation of the New Statutory Audit Framework", Brussels, 3 September 2014, p. 4: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-2244_en.htm?locale=EN.

van verrekenprijzen, creëren van efficiënte toeleveringsketens en dergelijke”⁹, maar doet geen afbreuk aan de bevoegdheid door het WVV aan de commissaris toevertrouwd om bepaalde beslissingen te nemen, zoals diens bevoegdheid om de algemene vergadering van aandeelhouders bijeen te roepen.

Diensten die verband houden met de financiering, de kapitaalstructuur en -toewijzing, en de investeringsstrategie van de gecontroleerde entiteit zijn verboden. *Due diligence* diensten, het verschaffen van *comfort letters* met betrekking tot door de gecontroleerde entiteit uitgegeven prospectussen en andere *assurancediensten* zijn echter toegelaten.

Gezien de dubbele opdracht die de Belgische wettelijke auditor vervult ingeval er een ondernemingsraad voorhanden is, beide uitgevoerd in het algemeen belang, de ene opdracht ten aanzien van de algemene vergadering van de aandeelhouders, de andere ten aanzien van de ondernemingsraad, dient volgens de Hoge Raad te worden beschouwd dat adviesverlening omtrent de herstructurering van ondernemingen een ander voorbeeld is van inmenging in het beheer van de gecontroleerde vennootschap in het licht van de Belgische context¹⁰.

Het kan immers niet de bedoeling zijn dat de commissaris aan het bestuursorgaan suggereert hoe de betrokken onderneming zou kunnen worden geherstructureerd, aangezien dit volgens de memorie van toelichting¹¹ zijn onafhankelijkheid in schijn ten aanzien van de stakeholders (waaronder de leden van de

ondernemingsraad) ongetwijfeld in het gedrang zou brengen.

De memorie van toelichting¹² stelt gelukkig dat niets de commissaris evenwel belet om punctueel en technisch advies te verstrekken, voor zover de klant een keuze krijgt tussen redelijke alternatieven en de raadgevingen met transparante en objectieve analyses worden onderbouwd die het bestuursorgaan zal bestuderen alvorens een besluit te nemen.

2° boekhouding en de opstelling van boekhoudkundige documenten en financiële overzichten

De commissaris die onvolkomenheden in de voorgestelde boekhoudkundige gegevens van de gecontroleerde entiteit ontdekt, zal in overeenstemming met de vigerende controlenormen de nodige stappen ondernemen. De verantwoordelijkheid voor het opstellen van de jaarrekening berust immers bij de gecontroleerde entiteit.

Dit verbod beoogt niet de uitvoering van louter technische of routinematige taken. Voorbeelden van bijstand bij het opstellen van boekhoudbescheiden die de onafhankelijkheid niet noodzakelijkerwijze in het gedrang brengt, zijn onder meer¹³:

- uitvoeren van routinematige boekhoudtaken, zoals boeken van transacties waarvoor het management van de gecontroleerde cliënt de te hanteren rekeningenindeling heeft vastgesteld, boeken van gecodeerde transacties in het grootboek van een gecontroleerde cliënt, opnemen van door de cliënt goedgekeurde posten op een proefbalans van de cliënt of

9 Overweging (8) van de Auditverordening.

10 HREB, *Advies van 22 december 2015 over de omzetting in Belgisch recht van de Europese hervorming inzake de externe audit*, p. 31, nr. 48, aangezien dit volgens de Hoge Raad kan worden beschouwd als een dienst in het verlengde van het vervullen van een rol bij het bestuur of de besluitvorming van de gecontroleerde entiteit en bijgevolg onverenigbaar is voor de commissaris en zijn netwerk.

11 Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54K2083/001, 69.

12 Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54K2083/001, 69.

13 Europese Commissie, Aanbeveling van 16 mei 2002 Onafhankelijkheid van de met de wettelijke controle belaste accountant in de EU: basisbeginselen, *Pb. EG*, 19 juli 2002, L191/22, 48, punt 7.2.1.

verlenen van bepaalde diensten op het gebied van gegevensverwerking;

- informeren van de cliënt over gangbare jaarrekeningenstandaarden of waarderingsmethoden, zodat hij zelf kan beslissen welke hij wil toepassen.

Voorbeelden van bijstand die de onafhankelijkheid in het gedrang brengt, zijn onder meer¹⁴:

- opstellen of veranderen van journaalposten, van de indeling van de rekeningen of transacties, dan wel van andere boekhoudbescheiden zonder toestemming van de cliënt;

- toestaan of goedkeuren van transacties; of

- opstellen van basisdocumenten of -gegevens (met inbegrip van het nemen van beslissingen inzake waarderingsgrondslagen), of aanbrengen van wijzigingen in dergelijke documenten of gegevens.

Verboden diensten omvatten onder meer de boeking van verrichtingen in de algemene boekhouding, de boekhoudkundige verwerking en alle voorbereidende werkzaamheden met het oog op het voorleggen van een financieel verslag of de financiële overzichten of het opstellen van de financiële overzichten.

Thans is het toepassingsgebied ruimer dan voorheen. Daar waar in 2003 de *"opstelling van de jaarrekening of van de geconsolideerde jaarrekening van de gecontroleerde vennootschap"* werd beoogd, staat er nu *"de opstelling van (...) financiële overzichten"*. De notie financiële overzichten is veel ruimer en kan betrekking hebben op een boekhoudkundige staat (art. 3:68, § 2, derde lid WVV), de "specifieke" staat van activa en passiva voor interimdividenden (art. 7:213, derde lid WVV), voor vereffeningen (art. 2:71, tweede lid WVV),

¹⁴ Europese Commissie, Aanbeveling van 16 mei 2002 Onafhankelijkheid van de met de wettelijke controle belaste accountant in de EU: basisbeginselen, *Pb. EG*, 19 juli 2002, L191/22, 47, punt 7.2.1.

enz. en beoogt ook de staten opgesteld onder andere boekhoudkundige referentiestelsels (IFRS, US GAAP)¹⁵.

3° de ontwikkeling en tenuitvoerlegging van procedures voor interne controle en risicobeheer die verband houden met de opstelling en/of controle van financiële informatie of de ontwikkeling en tenuitvoerlegging van financiële informatietechnologiesystemen

De vroegere verbodsbepaling wordt uitgebreid tot het ten uitvoer leggen van procedures voor interne controle en risicobeheer die verband houden met de opstelling van financiële informatie. Het verstrekken van aanbevelingen houdt echter niet noodzakelijk het ontwikkelen en ten uitvoer leggen van de interne beheersingsmaatregelen zelf in. Dit hangt af van de wijze waarop de adviezen en aanbevelingen zijn verstrekt, alsook van de klant en de context waarin de aanbevelingen zijn gedaan.

De commissarisopdracht omvat onder meer de toetsing van de informaticasystemen (apparatuur en programmatuur) die door de gecontroleerde entiteit worden gebruikt om de financiële informatie te verkrijgen die een materiële invloed kan hebben op het getrouw beeld van de jaarrekening.

Wanneer men betrokken is bij het opstellen, ontwikkelen of invoeren van dergelijk financieel informatietechnologiesysteem, is het ontoelaatbaar om deze daarna te hanteren in het kader van de jaarrekeningencontrole.

Een dienstprestatie met het doel technologische systemen van financiële informatie (software) te "onderhouden", is onverenigbaar met het verbod voor de commissaris om in de gecontroleerde vennootschap technologische systemen van financiële informatie op te stellen, te ontwikkelen, in te voeren en te beheren (Advies- en controlecomité op de onafhankelijkheid van

¹⁵ A. KILESE, "L'indépendance du commissaire à la lumière de la loi *corporate governance*", *RPS* 2003, 38, nr. 57.

de commissaris (ACCOM), advies 2005/1 van 18 juli 2005).

Wanneer de commissaris door de gecontroleerde vennootschap wordt belast met het maken van een analyse van alternatieve systemen op basis waarvan de vennootschap vervolgens zelf beslist welk systeem zij uiteindelijk installeert, zal de verlening van een dergelijke dienst de onafhankelijkheid van de commissaris doorgaans niet ondermijnen op voorwaarde dat de kosten en baten van de geanalyseerde systemen naar behoren zijn gemotiveerd en met de gecontroleerde vennootschap zijn besproken¹⁶.

4° waarderingsdiensten, met inbegrip van waarderingsdiensten in verband met actuariële diensten of ondersteuningsdiensten bij rechtsgeschillen

In België waren waarderingsdiensten door de commissaris van elementen van de jaarrekening die een belangrijk element vormen van de jaarrekening verboden (oud art. 183ter, 4° KB 30 januari 2001).

Of een element kon worden beschouwd als een belangrijk element van de jaarrekening moest, in voorkomend geval, door het ACCOM worden beoordeeld, in een advies geval per geval op het niveau van de enkelvoudige jaarrekening te gebeuren. Zo werd er door het ACCOM een onverenigbaarheid vastgesteld van de opdracht om bepaalde vennootschappen uit eenzelfde groep te waarden, met het verbod voor de commissaris om belangrijke elementen van de jaarrekening van de gecontroleerde vennootschap te waarden (advies 2004/3 van 9 november 2004).

In het artikel 3:63, § 4 WVV wordt de optie uit artikel 5, § 3, van de Auditverordening om een versoepeling toe te laten voor bepaalde diensten gelicht; dit geldt onder meer voor de

waarderingdiensten op voorwaarde dat ze niet materieel zijn (*cf. infra*). Het materialiteitsbeginsel zat voorheen reeds vervat in de zinsnede "een belangrijk element vormen van de jaarrekening".

5° diensten in verband met de interne auditfunctie van de vennootschap, onderworpen aan de wettelijke controle

Het opgeheven artikel 183ter, 5° van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 vermeldde het "deelnemen aan de interne auditfunctie". In 2016 sprak de tekst van "diensten in verband met de interne controlefunctie". De formulering die voorheen beperkt was tot de deelname aan de interne auditfunctie wordt dus uitgebreid, aangezien er wordt verwezen naar de interne controlefunctie. De notie interne controle werd niet gedefinieerd.

Volgens het COSO-raamwerk bestaat interne controle uit een aantal componenten die er samen voor moeten zorgen dat de organisatie op een degelijke manier door het management beheerst wordt. De componenten zijn: de controleomgeving, de risicoanalyse, de controleactiviteiten, informatie en communicatie en monitoring. Deze componenten beïnvloeden elkaar.

Met het WVV wordt de notie "interne auditfunctie" opnieuw ingevoerd.

Er bestaat evenwel geen onverenigbaarheid van (1) een controleopdracht op de naleving van informaticastandaarden die contractueel zijn opgelegd aan derde vennootschappen door de vennootschap waarvan de verzoeker commissaris is en van (2) een controleopdracht op de systemen en procedures inzake informaticabeveiliging (*intrusion testing*) van de vennootschap, met het verbod voor de commissaris om deel te nemen aan de interne auditfunctie (Advies- en controlecomité op de onafhankelijkheid van de commissaris (ACCOM), advies 2004/1 van 2 juni 2004).

¹⁶ Europese Commissie, Aanbeveling van 16 mei 2002 Onafhankelijkheid van de met de wettelijke controle belaste accountant in de EU: basisbeginselen, *Pb. EG*, 19 juli 2002, L191/22, 49, punt 7.2.2.

Er is evenmin sprake van het bestaan van onverenigbaarheid van een controleopdracht op de "compliance" functie in de bancaire dochtervennootschappen van de vennootschap waarvan de verzoeker commissaris is, met het verbod voor de commissaris om deel te nemen aan de interne auditfunctie (Advies- en controlecomité op de onafhankelijkheid van de commissaris (ACCOM), advies 2004/2 van 9 juni 2004).

Daarentegen werd een interne auditopdracht gepresteerd door een buitenlandse dochtervennootschap van het netwerk van de commissaris, als onverenigbaar beschouwd met het verbod voor de commissaris om deel te nemen aan de interne auditfunctie (Advies- en controlecomité op de onafhankelijkheid van de commissaris (ACCOM), advies 2004/4 van 9 november 2004).

6° diensten met betrekking tot:

- a) *onderhandelingen namens de vennootschap, onderworpen aan de wettelijke controle;*
- b) *het optreden als belangenbehartiger bij de oplossing van geschillen;*
- c) *vertegenwoordiging van de vennootschap, onderworpen aan de wettelijke controle, bij de afwikkeling van fiscale of andere geschillen.*

Er is sprake van een uit belangenbehartiging voortvloeiende bedreiging voor de onafhankelijkheid wanneer een commissaris of een kantoor van het netwerk namens de gecontroleerde cliënt optreedt bij de beslechting van een (rechts)geschil. Een dergelijke bedreiging kan zich ook voordoen wanneer een dergelijke dienst de inschatting van de kansen van de gecontroleerde cliënt bij de beslechting van het geschil betreft en dit gevolgen heeft voor de in de jaarrekening op te nemen bedragen¹⁷. De uit

belangenbehartiging voortvloeiende bedreiging voor de onafhankelijkheid is nog groter wanneer de commissaris of een kantoor van het netwerk bij de beslechting van een (rechts)geschil een actieve rol speelt namens de gecontroleerde cliënt.

Het vertegenwoordigingsverbod lijkt zeer sterk op artikel 12, § 2 van het koninklijk besluit van 10 januari 1994 houdende de plichten van de bedrijfsrevisoren maar is van toepassing op het gehele netwerk en kan bijvoorbeeld belangrijke gevolgen hebben op het vlak van de interdisciplinaire samenwerking met advocaten¹⁸.

Het beoogt de vertegenwoordiging van de vennootschap zowel tegenover de belastingadministratie als voor de gewone hoven en rechtbanken of de administratieve overheden zoals bijvoorbeeld de prudentiële toezichthouder, alsook de sociaalrechtelijke gedingen¹⁹.

Onder vertegenwoordiging van de vennootschap wordt het handelen verstaan voor rekening van een klant door over een mandaat te beschikken: het beoogt niet de gevallen waarbij de commissaris of een lid van zijn netwerk aanwezig zijn, naast een vertegenwoordiger van de onderneming, om bij te staan of te adviseren, tenzij evenwel het voorwerp van het geding zeer controversieel is en de bedragen zeer belangrijk zijn waarbij de commissaris zijn onafhankelijkheid of deze van een lid van zijn netwerk dient te beoordelen in het licht van de algemene onafhankelijkheidsbeginselen²⁰. Een ander nog steeds toegestaan voorbeeld lijkt het verlenen van advies aan de vennootschap en het verdedigen van een specifieke verslagleggingsmethode in een situatie waarin

accountant in de EU: basisbeginselen, *Pb. EG*, 19 juli 2002, L191/22, 37, punt 7.5.2.1.

18 A. KILLESSE, "L'indépendance du commissaire à la lumière de la loi *corporate governance*", *RPS* 2003, 43, nr. 70.

19 A. KILLESSE, "L'indépendance du commissaire à la lumière de la loi *corporate governance*", *RPS* 2003, 43, nr. 71.

20 A. KILLESSE, "L'indépendance du commissaire à la lumière de la loi *corporate governance*", *RPS* 2003, 43, nr. 71.

17 Europese Commissie, Aanbeveling van 16 mei 2002 Onafhankelijkheid van de met de wettelijke controle belaste

een bevoegde autoriteit, effectentoezichthouder of beoordelingspanel van een lidstaat, dan wel enigerlei andere vergelijkbare Europese of internationale instantie de jaarrekening van de gecontroleerde vennootschap onderzoekt²¹.

De vóór 2017 reeds bestaande Belgische verbodsbepaling voor de commissaris om de gecontroleerde vennootschap te vertegenwoordigen bij de afwikkeling van fiscale of andere geschillen blijft behouden, zowel voor OOB's als niet-OOB's. Voortaan wordt eraan toegevoegd dat de commissaris evenmin mag onderhandelen namens de gecontroleerde vennootschap of mag optreden als belangenbehartiger – in tegenstelling tot het verstrekken van adviezen of het geven van raad – bij het oplossen van geschillen.

In zijn advies van 22 december 2015 (p. 33, nr. 51) is de Hoge Raad van oordeel dat geen versoepeling moet worden toegestaan – hoewel de Auditverordening dit mogelijk maakt – voor de belastingdiensten met betrekking tot de bijstand inzake belastinginspecties door de belastingautoriteiten, aangezien deze prestaties in België reeds verboden zijn in combinatie met het commissarismandaat (en dit zowel bij OOB's als niet-OOB's). De Hoge Raad vergist zich evenwel. Tot 2017 was het enkel verboden om de gecontroleerde vennootschap te vertegenwoordigen bij de afwikkeling van fiscale of andere geschillen²². Het gaat hier niet om adviesverstrekking omtrent fiscale aangelegenheden, doch wel om de belangbehartiging middels de bijstand en *a fortiori* de actieve rol bij de beslechting van een (rechts)geschil waarbij de commissaris een inschatting moet maken van de kans dat het geschil in het voordeel van de gecontroleerde entiteit wordt beslecht.

Bij de wettelijke controle bij OOB's is niet alleen de vertegenwoordiging, maar ook de bijstand bij belastinginspecties of bij afwikkeling van fiscale of andere geschillen in principe verboden, behoudens toelating (*cf. infra*).

Volgens de memorie van toelichting²³ blijft fiscaal advies in het algemeen daarentegen toegelaten zowel bij OOB's als bij niet-OOB's. Wat de OOB's betreft, is fiscaal advies in het algemeen enkel toegelaten, wanneer dit niet van materieel belang is en geen rechtstreeks effect heeft op de jaarrekening (*cf. infra*). Bij de niet-OOB is fiscaal advies in het algemeen dus toegestaan, voor zover dit geen afbreuk doet aan de algemeen toepasselijke principes op het vlak van de onafhankelijkheid van de commissaris. Voor niet-OOB's blijft het advies 2006/1 van 17 maart 2006 van het Advies- en controlecomité op de onafhankelijkheid van de commissaris (ACCOM) derhalve overeind dat stelde dat advies en assistentie bij fiscale controles verenigbaar is met het commissarismandaat.

7° personeelsdiensten met betrekking tot:

a) leidinggevenden die zich in een positie bevinden waarin zij wezenlijke invloed kunnen uitoefenen op het opstellen van boekhoudkundige documenten of financiële overzichten waarop de wettelijke controle betrekking heeft, indien dergelijke diensten het volgende behelzen:

- i) de zoektocht naar of de benadering van kandidaten voor een dergelijke functie; of*
- ii) de controle van de referenties van kandidaten voor dergelijke functies;*

b) de structurering van de opzet van de organisatie; en

c) kostenbeheersing.

²¹ Europese Commissie, Aanbeveling van 16 mei 2002 Onafhankelijkheid van de met de wettelijke controle belaste accountant in de EU: basisbeginselen, *Pb. EG*, 19 juli 2002, L191/22, 50, punt 7.2.5.

²² Oud art. 183ter, 6° KB W. Venn.

²³ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, *Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 54K2083/001, 71-72.*

FISCAAL ADVIES BLIJFT IN HET ALGEMEEN TOEGELATEN ZOWEL BIJ OOB'S ALS BIJ NIET-OOB'S. WAT DE OOB'S BETREFT, IS FISCAAL ADVIES ENKEL TOEGELATEN, WANNEER DIT NIET VAN MATERIEEL BELANG IS EN GEEN RECHTSTREEKS EFFECT HEEFT OP DE JAARREKENING. BIJ DE NIET-OOB IS FISCAAL ADVIES TOEGESTAAN, VOOR ZOVER DIT GEEN AFBREUK DOET AAN DE ALGEMEEN TOEPASSELIJKE PRINCIPES OP HET VLAK VAN DE ONAFHANKELIJKHEID VAN DE COMMISSARIS

Tot 2017 leek in ieder geval het opstellen van een lijst met mogelijke kandidaten verboden²⁴.

Het zetelen door de commissaris in de jury die overgaat tot het beoordelen van de geschiktheid van een kandidaat financieel directeur viel binnen de opsomming in het opgeheven artikel 183ter, 7° van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 en is bijgevolg van aard de onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang te brengen, er redelijkerwijze van uitgaande dat de financieel directeur effectief deel uitmaakt van het leidinggevend personeel van de gecontroleerde vennootschap²⁵.

24 A. KILESE, "L'indépendance du commissaire à la lumière de la loi *corporate governance*", RPS 2003, 44, nr. 72.

25 ICCI-advies van 13 januari 2015: <https://www.icci.be/nl/adviezen/advies-detail-page/deelname-door-de-commissaris-aan-de-beoordeling-van-de-geschiktheid-van-een-kandidaat-financieel-directeur>.

De reeds bestaande Belgische verbodsbepaling op het vlak van het tussenkomen in de werving van personen die deel uitmaken van een orgaan of van het leidinggevend personeel van de gecontroleerde vennootschap werd dan ook afgestemd op de ruimer geformuleerde verbodsbepaling voor OOB's.

Tot nog toe werd leidinggevend personeel gedefinieerd als de personen belast met het dagelijks beheer van de onderneming, die gemachtigd zijn om de werkgever te vertegenwoordigen en te verbinden, alsmede de personeelsleden, onmiddellijk ondergeschikt aan die personen, wanneer zij eveneens opdrachten van dagelijks beheer vervullen²⁶. Niet-leidinggevend personeel, zoals een boekhouder zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid, worden niet bedoeld, tenzij de commissaris of een lid van zijn netwerk van oordeel is dat diens aanwerving onverenigbaar is met het algemeen onafhankelijkheidsbeginsel²⁷. Het verbod betreft zowel leidinggevend personeel met een bediendenstatuut als leidinggevend personeel met een zelfstandigenstatuut²⁸ en interim²⁹ leidinggevend personeel.

De Auditverordening beoogt als "leidinggevenden" de personen "*die zich in een positie bevinden waarin zij wezenlijke invloed kunnen uitoefenen op het opstellen van boekhoudkundige documenten of financiële overzichten waarop de wettelijke controle betrekking heeft*".

Volgens de Auditverordening zijn personeelsdiensten met betrekking tot het structureren van de opzet van de organisatie en kostenbeheersing bij OOB's verboden voor de commissaris.

26 Art. 1, 4° KB 25 mei 1999 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor preventie en bescherming op het werk.

27 A. KILESE, "L'indépendance du commissaire à la lumière de la loi *corporate governance*", RPS 2003, 44, nr. 73.

28 A. KILESE, "L'indépendance du commissaire à la lumière de la loi *corporate governance*", RPS 2003, 44, nr. 73.

29 A. KILESE, "L'indépendance du commissaire à la lumière de la loi *corporate governance*", RPS 2003, 44, nr. 74.

Volgens de memorie van toelichting³⁰ kan het immers niet de bedoeling zijn dat de commissaris aan het bestuursorgaan suggereert hoe de betrokken onderneming zijn personeelsbeleid op het vlak van de opzet van de organisatie en de kostenbeheersing moet voeren, aangezien dit zijn "onafhankelijkheid in schijn" ten aanzien van de stakeholders (waaronder het personeel) ongetwijfeld in het gedrang brengt.

De memorie van toelichting³¹ verduidelijkt echter dat specifiek en punctueel advies, bijvoorbeeld in verband met *expats* of optieplannen, dat niet kan worden beschouwd als een personeelsdienst met betrekking tot het structureren van de opzet van de organisatie en kostenbeheersing, buiten de verbodsbepaling valt.

C. Bijkomende verbodsbepalingen voor commissarissen van OOB's

Artikel 3:63, § 3 WVV legt voor de commissarissen van OOB's nog een aantal bijkomende verbodsbepalingen op:

1° verlening van belastingdiensten met betrekking tot:

- a) opstelling van belastingformulieren;
- b) loonbelasting;
- c) douanerechten;
- d) identificatie van overheidssubsidies en belastingstimulansen tenzij steun van de wettelijke auditor of het auditkantoor voor dit soort diensten bij wet verplicht is;
- e) bijstand van de vennootschap, onderworpen aan de wettelijke controle, bij

belastinginspecties door de belastingautoriteiten;

f) berekening van directe en indirecte belastingen en uitgestelde belastingen;

g) verstrekking van belastingadvies;

2° juridische diensten met betrekking tot het geven van algemeen advies;

3° loonadministratie;

4° de promotie van, handelen in of inschrijving op aandelen in de vennootschap, onderworpen aan de wettelijke controle;

5° diensten die verband houden met de financiering, de kapitaalstructuur en -toewijzing, en de investeringsstrategie van de vennootschap, onderworpen aan de wettelijke controle met uitzondering van de verstrekking van assurediensten in verband met financiële overzichten, waaronder de verschaffing van comfort letters met betrekking tot door de vennootschap, onderworpen aan de wettelijke controle, uitgegeven prospectussen.

Met betrekking tot § 3, 2° (juridische diensten) specificeert de memorie van toelichting³² het volgende:

"Het verbod voor de commissaris van een OOB om juridische diensten aan de gecontroleerde vennootschap te verstrekken, is uitdrukkelijk opgenomen in de "black list" van de verordening, aangezien het leveren van dergelijke diensten de onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang kan brengen."

Het gaat hier, *inter alia*, om elk juridisch advies (specifiek én algemeen) vanwege de commissaris aan de gecontroleerde vennootschap gedurende het proces van besluitvorming.

30 Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 54K2083/001, 72.

31 Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 54K2083/001, 72.

32 Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 54K2083/001, 73.

De verwijzing naar "general counsel" in de Engelstalige versie van de verordening, vertaald als "algemeen advies", is echter ruimer dan hetgeen bedoeld wordt in de *Code of Ethics* van IESBA met "general counsel", aangezien in de verbodsbepaling wel degelijk een juridische dienst (advies) wordt bedoeld en het begrip niet zozeer beperkt is tot een specifieke functie binnen de onderneming (zoals in de *Code of Ethics*).

In paragraaf 3, 5° staat een uitzondering van de verstrekking van assurancediensten in verband met financiële overzichten, waaronder de verschaffing van *comfort letters* met betrekking tot door de vennootschap, onderworpen aan de wettelijke controle, uitgegeven prospectussen. Overweging (8) van de Auditverordening vermeldt een uitzondering voor *due diligence*-diensten, het verschaffen van "comfort letters" met betrekking tot door de gecontroleerde entiteit uitgegeven prospectussen en andere assurancediensten.

Onder bepaalde voorwaarden toegelaten diensten – opties

Lidstaten kunnen ervoor opteren om de verboden belastingdiensten vermeld in punten a) i) (het opstellen van belastingformulieren) en iv) tot en met vii) (met name het identificeren van overheids subsidies en belastingstimulansen, de bijstand inzake belastinginspecties door de belastingautoriteiten, het berekenen van directe en indirecte belastingen en uitgestelde belastingen en het verstrekken van belastingadvies) en f) waarderingdiensten met inbegrip van waarderingen in verband met actuariële diensten of ondersteuningsdiensten bij rechtsgeschillen, in OOB's toch toe te staan, voor zover deze³³:

- 1) hetzij afzonderlijk, hetzij gezamenlijk, geen direct effect hebben op de gecontroleerde

- financiële overzichten, of indien wel, het effect niet van materieel belang³⁴ zou zijn;
- 2) de schatting van dit effect uitvoerig wordt gedocumenteerd en toegelicht in de in artikel 11 van de Auditverordening aanvullende verklaring aan het auditcomité; en
- 3) de wettelijke auditor voldoet aan de in de Auditrichtlijn vermelde onafhankelijkheidsbeginselen.

Wat de interpretatie van de eerste voorwaarde "hetzij afzonderlijk, hetzij gezamenlijk, geen direct effect hebben op de gecontroleerde financiële overzichten, of indien wel, het effect niet van materieel belang" betreft, stelt de *European Contact Group (ECG) – ECG is an informal regulatory and policy working group of six large audit networks in the EU*; deze groep heeft in april 2018 voor België aan het "European Union Audit Legislation Frequently Asked Questions – 12 April 2017" document in grijze kaders toevoegingen aangebracht teneinde rekening te houden met de Belgische bijzonderheden – : "The use of the conjunction

³⁴ Art. 2, 16° van de Europese boekhoudrichtlijn 2013/34/EU definieert het begrip materieel belang als volgt: "de hoedanigheid van informatie waarvan redelijkerwijze kan worden verwacht dat de weglating of onjuiste vermelding ervan de beslissingen die een gebruiker op basis van de financiële overzichten van een onderneming neemt, zou kunnen beïnvloeden. Het materieel belang van afzonderlijke posten wordt beoordeeld in de context van andere gelijkaardige posten". Paragraaf 2 van ISA 320 Materialiteit bij de planning en uitvoering van een controle stelt: "In stelsels inzake financiële verslaggeving wordt het begrip materialiteit in de context van het opstellen en het presenteren van financiële overzichten vaak toegelicht. Ook al kunnen stelsels inzake financiële verslaggeving materialiteit in verschillende termen benaderen, toch wordt in het algemeen het volgende uiteengezet: • afwijkingen, met inbegrip van weglatingen, afzonderlijk of gezamenlijk, worden van materieel belang geacht indien daarvan redelijkerwijs kan worden verwacht dat zij een invloed zullen hebben op de economische beslissingen die gebruikers op basis van de financiële overzichten nemen; • oordeelsvormingen met betrekking tot de materialiteit komen tot stand in het licht van de gegeven omstandigheden en worden door de omvang of de aard van een afwijking, of door een combinatie van beide, beïnvloed; en • bij oordeelsvormingen met betrekking tot aangelegenheden die van materieel belang zijn voor de gebruikers van financiële overzichten, worden de gemeenschappelijke behoeften aan financiële informatie van de gebruikers als groep overwogen. Het mogelijke effect van afwijkingen op specifieke individuele gebruikers, van wie de behoeften ver uiteen kunnen lopen, wordt niet overwogen."

³³ Art. 5, § 3 Auditverordening.

'or' would indicate the clear intent to establish an alternative. That is, 'no direct effect or such direct effect is immaterial' or 'no direct effect or any effect is immaterial'.³⁵ Deze interpretatie wordt ook aangenomen door de Fédération des Experts-comptables Européens (FEE)³⁶.

Artikel 3:63, § 4 WVV licht de opties waarin artikel 5, § 3 van de Auditverordening voorziet voor het toelaten van de volgende diensten op voorwaarde dat cumulatief aan die drie hiervoor vermelde voorwaarden is voldaan:

1) waarderingsdiensten (art. 3:63, § 2, 4°WVV)

Het vroegere verbod voor "waarderingdiensten" door de commissaris (zowel bij OOB's als niet-OOB's) gold enkel voor het "waarderen van de elementen van de (geconsolideerde) jaarrekening van de gecontroleerde vennootschap indien deze een belangrijk element vormen van de jaarrekening" (oud art. 183ter, 4° KB 30 januari 2001). Met andere woorden, vóór 2017 waren in België waarderingsdiensten door de commissaris van elementen van de jaarrekening die niet materieel zijn, niet verboden.

Door het lichten van de optie uit de Auditverordening is het mogelijk voor de commissaris om waarderingsdiensten te verlenen, indien niet materieel, zoals voorheen het geval was.

2) verlening van belastingdiensten met betrekking tot opstelling van belastingformulieren, identificatie van overheidssubsidies en belastingstimulansen, bijstand van de vennootschap,

35 ECG, "European Union Audit Legislation Frequently Asked Questions – 12 April 2017", p. 45, punt 7.5: <https://doc.icci.be/nl/Documents/faqs/Selection-of-FAQs-ECG-external-19072017-update-may-2018.pdf#page=45>. Inzake de onafhankelijkheid van de bedrijfsrevisor werd een nota toegevoegd teneinde de nieuwe Belgische specifieke bepalingen voor de commissaris van entiteiten die niet van openbaar belang zijn te benadrukken: <https://doc.icci.be/nl/Documents/faqs/Onafhankelijkheid-commissaris-NON-EIP-nl.pdf>.

36 FEE, *Briefing Paper on the provision of non-audit-services to public interest entity statutory audit clients*, June 2014, p. 4. Op 7 december 2016 veranderde FEE haar benaming in Accountancy Europe.

DOOR HET LICHTEN VAN DE OPTIE UIT DE AUDITVERORDENING IS HET MOGELIJK VOOR DE COMMISSARIS OM WAARDERINGSDIENSTEN TE VERLENEN, INDIEN NIET MATERIEEL, ZOALS VOORHEEN HET GEVAL WAS

onderworpen aan de wettelijke controle, bij belastinginspecties door de belastingautoriteiten, berekening van directe en indirecte belastingen en uitgestelde belastingen en verstrekking van belastingadvies.

Zoals reeds hoger vermeld, is fiscaal advies in OOB's in het algemeen enkel toegelaten, wanneer dit niet van materieel belang is en geen rechtstreeks effect heeft op de jaarrekening.

Bepaalde belastingdiensten hebben volgens de ECG³⁷ typisch geen direct effect zoals bijvoorbeeld "tax compliance (...), tax incentives (...), tax inspection support services (...), tax planning and other tax advisory services (...)".

De memorie van toelichting³⁸ preciseert evenwel dat, indien de belastingdiensten betrekking hebben op agressieve³⁹ fiscale planning, ze dan niet als "niet van materieel belang" mogen worden beschouwd en deze diensten dan ook steeds zijn uitgesloten en dit met verwijzing naar overweging nummer 9 van de Auditverordening.

37 ECG, "European Union Audit Legislation Frequently Asked Questions – 12 April 2017", p. 46-48, punt 7.5.

38 Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, *Parl.St. Kamer 2016-17*, nr. 54K2083/001, 72.

39 De Q&A van de Europese Commissie van 3 september 2014, p. 4 verwijst voor de interpretatie hiervan naar de Aanbeveling van de Commissie van 6 december 2012 over agressieve fiscale planning (2012/772/EU), *Pb. EU*, 12 december 2012, L338/41.

Hoe dan ook ligt de eindverantwoordelijkheid bij het auditcomité dat in voorkomend geval richtsnoeren kan uitvaardigen met betrekking tot welke belasting- of waarderingsdiensten al dan niet materieel zijn (art. 3:63, § 5, tweede lid WVV).

Toepassingsgebied van de verboden diensten

A. Gecontroleerde entiteiten

De door de verboden niet-controlediensten beoogde entiteiten zijn de gecontroleerde OOB, haar moederonderneming⁴⁰ en de ondernemingen waarover zij de controle⁴¹ heeft binnen de Europese Unie (art. 5, § 1, eerste lid Auditverordening; art. 3:63, § 1 WVV). De vroegere zeven verboden diensten waren daarentegen van toepassing zowel op het niveau van de vennootschap waarvan hij de rekeningen controleert als van de Belgische dochtervennootschappen en buitenlandse dochtervennootschappen, ook buiten de Europese Unie, alsook van de Belgische vennootschappen die deze vennootschap controleren.

B. Wettelijke controle uitvoerders

De verboden “zwarte” lijst is zowel op de wettelijke auditor die of een auditkantoor dat de wettelijke controle van OOB’s uitvoert als op ieder lid van zijn netwerk⁴² van toepassing. Het toepassingsgebied van oud artikel 183^{ter} van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 betref de commissaris van OOB’s en niet-OOB’s en zijn netwerk, in België of in het buitenland.

40 Moederonderneming mogelijks gevestigd in een derde land (dus buiten de Europese Unie).

41 Art. 1:14 WVV; voor een analyse van het begrip controle, zie E. VANDERSTAPPEN, “Controle, consortium en dochteronderneming van te verwaarlozen betekenis in het vennootschapsrecht – een terminologische en functionele analyse”, TAA 2012, nr. 35, 35-43: https://doc.icci.be/nl/Documents/publicaties/tijdschrift-taa/TAA_35_INHOUD.pdf#page=36.

42 Voor de definitie, lees art. 3:56 WVV.

C. Periode

De direct of indirect verstrekte verboden niet-controlediensten hebben betrekking op de periode tussen het begin van de gecontroleerde periode en het uitbrengen van de controleverklaring en voor diensten bedoeld in artikel 5, § 1, tweede lid, e) van de Auditverordening wordt deze periode zelfs doorgetrokken naar het jaar dat aan de aanstelling voorafgaat⁴³.

D. Goedkeuring van het auditcomité

Het verlenen van niet-verboden en dus toegelaten niet-controlediensten in OOB’s is onderworpen aan een goedkeurende beslissing van het auditcomité na een onafhankelijkheidsbeoordeling (art. 3:63, § 5 WVV)⁴⁴.

E. Verstrekken van verboden diensten aan een onderneming in een derde land

Het verlenen van niet-controlediensten aan een dochteronderneming van een OOB, door een lid, in een derde land, van het netwerk van de wettelijke auditor is geregeld in artikel 5, § 5 van de Auditverordening en is in bepaalde gevallen verboden (art. 3:63, § 6 WVV).

Verhouding tussen honoraria voor wettelijke controle en honoraria voor toegelaten niet-controlediensten

A. In OOB’s

Sinds 2002 hield artikel 133, § 5 van het Wetboek van vennootschappen (W. Venn.) de beperking in van de prestaties van de verenigbare diensten ten opzichte van de controlediensten (“one to one”-regel). Deze regel verbiedt de commissaris

43 Art. 5, § 1, eerste lid Auditverordening; art. 3:63, § 1, *in fine* WVV.

44 Art. 5, § 4, eerste lid Auditverordening. Het auditcomité vaardigt in voorkomend geval richtsnoeren uit met betrekking tot de in artikel 5, § 3 van de Auditverordening bedoelde onder bepaalde voorwaarden toegelaten diensten (art. 3:63, § 5, tweede lid WVV).

om niet-controlediensten te presteren die meer opleveren dan de controlediensten voor de duur van het boekjaar. Deze "one to one"-regel werd van toepassing op genoteerde vennootschappen en op vennootschappen die deel uitmaken van een groep die verplicht is geconsolideerde jaarrekeningen op te stellen en te publiceren.

Artikel 4, § 2, eerste lid van de Auditverordening is strenger voor OOB's, vermits het bepaalt dat de honoraria voor niet-verboden niet-controlediensten in OOB's worden beperkt tot 70 % van de gemiddelde audithonoraria die worden betaald over de laatste drie opeenvolgende boekjaren. De toepassing ervan geldt enkel voor de commissaris en niet voor de leden van zijn netwerk. De berekening van de 70 %-regel dient op groepsniveau te gebeuren en dus rekening te houden met de moederonderneming en de dochterondernemingen⁴⁵ waarover de OOB's de controle hebben.

De Hoge Raad pleitte daarentegen, in toepassing van artikel 4, § 4 op grond waarvan de Lidstaten strengere kwantitatieve eisen mogen vaststellen inzake honoraria, enerzijds voor het toepassen van de Belgische – strikte – berekeningswijze ook voor de OOB en dus voor de vergelijking van de honoraria in hun globaliteit gedurende het boekjaar en anderzijds qua reikwijdte de huidige – maar in de auditpraktijk administratief zeer complexe – Belgische reikwijdte te behouden, door niet alleen de niet-controlediensten van de commissaris, maar ook die van de leden van zijn netwerk in de Europese Unie mee te tellen⁴⁶.

De Belgische wetgever opteerde voor een berekeningsbasis over drie boekjaren (art. 3:64, § 5, derde lid WVV) en een toepassingsgebied van de 70 %-regel die enkel de commissaris

betreft (art. 3:64, § 1, eerste lid en § 5, derde lid WVV).

De 70 %-regel geldt evenwel niet voor toegelaten andere niet-controlediensten dan die bedoeld in artikel 5, eerste lid van de Auditverordening, die worden voorgeschreven door de nationale wetgeving of de wetgeving van de Europese Unie (art. 4, § 2, tweede lid Auditverordening; art. 3:64, § 1, eerste lid WVV).

De uitzondering van de acquisitie-audits en de *due diligence* audits in het kader van de overname van een onderneming of haar activiteiten is niet langer van toepassing op de OOB's, maar blijft behouden voor niet-OOB's (art. 3:64, § 5 WVV).

Verder stelt artikel 4, § 2, derde lid dat lidstaten kunnen bepalen dat een bevoegde autoriteit een vrijstelling op de 70 %-regel voor een periode van maximaal twee boekjaren toestaat op vraag van de wettelijke auditor of het auditkantoor. De Hoge Raad pleitte ervoor om in deze mogelijkheid te voorzien⁴⁷.

Tot 2017 kon van de "one to one"-regel worden afgeweken in drie gevallen (oud art. 133, § 6, eerste lid W. Venn.):

1° na een gunstige beslissing van het krachtens de wet of statuten voorziene auditcomité van de betrokken vennootschap, of van een andere vennootschap die haar controleert, indien deze vennootschap Belgisch is of een vennootschap is volgens het recht van een andere Lidstaat van de Europese Unie of van de OESO;

2° als de commissaris vooraf een positief advies heeft gekregen van het Advies- en controlecomité;

3° als binnen de vennootschap een college van elkaar onafhankelijke commissarissen is opgericht. Dit geval geldt enkel indien de

⁴⁵ Moederonderneming en dochterondernemingen mogelijks gevestigd in een derde land (dus buiten de Europese Unie).

⁴⁶ HREB, *Advies van 22 december 2015 over de omzetting in Belgisch recht van de Europese hervorming inzake de externe audit*, p. 36, nr. 57.

⁴⁷ HREB, *Advies van 22 december 2015 over de omzetting in Belgisch recht van de Europese hervorming inzake de externe audit*, p. 37, nr. 58.

vennootschap niet krachtens de wet verplicht is om een auditcomité op te richten.

Vermits de Auditverordening in geen afwijkingen voorziet, stelde de Hoge Raad terecht vast dat de afwijkingsmogelijkheden in het vroegere artikel 133, § 6 W. Venn. voor de OOB's niet langer zullen kunnen worden toegepast⁴⁸.

Bovendien bepaalt artikel 4, § 3, eerste lid van de Auditverordening nog dat het auditcomité moet worden geïnformeerd wanneer de honoraria voor de wettelijke controle en de honoraria voor niet-controlediensten in OOB's in elk van de drie opeenvolgende boekjaren meer bedragen dan 15 % van de totale honoraria voor de wettelijke controle (art. 3:65, § 7 WVV).

Uit artikel 39.6. e) van de Auditrichtlijn volgt dat het auditcomité onder meer tot taak heeft de onafhankelijkheid van de wettelijke auditors of auditkantoren te beoordelen en te monitoren waarbij met name wordt nagegaan of de verstrekking van niet-controlediensten aan de gecontroleerde entiteit overeenkomstig artikel 5 van de Auditverordening passend is (art. 7:99, § 4, 5° WVV).

B. In niet-OOB's

Op voorstel van de Hoge Raad heeft de wetgever voor de vennootschappen die deel uitmaken van een groep die verplicht is geconsolideerde jaarrekeningen op te stellen en te publiceren (en die geen OOB zijn), een "one to one"-regeling behouden⁴⁹.

Met het oog op coherentie met de Europese 70%-regel voor OOB's wordt er, wat de reikwijdte van de gecontroleerde entiteiten betreft, conform het advies van de Hoge Raad voortaan niet alleen rekening gehouden met de prestaties

geleverd bij de gecontroleerde vennootschap en haar dochtervennootschappen, maar ook met de prestaties geleverd bij de moedervennootschap⁵⁰.

De coherentie wordt ook doorgetrokken wat de berekeningsbasis, het toepassingsgebied en de nieuwe vrijstellingsmogelijkheid betreft, zodat er een analoge regeling ontstaat voor de "one to one"-regel en de 70 %-regel:

- het totaal van de honoraria wordt berekend over de laatste drie boekjaren en niet langer per boekjaar (art. 3:64, § 5, derde lid WVV);
- het geldt enkel voor diensten verstrekt door de commissaris en niet meer voor diensten verstrekt door het netwerk waarvan hij deel uitmaakt (art. 3:64, § 3 WVV);
- het College van toezicht op de bedrijfsrevisoren kan een vrijstelling toekennen voor een periode van maximaal twee boekjaren (ook bepleit door de Hoge Raad in randnummer 62 van zijn advies waarbij hij voorstelt dat deze procedure in de plaats zou komen van de bestaande afwijkingsmogelijkheid via een voorafgaand positief advies van het ACCOM).

De Belgische wetgever deelt de visie van de Hoge Raad dat de twee andere bestaande afwijkingsmogelijkheden van oud artikel 133, § 6 W. Venn., met name een gunstige beslissing van het auditcomité of de oprichting van een college van commissarissen, verder behouden kunnen blijven (art. 3:64, § 4, 1° en 3° WVV).

Met de prestaties geleverd om de economische en financiële gegevens van een derde onderneming die de vennootschap of een van haar dochtervennootschappen wenst te verwerven of verworven heeft, te controleren, wordt voor de toepassing van paragrafen 3 en 4 geen rekening gehouden (art. 3:64, § 5

⁴⁸ HREB, *Advies van 22 december 2015 over de omzetting in Belgisch recht van de Europese hervorming inzake de externe audit*, p. 37, nr. 59.

⁴⁹ HREB, *Advies van 22 december 2015 over de omzetting in Belgisch recht van de Europese hervorming inzake de externe audit*, p. 37, nr. 60. Zie art. 3:64, § 3 WVV.

⁵⁰ HREB, *Advies van 22 december 2015 over de omzetting in Belgisch recht van de Europese hervorming inzake de externe audit*, p. 37, nr. 61. Zie art. 3:64, § 3 en § 5, derde lid WVV.

WVV). Zoals voorheen komen de acquisitie-audits en de *due diligence* audits in het kader van de overname van een onderneming of haar activiteiten aldus niet in aanmerking voor de beoordeling van de "one to one"-regel die evenmin geldt voor niet-controlediensten die voorgeschreven zijn door de wet of door de wetgeving van de Europese Unie en aan de commissaris worden toevertrouwd (art. 3:64, § 3 WVV), zoals bijvoorbeeld de bijzondere opdrachten in het WVV.

Grensoverschrijdende impact van de divergentie in nationale wetgeving

Aangezien de door de verboden niet-controlediensten beoogde entiteiten de gecontroleerde OOB, haar moederonderneming en de ondernemingen waarover zij de controle heeft binnen de Europese Unie zijn, kunnen mogelijk opgaande en neerwaartse toepassingen zich voordoen die een impact hebben op auditkantoren die geen deel uitmaken van het netwerk van het auditkantoor dat de moederonderneming van de OOB controleert. Zo mogen ze geen verboden niet-auditdiensten leveren aan de moederonderneming van de OOB of aan de dochtervennootschappen van de OOB, ook wanneer ze geen deel uitmaken van het netwerk dat de rekeningen van de moederonderneming controleert⁵¹. Vermits België heel wat dochtervennootschappen telt, bestaat het risico dat voormelde regel in grote mate de Belgische bedrijfsrevisoren treft.

De grensoverschrijdende impact van de divergentie in nationale wetgeving als gevolg van de opties in de Auditverordening doet twijfels rijzen of en in welke mate nationale wetgeving inzake verboden diensten van toepassing is op de moedervennootschap van een (groep van) OOB's of dochtervennootschappen (die zelf al dan niet OOB zijn) van OOB's die gevestigd zijn in andere EU-lidstaten. En welke nationale wetgeving is van toepassing op een OOB naar

HET IS AANGEWEEZEN OM DE BEPERKINGEN VAN DE NIET-CONTROLEDIENSTEN IN HOOFDE VAN DE RECHTSTREEKSE MOEDERVENNOOTSCHAP IN DE EUROPESE UNIE TE HERBEKIJKEN

het recht van een bepaalde lidstaat waarvan de effecten uitsluitend genoteerd zijn op een reglementeerde markt van een andere lidstaat.

Bijgevolg is het aangewezen om de beperkingen van de niet-controlediensten in hoofde van de rechtstreekse moedervennootschap in de Europese Unie te herbekijken.

Bovendien zijn de omschrijvingen van de verboden niet-controlediensten nogal ruim en voor interpretatie vatbaar omwille van een gebrek aan enige nadere toelichting. Het gevaar is niet denkbeeldig dat de verboden niet-controlediensten een verschillende invulling zullen krijgen over heel Europa. Het is noodzakelijk dat deze interpretatie zo uniform mogelijk is in de hele Europese Unie. De FEE stelde voor om gebruik te maken van de equivalente bepalingen in de IESBA *Code of Ethics*⁵². De Hoge Raad is evenwel van mening dat de – nationale of Europese – wetgever niet gebonden is door de regels van de *Code of Ethics* uitgewerkt door de internationale vertegenwoordigers van het beroep: - als hij strengere regels vaststelt dan in de *Code of Ethics* van IESBA, moet de beroepsbeoefenaar die strengere nationale reglementering naleven, want rechtstreeks op hem van toepassing; - als hij minder strenge regels vaststelt,

51 FEE, *Briefing Paper on the provision of non-audit-services to public interest entity statutory audit clients*, June 2014, p. 5.

52 FEE, *Briefing Paper on the provision of non-audit-services to public interest entity statutory audit clients*, June 2014, p. 3.

gelden de strengere regels van de *Code of Ethics*, tenzij de nationale reglementering dit eenvoudigweg verbiedt⁵³. Om ervoor te zorgen dat dit op een consistente wijze doorheen de Europese Unie gebeurt, lijkt het Comité van Europese auditorstoezichthouders (CEAOB) het aangewezen platform om "best practices" van de nationale bevoegde autoriteiten te bespreken, te stroomlijnen en te verspreiden over heel Europa.

Besluit

Bij de implementatie van de Europese audithervorming van 2014 heeft de Belgische wetgever het nodig geacht om de zeven verboden diensten voor de niet-OOB's te behouden en, meer nog, deze aan te scherpen.

De zeven aangescherpte diensten zijn verboden voor de commissaris en elk lid van zijn netwerk in OOB's en niet-OOB's alsook de vijf bijkomende diensten in OOB's, tenzij de waarderingdiensten in OOB's en niet-OOB's en bepaalde belastingdiensten in OOB's die toegelaten zijn onder de volgende drie voorwaarden:

- 1) geen direct effect of effect van materieel belang;
- 2) schatting van het effect wordt gedocumenteerd; en
- 3) naleving van algemene onafhankelijkheidsbeginselen.

Het auditcomité geeft zijn goedkeuring na beoordeling van de onafhankelijkheidsbedreigingen en de veiligheidsmaatregelen daartegen.

Bovendien dienen kwantitatieve beperkingen te worden gerespecteerd, met uitzondering

van diensten voorgeschreven door Europese of nationale wetgeving.

Indien de gecontroleerde vennootschap geen OOB is en geen deel uitmaakt van een groep die gehouden is geconsolideerde jaarrekening te publiceren, gelden er geen kwantitatieve beperkingen.

Indien de gecontroleerde vennootschap geen OOB is, maar wel deel uitmaakt van een groep die gehouden is geconsolideerde jaarrekening te publiceren, is de "one-to-one"-regel nog steeds van toepassing, weliswaar met de volgende afwijkingen:

- 1) gunstige beslissing van het auditcomité;
- 2) oprichting van een college van commissarissen; en
- 3) toelating door het College van toezicht op de bedrijfsrevisoren voor maximum twee boekjaren.

Een uitzondering hierop blijven de acquisitie en *due diligence* audits.

Indien de gecontroleerde vennootschap een OOB is, is de 70 %-regel van toepassing met een mogelijke afwijking door het College voor maximum twee boekjaren.

Uit het voorgaande blijkt dat het auditcomité een centrale rol speelt in de beoordeling en de monitoring van de onafhankelijkheid van de commissaris waarbij het nagaat of het verstrekken van niet-controlediensten aan de gecontroleerde entiteit overeenkomstig artikel 5 van de Auditverordening passend is. Het verlenen van niet-verboden en derhalve toegelaten niet-controlediensten is onderworpen aan een voorafgaande goedkeurende beslissing van het auditcomité nadat dit de bedreigingen voor de onafhankelijkheid en de veiligheidsmaatregelen heeft beoordeeld.

⁵³ HREB, *Advies van 22 december 2015 over de omzetting in Belgisch recht van de Europese hervorming inzake de externe audit*, p. 23-24, nr. 34.

De wet van 7 december 2016 implementeerde de Europese audithervorming in België. Twee en een half jaar na de inwerkingtreding ervan is het aangewezen om de Europese audithervorming en de implementatie ervan in België te evalueren. Omwille van de opties in de Europese auditverordening is er een puzzel of lappendeken aan nationale wetgeving

ontstaan. De beperkingen van de niet-controlediensten in hoofde van de rechtstreekse moedervenootschap in de Europese Unie zijn niet evident om te worden toegepast door auditcomités. Het verdient aanbeveling om de niet-controlediensten in hoofde van de rechtstreekse moedervenootschap in de Europese Unie te herbekijken.

Résumé

L'Union européenne a, par le biais des articles 4 et 5 du Règlement audit, établi une liste de services autres que d'audit interdits, avec des options pour le contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public (EIP).

Le législateur belge a jugé nécessaire de maintenir voire de renforcer les sept services déjà interdits pour les entités qui ne sont pas d'intérêt public (non-EIP). Les sept services, tels que renforcés par le législateur, sont interdits pour le commissaire et pour tout membre de son réseau à la fois dans les EIP et les non-EIP, tandis que cinq services supplémentaires sont interdits dans les EIP, à l'exception des services d'évaluation dans les EIP et non-EIP et de certains services fiscaux dans les EIP qui sont autorisés aux trois conditions suivantes :

- 1) ces services n'ont pas d'effet direct ou ont un effet peu significatif sur les comptes annuels contrôlés ;
- 2) l'appréciation de l'effet sur les comptes annuels est expliquée dans un rapport ; et
- 3) les principes généraux en matière d'indépendance sont respectés.

Le comité d'audit marque son approbation après évaluation des risques pesant sur l'indépendance et des mesures de sauvegarde prises pour atténuer ces risques.

Summary

Articles 4 and 5 of the Audit Regulation, the European Union has compiled a list of prohibited non-audit services with options for the statutory audit of the financial statements of public-interest entities (PIEs).

The Belgian legislator considered it necessary to maintain the seven prohibited services for non-PIEs, and to tighten even more their definition. The seven services whose definition has been tightened up are prohibited for the statutory auditor and any member of its network in the case of both PIEs and non-PIEs), as are five additional services for PIEs, apart from valuation services in both PIEs and non-PIEs and certain tax services for PIEs, which are authorised under the following three conditions:

- 1) they have no direct or material effect on the audited financial statements;
- 2) the estimation of the effect is documented; and
- 3) the general principles of independence are complied with.

The audit committee gives its approval after assessing any threats to independence and the safeguards applied.

Il convient en outre de respecter des limitations quantitatives, à l'exception des services prescrits par les législations européenne et nationale.

Si la société contrôlée n'est pas une EIP et ne fait pas partie d'un groupe tenu de publier des comptes consolidés, aucune limitation quantitative ne s'applique. Si la société contrôlée n'est pas une EIP mais qu'elle fait partie d'un groupe tenu de publier des comptes consolidés, la règle "one-to-one" reste d'application, certes avec les dérogations suivantes :

- 1) délibération favorable du comité d'audit ;
- 2) institution d'un collège de commissaires ;
ou
- 3) par le Collège de supervision des réviseurs d'entreprises pour maximum 2 exercices.

Les audits d'acquisition et missions de *due diligence* continuent de faire exception à la règle.

Si la société contrôlée est une EIP, la limite de 70 % s'applique avec une possibilité de dérogation par le Collège de supervision des réviseurs d'entreprises pour maximum deux exercices.

Le comité d'audit joue un rôle central dans l'évaluation et le suivi de l'indépendance du commissaire, en ce sens qu'il veille au caractère adéquat des services autres que d'audit fournis à l'entité contrôlée, conformément à l'article 5 du Règlement audit. La fourniture de services autres que d'audit non interdits et, par conséquent, autorisés dans les EIP est soumise à une décision d'approbation préalable du comité d'audit, après que ce dernier a évalué les risques pesant sur l'indépendance et les

Moreover, quantitative restrictions must be respected, except in the case of services required by European or national legislation.

If the audited company is not a PIE and is not part of a group that is obliged to publish consolidated accounts, there are no quantitative restrictions. If the audited company is not a PIE but is part of a group that is required to publish consolidated accounts, the 'one-to-one' rule still applies, albeit with exemptions under the following circumstances:

- 1) a favourable decision by the audit committee;
- 2) the establishment of a college of statutory auditors; or
- 3) authorisation by the Supervisory Board of Registered Auditors for a maximum of two financial years.

Acquisition and due diligence audits remain an exception to this rule.

If the audited company is a PIE, the 70 % rule applies, although an exemption may be granted by the Supervisory Board for a maximum of two years.

The audit committee plays a central role in assessing and monitoring the independence of the statutory auditor, verifying whether the provision of non-audit services to the audited entity is appropriate under Article 5 of the Audit Regulation. The provision of non-prohibited and hence authorised non-audit services in PIE is subject to a prior approval decision by the audit committee after it has assessed the threats to independence and the safeguards.

mesures de sauvegarde prises pour atténuer ces risques.

L'impact transfrontalier des divergences entre législations nationales résultant des options prévues par le Règlement audit soulève toutefois des doutes quant à la législation à appliquer.

Les définitions des services autres que d'audit interdits sont plutôt vagues et susceptibles d'interprétation en l'absence de toute précision. Le risque n'est pas exclu que les services autres que d'audit interdits fassent l'objet d'une interprétation différente en Europe.

However, the cross-border impact of the divergence in national legislations as a result of the options in the Audit Regulation, raises doubts about which legislation is applicable.

The descriptions of the prohibited non-audit services are rather broad and open to interpretation because of a lack of detailed explanation. There is a real danger that prohibited non-audit services will be interpreted differently across Europe.

A COMPARISON BETWEEN THE INTERNATIONAL CODE OF ETHICS FOR PROFESSIONAL ACCOUNTANTS AND APPLICABLE BELGIAN ETHICAL REQUIREMENTS

SANDRINE VAN BELLINGHEN

Delegate general for European and International Affairs IBR – IRE



Introduction

The International Code of Ethics for Professional Accountants (including International Independence Standards)¹ (hereinafter, the IESBA Code) sets out fundamental principles of ethics for professional accountants, reflecting the profession's recognition of its public interest responsibility. These principles establish the standard of behaviour expected of a professional accountant. The fundamental principles are: integrity, objectivity, professional competence and due care, confidentiality, and professional behaviour.

The IESBA Code has been rewritten by the International Ethics Standards Board for Accountants (hereinafter, the IESBA) to render it easier to use, navigate and enforce. The new IESBA Code, which has become effective since June 15, 2019, has also brought together further revisions to ethics and independence provisions and clarified how professional accountants should apply the conceptual framework. This approach is used by all professional accountants to identify, evaluate and address threats to compliance with the fundamental principles.

In the case of audits, reviews and other assurance engagements, the IESBA Code sets out International Independence Standards, established by the application of the conceptual framework to threats to independence in relation to these engagements.

Revisions to the IESBA Code include:

- revised "safeguards" provisions better aligned to threats to compliance with the fundamental principles;
- stronger independence provisions regarding long association of personnel with audit clients;
- new guidance to emphasize the importance of understanding facts and circumstances when exercising professional judgment; and
- new guidance to explain how compliance with the fundamental principles supports the exercise of professional skepticism in an audit or in other assurance engagements.

The IESBA Code² emphasizes that safeguards are applied to reduce threats to an acceptable level.

¹ <http://www.ethicsboard.org/system/files/publications/files/IESBA-Handbook-Code-of-Ethics-2018.pdf>

² <http://www.ifac.org/news-events/2018-04/global-ethics-board-releases-revamped-code-ethics-professional-accountants>

It also repositions examples of actions that might eliminate threats before examples of actions that might be safeguards. It finally clarifies that safeguards cannot eliminate threats. There are indeed some situations in which threats can only be addressed by declining or ending the specific professional activity.

With respect to professional judgment, it is specified how to apply the conceptual framework. The importance of professional accountants obtaining enough understanding of the facts and circumstances known to them when exercising professional judgment is emphasized. In addition, a list of examples of matters that professional accountants might consider in exercising professional judgment is added.

The restructured IESBA Code sets a conceptual framework and increases the prominence of the requirement to comply with the fundamental principles and, where applicable, to be independent. It also makes the distinction between requirements (paragraphs identified with an "R") and application material (paragraphs identified with an "A"). General requirements and application material to apply the conceptual framework are set out first, followed by specific requirements.

Furthermore, requirements that apply to firms when providing professional services to public interest entities (PIEs) are located after requirements that apply to other entities which is in line with the need for scalability.

Conceptual framework approach at European level

The European audit reform rules were adopted in April 2014. They aimed to improve statutory audits in the EU by reinforcing auditors' independence and their professional skepticism towards the management of the audited company. The European rules in this area consist, on the one hand, of the Directive

THE NEW IESBA CODE, WHICH HAS BECOME EFFECTIVE SINCE JUNE 15, 2019, HAS BROUGHT TOGETHER FURTHER REVISIONS TO ETHICS AND INDEPENDENCE PROVISIONS AND CLARIFIED HOW PROFESSIONAL ACCOUNTANTS SHOULD APPLY THE CONCEPTUAL FRAMEWORK

2014/56/EU³, which amends the Statutory Audit Directive 2006/43/EC⁴ (hereinafter referred to as the "Directive") and contains a series of amended and new provisions on the independence of the auditor governing every statutory audit in the EU and, on the other hand, of the Regulation (EU) 537/2014⁵ (hereinafter referred to as the "Regulation"), which contains additional requirements relating specifically to statutory audits of PIEs in addition to the ones stated in the Directive.

At European level, essentially the same conceptual "threats and safeguards approach" assessing the independence of a statutory auditor and an audit firm as referred to in the IESBA Code is used.

This approach requires the identification of threats to auditors' independence and the application of safeguards to mitigate those threats. Recital (6) of the Directive states in this context that: *"It is particularly relevant to reinforce independence as an essential element when carrying out statutory audits. In order to enhance the independence of statutory auditors*

³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0056>

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02006L0043-20140616>

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32014R0537>

and audit firms from the audited entity when they are carrying out statutory audits, a statutory auditor or an audit firm, and any natural person in a position to directly or indirectly influence the outcome of the statutory audit, should be independent of the audited entity and should not be involved in the audited entity's decision-making process. In order to maintain that independence, it is also important that they keep records of all threats to their independence and of the safeguards applied to mitigate those threats. Moreover, where the threats to their independence, even after the application of safeguards to mitigate those threats, are too significant, they should resign or abstain from the audit engagement."

For this purpose, the Directive⁶ as well as the IESBA Code⁷ apply the "reasonable and informed third party" test. The reasonable and informed third party test requires the registered auditor to take into account whether or not a reasonable and informed third party, weighing all the specific facts and circumstances available to the registered auditor at that time, would be likely to conclude that compliance with the fundamental principles is compromised. The reasonable and informed third party does not need to be a registered auditor but has to possess the relevant knowledge and experience to understand and evaluate the appropriateness of the registered auditor's conclusions in an impartial manner.

Applicability of the IESBA Code in Belgium

Belgium adopted the ISAs without modification through the Standard of November 10, 2009

⁶ Art. 22, paragraph 1 "[...] as a result of which an objective, reasonable and informed third party, taking into account the safeguards applied, would conclude that the statutory auditor's or the audit firm's independence is compromised."

⁷ 120.5 A 4 "The reasonable and informed third party test is a consideration by the professional accountant about whether the same conclusions would likely be reached by another party. Such consideration is made from the perspective of a reasonable and informed third party, who weighs all the relevant facts and circumstances that the accountant knows, or could reasonably be expected to know, at the time the conclusions are made.[...]"

(published in the Belgian Official Gazette of April 16, 2010), which rendered the application of the ISAs compulsory, for PIEs, for periods ending as from December 15, 2012, and for non-PIEs, for periods ending as from December 15, 2014. The aforementioned Standard was amended in 2018⁸ and was published on March 12, 2019 in the Belgian Official Gazette upon approval of the Minister of Economy.

ISA 200 relating to "Overall objectives of the independent auditor and the conduct of an audit in accordance with international standards on auditing" already included the following application material A16: "The auditor is subject to relevant ethical requirements, including those pertaining to independence, relating to financial statement audit engagements. Relevant ethical requirements ordinarily comprise Parts A and B of the [...] IESBA Code related to an audit of financial statements together with national requirements that are more restrictive."

The word « *ordinarily* » – well thought out – nuances the assumption according to which the application of the IESBA Code would be made compulsory because of the fact that the ISAs need to be applied in Belgium.

The Belgian legislator has explicitly made the choice to gather the ethical provisions applicable to the registered auditors in the Law of December 7, 2016 on the organization of the profession and the public oversight of registered auditors (hereinafter, the Law). The Law contains the general ethical rules applicable to the registered auditor (with respect to any engagement) as well as the conceptual framework approach referred to under 2 above. Furthermore, additional ethical provisions applicable to the statutory auditor are included in the Belgian Code for Companies and Associations.

⁸ <https://doc.ibr-ire.be/nl/Documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/normen-en-aanbevelingen/normen/Norm-wijziging-ISAnorm2009-goedgekeurd.pdf>
<https://doc.ibr-ire.be/fr/Documents/reglementation-et-publications/normes-et-recommandations/normes/Norme-modifiant-normeISA2009-approuvee.pdf>

In the context of the European audit reform, it is useful to refer to an opinion issued by the High Council for the Economic Professions⁹ on December 22, 2015, which highlights that the European legislator explicitly opted for legislation at European level to be implemented at national level instead of referring to the IESBA Code. The IESBA Code could, according to the High Council for the Economic Professions, be considered by the Belgian legislator as guidance without it being compulsory in part or in whole¹⁰.

On March 19, 2019, the Board of the Belgian Institute of registered auditors (IBR-IRE) issued an opinion¹¹ according to which the “relevant ethical requirements” referred to in the application material A16 of ISA 200 mainly cover the ethical provisions set out in the Law. It also emphasizes that the application of the Belgian legal framework regarding professional ethics makes it possible to include a statement in the audit report which shows “ISA compliance”, since

9 The “Hoge Raad voor de Economische Beroepen” / « Conseil supérieur des Professions économiques » is composed of seven individuals representing the social and economic environment. These are non-practitioners and are appointed by the Government by Royal Decree. It is worth mentioning that regarding standard setting, the IBR-IRE is competent to take the initiative to draft the auditing standards in Belgium, with the High Council for the Economic Professions and the Minister of Economy being responsible for approval and endorsement.

10 p. 24 “De Hoge Raad stelt vast dat noch de auditrichtlijn, noch de OOB-verordening verwijzen naar de Code of Ethics gepubliceerd door IFAC, maar dat de Europese Unie heeft gekozen voor een specifieke Europese reglementering die in het nationale recht moet worden omgezet. De Belgische wetgever kan de Code of Ethics gepubliceerd door IFAC dus beschouwen als een eventuele leidraad, zonder zich daarom te moeten houden aan één of ander, zomet alle punten uit de Code of Ethics gepubliceerd door IFAC.” available on the website: <http://www.cspe-hreb.be/ysite/pdf/advies-hreb-22-12-2015-met-bijlagen.pdf>

p. 24 « Le Conseil supérieur constate que ni la directive « audit », ni le règlement « EIP » ne font référence au Code d’Éthique publié par l’IFAC mais que l’Union européenne a opté pour une réglementation spécifique au niveau européen à transposer au niveau national. Le Code d’éthique publié par l’IFAC peut dès lors être considéré par le législateur belge comme un document de guidance éventuelle sans pour autant devoir se conformer à l’un ou à l’autre, voire à tous, les points contenus dans le Code d’éthique publié par l’IFAC. » available on the website: <http://www.cspe-hreb.be/ysite/pdf/avis-cspe-22-12-2015--avec-annexes.pdf>

11 <https://www.ibr-ire.be/nl/actueel/news-detail/advies-2019-07>; <https://www.ibr-ire.be/fr/actualites/news-detail/avis-2019-07>

THE OUTCOME OF THE APPLICATION BY STATUTORY AUDITORS OF THE CONCEPTUAL FRAMEWORK APPROACH SET BY THE EU PROVISIONS AND THE IESBA CODE IS NOT SIGNIFICANTLY DIFFERENT

the application of the ISAs does not entail the obligation to apply the IESBA Code in Belgium but rather “relevant ethical requirements”, being the ethical provisions set out in the Law.

In sum of what is set out above, it can be concluded that the ethical provisions set by the Law are compulsory for registered auditors in Belgium as opposed to the IESBA Code which can be considered as useful guidance.

Nevertheless, the words “useful guidance” may need to be nuanced in circumstances where registered auditors may be required to comply with the IESBA Code. For example, according to the Terms of Reference for an Independent Report of Factual Findings on costs declared under a Grant Agreement financed under the Horizon 2020 Research and Innovation Framework Programme¹², the auditor must comply with the IESBA Code. Also, firms that are a member of the association of international networks of accounting firms that perform transnational audits, *i.e.* the Forum of Firms, are required to have policies and methodologies that conform to the IESBA Code and national codes of ethics¹³. Indirectly, registered auditors who are part of such a firm will need to abide by the same requirements.

12 http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/mga/gga/h2020-mga-gga-multi_en.pdf#page=139

13 <https://www.ifac.org/about-ifac/forum-firms-and-transnational-auditors-committee>

Comparison between the IESBA Code and the applicable Belgian ethical requirements following from the implementation of the European audit reform

The purpose of the present publication being the comparison between the IESBA Code and applicable Belgian ethical requirements, it is worth also considering the EU provisions (Directive and Regulation) upon which the Belgian legal framework is based. The outcome of the application by statutory auditors of the conceptual framework approach set by the EU provisions and the IESBA Code is not significantly different. The most significant difference between the EU provisions and the IESBA Code relates to the fact that the latter provides more detailed guidance.

Nevertheless, there are differences in scope within the different sets of requirements which are mainly the result of different concepts and definitions, such as for instance the definition of "key audit partner". Indeed, according to the IESBA Code the term "key audit partner" also includes the individual responsible for the engagement quality control review. Given that this individual is not included in the definition provided for in the Directive¹⁴ the range of individuals to whom the cooling-off and rotation requirements apply is broader in the IESBA Code.

In this context, it should be noted that the Law goes beyond the requirement of both the IESBA Code and the Regulation in that the key audit partner rotation for the statutory audit engagement of PIEs is made compulsory

14 "Article 2,16 of the Directive: 'key audit partner(s)' mean(s):
(a) the statutory auditor(s) designated by an audit firm for a particular audit engagement as being primarily responsible for carrying out the statutory audit on behalf of the audit firm; or
(b) in the case of a group audit, at least the statutory auditor(s) designated by an audit firm as being primarily responsible for carrying out the statutory audit at the level of the group and the statutory auditor(s) designated as being primarily responsible at the level of material subsidiaries; or
(c) the statutory auditor(s) who sign(s) the audit report;"

six years from the date of their appointment compared to the seven years referred to in Article 17 paragraph 7 of the Regulation and in R540.5 of the IESBA Code. However, it is useful to emphasize that the Regulation explicitly allows Member States to elect shorter key audit partner rotation periods.

Sometimes, different concepts used by the IESBA Code give rise to differences that impact the scope of the requirement. For instance, as far as legal services are concerned, Article 3:61, § 3, 2° of the Belgian Code of Companies and Associations prohibits legal services relating to the provision of general advice¹⁵ to PIEs. This prohibition goes beyond the prohibitions for all audited entities regarding negotiation, advocacy and representation. The Explanatory Memorandum of the Law¹⁶ provides background to this prohibition by specifying that such services "impair independence" and stating that the prohibition covers *inter alia*, all legal advice (both specific and general) provided by the auditor to the audited entity during the decision-making process. This follows from the implementation of the Regulation as the provision of "general counsel" in the English version thereof is a broader concept than that used in the IESBA Code. Indeed, the prohibition referred to in the Regulation relates to a legal service (advice) and is not limited to any specific position within the company (as is the case in the IESBA Code).

The IESBA Code provides more detailed requirements regarding independence, such as the following:

- **Compensation and evaluation policies:**
The IESBA Code includes in section R411.4 a prohibition on evaluating or compensating a key audit partner based on his success for selling non-assurance services to his audit

15 « *juridische diensten m.b.t. het geven van algemeen advies* » / « *les services juridiques ayant trait à la fourniture de conseils généraux* »

16 Explanatory Memorandum, DOC 54 – 2083/001, p. 73.

client. This matter is not addressed by the EU provisions nor by the Law.

- **Loans and guarantees:** Sections 511 (independence for audit and review engagements) and 911 (independence for assurance engagements other than audit and review engagements) of the IESBA Code contain several requirements and application material relating to loans and guarantees. For instance, it does not allow a firm, a network firm, an audit team member, or any of that individual's immediate family to accept a loan, or a guarantee of a loan, from an audit client that is a bank or a similar institution unless the loan or guarantee is made under normal lending procedures, terms and conditions.

The EU provisions and the Law do not enter in such detail.

- **Business relationships:** Sections 520 (independence for audit and review engagements) and 920 (independence for assurance engagements other than audit and review engagements) of the IESBA Code set out specific requirements and application material relevant to applying the conceptual framework in such circumstances. It contains references to the "materiality" of a financial interest and the "significance" of a business relationship. According to sections 520.3 A1 and 920.3 A1 of the IESBA Code "*In determining whether such a financial interest is material to an individual, the combined net worth of the individual and the individual's immediate family members may be taken into account.*"

This goes beyond what is set out in the EU provisions and in the Law.

- **Financial interests:** The IESBA Code defines a "direct financial interest" *i.e.* a "*financial interest: (a) owned directly by and under the control of an individual or entity (including those managed on a discretionary basis by others); or (b) beneficially owned through*

a collective investment vehicle, estate, trust or other intermediary over which the individual or entity has control, or the ability to influence investment decisions" and an "indirect financial interest" *i.e.* a "*financial interest beneficially owned through a collective investment vehicle, estate, trust or other intermediary over which the individual or entity has no control or ability to influence investment decisions"*. It also broadens the scope of the requirements regarding direct financial interests by making them applicable to material indirect financial interests (sections R510.4 (independence for audit and review engagements) and R910.4 (independence for assurance engagements other than audit and review engagements)).

The prohibition set out in Article 16, § 2 and § 6, 1° and 2° of the Law though implicitly excludes (any) indirect financial interest.

The IESBA Code defines "immediate family" as follows: "*a spouse (or equivalent) or dependent*" and "close family" *i.e.* "*a parent, child or sibling who is not an immediate family member*". The Law refers in Article 16 regarding financial interests to "*persons closely associated with the registered auditor within the meaning of Article 1(2) of Commission Directive 2004/72/EC*". It thus covers (a) the spouse of the person, or any partner of that person considered by national law as equivalent to the spouse; (b) according to national law, dependent children; and (c) other relatives who have shared the same household as that person for at least one year on the date of the transaction concerned.

Although the EU provisions and the Law do not apply different requirements for different groups of family members, as does the IESBA Code, the scope of family members addressed by the EU provisions and the Law is equivalent to the category of "*immediate family members*" defined by the IESBA Code. On the other hand, the distinction made between different categories of

family members gives rise to additional guidance relating to close family members in connection with financial interests, inducements and family relationships in the IESBA Code.

- **Family relationships:** According to sections 521.6 A1 (independence for audit and review engagements) and 921.6 A1 (independence for assurance engagements other than audit and review engagements) of the IESBA Code threats are created when a close family of an audit/assurance team member is: i) a director or officer of the audit/assurance client; or ii) an employee in a position to exert significant influence over the preparation of the client's accounting records or the financial statements on which the firm will express an opinion/subject matter information of the assurance engagement.

These provisions go beyond what is set out in the EU provisions and in the Law especially since they do not cover the "close family".

- **Temporary personnel assignments:** Section 525 of the IESBA Code sets out specific requirements and application material relevant to applying the conceptual framework in the event of a self-review, advocacy or familiarity threat created by the loan of personnel to an audit client.

Such provisions are not included in the EU provisions nor in the Law.

- **Tax calculation (non PIE):** According to section 604.5 A1 of the IESBA Code, preparing calculations of current and deferred tax liabilities (or assets) for an audit client for the purpose of preparing accounting entries that will be subsequently audited by the firm creates a self-review threat.

Tax calculation is prohibited by the Regulation and the Law for PIE audit clients. No specific reference to safeguards is made by the EU provisions nor by the Law for audit clients

that are not PIEs whilst the IESBA Code states that safeguards must be applied in this case.

- **Corporate finance services (non PIE):** According to subsection 610, R610.4 of the IESBA Code, a firm or a network firm shall not provide corporate finance services to an audit client that involve promoting, dealing in, or underwriting the audit client's shares. This prohibition is applicable to all audit clients.

The Regulation and Article 3:61, § 3, 5° of the Belgian Code of Companies and Associations provide for a similar prohibition but it is limited to PIE audit clients.

- **Valuation Services:** According to subsection 630, R603.4 of the IESBA Code, the auditors are required to consider whether the outcome of valuation services will have a material effect on the financial statements, irrespective of whether that effect is direct or indirect.

Belgium has opted to allow the provision of valuation services, provided that the following requirements set out in Article 5, § 3 of the Regulation are complied with: (a) they have no direct or have immaterial effect, separately or in the aggregate on the audited financial statements; (b) the estimation of the effect on the audited financial statements is comprehensively documented and explained in the additional report to the audit committee referred to in Article 11; and (c) the principles of independence laid down in the Directive are complied with by the statutory auditor or the audit firm. However, the meaning of the words "indirect effect" has not been specified in the Regulation nor in the Law.

- **Design and implementation of financial information technology systems:** The IESBA Code defines in its glossary "financial statements" as "*a structured representation of historical financial information, including related notes, intended to communicate an*

entity's economic resources or obligations at a point in time or the changes therein for a period of time in accordance with a financial reporting framework. The related notes ordinarily comprise a summary of significant accounting policies and other explanatory information. The term can relate to a complete set of financial statements, but it can also refer to a single financial statement, for example, a balance sheet, or a statement of revenues and expenses, and related explanatory notes". "Historical financial information" is defined in the aforementioned glossary as "information expressed in financial terms in relation to a particular entity, derived primarily from that entity's accounting systems, about economic events occurring in the past time periods or about economic conditions or circumstances at points in time in the past".

These defined terms could be used as guidance for the interpretation of the prohibition of *"designing and implementing internal control or risk management procedures related to the preparation and/or control of financial information or financial information technology systems"* set out in the Law¹⁷ and Regulation.

Sunset clause

Most of the provisions of the IESBA Code entered into force on June 15, 2019 except for the revised long association provision relating to the required cooling-off period of five consecutive years for engagement partners (as set out in the January 2017 close-off document). This provision can, from a strictly legal perspective, not be applied in Europe because Article 17, paragraph 7 of the Regulation states that *"The key audit partners responsible for carrying out a statutory audit shall cease their participation in the statutory audit of the audited entity not later than seven years from the date of their*

UNDER BELGIAN LAW, APART FROM THE EXISTING LEGAL PROVISIONS RELATING TO ETHICS, REGISTERED AUDITORS ARE REQUIRED TO APPLY THE CONCEPTUAL FRAMEWORK BY EXERCISING THEIR PROFESSIONAL JUDGMENT AND SKEPTICISM. THIS WOULD, DE FACTO, LEAD TO ABIDING BY CERTAIN PROVISIONS THAT ARE NOT EXPLICITLY INCLUDED IN THE LAW. IN THIS CONTEXT, THE IESBA CODE COULD BE USED AS GUIDANCE

appointment. They shall not participate again in the statutory audit of the audited entity before three years have elapsed following that cessation." However, according to section R540.12 of the IESBA Code, the cooling-off period shall be three consecutive years for the individual who is responsible for the engagement quality control review, being considered by the IESBA Code as a "key audit partner". This is in line with the three years set out at European level but it needs to be reminded that this individual is not included in the definition of "key audit partner" provided for in the Directive and that the IESBA Code goes therefore beyond the requirement set in the Regulation.

In order to facilitate the transition to the required cooling-off period of five consecutive years for engagement partners in those jurisdictions where a legislative or regulatory body (or organization authorized or recognized by such legislative or regulatory body) has specified a

¹⁷ Art. 3:61, § 3, 3° of the Belgian Code of Companies and Associations.

cooling-off period of less than five consecutive years, a sunset clause has thus been introduced in the IESBA Code specifying that this paragraph shall have effect only for audits of financial statements for periods beginning prior to 15 December 2023.

However, it is worth mentioning that Article 22, § 3 of the Law states that the replaced registered auditor shall not participate again in the statutory audit of the audited entity before “at least” three years have elapsed following that cessation. This article of the Law would *in se* allow the application of the five-year cooling-off period referred to in the IESBA Code but it goes beyond the provisions of the Regulation which are meant to be binding in their entirety on all EU countries as soon as the Regulation enters into force, without needing to be transposed into national law. The aforementioned Belgian legal provision could be considered as gold-plating by the European Commission as it makes changes to the EU legislation, which go beyond what is required and agreed-upon by that legislation. The concept of gold-plating has been interpreted by the EU Parliament, and by several studies which refer to “national rules [which] render Union legislation [...] unnecessarily complicated¹⁸”.

Conclusion

The IESBA Code provides a conceptual framework¹⁹ that professional accountants are to apply in order to identify, evaluate and address threats to compliance with the fundamental principles. In addition, the Code sets out requirements and application material on various topics to help professional accountants apply the conceptual framework to those topics. Under Belgian law, apart from the existing legal provisions relating to ethics, registered auditors are required to apply the conceptual framework²⁰ by exercising their professional judgment and skepticism. This would, *de facto*,

lead to abiding by certain provisions that are not explicitly included in the law.

In this context, the IESBA Code – being a reference in ethics at international level – could be used as guidance.

Even if IBR-IRE, being a member of IFAC, is required to comply with the Statements of Membership Obligations and among others with SMO 4 relating to the IESBA Code, IFAC acknowledges that its member bodies in different jurisdictions may have different degrees of responsibility for meeting the requirements in each SMO and that member bodies may, under certain circumstances, be required to use their best endeavours to comply with specific requirements of the SMO. The registered auditors are, on the contrary, only required to comply with the Belgian legal provisions implementing the Directive and the Regulation.

However, nothing precludes the audit firms to render compliance with the IESBA Code compulsory for the registered auditors who are part of their network through an internal policy, provided that the rules set out in the IESBA Code are more stringent than the Belgian legal provisions applicable in this area.

Finally, it is worth mentioning that the IESBA released on April 9, 2019, its Strategy and Work Plan, 2019-2023²¹. The publication describes the IESBA’s strategy and priorities toward the setting of high-quality, future-ready ethics standards for professional accountants that are widely adopted around the world. The IESBA has the intention to advance the relevance and impact of the IESBA Code, through maintaining a global IESBA Code fit for purpose in the evolving environment, and further raising the bar on ethics. It will also aim to deepen and expand the IESBA Code’s influence, through increasing global adoption and effective implementation of the Code.

18 See P7_TA prov (2013) 0122 of 17 April 2013, paragraph 1 h.

19 Referred to above.

20 Art. 12, § 5 of the Law and art. 13, §1, sub-paragraph 3 of the Law.

21 <http://www.ifac.org/news-events/2019-04/global-ethics-board-sets-out-top-priorities-publishes-ambitious-5-year-strategy>

Résumé

Le législateur belge a explicitement choisi de ne pas dédoubler les dispositions en matière de déontologie – et de ne pas reprendre les dispositions du Code éthique de l'IESBA – mais de mettre en avant le cadre conceptuel ou autrement dit l'approche par les risques dont il est question dans la directive audit.

En droit belge, mis à part les dispositions légales existantes, les réviseurs d'entreprises sont toujours tenus de respecter le cadre conceptuel en faisant preuve de scepticisme professionnel ce qui, *de facto*, reviendrait à respecter certaines dispositions qui ne sont pas explicitement reprises dans la loi.

Dans ce cadre, le Code éthique de l'IESBA – dont la version la plus récente est censée être appliquée depuis le 15 juin 2019 – reste une référence en matière de déontologie au niveau international et peut dès lors servir de guidance.

L'application du cadre légal belge en matière de déontologie, en ce compris les règles d'indépendance, permet toutefois d'inclure une déclaration dans le rapport d'audit qui est « *ISA compliant* », puisque l'application des normes ISA n'entraîne pas l'obligation d'appliquer le Code éthique de l'IESBA en Belgique mais bien les « règles d'éthique applicables ».

Les cabinets de révision peuvent cependant choisir d'imposer le respect des règles du Code éthique de l'IESBA aux réviseurs d'entreprises qui en font partie et ce pour autant que ces règles soient plus strictes que les dispositions légales belges applicables en la matière.

Le présent article contient des dispositions reprises dans le Code éthique de l'IESBA allant au-delà des dispositions de droit belge en matière de déontologie.

Samenvatting

De Belgische wetgever heeft er uitdrukkelijk voor gekozen om de deontologische bepalingen niet op te splitsen – en om de bepalingen van de IESBA *Code of Ethics* niet over te nemen – maar om de aandacht te vestigen op het conceptueel kader, met andere woorden, de risicogebaseerde aanpak waarvan sprake is in de Auditrichtlijn.

Naar Belgisch recht moeten de bedrijfsrevisoren, afgezien van de wettelijke bepalingen, nog steeds voldoen aan het conceptueel kader door het aannemen van een professioneel-kritische instelling, hetgeen *de facto* neerkomt op het naleven van een aantal niet uitdrukkelijk in de wet opgenomen bepalingen.

In dit kader blijft de IESBA *Code of Ethics* – waarvan de meest recente versie wordt verondersteld te worden toegepast vanaf 15 juni 2019 – een maatstaf voor deontologie op internationaal vlak en kan aldus als leidraad dienen.

De toepassing van het Belgisch wettelijk kader inzake deontologie, met inbegrip van de onafhankelijkheidsbepalingen, maakt het evenwel mogelijk om een "*ISA compliant*" verklaring in te voeren in het controleverslag vermits de toepassing van de ISA's niet de verplichting met zich meebrengt om de IESBA *Code of Ethics* in België toe te passen maar veeleer de "relevante ethische voorschriften".

De bedrijfsrevisorenkantoren mogen nochtans kiezen om de naleving van de bepalingen van de IESBA *Code of Ethics* op te leggen aan bedrijfsrevisoren die er deel van uitmaken en dit voor zover deze bepalingen strenger zijn dan de terzake van toepassing zijnde Belgische wettelijke bepalingen.

Dit artikel bevat bepalingen van de IESBA *Code of Ethics* die strenger zijn dan de deontologische bepalingen van Belgisch recht.

LES IMPLICATIONS DU CODE DES SOCIÉTÉS ET DES ASSOCIATIONS POUR LES MISSIONS DU COMMISSAIRE DANS LES SOCIÉTÉS : QUELQUES OBSERVATIONS

PROFESSEUR HANS DE WULF

Financial Law Institute, UGent



Introduction

L'objectif de cet article ne consiste pas à revenir en long et en large sur les missions des réviseurs d'entreprises et des commissaires¹ suite à de l'introduction du nouveau Code des sociétés et des associations (CSA). Cependant, la suppression du capital dans les SRL entraîne d'importantes modifications, par exemple, l'introduction d'un test de liquidité qui contraint désormais l'organe d'administration de la SRL à soumettre un rapport écrit lors de chaque distribution de dividendes, afin de les justifier au regard des liquidités dont dispose la société. Dans les sociétés où un commissaire a été désigné, celui-ci évalue ce rapport (art. 5:142 CSA). La suppression du capital permet également l'apport en industrie, sans limitation,

dans la SRL², ce qui contraint également le réviseur d'entreprises à établir un rapport sur son évaluation – malgré la possibilité que de tels apports en industrie demeurent lettre morte en pratique, parce que la loi fiscale, adoptée à la suite du CSA (entre autres pour adapter le Code des impôts sur les revenus à la suppression du concept de capital dans les SA et SC), semble vouloir encourager la taxation de la valeur de ces apports en industrie comme bénéfice dans le chef de la société (art. 5:121, § 1^{er} CSA) plutôt que de la considérer comme équivalente au capital versé³.

Pour la SRL, d'une part les règles de quasi-apports ont été supprimées, causant la disparition d'une source de revenus pour les cabinets d'audit. D'autre part, toute émission d'actions dans une SRL, SA ou SC devra désormais faire l'objet d'un rapport de l'organe d'administration justifiant, en premier lieu le prix d'émission, et si un commissaire a été nommé, celui-ci devra vérifier les données financières et comptables de ce rapport (art. 5:121, § 1^{er} CSA).

Par ailleurs, les « tâches de surveillance » du réviseur ont été formulées différemment dans

1 Cet article est une traduction de l'article « *De implicaties van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen voor de opdrachten van de commissaris bij vennootschappen: enkele opmerkingen* » paru dans le TAA 62 de mars 2019, pp. 8-25. Le Code des sociétés et des associations a été approuvé en séance plénière de la Chambre le 28 février 2019 et est entré en vigueur le 1^{er} mai 2019. Il s'applique à toutes les sociétés fondées à partir de cette date, et à partir du 1^{er} janvier 2020 à toutes les sociétés existantes (c'est-à-dire, pour les sociétés ayant une personnalité morale, celles qui ont été fondées et ont acquis cette personnalité avant le 1^{er} mai par dépôt de leur acte de fondation au greffe du Tribunal de l'entreprise). Le Code des sociétés et des associations est contenu dans la loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, publiée au *Moniteur belge* le 4 avril 2019.

2 Cf. art. 1:8, § 3, al. 3 et 5:7 CSA.

3 Cf. en particulier l'art. 2, 8^o de la loi du 23 mars 2019 (modifiant l'art. 2, § 1^{er}, 6^o a) 2) CIR) et l'art. 23 (modifiant l'art. 184 CIR).

le Code des sociétés et des associations par rapport au Code des sociétés. Ce changement de terminologie a pour l'essentiel été appliqué en concertation avec l'IRE. L'objectif étant toujours de rendre le Code plus précis et plus cohérent et, ce faisant, de coller davantage aux normes internationales en vigueur (normes ISA et assimilées).

Certaines de ces nouveautés seront examinées dans cet article, en particulier, le rôle du commissaire dans le cadre du test de liquidité et sa tâche de vérification du rapport de l'organe d'administration qui, sauf décision contraire des actionnaires, sera obligatoire lors de chaque émission d'actions nouvelles. Quelques observations seront également formulées sur les éclaircissements introduits par le Code en matière de contrôle des apports en nature.

Dresser une liste exhaustive de toutes les modifications apportées aux missions du commissaire serait cependant aller trop loin. En particulier, la problématique de l'apport en industrie requiert un article spécifique. Le problème n'est pas tant la description de la mission du commissaire, qui est identique à celle en matière d'apport en nature. Le problème vient plutôt du fait que les cabinets d'audit estiment bien plus compliqué de déterminer les méthodes pour organiser un « contrôle d'évaluation » portant sur un apport en industrie (prestations futures) par comparaison au contrôle de l'apport ordinaire d'un bien immobilier ou d'une branche d'activité. Cet article élude également le rôle du réviseur dans le secteur non marchand (associations et fondations) et les modifications (mineures) dans le droit des comptes annuels en tant que tel – même s'il faut signaler qu'avec le CSA, la Belgique dispose pour la première fois d'une procédure légale pour rectifier officiellement des erreurs dans les comptes annuels, autres que celles portant sur des oublis purement matériels, permettant l'approbation de comptes annuels corrects (voir art. 3:19 CSA).

Lors des préparatifs du Code des sociétés et des associations (CSA), à aucun moment il

n'a été question de transformer radicalement les missions ou les responsabilités des professionnels du chiffre comme les réviseurs d'entreprises, les experts-comptables ou les comptables-fiscalistes.

Pourtant, les tout premiers textes du projet de loi, remis au Ministre GEENS par la commission d'experts chargée de sa préparation, contenaient quelques modifications dans la répartition des tâches entre ces professions « d'experts du chiffre ». En l'occurrence, les spécialistes caressaient l'idée d'attribuer aux réviseurs d'entreprises la compétence exclusive en matière de restructurations (fusions, scissions, etc.) au sens du Livre XIII du Code des sociétés, alors que le droit antérieur accordait aussi ce privilège aux experts-comptables. La commission estimait ce changement logique puisque le législateur n'accorde qu'aux seuls réviseurs d'entreprises, à l'exclusion des experts-comptables, le droit d'intervenir dans le contrôle des apports en nature. Dans la quasi-totalité des restructurations, le cœur de la transaction consiste à fixer le rapport d'échange (c'est-à-dire déterminer le nombre d'actions que reçoivent les actionnaires de la société transférante ou de la société elle-même, dans la société bénéficiaire). D'un point de vue, non juridique mais économique, il s'agit d'une opération qui ressemble à un apport en nature, étant entendu que les évaluations que doit contrôler le professionnel du chiffre lors d'une restructuration sont, sans aucun conteste, plus compliquées et souvent plus importantes que dans le cas d'un apport en nature ordinaire. Ce qui explique pourquoi les experts pensaient initialement qu'il eût été opportun de réserver exclusivement aux réviseurs la compétence de contrôle en matière de restructuration d'entreprises.

Une deuxième considération a animé les experts : pour certaines interventions « *non-core* » (auxiliaires) des professionnels du chiffre, prévues dans le Code des sociétés, il n'existait aucune justification politique, susceptible de convaincre un observateur académique neutre, de réserver

ces missions à une catégorie spécifique de professionnels du chiffre, ni même à l'ensemble de ces professions. On songe en premier lieu à un examen des livres qu'un actionnaire peut faire lui-même dans une société dans laquelle aucun commissaire n'a été désigné. Le Code des sociétés prévoit que l'actionnaire peut se faire assister par un expert-comptable, et ne doit dès lors pas nécessairement faire appel un réviseur d'entreprises⁴. Pour un académique, il est donc difficile de comprendre la raison pour laquelle la loi doit impérativement déterminer quel professionnel est en mesure de prêter son assistance, et encore moins pourquoi il devrait s'agir d'un expert-comptable.

Néanmoins, la commission d'experts, qui a rédigé l'avant-projet de loi débouchant sur le CSA, aura rapidement compris qu'il n'était pas souhaitable de toucher, à l'occasion de cette réforme, à la répartition des tâches fixée par la loi entre les différentes professions du chiffre. Les idées précitées (voir art. 166 du Code des sociétés) ont donc disparu du projet de loi qui a été examiné par la Chambre le 6 juin 2018.

Une terminologie mieux adaptée aux standards internationaux⁵

En tant que réviseur d'entreprises, le commissaire est de plus en plus souvent contraint de respecter un cadre réglementaire international. Bien que la Belgique transpose fidèlement les

directives européennes sur l'audit et les rapports financiers⁶, la terminologie utilisée par le Code des sociétés visant les missions des réviseurs d'entreprises et des commissaires n'était pas toujours adaptée aux concepts appréhendés dans les standards internationaux comme les normes ISA (*International Standards on Auditing*) et les normes ISRE (*International Standards on Review Engagement*).

Le CSA s'est efforcé de rectifier la situation, notamment par une utilisation cohérente des termes « évaluation » et « évaluer » où ils étaient appropriés pour décrire la nature et l'intensité de la mission du commissaire. C'est ainsi que trois grandes catégories de services prestés par des réviseurs d'entreprises peuvent être établies à partir du cadre international : les missions d'assurance, les autres missions d'assurance et les missions de service connexes. Cette dernière catégorie reprend diverses missions de consultance que peut accepter un réviseur d'entreprises, mais qui sont davantage de nature commerciale, sans qu'une loi ni un instrument normatif n'impose une intervention déterminée dans une opération quelconque. Mais pour la catégorie la plus importante, aux yeux du législateur, à savoir les missions d'assurance, on peut établir une distinction entre le contrôle (*audit*) et l'évaluation (*review*) des informations financières historiques et les autres missions d'assurance, dont celles portant sur les informations non financières ou les informations financières autres qu'historiques. Mais les réviseurs effectuent également des tâches n'ayant pas trait à l'assurance, par exemple les missions de compilation. Dans le cas des missions d'assurance, la présence d'un réviseur d'entreprises apporte un certain

⁴ Cf. art. 166 C. Soc.

⁵ Le contenu de cette section s'adresse naturellement aux réviseurs, mais peut également être utile pour les juristes qui ont généralement une connaissance moins étendue de la matière. Lorsque des réviseurs d'entreprises exécutent des missions de contrôle (*audit*), ils sont soumis aux obligations imposées par les *International Standards on Auditing* (ISA). Pour obtenir la liste des normes ISA, consultez le document <https://doc.ibr-ire.be/fr/Documents/reglementation-et-publications/normes-et-recommandations/ISA/ISA-clarifiees/SOMMAIRE%20DES%20NORMES%20ISA%20CLARIFIEES%20JUN%202012.pdf>. Les réviseurs d'entreprises qui effectuent des missions d'évaluation (*review*) sont soumis aux obligations imposées par les *International Standards on Review Engagements*. Voir par ex. : https://doc.ibr-ire.be/nl/Documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/normen-en-aanbevelingen/ISA-s/clarified-ISA-s/ISA%20update%202015/ISRE_2410_-_version_18_d%C3%A9cembre_2009.pdf

⁶ Cf. par exemple la loi du 18 décembre 2015 transposant la Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la Directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les Directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, MB 30 décembre 2015 et la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises, MB 13 décembre 2016.

degré de certitude (d'où le terme employé « assurance »).

Le commissaire tel que visé dans le CSA endosse en tout premier lieu un rôle de contrôle (*audit*) des comptes annuels et d'autres documents de nature financière. Mais parfois le réviseur (le commissaire ou un autre réviseur en l'absence de commissaire) a aussi une « mission d'évaluation », en anglais « *review engagement* ». On peut citer comme exemple l'intervention du commissaire dans la vérification de l'état sur lequel est basée la distribution d'un acompte sur dividendes ou la vérification dans le cadre du nouveau test de liquidité (voir plus loin). Un *Standard on Review Engagements* s'applique sur les « *review engagements* », alors que les normes ISA s'appliquent évidemment aux « *audit engagements* »⁷. Bien qu'elles soient toutes deux des missions « d'assurance », la différence entre une mission de contrôle et une mission d'évaluation vient du fait que la seconde porte sur une vérification plus limitée et apporte une moindre certitude ("assurance") qu'un *audit*. On parle en effet d'« assurance raisonnable » pour une mission de contrôle (*audit*), mais seulement d'« assurance limitée » pour une mission d'évaluation (*review*).

Comme mentionné *supra*, le CSA s'efforce d'utiliser de manière cohérente le terme « évaluation » pour décrire la mission visée par une procédure d'évaluation, alors que le terme de « contrôle » est réservé aux missions d'audit, pour lesquelles le commissaire doit mener des recherches plus approfondies pour étayer les données fournies par l'administration et la direction, à l'inverse d'une mission d'évaluation, il doit également s'assurer de la qualité du contrôle interne.

⁷ <https://www.accountingtools.com/articles/2018/3/7/the-difference-between-an-audit-a-review-and-a-compilation?rq=review%20compil> ; pour les « débutants », cet article est utile pour se faire une bonne idée des différences entre les termes anglais *audit* (contrôle), *review* (évaluation) et *compilation* (compilation).

D'un autre côté, il faut éviter que le législateur belge soit inhibé lors de l'attribution aux réviseurs ou aux commissaires d'une mission, parce que la tâche que le législateur belge estime opportun d'attribuer au commissaire peut difficilement être intégrée parfaitement dans la terminologie des normes internationales. Le législateur belge est en réalité libre de déterminer ce qu'il attend d'un commissaire et il ne doit pas être effrayé par le fait que seuls les réviseurs, c'est-à-dire les auditeurs externes, soient en mesure d'exercer les tâches réservées aux commissaires et que seule cette partie de la profession soit soumise aux normes internationales. Le CSA permet sans aucun doute d'attribuer au commissaire une mission de nature « hybride » (par exemple, dans le cadre du test de liquidité, pour évaluer les informations tant historiques que prospectives) ou dans laquelle une terminologie non standardisée est utilisée afin de décrire des tâches de vérification et leur intensité.

Apport en nature et suppression du quasi-apport dans la SRL

Le CSA n'apporte aucune modification fondamentale en ce qui concerne l'intervention du commissaire (ou du réviseur en l'absence de commissaire) pour les apports en nature. Pour la SRL, la description de la mission doit naturellement être formulée différemment, étant donné la disparition de la notion de capital pour ce type de société ; par conséquent, les actions ne seront plus représentatives du capital.

La référence à ce concept est remplacée par la question de savoir si les valeurs auxquelles conduisent les méthodes d'évaluation correspondent au moins à la valeur de l'apport stipulée dans l'acte. Bien que la loi prévoit aussi explicitement l'examen par le réviseur de « l'évaluation adoptée », et pas uniquement des modes d'évaluation appliqués (une référence qui n'apparaissait pas dans l'ancien art. 219 C. Soc.), il ne faut pas y voir une modification intrinsèque de la tâche de réviseur. Même dans le droit antérieur, où la formulation mettait davantage l'accent sur la comparaison entre

la valeur de l'apport comme conséquence des modes d'évaluation appliqués et le nombre et la valeur représentative du capital des actions émises, le réviseur devait impérativement tenir compte de la question de savoir si l'évaluation de l'apport était acceptable.

Dans la nouvelle loi, pour la SRL (art. 5:7 CSA), on ne trouve aucune référence à la proportionnalité entre la valeur de l'apport et le nombre d'actions émises; en revanche, la référence au nombre d'actions dans la SA (art. 7:7 CSA) a été maintenue. Ceci ne sous-entend sans doute pas une modification de la mission du commissaire, mais semble s'expliquer par deux facteurs : d'une part, pour la SA, le législateur n'a pas voulu toucher à la formulation inspirée de la directive européenne. D'autre part, pour la SRL, justement en raison de l'absence de valeur représentative de capital, couplée à la liberté quasi illimitée de déterminer les droits attachés à chaque action, il n'existe plus aucun lien, ni théorique ni conceptuel, entre la valeur d'un apport et le nombre d'actions émises en contrepartie. Pour une SA, la nouvelle législation n'impose pas davantage de respecter l'égalité entre actionnaires (autrement dit, des apports identiques peuvent conduire à des différences dans le nombre d'actions ou dans les droits attribués à chaque action), il faut cependant toujours tenir compte de la valeur de chaque action dans le capital.

Pour le reste, la nouvelle loi est formulée de façon plus logique, en ce qu'elle commence par prescrire que les fondateurs doivent dresser un rapport lors de la constitution, avant de décrire l'intervention du réviseur d'entreprises : les fondateurs doivent d'abord rédiger un projet de rapport, le soumettre au réviseur, et le finaliser ensuite, en dérogeant éventuellement aux conclusions du rapport du réviseur. L'ordre inverse dans le C. Soc. n'avait évidemment pas empêché que la pratique applique, depuis longtemps déjà, l'ordre officiellement adopté aujourd'hui.

LA RÉFORME N'A JAMAIS EU L'INTENTION D'INTERVENIR DANS LA DISTRIBUTION DES TÂCHES ENTRE LES DIFFÉRENTES PROFESSIONS ÉCONOMIQUES

Dans les SRL, la procédure de contrôle du quasi-apport est désormais supprimée. Cette décision est la conséquence logique de la suppression du capital, même s'il est vrai que le contrôle du réviseur en matière d'apports en nature n'a pas été supprimé et que le régime de quasi-apport vise précisément à combattre les tentatives de contournement des règles en matière d'apport en nature. On ne peut nier qu'il s'agit ici d'un compromis : d'une part, le législateur a trouvé utile de conserver l'intervention du réviseur pour les apports en nature, surtout dans le but de protéger les créanciers contre une surévaluation; d'autre part, maintenir le quasi-apport reviendrait à aller trop loin.

Durant le processus d'élaboration, les représentants de l'IRE ont tenté de convaincre le législateur de conserver les règles de contrôle du quasi-apport, argumentant qu'elles pourraient être utiles dans la lutte contre le blanchiment d'argent. Outre le fait que l'on ne voit pas clairement comment cela pourrait être le cas, le réviseur n'a un rôle dans ce domaine que si son intervention est sollicitée ; or de nombreux juristes sont convaincus que les règles de quasi-apport ne sont pas appliquées dans de nombreux cas où elles devraient l'être, sans que cela ne soit, la plupart du temps, de mauvaise foi, mais simplement parce que les parties concernées ne connaissent pas lesdites règles. Peut-être est-ce également le cas dans les sociétés ayant désigné un commissaire, qui pourrait avertir la direction de son obligation de respecter la loi. Il en va autrement en cas d'apport en nature ordinaire lors de la fondation de la société ou lors de

l'émission d'actions nouvelles, où l'intervention d'un notaire est généralement requise (parce que cela implique une modification des statuts), de sorte qu'un expert externe et indépendant puisse déjà procéder aux vérifications en matière de blanchiment d'argent. Quoiqu'il en soit, comme le prévoit l'exposé des motifs⁸, les problèmes auxquels peuvent conduire un quasi-apport sont essentiellement résolus par les règles en matière de conflit d'intérêts des administrateurs. Certes, cela vaut essentiellement lorsque la partie adverse de la société est un administrateur, et sans doute moins lorsqu'il s'agit d'un actionnaire qui n'est pas administrateur, mais les règles de bonne gouvernance (la direction doit appliquer une évaluation correcte du bien à acquérir) devraient suffire pour éviter les abus.

Pour les SA, les règles relatives aux quasi-apports sont conservées, puisque la notion de capital l'est aussi, et que ces règles ont d'ailleurs été imposées à la Belgique par l'ex-Deuxième Directive européenne sur les sociétés⁹.

Test de liquidité¹⁰

A. Généralités

En rédigeant le CSA, l'une des préoccupations était que la suppression du capital de la SRL puisse conduire à un affaiblissement de la protection des créanciers de la société. L'une des mesures prises en la matière est l'introduction d'un test légal de liquidité pour les SRL. Ce test, prévu par l'article 5:143 CSA, implique que la décision de distribuer un dividende, prise par l'assemblée générale des actionnaires, « *ne produit ses effets qu'après que l'organe d'administration*

aura constaté qu'à la suite de la distribution, la société pourra, en fonction des développements auxquels on peut raisonnablement s'attendre, continuer à s'acquitter de ses dettes au fur et à mesure de leur échéance pendant une période d'au moins douze mois à compter de la date de la distribution. » La décision de l'organe d'administration doit être établie dans un rapport écrit. Celui-ci n'est ni déposé au greffe du Tribunal de l'entreprise ni publié d'aucune façon, mais archivé par la société.

La loi dispose que : « *dans les sociétés qui ont nommé un commissaire, ce dernier évalue les données comptables et financières historiques et prospectives de ce rapport. Le commissaire mentionne dans son rapport de contrôle annuel qu'il a exécuté cette mission.* »

Il n'y a donc intervention d'un réviseur d'entreprises que si un commissaire a été nommé (peu importe que la société y ait été tenue ou qu'elle l'ait fait sur base volontaire, comme cela peut être le cas dans certaines petites SRL). Si aucun commissaire n'a été nommé, il ne faut pas non plus solliciter de réviseur (ou un autre expert) pour l'évaluation du test de liquidité.

B. Champ d'application du test de liquidité

On peut s'étonner que le législateur ait voulu réserver le test de liquidité aux seules SRL et SC. Il aurait été utile d'imposer ce test à toutes les sociétés à responsabilité limitée, y compris les SA. L'article 6:116 CSA prévoit, pour les SC, le même test de liquidité que pour les SRL. La nécessité de protéger les créanciers est tout aussi importante pour une SA que pour une SRL ou une SC.

Le choix de ne pas imposer de test de liquidité dans le cas des SA a probablement été décidé sciemment, sur la base du constat que les SA sont toujours soumises aux règles de protection du capital, et, par conséquent, à un test d'actif net plus strict que pour les SRL. Dans une loi privilégiant la flexibilisation et la simplification, il n'a pas été estimé nécessaire d'imposer une

8 Cf. Exposé des motifs de l'art. 5:7 *in fine*, Doc. Parl., Chambre n° 54 3119/001, p. 131.

9 Cf. art. 7:8 CSA.

10 D. BRULOOT, « Vennootschapskapitaal en Schuldeisers », Anvers, Intersentia, 2014, 673-726; D. BRULOOT et H. CULOT, « La SRL Sans Capital - De Kapitaallose BV » dans *Le Projet de Nouveau Code Des Sociétés et Des Associations - Het Ontwerp Wetboek Van Vennootschappen En Verenigingen*, Bruxelles, Larcier, 2018, 93-118; J. RICKFORD, « Legal approaches to restricting distributions to shareholders: balance sheet tests and solvency tests », *EBOR* 2006, 135-179 et W. SCHÖN, « Balance sheet tests or solvency tests - or both? », *EBOR* 2006, 181-198.

nouvelle obligation aux sociétés anonymes. Pourtant, on peut contre-argumenter qu'en agissant ainsi, le législateur torpille un autre objectif majeur de la loi, à savoir rendre la SRL plus attrayante et la promouvoir comme la forme de société par excellence, pour que seules les grosses sociétés optent pour les SA. L'auteur de cet article a été contacté par plus d'un praticien tenant à exprimer son mécontentement quant à ce test de liquidité et à préciser que les clients devront être avertis que la distribution de dividendes sera plus complexe dans une SRL que dans une SA. Cela n'est pas le cas, à proprement parler, étant donné qu'une bonne partie de la doctrine admet depuis des années que l'organe d'administration de toute société, quelle qu'en soit la forme, a l'obligation de vérifier si les distributions de bénéfices prévues sont justifiées à l'aune des liquidités de la société¹¹. Nous regrettons dès lors que le législateur n'ait pas également introduit ce test de liquidité dans les SA¹².

Veillez observer que le test de liquidité doit être appliqué à chaque distribution de bénéfices dans une SRL et doit toujours être justifié par un rapport écrit (la loi ne dit pas expressément qu'il doit être écrit, mais on peut le déduire de l'utilisation du terme « rapport » dans le Code, et de façon plus irréfutable encore par la mention que ce rapport ne doit pas être déposé).

Dans le cadre d'une distribution de dividendes, la loi ne prévoit pas la possibilité, pour les actionnaires, de renoncer de façon unanime

11 K. VAN HULLE, « Wettelijke beperkingen inzake winstuitkeringen » in *Het gewijzigde vennootschapsrecht*, numéro spécial *TBH*, 1984, (73) 77, n° 6 ; voy. aussi H. DE WULF, « Moet de mogelijkheid tot winstuitkering volgens article 617 W.Venn. steeds aan de hand van de laatste jaarrekening berekend worden? » (note sous Anvers 8 mai 2003), *TBH* 2005, n° 4, (393) 399, 21.

12 Autre avantage potentiel de la SA par rapport à la nouvelle SRL : un modèle d'administration duale est y est autorisé, mais surtout, il est plus facile, pour les administrateurs d'une SA, d'évaluer la nécessité d'appliquer la procédure de sonnette d'alarme – au moyen d'un test purement « mathématique » –, afin de vérifier si l'actif net est inférieur à 50 % du capital. Dans les SRL, la procédure doit être appliquée dès qu'il y a des doutes sur les liquidités ou que l'actif net « menace » de devenir négatif, ce qui requiert une certaine évaluation de la part de l'organe d'administration.

au rapport ni à l'intervention du commissaire. Un tel « renoncement » par les actionnaires est d'ailleurs impossible, étant donné que l'obligation d'établir un rapport ne vise pas seulement, ni même prioritairement, à protéger les intérêts des actionnaires, mais bien ceux des créanciers actuels et même futurs de la société (y compris les éventuels travailleurs). Il s'agit donc d'une disposition impérative ne protégeant pas les seuls intérêts des actionnaires.

C'est la différence notoire avec le rapport qui doit désormais être établi pour toute SRL, SA et SC lors de l'émission de nouvelles actions, en particulier pour en justifier le prix d'émission. À ce sujet, la loi précise explicitement que l'assemblée générale peut renoncer par une décision unanime à l'établissement d'un tel rapport et que les données financières et comptables qu'il contient ne doivent pas non plus être évaluées par le commissaire¹³. Cela s'inscrit dans le prolongement de la considération du législateur selon laquelle ce rapport d'émission protège uniquement les intérêts des actionnaires, contrairement donc au rapport sur le test de liquidité.

Le rapport de liquidité est requis pour toutes les distributions au sens des articles 5:141 et 5:142 CSA. La loi ne le dit pas explicitement, mais on peut le déduire de la structure du Code : étant donné que les distributions indirectes au sens de l'article 1:4 CSA ne sont pas considérées comme de telles distributions, elles ne sont pas concernées par l'article 5:143 CSA. Autrement dit, il s'agit là d'une transaction entre la société et un actionnaire, un administrateur ou un tiers, transaction qui ne se produit pas aux conditions « *arm's length* », au détriment de la société.

D'autre part, il ne fait pas de doute que le test de liquidité doit être appliqué non seulement lors des distributions décidées en assemblée générale, mais également de façon autonome par l'organe d'administration, sur base de la délégation visée par l'article 5:141, alinéa 2

13 Cf. art. 5:121, § 2 CSA pour les SRL et l'art. 7:179, § 3 pour les SA.

CSA. Il s'agit ici de distributions de dividendes intercalaires ou d'acomptes sur dividendes¹⁴. Dans ce cas aussi, le commissaire devra intervenir.

Il en va de même lorsque la loi prévoit explicitement l'application de l'article 5:143 CSA pour les opérations qui, d'un point de vue économique, sont assimilées à une distribution de bénéfices, dans le sens où, tout comme pour une distribution de dividendes classique, de l'argent passe des mains de la société à celles des actionnaires. Nous songeons en tout premier lieu, bien évidemment, au rachat d'actions propres, procédure pour laquelle l'article 5:145, alinéa 1^{er}, 2^o CSA prévoit que l'on ne peut utiliser que les sommes qui, conformément aux tests d'actif net et de liquidité des articles 5:142 et 5:143 CSA, sont distribuables. Même dans le cas de « *financial assistance* » (le financement de l'acquisition d'actions de la société par des tiers), la loi détermine explicitement (art. 5:152, § 1, al. 1^{er}, 3^o CSA) que les sommes affectées à cette opération doivent être distribuables conformément aux articles 5:142 et 5:143 CSA. Dans les deux cas, la référence au test de liquidité implique également l'intervention du

14 La nouvelle législation supprime *de facto* la distinction, existant dans le droit antérieur, entre les dividendes intercalaires et les acomptes sur dividendes. Les acomptes sur dividendes étaient uniquement possibles dans les SA, où ils étaient régis par la loi; il s'agissait de distributions par le conseil d'administration à partir de bénéfices reportés ou de l'exercice en cours; la loi stipulait des règles de périodicité (interdiction de distribuer des dividendes intérimaires au cours des 6 premiers mois de l'exercice, et nombre de distributions limité au cours des 6 mois suivants). Le concept de « distributions intercalaires » (en néerlandais « *tussentijdse dividenden* ») ne figurait pas dans la loi, mais était en pratique utilisé pour désigner les distributions de dividendes décidées par l'assemblée générale à partir de bénéfices des exercices précédents, mais à un autre moment que lors de l'assemblée générale annuelle ordinaire. La nouvelle loi, par exemple sous l'article 5:141 CSA, expose maintenant clairement que l'assemblée générale d'une SA ou d'une SRL peut à tout moment distribuer des bénéfices des exercices précédents ou de l'exercice en cours. L'organe d'administration peut obtenir la même compétence au moyen d'une délégation statutaire, avec cette restriction supplémentaire qu'il ne peut (évidemment) pas annuler ou revenir sur des comptes annuels approuvés, raison pour laquelle la loi détermine que l'organe d'administration peut uniquement distribuer les bénéfices des exercices clôturés, si les comptes annuels de l'exercice concerné n'ont pas encore été approuvés.

LA SUPPRESSION DE L'INTERVENTION DU RÉVISEUR DANS LE QUASI-APPORT DES SRL EST PLUS QUE COMPENSÉE PAR LES NOUVELLES MISSIONS PORTANT SUR LE TEST DE LIQUIDITÉ ET LE RAPPORT D'ÉMISSION

commissaire pour contrôler le rapport sur le test de liquidité.

C. Évaluation par le commissaire

Pour pouvoir saisir correctement la mission que le législateur a voulu confier au commissaire, il est nécessaire d'examiner d'abord les procédures que l'organe d'administration doit exécuter lui-même afin d'appliquer correctement le test de liquidité.

La loi prévoit que la décision de distribution de dividendes, prise par l'assemblée générale, « ne sort ses effets » qu'après que l'organe d'administration ait exécuté le test de liquidité et que le résultat se révèle positif. Ceci ne laisse planer aucun doute sur le fait que l'organe d'administration conserve le dernier mot en matière de dividendes : même si l'assemblée générale a pris une décision allant dans le sens d'une distribution, l'organe d'administration devra la refuser si le test de liquidité s'avère négatif.

Dans le scénario le plus courant, à savoir une distribution de dividendes décidée par l'assemblée générale dans le cadre de l'approbation des comptes annuels, et réglant aussi l'affectation des bénéfices de l'exercice comptable, l'organe d'administration intervient à deux moments. Le projet de comptes annuels doit en effet être établi par cet organe,

l'assemblée générale ne peut que l'approuver ou le rejeter. Elle ne peut l'amender, car un tel droit reviendrait à autoriser les actionnaires à intervenir dans cette compétence exclusivement réservée à l'organe d'administration. Ce dernier, lors de l'élaboration de la proposition d'affectation des bénéfices dans le cadre du compte des résultats, devra déjà prendre en compte les liquidités de la société. S'il considère qu'une distribution des bénéfices est déraisonnable, parce que, dans un avenir proche (au moins douze mois), la société risque de ne pas être en mesure de s'acquitter de ses dettes si tous les bénéfices étaient distribués, il ne remplirait pas correctement sa tâche en proposant une distribution de dividendes (trop élevée) plutôt qu'une mise en réserve.

En fait, dès cette phase, l'organe d'administration doit appliquer un test de liquidité. C'était déjà le cas dans l'ancienne législation, mais ce l'est d'autant plus que la loi précise explicitement que l'organe d'administration est soumis à une obligation constante de surveillance des liquidités de la société. En effet l'article 2:52 CSA dispose que lorsque des faits graves et concordants sont susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, l'organe d'administration doit délibérer sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'activité économique pendant au moins douze mois.

Pourtant, dans la phase de préparation des comptes annuels, l'organe d'administration ne doit pas établir de rapport écrit sur le test de liquidité, et, par conséquent, encore moins demander au commissaire d'évaluer un tel rapport. En règle générale, on peut en effet avancer que le commissaire ne doit intervenir de façon formelle que dans les cas où l'organe d'administration est contraint d'appliquer le test de liquidité, en vertu de l'article 5:143 CSA, et donc de dresser un rapport écrit.

L'article 5:143 CSA sous-entend que l'organe d'administration n'est pas obligé de procéder à un test formel de liquidité dans la phase de

préparation de l'assemblée générale¹⁵. Il dispose que la décision de l'assemblée générale ne produit ses effets qu'après l'application du test de liquidité par l'organe d'administration. En principe, donc, il faut d'abord une décision de l'assemblée générale (sauf les cas où l'organe d'administration décide lui-même d'une distribution de dividendes), ensuite seulement la décision de l'organe d'administration intervient.

L'un et l'autre n'empêchent pas que le commissaire, à l'instar de l'organe d'administration, puisse déjà remplir sa fonction habituelle dans la préparation de l'assemblée générale statuant sur les comptes annuels et la distribution d'un éventuel dividende. Comme on le sait, le commissaire qui, dans le cadre de l'exercice de sa mission constate des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, doit avertir l'organe d'administration et lui demander de réagir¹⁶. Naturellement, le commissaire doit également appliquer ce principe lors de la vérification du projet de comptes annuels, tout comme l'organe d'administration doit prendre en considération les liquidités de la société lors de l'établissement du projet de comptes annuels.

Mais comme susmentionné, le test de liquidité ne doit être formellement appliqué qu'*a posteriori*. On part du principe – même si ni le C. Soc., ni le CSA ne prévoient quoi que ce soit à ce sujet – que l'organe d'administration dispose de douze mois pour déterminer si le dividende décidé par l'assemblée générale doit effectivement être distribué¹⁷. Si l'assemblée générale décide, par exemple, de distribuer un dividende en mai, mais que l'organe d'administration ne procède à cette distribution qu'en septembre, il devra appliquer le test de liquidité en septembre, juste avant la distribution des dividendes.

¹⁵ Test formel de liquidité signifie ici le test tel que prescrit par l'art. 5:143 CSA, donc exécuté en application de cet article, y compris le rapport écrit.

¹⁶ Cf. art. 3:69 CSA.

¹⁷ C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, Bruxelles, Polydore Pée, 1933, III, n° 1572; L. FREDERICO, *Traité de droit commercial belge*, Gand, Fecheyr, 1950, p. 776, n° 546.

La loi ne détermine aucun délai précis ni de relations exactes entre le rapport de l'organe d'administration et l'intervention du commissaire. Il est recommandé de s'assurer que la décision de distribution de dividendes et la date du rapport définitif de l'organe d'administration soient identiques. À la fin de la procédure, l'organe d'administration vérifiera les liquidités et prendra la décision de procéder ou non à la distribution. Les services de la société procéderont alors au paiement, ce qui implique que l'argent soit versé quelques jours après la décision de l'organe d'administration (au sens de crédit au compte des bénéficiaires). Même si la loi ne fixe aucun délai, l'objectif du test de liquidité serait torpillé s'il s'écoulait deux ou trois mois entre la date du rapport de l'organe d'administration et celle du paiement des dividendes. Ce délai doit être aussi court que possible et ne devrait, à notre sens, jamais dépasser deux semaines.

D. Description de la mission du commissaire

Le commissaire doit évaluer les données historiques et prospectives du rapport de l'organe d'administration. Il doit ensuite mentionner dans son rapport de contrôle annuel qu'il a exécuté cette mission. Contrairement à ce qu'elle prévoit en matière d'apports en nature, la loi n'organise ici aucune procédure pour que l'organe d'administration soumette son projet de rapport au commissaire, qui serait chargé de l'évaluer et d'en établir un rapport à partir duquel l'organe d'administration établira son rapport définitif, éventuellement accompagné d'explications circonstanciées détaillant les raisons pour lesquelles il s'écarte des conclusions du commissaire sur l'évaluation des apports en nature. L'absence d'un texte législatif similaire pour le test de liquidité n'empêche pas, à notre avis, que l'organe d'administration et le commissaire se concertent sur le bien-fondé de la distribution d'un dividende dans la phase durant laquelle l'organe d'administration est encore occupé à rédiger son rapport. Au contraire, ceci témoignerait d'un bon fonctionnement entre le commissaire et l'organe d'administration. Mais d'un point de vue

formel, le texte de loi est clair : le commissaire évalue les données financières et comptables du rapport de l'organe d'administration, de sorte qu'il ne subsiste pratiquement aucun doute sur le fait que le commissaire ne puisse réellement finaliser sa tâche – c'est-à-dire se forger une opinion – que sur la base du rapport définitif.

Quelle est la description précise de la mission du commissaire ? Il doit « *évaluer les données financières et comptables historiques et prospectives de ce rapport* ».

On peut immédiatement en conclure que le commissaire ne doit pas, à proprement parler, refaire le test de liquidité, ni la même évaluation prospective à laquelle l'organe d'administration est tenu de procéder, du moins pas sur la base de l'article 5:143 CSA. L'organe d'administration a davantage une mission « d'évaluation » que le commissaire : l'organe d'administration doit vérifier si la société, selon les développements qui peuvent être raisonnablement attendus, sera en mesure de s'acquitter de ses dettes au fur et à mesure qu'elles deviendront exigibles, et ceci sur une période « d'au moins » douze mois « à compter de la date de distribution ». A notre avis, ce texte de loi est assez mal formulé lorsqu'il fait référence à la date de distribution des dividendes. Il aurait fallu faire référence au moment prévu ou planifié du paiement. Le test de liquidité concerne en effet aussi les situations dans lesquelles plusieurs mois s'écoulent entre le moment de la distribution, c'est-à-dire la décision de distribuer le dividende, et son paiement effectif. Ce terme ne doit pas être compris comme la « décision de payer », mais comme le « paiement »¹⁸. L'exercice de l'organe d'administration est, d'une part, nécessairement basé sur les données historiques, c'est-à-dire les chiffres disponibles au moment de la mise en œuvre du test de liquidité, et d'autre part, sur les données prospectives : sera-t-on en mesure

¹⁸ Par exemple, si l'assemblée générale de mai 2021 décide de distribuer des bénéfices, mais que le paiement n'a lieu qu'en décembre de la même année, l'organe d'administration doit considérer les liquidités pour une période d'au moins 12 mois à partir de décembre 2021, et non de mai 2021.

de régler toutes les créances qui deviendront exigibles pendant une période (d'au moins) douze mois ?

L'emploi du terme « évaluer » dans la description de la tâche du commissaire indique qu'il s'agit d'une mission d'évaluation (« *review* »), en d'autres termes un « examen limité ». Ce qu'implique précisément de telles missions peut difficilement être défini autrement que par référence aux normes de l'IRE – c'est-à-dire les normes internationales. Lors d'une procédure de *review*, l'objectif est de donner une « *moderate assurance* » (assurance limitée). L'évaluation est parfois nommée « *negative assurance* », en ce sens que la mission du réviseur d'entreprises doit permettre de s'assurer qu'aucune modification (matérielle) aux données financières examinées n'est nécessaire.

La loi ne donne aucune indication complémentaire. Il est pourtant clair que le commissaire ne doit pas seulement évaluer les données historiques, mais également les données prospectives, et ne pas se contenter des données comptables, mais également financières. Une mission classique d'« *assurance* » au sens anglais du terme se limite normalement au contrôle ou à l'évaluation des données historiques, mais il existe des missions d'« *assurance* » portant également sur l'évaluation d'éléments prospectifs. C'est le cas ici. Les données autres que celles de nature financière ou comptable mentionnées par la loi devraient précisément englober des projections financières, par exemple les flux trésorerie, qui ont permis à l'organe d'administration d'estimer le patrimoine de la société pour payer les dettes qui deviendront exigibles par la suite. Hormis les cas les plus banals pour lesquels un examen du bilan de la trésorerie de la société suffit, l'organe d'administration devra analyser le test de liquidité, à l'aide des ratios *quick/acid* ou *current*¹⁹ ; mais une analyse plus pointue

est souvent recommandée. Les professions du chiffre ou les experts des départements financiers internes peuvent assister l'organe d'administration, mais comme mentionné *supra*, le commissaire ne devra pas appliquer le test de liquidité lui-même.

La loi prévoit, par contre, en détails que le commissaire ne doit pas et ne peut pas reproduire le travail de l'organe d'administration. Il n'a pas pour tâche d'exécuter lui-même un test de liquidité pour vérifier si la société sera encore en mesure de payer ses dettes exigibles. L'exposé des motifs de la loi est clair²⁰ : « *Le commissaire ne peut toutefois pas se substituer à l'organe d'administration : son rôle se limite à la vérification des données comptables et financières qui sont à la base de la décision de l'organe d'administration.* » Cela ne signifie pas que le commissaire doive se borner à vérifier si les données du rapport de l'organe d'administration sont « correctes ». Il devra, comme toujours, éviter l'auto-contrôle. Ce n'est pas lui, mais l'organe d'administration qui exécute le test, éventuellement assisté par d'autres experts financiers que le commissaire (par exemple pour une société qui se trouve clairement dans une situation financière plus délicate que celle à laquelle elle est habituée, sans qu'on en déduise une menace sur la continuité de l'entreprise).

Cela n'empêche pas que le commissaire puisse contacter si nécessaire l'organe d'administration pour l'avertir qu'il n'a pas utilisé de méthodes assez fiables pour évaluer les liquidités de l'entreprise, et par exemple pour l'informer qu'une analyse plus détaillée des futurs flux de trésorerie s'impose. Le commissaire adoptera une telle attitude constructive et de soutien, notamment pour éviter des « *expectations gap* » trop larges. L'évaluation finale sur les liquidités demeure toutefois la compétence de l'organe d'administration et le commissaire n'a guère

¹⁹ Le *quick or acid ratio* reflète la proportion entre les actifs circulants sans les stocks et les créances à court terme de la société; avec le *current ratio* au contraire, les stocks ne sont pas déduits des actifs circulants. Étant donné que ces stocks ne

peuvent pas toujours être rapidement convertis en liquidités, un *current ratio* raisonnable apporte moins d'assurance qu'un *quick ratio* raisonnable, de 1 par exemple.

²⁰ Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Chambre 3119/001, p. 180.

de possibilités de faire valoir un éventuel avis divergent – en l’occurrence que la société ne sera plus en situation de « *going concern* » si l’organe d’administration autorisait la distribution des dividendes. Mais on ne peut cependant jamais perdre de vue le devoir général du commissaire, s’il venait à constater une menace sérieuse sur la continuité de la société, d’avertir l’organe d’administration et de vérifier que ce dernier réagisse adéquatement ou pas – voire, s’il l’estime nécessaire, de saisir le Président du Tribunal de l’entreprise²¹.

E. Quand et comment le commissaire doit-il remettre son rapport

La loi ne détermine nulle part que le commissaire doit immédiatement remettre son rapport d’évaluation à l’organe d’administration. On peut sans risque en déduire qu’il n’a pas d’obligation de remettre un rapport formel par écrit – ce qui ne l’exonère toutefois pas de son obligation de documenter correctement ses travaux. On peut, de même, supposer que le législateur n’a pas introduit une telle obligation dans le chef de l’organe d’administration parce qu’il estime tout naturel que le commissaire établisse des contacts avec lui pour l’informer de ses conclusions.

La loi détermine toutefois que le commissaire mentionne dans son rapport annuel « *qu’il a exécuté cette mission* ». Ce qui est interpellant, et c’est certainement une lacune du texte de loi, c’est qu’il n’impose pas que les conclusions du réviseur et donc son opinion, soient publiés dans le rapport annuel. Ayant fait partie du comité d’experts qui a préparé ce texte de loi, nous pouvons confesser que la raison pour laquelle ce texte, que nous estimons donc imparfait à l’aune d’un examen approfondi, a été formulé si prudemment provient du fait que les experts redoutaient qu’en révélant les conclusions du test de liquidité, les PME belges, qui, comparées à d’autres, doivent déjà fournir quantité d’informations financières, auraient

été obligées de diffuser des informations plus précises sur leur situation financière que ce qui était déjà imposé par d’autres dispositions réglementaires ou légales. C’est pourquoi le texte de loi ne prévoit aucune publication du rapport de l’organe d’administration sur le test de liquidité et c’est aussi la raison pour laquelle l’obligation de rapport du commissaire demeure assez vague. Dans tous les cas, et même si certains commissaires le regretteront dans le cadre de l’« *expectation gap management* », sur la base de l’article 5:143 CSA, le commissaire ne doit et ne peut pas publier les résultats de son évaluation, pas même à l’assemblée générale des actionnaires. Il doit juste se limiter à confirmer avoir exécuté la procédure d’évaluation – ce qui n’est possible que si l’organe d’administration a réellement exécuté le test et a établi un rapport. Si tel n’est pas le cas, le commissaire pourra et devra le mentionner, tant en vertu de l’article 5:143 CSA que de son obligation de mentionner les violations au Code des sociétés et des associations, dont il a pris connaissance, dans son rapport de contrôle.

Tout cela ne précise pas encore dans quel rapport le commissaire doit signaler précisément qu’il a exécuté son évaluation du test de liquidité. Comme expliqué *supra*, il faut supposer que ce test ne soit exécuté par l’organe d’administration qu’au moment de la distribution de dividendes. De ce fait, il ne peut généralement s’agir (voir plus loin pour l’exception) que du rapport de contrôle sur les comptes annuels de l’exercice qui suit celui durant lequel les comptes annuels ont été approuvés et les dividendes calculés. Si les comptes annuels approuvés en mai 2021 valident un dividende qui sera versé quatre mois plus tard, le test de liquidité devra être exécuté en septembre 2021, le commissaire pourra remettre directement à l’organe d’administration un rapport informel (voir plus haut), mais la mention requise par la loi ne pourra avoir lieu que dans le rapport qui sera présenté à l’assemblée générale annuelle de mai 2022.

Jusqu’à présent, nous avons toujours supposé que le test de liquidité portait sur un dividende

21 Cf. art. 3:69 CSA et art. XX.23, § 3 CDE.

**LE COMMISSAIRE DOIT
STIPULER DANS SON RAPPORT
DE VÉRIFICATION QU'IL A
ÉVALUÉ L'APPLICATION DU TEST
DE LIQUIDITÉ, MAIS LA LOI NE
DÉTERMINE PAS QU'IL PEUT EN
COMMUNIQUER LE RÉSULTAT**

approuvé par l'assemblée générale annuelle, mais dont la distribution ne se produirait que plus tard (disons : pas avant un mois).

En pratique, des acomptes sur dividendes et des dividendes intercalaires peuvent également être versés (voir plus loin). Il est également possible que l'organe d'administration qui établit le projet de comptes annuels ait l'intention de procéder presque immédiatement à la distribution (dans le mois qui suit la décision prise par l'assemblée générale d'approuver les sommes proposées). Dans ce dernier cas, il nous semble important que l'organe d'administration exécute formellement le test de liquidité un peu avant la tenue de l'assemblée générale et soumette son rapport au commissaire, de sorte que celui-ci puisse, *via* son rapport, informer l'assemblée générale, qui doit se prononcer sur la distribution, de l'exécution ou non de ce test. On peut argumenter que cette méthode de travail est source d'incertitudes, parce que le rapport doit avoir lieu en l'an A, puis à nouveau au début de l'an B, mais qu'il peut facilement s'écouler près de 3 mois entre le jour du test et celui du paiement après l'assemblée générale. L'organe d'administration pourrait procéder au test (dans le cas de sociétés non cotées) par exemple un mois avant l'assemblée générale, soumettre son rapport au commissaire, qui doit donner son avis suffisamment vite pour que son rapport annuel contenant la mention légale soit prêt pour la convocation de l'assemblée générale, qui doit avoir lieu au moins 15 jours

avant celle-ci. La distribution du dividendes par l'organe d'administration ne pourrait avoir lieu, dans le meilleur des cas, que deux semaines plus tard, probablement trois.

Cette méthode de travail pourrait pourtant, selon nous, présenter un avantage décisif : elle rend tout son intérêt au test de liquidité, et surtout à son évaluation par le commissaire, et répond mieux à la fonction de l'article 5:143 CSA. Le test de liquidité vise en tout premier lieu à protéger les intérêts des créanciers de la société (et très indirectement ceux des administrateurs, qui en exécutant un test de liquidité de façon sérieuse peuvent se prémunir du reproche d'avoir injustement autorisé une distribution des dividendes si la société éprouve ultérieurement des difficultés). Même si, en raison de l'extrême précaution du législateur, les créanciers ne prendront pas connaissance des conclusions du test de liquidité, ils ont clairement intérêt à ce qu'au moment de prendre la décision de distribution de dividendes, pour autant que le paiement soit imminent, le commissaire ait déjà vérifié si le test a été exécuté en s'appuyant sur des données fiables et qu'il en informe le monde extérieur par un rapport qu'ils peuvent consulter *a posteriori*. Même les actionnaires d'une SRL – à qui peuvent désormais être réclamés des dividendes injustement distribués, malgré la bonne foi des actionnaires²² – ont tout intérêt à savoir si le test de liquidité a été exécuté et s'il s'est basé sur des chiffres fiables, au moment où il leur est demandé d'approuver la distribution.

Cependant, si l'assemblée générale décide de distribuer un dividende entre-temps, c'est-à-dire à un autre moment qu'à la séance annuelle, le test de liquidité devra alors être effectué peu avant le paiement. La loi ne prévoit nulle part qu'une telle distribution intermédiaire doive être calculée par l'organe d'administration sur un état intermédiaire, mais dans les faits, l'organe d'administration d'une grande société n'aura pas d'autre choix lorsqu'il s'agira de sommes importantes : la possibilité de l'article 5:142,

²² Cf. art. 5:144, al. 2 CSA.

alinéa 2 CSA de se baser, pour l'application du test d'actif net, sur un état plus récent que les derniers comptes annuels approuvés sera convertie en une obligation, sur la base de l'obligation générale de diligence de l'organe d'administration, en tout cas pour des distributions peu banales, par exemple dans une SRL Boucherie lorsque le boucher veut s'octroyer un petit pécule. Et l'on peut s'attendre à ce que le commissaire exige de l'organe d'administration qu'il se base sur des données comptables récentes pour décider de distribuer ou non un dividende.

Le même raisonnement vaut pour ce que l'on appelle traditionnellement des acomptes sur dividendes c'est-à-dire des distributions sur le bénéfice net de l'exercice en cours, ou de l'exercice qui précède immédiatement, validées par l'organe d'administration habilité statutairement. Cette technique est désormais aussi possible dans les SRL²³, même si le Code n'utilise pas les termes d'« acompte sur dividendes ». Cela s'explique non seulement par le fait que le législateur a assoupli les règles de l'acompte sur dividendes dans les SA et SRL²⁴, mais également supprimé d'emblée la distinction entre les acomptes sur dividendes et les dividendes intercalaires, en tous les cas dans les SRL : l'assemblée générale peut à tout moment distribuer des bénéfices – la loi ne le précise pas explicitement, mais ne laisse planer aucun doute là-dessus²⁵ – et tant l'organe d'administration

que l'assemblée générale peuvent distribuer les bénéfices de l'année en cours ou de l'exercice précédent. Mais l'organe d'administration ne peut le faire qu'avec un mandat et pour autant que les comptes annuels de l'exercice concerné n'aient pas encore été approuvés (de sorte que l'organe d'administration ne peut modifier des comptes annuels validés en y puisant des bénéfices réservés afin de les distribuer sous forme de dividendes).

En cas de dividende intercalaire et d'acompte sur dividendes, le test de liquidité devra se tenir juste avant la décision qui devra être immédiatement suivie de la distribution des montants convenus, de sorte que l'annonce par le commissaire puisse avoir lieu dans le rapport sur les comptes annuels couvrant l'exercice pendant lequel a eu lieu le paiement.

On s'étonne que le législateur ait également permis les acomptes sur dividende pour une SRL, sans toutes les garanties de procédure qui étaient, traditionnellement, prévues pour une distribution des bénéfices dans les SA. La situation des SRL ne reprend pas le droit existant des SA, et en tout cas pas de façon littérale ni transparente. Mais il s'agit d'un choix volontaire du législateur de supprimer également pour les SA les restrictions quant au nombre d'acomptes sur dividendes autorisé chaque année. Il est donc logique de ne pas retrouver dans la loi de telles restrictions pour les SRL. Cependant pour les SA, l'article 7:213 CSA²⁶ détermine, comme autrefois dans le C. Soc., que l'acompte sur dividendes ne peut être attribué « *que si, au vu d'un état, évalué par le commissaire et résumant la situation active et passive, l'organe d'administration constate que le bénéfice calculé conformément à l'alinéa 2 est suffisant pour permettre la distribution d'un acompte* ». Cet état ne peut avoir plus de deux

23 Cf. art. 5:141, al. 2 CSA. L'ancien Code des sociétés ne l'autorisait que pour les SA, car seule une base légale le permettait. Une partie de la doctrine considérait toutefois que les SPRL pouvaient distribuer des acomptes sur dividendes (voir M. BONNE et H. VERSTRAETE, « Wachten hoeft niet. Over uitkeerbare winsten en voorschotten op dividend in BVBA en CVBA », *TRV* 2007, n° 2, 115-137), mais cette tendance n'était acceptée que par une petite minorité.

24 Surtout en supprimant les règles qui limitaient le nombre de fois où un acompte sur dividendes pouvait être distribué.

25 Voir également Cass. 23 janvier 2003, *TBH* 2003, 836, note de D. HEENEN, « L'arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 2003 - Le terme d'une éphémère controverse », *TRV* 2003, 541, note de R. TAS, « Een dividend voor elk seizoen, over de mogelijkheid van tussentijdse dividenduitkeringen », 497, *RCJB* 2003, 571, note de D. WILLERMAIN et *JT* 2004, 155, note de A. BERTRAND, « Distribution de dividende en cours d'exercice : consécration d'une pratique admise »; L. SIMONT et P.A. FORIERS, « La distribution de réserves

disponibles en cours d'exercice », *Liber Amicorum J.P. De Bandt*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 597.

26 Il s'agit des acomptes sur dividendes, alors que ce terme ne figure pas en tant que tel dans le Livre 5 CSA. Mais toute distribution par un organe d'administration statutairement habilité d'une SRL à partir des bénéfices de l'exercice précédent ou des bénéfices reportés pourrait dans la pratique être considérée comme un dividende intérimaire.

mois au moment où l'organe d'administration décide de distribuer un acompte sur dividende.

Pour la SRL, le Code ne prévoit aucune obligation similaire d'établir une situation active et passive de moins de deux mois. Nous ne sommes pas persuadés que cela reflète un choix délibéré du législateur, mais cette absence peut peut-être s'expliquer, d'une part parce qu'il n'y a pas de protection du capital pour les SRL, et dès lors les sommes qui ne sont pas des bénéfices peuvent également être distribués, mais surtout parce que la portée générale des articles 5:142 et 5:143 CSA a pour conséquence qu'il faudra de toute façon dresser un état. En effet, un tel état devra être établi dans une SRL et évalué par le commissaire si la société en a nommé un – à ceci près qu'il n'existe pas de délai légal de deux mois, à compter de la date de l'état, pour procéder au paiement du dividende.

Tout d'abord, il peut être déduit, sur la base de l'obligation générale pour l'organe d'administration d'agir dans l'intérêt de la société, que l'organe d'administration ne peut distribuer de bénéfice sans constater, à partir d'un état comptable, que ces bénéfices existent. En outre, il faut ajouter les tests d'actif net et de liquidité pour toute distribution des bénéfices visée par l'article 5:141 CSA, y compris donc ceux décidés par l'organe d'administration sur la base d'une délégation statutaire, comme visé par l'article 5:141 CSA, alinéa 2 CSA. Cela étant, le 2^{ème} alinéa de l'article 5:142 CSA précise à propos du test d'actif net que l'actif net de la société est déterminé sur la base des derniers comptes annuels approuvés ou d'un état résumant la situation active et passive plus récent. Nulle part il n'est fait mention que cet état ne peut avoir plus de deux mois au moment de la distribution, mais il est clair qu'une interprétation fonctionnelle – seule méthode d'interprétation correcte des textes juridiques – impose l'établissement d'un état, résumant la situation active et passive, aussi proche que possible du moment de la distribution. Le même 2^{ème} alinéa de l'article 5:142 CSA impose (pour une distribution ordinaire de dividendes, comme

le faisait déjà le C. Soc.) que la situation active et passive soit évaluée par le commissaire, s'il y en a un, qui joint ce rapport à son rapport de contrôle annuel.

Dans les SRL, la responsabilité des actionnaires et des administrateurs en cas de distribution injustifiée de dividendes est régie par l'article 5:144 CSA. Il s'agit d'une nouveauté étonnante, les actionnaires de la SRL peuvent désormais être tenus de rembourser les distributions effectuées même s'ils les ont reçues de bonne foi (donc sans avoir pris connaissance de leur caractère injustifié). Il est important de souligner que tant les administrateurs que le commissaire ont des tâches autonomes. Bien entendu, l'organe d'administration ne pourra pas, pour échapper à sa responsabilité, se dissimuler derrière la mission du commissaire, qui n'intervient qu'*a posteriori* et ne peut donner son opinion sur la distribution de dividendes en tant que telle. Mais inversement, le commissaire a une obligation indépendante de veiller à la continuité de l'entreprise dans le cadre de l'exercice de sa fonction²⁷, de sorte qu'il ne peut pas se cacher derrière l'argument selon lequel le test de liquidité doit être effectué par l'organe d'administration.

Rapport lors de l'émission de nouvelles actions

Une nouvelle obligation de taille a été introduite par le CSA à chaque émission de nouvelles actions d'une SRL ou SA, il s'agit de la rédaction par l'organe d'administration d'un rapport d'émission²⁸. Il doit justifier le prix d'émission et décrire les conséquences de l'opération, tant pour les droits patrimoniaux que pour les droits sociaux (et donc la position de force) des actionnaires. L'introduction de cette nouveauté se justifie par la plus grande latitude, désormais reconnue aux sociétés, de déterminer les droits attachés aux actions, indépendamment de la valeur de rémunération d'un apport et indépendamment de leur valeur représentative

²⁷ Cf. art. 3:69 CSA déjà cité.

²⁸ Cf. art 5:121 (SRL) et 7:179 (SA) CSA.

du capital – même dans les SA, et *a fortiori* les SRL où la notion de capital disparaît. Il devient donc d'autant plus important d'éclairer les actionnaires sur l'éventuel impact (diluant) pour le patrimoine et les rapports de force lors de l'émission de nouvelles actions.

La loi prévoit que : « *Dans les sociétés où un commissaire a été désigné, ce dernier rédige un rapport dans lequel il évalue si les données financières et comptables contenues dans le rapport de l'organe d'administration sont fidèles et suffisantes dans tous leurs aspects significatifs pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter sur cette proposition.* »

Les rapports de l'organe d'administration et du commissaire sont prescrits à peine de nullité²⁹. Cette sanction a clairement pour objectif de protéger uniquement les actionnaires appelés à se prononcer sur l'émission de nouvelles actions. On peut argumenter que d'éventuels nouveaux investisseurs externes ont également besoin de cette protection. Cependant, outre le fait que cette protection sera organisée sous forme d'une émission publique via un prospectus d'émission, le rapport d'émission tel que prévu par le CSA est clairement et uniquement destiné à l'assemblée générale devant statuer sur l'émission. La loi est donc cohérente en prévoyant que le rapport, et par conséquent le rapport du commissaire y relatif, peuvent être écartés par les actionnaires, sur décision unanime (ce qui n'est envisageable que si le nombre d'actionnaires est très restreint)³⁰, ou en tout cas, lorsqu'il n'y a pas d'apport en nature, car le contrôle d'un apport en nature n'est pas uniquement dans l'intérêt des actionnaires, mais également des créanciers, qui pourraient craindre une surévaluation par exemple.

La mission qui incombe au commissaire est relativement atypique. Il s'agit d'une mission d'évaluation, qui ne peut donc offrir qu'un niveau d'assurance limité, après une vérification

plus superficielle que dans le cas d'une mission de contrôle. L'évaluation est limitée aux données financières et comptables du rapport de gestion. Jusqu'à présent on ne relève rien d'inhabituel. Mais le commissaire ne devra pas seulement vérifier si les données sont fidèles dans tous leurs aspects significatifs, mais également si elles sont suffisantes pour éclairer les actionnaires, afin que ceux-ci puissent voter en connaissance de cause. Le commissaire devra par conséquent se demander quelles données financières et comptables devraient être mises à la disposition d'un investisseur diligent pour qu'il puisse se forger une opinion sur le bien-fondé de l'émission d'actions nouvelles, en particulier au regard du prix et de l'impact (éventuellement) diluant auquel on peut s'attendre. C'est pourquoi le commissaire vérifiera non seulement si des informations suffisantes ont été fournies, mais également de manière marginale, si elles ont été présentées de manière « suffisamment informatives ». Si le commissaire constate que le rapport de l'organe d'administration ne fait aucun effort pour essayer de décrire et d'expliquer aux actionnaires les éventuelles conséquences financières ou sur le rapport de force de l'émission d'actions nouvelles, il devra conclure que le rapport de l'organe d'administration ne contient pas les données suffisantes pour éclairer dûment les actionnaires³¹.

Nous avons l'impression que les départements d'*investment banking* (d'investissements) des institutions financières ont généralement plus d'expérience en ce qui concerne l'intervention susvisée que les réviseurs traditionnels. Mais le commissaire est un expert indépendant qui doit agir dans l'intérêt de la société et de ses *stakeholders* (parties prenantes), en l'espèce, les actionnaires existants. C'est la raison pour laquelle, au moins au regard de la

29 Par ex. pour les SRL, art. 5:121, § 1^{er}, dernier al. CSA.

30 Cf. par ex. art. 5:121, § 2 CSA.

31 Une telle conclusion ne signifie pas que la décision de l'assemblée générale, basée sur un rapport inadapté, soit nulle. La nullité peut seulement être invoquée si le rapport est absent, ou éventuellement, s'il a été déposé mais ne contient aucune donnée pertinente. Mais le fait que des données et explications soient insuffisantes n'est clairement pas un motif de nullité.

description de sa fonction, il est le mieux placé pour exécuter cette mission. Une formulation identique de la mission du commissaire se retrouve d'ailleurs dans les dispositions légales concernant la modification des droits attachés à une catégorie spécifique d'actions (art. 5:102 CSA), l'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscriptions (*warrants*) (art. 5:122 CSA) et la limitation ou la suppression du droit de préférence (art. 5:130, § 3 CSA).

Dans tous les cas, les commissaires et les réviseurs en général, ont déjà accumulé de l'expérience avec ce type de rapport, étant donné que l'ancien Code des sociétés imposait déjà, aux travers de dispositions comme les articles 582 et 596³², de vérifier si le rapport de l'organe d'administration permettait d'éclairer suffisamment l'assemblée générale. Sur la base d'un échantillon, peu scientifique, de ces rapports disponible sur internet, on a l'impression que le commissaire se limite, en général, à copier les passages pertinents du rapport de l'organe d'administration, puis mentionne, au moyen de la formule conventionnelle, qu'il a procédé aux évaluations requises. On ne trouve aucune analyse circonstanciée, mais cela s'explique sans aucun doute par la standardisation de l'opinion du commissaire imposée par les normes de contrôle. Il serait plus utile, pour les actionnaires, que le commissaire adopte une attitude plus interactive et communicative, mais cela ne relève hélas pas de sa mission légale telle qu'elle existe actuellement, même si les actionnaires peuvent naturellement engager un tel dialogue lors de l'assemblée générale durant laquelle le commissaire est entendu sur son rapport.

Conclusion

Les principales modifications apportées par le Code des sociétés et des associations quant aux tâches du commissaire consistent sans aucun doute en son intervention dans l'évaluation de deux rapports de l'organe d'administration

LA FAÇON DONT LA LOI DÉCRIT LA TÂCHE DU COMMISSAIRE PAR RAPPORT AU TEST DE LIQUIDITÉ NE SERA SANS DOUTE PAS FAVORABLE À LA RÉDUCTION DE L'« EXPECTATION GAP MANAGEMENT »

qui n'existaient pas précédemment: le rapport de l'organe d'administration lors de l'émission de nouvelles actions et l'évaluation du test de liquidité lors de la distribution de bénéfices. En exposant ces nouveautés, cet article est arrivé à la conclusion que le législateur a peut-être été un peu trop prudent en décrivant la mission du commissaire dans le cadre du test de liquidité, de sorte que les actionnaires et *a fortiori* tous les tiers (comme les créanciers) ne seront pas informés des conclusions de l'évaluation du réviseur. Ceci ne risque pas de favoriser la réduction du fameux « *expectation gap* » (décalage entre la réalité et les attentes). En ce qui concerne le rapport à établir lors de l'émission de nouvelles actions, on observe que la description de la mission du commissaire est moins habituelle : il doit entre-autres évaluer si les données financières et comptables du rapport sont suffisantes pour éclairer dûment l'assemblée générale. Ceci exigera du commissaire une évaluation qui lui est peu familière.

In globo, nous pensons que les réformes exposées dans cette contribution sont à saluer. Si l'on examine les choses depuis le point de vue du réviseur, il faut admettre que les deux nouvelles missions précitées compenseront largement la suppression de la procédure de quasi-apport dans les SRL. Pour tous les *stakeholders* (parties prenantes) de la société, y compris les commissaires eux-mêmes, il ne peut être que réjouissant de constater que les missions révisorales soient décrites en utilisant

³² Émission de nouvelles actions en-dessous du pair comptable; limitation du droit de préférence.

une terminologie plus cohérente, mieux alignée sur les normes de contrôle (internationales) habituelles. Pour l'IRE, il incombe désormais de présenter à ses membres la manière d'appréhender correctement ces nouvelles missions. Personnellement, nous espérons, au regard de leur récente popularité, que cela s'avérera également nécessaire pour le contrôle de l'évaluation des apports en industrie, dorénavant autorisés sans limitation dans les SRL. Mais comme déjà indiqué dans l'introduction, on peut craindre que ce développement demeure lettre morte au vu du traitement fiscal comme bénéfice, de la valeur de tels apports.

Nederlandse versie: TAA, nr. 62, p. 8-25.
English executive summary: TAA, n° 62, p. 26.

Mot du Rédacteur en chef

LA SUPPRESSION DU CONTRÔLE DES QUASI-APPORTS DANS LES SRL ET LES SC : UN PAS EN ARRIÈRE POUR LA BONNE GOUVERNANCE DES ENTREPRISES

Woord van de Hoofdredacteur

DE AFSCHAFFING VAN DE CONTROLE VAN QUASI-INBRENGEN IN BV'S EN IN CV'S: EEN STAP ACHTERUIT VOOR HET DEUGDELIJK BESTUUR VAN ONDERNEMINGEN

Dans le précédent numéro de *TAA* (n° 62, pp. 87-91), nous avons dit tout le bien que nous pensons du nouveau Code des sociétés et des associations. Il est cependant un point qui aurait mérité une réflexion plus approfondie, et disons-le sans détour, qui appelle une correction : la suppression du contrôle révisoral des quasi-apports dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives.

Comme le souligne le prof. Hans DE WULF dans le présent numéro (p. 72 ; en néerlandais, voyez le numéro précédent, n° 62, p. 13), il s'agit d'un compromis, en ce sens que le législateur a maintenu le contrôle des apports en nature, « dans le but de protéger les créanciers contre les surévaluations », tout en supprimant le contrôle des quasi-apports.

La suppression est justifiée de manière sibylline dans l'exposé des motifs comme suit : « *Compte tenu des nombreuses restrictions et du changement de contexte, le maintien de ces dispositions relatives au quasi-apport ne peut plus être justifié (articles 220-222 C. Soc.). Les règles relatives aux conflits d'intérêts en la matière offrent les garanties nécessaires* » (Doc. Parl., Ch. Repr., n° 54-3119/001, p. 131). Le changement de contexte auquel il est fait référence paraît être la suppression de la notion de capital dans les sociétés concernées, et les nombreuses restrictions pourraient renvoyer à la

In het vorige nummer van *TAA* (nr. 62, p. 87-91) waren we heel positief over het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen. Er is echter een punt dat beter overwogen had moeten worden en, laten we het maar gewoon zeggen, verbeterd zou moeten worden: de afschaffing van de revisorale controle van de quasi-inbrengen in besloten vennootschappen en in coöperatieve vennootschappen.

Zoals prof. Hans DE WULF in het vorige nummer van *TAA* (nr. 62, p. 13) benadrukte, gaat het hier om een compromis: de wetgever heeft de controle van de inbreng in natura behouden "met het oog op de bescherming van schuldeisers tegen overwaardering", maar de controle van de quasi-inbreng afgeschaft.

De afschaffing wordt op een sibillijnse manier als volgt gerechtvaardigd in de memorie van toelichting: "Gelet op de vele beperkingen en de gewijzigde context kan het behoud van de regels inzake quasi-inbreng niet langer worden verantwoord (artikelen 220-222 W. Venn.). De regels inzake belangenconflicten bieden ter zake de nodige garanties." (Parl.St. Kamer 2018-19, nr. 54K3119/001, p. 131). De gewijzigde context waarnaar wordt verwezen, lijkt het schrappen van het begrip kapitaal in de betrokken vennootschappen te zijn, en de vele beperkingen zouden kunnen verwijzen naar

définition étroite, et aux exceptions, au contrôle des quasi-apports dans la législation antérieure – législation antérieure reprise ceci dit dans sa substance, avec les mêmes restrictions, pour les sociétés anonymes.

Le cas des sociétés anonymes

Car pour les sociétés anonymes, le contrôle des quasi-apports est maintenu. En substance, et sous réserve de certaines exceptions, il demeure en effet prévu que dans le chef des sociétés anonymes : « *Tout bien appartenant à une personne qui a signé ou au nom de qui a été signé l'acte constitutif, à un administrateur, un membre du conseil de direction ou du conseil de surveillance, ou à un actionnaire, que la société se propose d'acquérir dans un délai de deux ans à compter de l'acquisition de la personnalité juridique, [...], pour une contre-valeur au moins égale à 10 % du capital souscrit, fait l'objet d'un rapport établi par le commissaire, ou, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, par un réviseur d'entreprises désigné par l'organe d'administration* » (art. 7:8).

Contrairement à une certaine légende, le contrôle des quasi-apports n'est pas une invention belge : il découle du droit européen. La protection du capital voulue par ce dernier implique en effet, selon lui, qu'y soit soumise « *l'acquisition par la société de tout élément d'actif appartenant à une personne ou à une société visée à l'article 4, point i) [c'est-à-dire, pour faire bref, les fondateurs], pour une contre-valeur d'au moins un dixième du capital souscrit [...] lorsque cette acquisition a lieu avant l'expiration d'un délai qui est fixé par la législation nationale à au moins deux ans à compter du moment de la constitution de la société ou du moment de l'obtention de l'autorisation de commencer ses activités. [...] Les États membres peuvent également prévoir l'application de ces dispositions lorsque l'élément d'actif appartient à un actionnaire ou*

de enge definitie van, en uitzonderingen op, de controle van de quasi-inbreng in de vorige wetgeving – een vorige wetgeving waarvan, dit gezegd zijnde, de inhoud voor de naamloze vennootschappen met dezelfde beperkingen werd overgenomen.

Het geval van de naamloze vennootschappen

Want voor de naamloze vennootschappen geldt de controle van de quasi-inbreng nog. In wezen, en onder voorbehoud van bepaalde uitzonderingen, wordt voor naamloze vennootschappen immers het volgende voorzien: “*Over elk vermogensbestanddeel dat toebehoort aan een persoon door of namens wie de oprichtingsakte is ondertekend, aan een bestuurder, een lid van een directieraad of een raad van toezicht, of aan een aandeelhouder dat de vennootschap overweegt te verkrijgen binnen twee jaar te rekenen van de verkrijging van de rechtspersoonlijkheid, [...], tegen een vergoeding van ten minste 10 % van het geplaatste kapitaal, maakt de commissaris of, als er geen commissaris is, een door het bestuursorgaan aangewezen bedrijfsrevisor een verslag op*” (art. 7:8).

In tegenstelling tot een bepaalde legende is de controle van de quasi-inbreng geen Belgische uitvinding: deze controle vloeit voort uit het Europees recht. De door deze laatste nagestreefde bescherming van het kapitaal impliceert immers dat het volgende hieraan wordt onderworpen: “*de verkrijging door de vennootschap van enig aan een in artikel 4, onder i) bedoelde persoon of vennootschap [met name, kortweg, de oprichters] toebehorend vermogensbestanddeel in ruil voor een inbreng die ten minste 1/10 gedeelte van het geplaatste kapitaal bedraagt [...] wanneer deze verkrijging plaatsvindt binnen een door de nationale wetgeving vast te stellen termijn van ten minste twee jaar te rekenen vanaf de oprichting van de vennootschap of de verkrijging van de toestemming om de werkzaamheden aan te vangen. [...] De lidstaten kunnen die*

à toute autre personne. [...] Le paragraphe 1 ne s'applique ni aux acquisitions faites dans le cadre des opérations courantes de la société, ni aux acquisitions faites à l'initiative ou sous le contrôle d'une autorité administrative ou judiciaire, ni aux acquisitions faites en bourse » (texte actuellement codifié à l'article 52 de la directive 2017/1132).

Ici s'articule la première critique qui peut être formulée contre le « compromis » belge. Le législateur européen considère que le contrôle des quasi-apports est nécessaire dans la foulée du contrôle des apports en nature. Il l'insère dès lors naturellement dans la section de la directive intitulée « garanties en ce qui concerne le capital statutaire ».

Certes, le législateur belge a décidé, dans le cadre de l'autonomie qui est laissée aux Etats membres, de ne pas ou de ne plus soumettre à ces garanties certaines formes de sociétés, comme désormais les SRL et SC.

Mais cela autorise-t-il pour autant notre Royaume à mettre en place un système qui n'est pas logique, mais seulement un « compromis » ? Car la suppression du contrôle des quasi-apports rend en effet assez inefficace le contrôle des apports en nature, pourtant maintenu. En effet, le fondateur d'une SRL qui voudrait apporter, par exemple, son véhicule, pourra éviter le contrôle de la valeur de ce véhicule, en réalisant plutôt un apport en numéraire correspondant au moins à la valeur projetée, et en se payant celle-ci peu après la constitution de la société, au moyen de l'argent correspondant à tout ou partie de l'apport en numéraire. L'on dira que pour une voiture, les abus seront limités. Oui, mais quid, pour prendre un autre exemple courant, d'une créance sur un tiers ? Là, le fondateur sera très souvent tenté de la céder à la société à sa valeur nominale, quand bien même serait-elle largement arriérée et à charge d'un débiteur insolvable ...

bepalingen ook toepassen wanneer het vermogensbestanddeel aan een aandeelhouder of aan een andere persoon toebehoort. [...] Lid 1 is niet van toepassing op verkrijgingen in het gewone bedrijf van de vennootschap, noch op verkrijgingen op last of onder toezicht van de overheid of de rechter, noch op verkrijgingen ter beurze» (tekst die thans is gecodificeerd in artikel 52 van richtlijn 2017/1132).

Dit is de eerste kritiek die kan worden geuit op het Belgische "compromis". De Europese wetgever is van mening dat de controle van de quasi-inbreng noodzakelijk is bij de controle van de inbreng in natura. Het spreekt dan ook voor zich dat dit is opgenomen in de richtlijn onder de afdeling "waarborgen met betrekking tot het kapitaal".

Weliswaar heeft de Belgische wetgever, in het kader van de autonomie die aan de lidstaten wordt gegeven, besloten om bepaalde vennootschapsvormen, zoals BV's en CV's, niet of niet meer aan deze waarborgen te onderwerpen.

Maar geeft dit ons Koninkrijk het recht om een systeem op te zetten dat niet logisch, maar slechts een "compromis" is? Want de afschaffing van de controle van de quasi-inbreng heeft immers als resultaat dat de controle van de inbreng in natura, die wel behouden blijft, niet veel zin meer heeft. De oprichter van een BV die bijvoorbeeld zijn voertuig wil inbrengen, zal immers de controle van de waarde van dit voertuig kunnen vermijden door in plaats daarvan een inbreng in geld te doen die ten minste gelijk is aan de geraamde waarde en door zich deze waarde kort na de oprichting van de vennootschap uit te betalen met het geld van de volledige of van een gedeelte van de inbreng in geld. Men zal zeggen dat voor een auto het misbruik beperkt zal zijn. Ja inderdaad, maar wat met, om een ander veelvoorkomend voorbeeld te nemen, de vordering op een derde? Hierbij zal de oprichter heel vaak in de verleiding komen om deze aan de vennootschap

La procédure de conflit d'intérêts ne remplace pas l'abandon du contrôle des quasi-apports

Malin comme un singe, notre législateur essaie toutefois de déplacer le débat hors du terrain miné que constitue la protection du capital.

Dans l'exposé des motifs du CSA, il justifie en effet l'autre branche de protection du capital, à savoir le contrôle, maintenu, des apports en nature, non par ladite protection du capital, mais par celle de l'égalité des actionnaires : « *Bien que le capital soit supprimé, il reste important pour les actionnaires, en particulier les actionnaires minoritaires, que les éléments patrimoniaux apportés, qui constituent le patrimoine de la société, soient correctement évalués. En outre, le contrôle de cette évaluation est utile pour la détermination du montant des capitaux propres suffisants visés à l'article 5:3. Enfin, le contrôle contribue à assurer l'image fidèle des comptes annuels. [... En ce qui concerne les quasi-apports], les règles relatives aux conflits d'intérêts en la matière offrent les garanties nécessaires* » (*id.*, pp. 130-131).

Tout d'abord, on observera que le législateur justifie le maintien du contrôle des apports en nature non seulement par les intérêts des actionnaires minoritaires, mais aussi par la protection de « capitaux propres suffisants » et par celle de « l'image fidèle des comptes annuels ».

A notre sens, on entre ici dans une casuistique insoutenable. Puisque le contrôle des quasi-apports est le complément nécessaire pour protéger le capital statutaire – notion certes

over te dragen voor de nominale waarde, ook al heeft de betaling van deze schuld reeds veel achterstand opgelopen en is de schuldenaar insolvent ...

De belangenconflictenprocedure is geen vervanging voor de afschaffing van de controle van de quasi-inbreng

Onze wetgever is wel slim genoeg om te proberen het debat af te leiden van het gevoelige onderwerp dat de bescherming van het kapitaal is.

In de memorie van toelichting van het WVV rechtvaardigt de wetgever namelijk de andere tak van de kapitaalbescherming, de controle van de inbreng in natura die behouden blijft, niet door middel van de kapitaalbescherming, maar door de bescherming van de gelijkheid van de aandeelhouders: "De afschaffing van het kapitaal neemt niet weg dat het voor de aandeelhouders, in het bijzonder de minderheidsaandeelhouders, belangrijk blijft dat de vermogensbestanddelen die worden ingebracht en het vermogen van de vennootschap uitmaken, correct worden gewaardeerd. De controle van deze waardering is ook nuttig om het toereikend aanvangsvermogen als bedoeld in artikel 5:3 te bepalen. Deze controle ondersteunt tenslotte het getrouw beeld van de jaarrekening. [... Voor wat de quasi-inbrengen betreft,] de regels inzake belangenconflicten bieden ter zake de nodige garanties." (*idem*, p. 130-131).

In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de wetgever het behoud van de controle van de inbrengen in natura niet enkel door de belangen van de minderheidsaandeelhouders rechtvaardigt, maar ook door de bescherming van het "toereikend aanvangsvermogen" en "het getrouw beeld van de jaarrekening".

Wij zijn van mening dat we hier te maken hebben met een onverdedigbare casuïstiek. Aangezien de controle van de quasi-inbreng de noodzakelijke aanvulling is voor de

supprimée –, ne l'est-il pas aussi pour protéger « les capitaux propres » et l'image fidèle des comptes annuels ?

Par ailleurs, il nous paraît présomptueux de soutenir que les règles relatives aux conflits d'intérêts offrent des garanties suffisantes.

Ces règles sont posées, en ce qui concerne la SRL, dans les articles 5:76 à 5:78 du CSA, auxquels nous renvoyons. Reprenons ici seulement la disposition centrale (art. 5:76, § 1^{er}) : « *Lorsque l'organe d'administration est appelé à prendre une décision ou se prononcer sur une opération relevant de sa compétence à propos de laquelle un administrateur a un intérêt direct ou indirect de nature patrimoniale qui est opposé à l'intérêt de la société, et que plusieurs administrateurs sont chacun individuellement compétents pour administrer ou représenter la société, l'administrateur en question doit en informer les autres administrateurs. Sa déclaration et ses explications sur la nature de cet intérêt opposé doivent figurer dans le procès-verbal d'une réunion de ces autres administrateurs. Les autres administrateurs peuvent prendre la décision ou réaliser l'opération eux-mêmes. Dans ce cas, l'administrateur qui a le conflit d'intérêts ne peut prendre part aux délibérations des autres administrateurs concernant cette décision ou opération. Lorsque tous les administrateurs ont un conflit d'intérêts, la décision ou l'opération est soumise à l'assemblée générale; si l'assemblée générale approuve la décision ou l'opération, l'organe d'administration peut l'exécuter.* »

Cette procédure n'est vraiment qu'un succédané du contrôle des quasi-apports. La valeur donnée au bien à céder sera peut-être soumise au contrôle des autres administrateurs ou actionnaires, mais la valeur de ce contrôle est

bescherming van het statutaire kapitaal – een begrip dat dan wel afgeschaft is –, is het dan ook niet een noodzakelijke aanvulling voor het "aanvangsvermogen" en voor het getrouw beeld van de jaarrekening?

Bovendien lijkt het ons pretentius om te stellen dat de regels met betrekking tot belangenconflicten voldoende garanties bieden.

Deze regels werden voor de BV's vastgelegd in artikelen 5:76 tot 5:78 van het WVV, waarnaar we verwijzen. Hieronder nemen we de kernbepaling onder de loep (art. 5:76, § 1): "*Wanneer het bestuursorgaan een beslissing moet nemen of zich over een verrichting moet uitspreken die onder zijn bevoegdheid vallen, waarbij een bestuurder een rechtstreeks of onrechtstreeks belang van vermogensrechtelijke aard heeft dat strijdig is met het belang van de vennootschap, en er zijn meerdere bestuurders die elk individueel bevoegd zijn om de vennootschap te besturen en te vertegenwoordigen, moet de betrokken bestuurder dit mededelen aan de andere bestuurders. Zijn verklaring en toelichting over de aard van dit strijdig belang worden opgenomen in de notulen van een vergadering van die andere bestuurders. Die andere bestuurders nemen de beslissing of voeren de verrichting uit. In dat geval mag de bestuurder met het belangenconflict niet deelnemen aan de beraadslagingen van de andere bestuurders over deze beslissing of verrichting. Wanneer alle bestuurders een belangenconflict hebben, wordt de beslissing of de verrichting aan de algemene vergadering voorgelegd; indien de algemene vergadering de beslissing of de verrichting goedkeurt, kan het bestuursorgaan ze uitvoeren.*"

Deze procedure is eigenlijk slechts een afgietsel van de controle van de quasi-inbreng. De waarde die aan het over te dragen goed wordt toegekend, zal misschien worden onderworpen aan de controle van de andere bestuurders of

à l'évidence moindre que celui effectué par un *professionnel, compétent, et indépendant*. En outre, y aura-t-il souvent, dans les SRL, d'autres administrateurs ou actionnaires ? Et s'il y a d'autres actionnaires, ces autres actionnaires ne comprendront-ils pas précisément l'actionnaire qui souhaite céder un bien à la société, et qui aura pris la précaution, au moins le temps de réaliser l'opération, de ne pas assumer la fonction d'administrateur ...

Ceci nous rapproche d'ailleurs d'un autre argument qui a été défendu dans *Tax Audit & Accountancy*, à savoir l'élimination de la contribution qu'apportent les réviseurs d'entreprises à la lutte contre le blanchiment (voir l'éditorial de T. DUPONT, *TAA*, n° 62, spéc. pp. 5-6). En effet, qui encore à l'avenir regardera, par exemple, l'origine, parfois douteuse (style produits de ventes au noir), de fonds accumulés pendant des années, petit montant par petit montant, sur un compte personnel, ensuite transférés sur un compte spécial en vue de la constitution d'une société, et enfin repris, à travers un « quasi-apport » de créance, pour mettre à charge d'une société une créance irrécouvrable ?

Conclusion

La suppression du contrôle des quasi-apports dans diverses formes de sociétés n'est pas justifiée, tout au contraire, au regard de la logique du droit européen, de la logique interne du droit belge des sociétés, et de la lutte contre le blanchiment d'argent. Un contrôle par une personne indépendante et compétente prévient au contraire les risques de conflit potentiel sur la valeur des biens cédés, assurant ainsi la sécurité pour les actionnaires et les tiers, y compris le fisc.

aandeelhouders, maar deze controle is uiteraard minder waard dan die van een *bekwame en onafhankelijke beroepsbeoefenaar*. Daarenboven kunnen we ons de vraag stellen of er in de BV's vaak andere bestuurders of aandeelhouders aanwezig zijn. En als er andere aandeelhouders zouden zijn, zouden zij dan niet begrijpen dat een aandeelhouder een goed aan de vennootschap wil overdragen en de voorzorgsmaatregel heeft genomen, althans gedurende de tijd die nodig is om de verrichting uit te voeren, om niet de functie van bestuurder op zich te nemen ...

Dit sluit aan bij een ander argument dat in *Tax Audit & Accountancy* werd verdedigd, namelijk het wegvallen van de bijdrage van de bedrijfsrevisoren in de strijd tegen het witwassen van geld (zie editoriaal van T. DUPONT, *TAA*, nr. 62, in het bijzonder p. 5-6). Wie zal er in de toekomst immers nog kijken naar bijvoorbeeld de soms twijfelachtige oorsprong (bv. inkomsten van verkopen op de zwarte markt) van fondsen die in de loop der jaren beetje bij beetje werden verzameld op een privérekening, dan naar een speciale rekening worden overgeschreven voor de oprichting van een vennootschap, en tenslotte, door middel van een "quasi-inbreng" van een vordering, worden opgenomen met als resultaat dat een vennootschap achterblijft met een oninbare vordering?

Besluit

De afschaffing van de controle van de quasi-inbreng in verschillende vennootschapsvormen is niet gerechtvaardigd, integendeel, zeker volgens de logica van het Europees recht, de interne logica van het Belgisch vennootschapsrecht en de strijd tegen het witwassen van geld. Een controle door een onafhankelijk en bekwaam persoon voorkomt daarentegen de risico's van een mogelijks conflict omtrent de waarde van de overgedragen goederen en waarborgt aldus de zekerheid voor de aandeelhouders en de derden, met inbegrip van de fiscus.

L'intérêt général commande que l'erreur commise soit corrigée.

Prof. Dr. Michel DE WOLF (UCLouvain et ULiège)

Doyen honoraire de la *Louvain School of Management*

Président honoraire de l'IRE

De begane fout moet in het algemeen belang worden gecorrigeerd.

Prof. Dr. Michel DE WOLF (UCLouvain en ULiège)

Eredekaan van de *Louvain School of Management*

Erevoorzitter van het IBR



Votre avis nous intéresse : n'hésitez pas à nous faire part de vos suggestions à l'adresse info@icci.be.

Uw advies interesseert ons: aarzel niet ons uw suggesties mee te delen op het adres info@icci.be.