

Financial Law Institute

Working Paper Series

*Revisoren en notarissen
de synergieën optimaliseren*

Eddy WYMEERSCH

WP 2002-15

October 2002

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

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

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

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

© Financial Law Institute, Universiteit Gent, 2002

*Revisoren en notarissen
de synergieën optimaliseren*

Eddy WYMEERSCH

Abstract:

The paper consists of a speech given by the author at the conference “auditors and notaries: optimising the synergies”. This colloquium focused on the common problems that the professionals in both occupations are confronted with in corporate law matters. The author emphasizes that thorough, professional yet also prudent advice should be the guiding principle for the manner in which auditors and notaries fulfil their tasks.

The author then briefly examines some important new rules introduced by the new Belgian Corporate Governance Act. These include the introduction of an (optional) “executive committee” next to the existing (mandatory) board of directors and the introduction of the possibility to hold the general meeting of shareholders in writing instead of in person. The act also allows for a legal person to be director of a corporation. Finally, the act introduces stringent rules concerning the auditors’ independence, including a cooling-off period and a blacklist of “forbidden” activities.

Comments to the Author:

eddy.wymeersch@rug.ac.be

Revisoren en notarissen de synergieën optimaliseren

Slotbeschouwingen¹

Eddy Wymeersch
Hoogleraar Universiteit Gent
Voorzitter van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen

De organisatie van een gezamenlijke studiedag van het notariaat en het revisoraat is een heuglijke gebeurtenis. Als ik het goed voor heb, is dit de eerste maal dat aandacht wordt besteed aan de gemeenschappelijke vraagstukken waarmee beide categorieën beroepsbeoefenaars in de praktijk worden geconfronteerd. Dat hierbij het vennootschapsleven als onderwerp werd gekozen, ligt voor de hand.

Het belang van degelijke dienstverlening in beide beroepen kan moeilijk onderschat worden. U ervaart in uw dagelijkse praktijk hoezeer partijen, uw opdrachtgevers afgaan – en kunnen afgaan - op de professionaliteit van uw dienstverlening. Te weinig wordt hierop de nadruk gelegd, en te veel wijst men u op vragen van aansprakelijkheid. Met moet vooreerst de positieve kant van de zaken bekijken.

Er is een tweede aspect waarop ik u wens te wijzen, en dit vanuit mijn ervaringen, die de laatste jaren meer en meer gericht zijn op de macrojuridische vraagstukken.

Om het vraagstuk te situeren kan u verwijzen naar de immense schade die werd aangericht in de Verenigde Staten door de nu ruim bekende gevallen van Enron, Worldcom en vele andere. Wij zijn niet de enigen die een L & H geval hebben gekend! De schade die door deze gevallen is aangericht valt niet te becijferen: aansprakelijkheid van bestuurders heeft geen zin meer voor een schade in de honderden, of zelfs duizenden miljoenen dollars. Ook is de collectieve waardevernietiging, die door deze gevallen op gang werd getrokken in de beursmarkten, vergelijkbaar met de gevolgen van een wereldoorlog, minstens van een groot regionaal conflict.

In deze gevallen ziet men dan ook duidelijk de macro dimensie van degelijke, ervaren maar ook prudente dienstverlening. Vergissingen, voortvarendheid of onachtzaamheid bij de formulering van adviezen, of bij de uitwerking van juridische constructies kunnen gevolgen hebben die niet te overzien zijn. Een deel – beslist niet alles – van de huidige financiële crisis is toe te schrijven aan de gevolgen van onvoorzichtige, zelfs onverantwoorde adviezen die werden gegeven, en waarop ook de bestuursorganen van de vennootschap niet op de juiste wijze hebben gereageerd.

¹ Voordracht gehouden op 18 oktober 2002 in het kader van de studiedag “Revisoren en notarissen: de synergieën optimaliseren”, Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat en het Instituut der Bedrijfsrevisoren, Brussel, 18 oktober 2002.

Wat geldt voor grote Amerikaanse vennootschappen, kan ook worden toegepast, zij het op een andere schaal, in uw beider praktijk. Indien een notaris, en eerder nog een revisor de regelen toepast tot de uiterste limiet van het toelaatbare, is het gevaar groot dat deze grens wordt overschreden, en met alle gevolgen van dien, niet enkel voor de geadviseerde cliënt of opdrachtgever, maar soms voor een geheel luik van de industrie.

Gedegen, deskundige, doch ook voorzichtige dienstverlening dient de kern te blijven van de wijze waarop u, in elk van beide beroepen, uw taken uitoefent. Dit raakt niet alleen het belang van elk van de betrokken partijen, maar het algemeen belang.

In het verlengde van deze overweging kan ik u wijzen op een andere treffende ontwikkeling. Zij is ook het gevolg van de Amerikaanse “voorvallen”, en zal ook voor de grotere Europese ondernemingen zelfs op korte termijn een aanzienlijke weerslag hebben. Het betreft hier de nieuwe wetgeving – bekend als de Sarbanes Oxley Act 2002 – die wezenlijk strengere verplichtingen oplegt aan de grotere Amerikaanse ondernemingen, en ver daarbuiten, aan vennootschappen in de gehele wereld. Ik zal er slechts twee vernoemen omdat zij ook voor de Belgische context belang vertonen

- 1) raden van bestuur moeten bij meerderheid uit echt onafhankelijke bestuurders worden samengesteld
- 2) auditors worden aan verstrengde onafhankelijkheidsvoorwaarden onderworpen.

In elke van beide gevallen werden deze regelen – en zovele andere - opgelegd om te verzekeren dat de vennootschappen worden bestuurd op getrouwe wijze, in het belang van hun aandeelhouders, en zonder aanwending van technieken of instrumenten die niet door de beugel kunnen, of een uitermate hoog risico inhouden.

Ook in België werden enkele belangrijke initiatieven in dezelfde zin genomen met de wet Corporate Governance, van 2 augustus 2002. Het weze vermeld: deze wet was reeds geruime tijd in voorbereiding, zelfs voor de Amerikaanse problemen aan de orde waren.

Enkele punten zullen uw belangstelling kunnen wegdragen. Zij zijn voor de vennootschapspraktijk van wezenlijk belang.

1) Directiecomité

Naar Belgische recht was de raad van bestuur het enige bestuursorgaan: uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders zijn in een orgaan verenigd. In Nederland en Duitsland zijn er twee organen: een raad van toezicht en een raad van bestuur. In grotere vennootschappen, doch ook in familievennootschappen waar bestuur en toezicht in andere handen verblijven, is er behoefte om beide functie uit elkaar te splitsen. Onder de vroegere wetgeving werd deze uitsplitsing feitelijk uitgebouwd: ruime delegaties werden gegeven aan de gedelegeerd bestuurder, of aan het directiecomité. Moeilijke vragen van tegenwerpelijkheid, van risico, doch ook van aansprakelijkheid en van belangenconflicten deden zich hierbij voor.

De wet van 2 augustus 2002 laat voortaan toe hiervoor een aangepaste oplossing te vinden. De regeling is eenvoudig en vooral soepel.

De statuten kunnen een tweehoofdig orgaan van uitvoerend bestuur aanstellen: naast een raad van bestuur kunnen de statuten een directiecomité instellen.

De bevoegdheden van het comité, de wijze van benoeming, de vergoedingen en de voorwaarden aan aanduiding worden allen soepel gelaten: dit wordt bepaald in de statuten, of in het benoemingsbesluit. Belangrijk is dat ten aanzien van derden de bevoegdheden de gehele vertegenwoordiging bevatten voor het operationele bestuur, terwijl bepaalde bevoegdheden exclusief zijn voorbehouden aan de raad van bestuur, met name het toezicht op het directiecomité en de materies die de wet uitdrukkelijk aan de raad van bestuur heeft voorbehouden. De statuten kunnen evenwel de interne bestuursregeling inhoudelijk anders regelen

Ook bevat de nieuwe wet duidelijke regelen inzake belangenconflicten en inzake aansprakelijkheid. Wat dit laatste betreft gelden dezelfde regelen van aansprakelijkheid als voor de bestuurders, zij het dat elkeen aansprakelijk is voor de handelingen binnen zijn bevoegdheidsfeer.

2) Schriftelijke algemene vergadering

Een vernieuwing die vanuit notariële middens veel aandacht, en heel wat kritiek heeft gekregen, betreft de mogelijkheid om voortaan algemeen vergaderingen - zoals ook raden van bestuur – louter schriftelijk te houden. Weze onmiddellijk opgemerkt dat op aandringen van het notariaat de regel niet geldt voor besluiten die bij notariële akte moeten worden vastgesteld

Uitgangspunt is een feitelijke observatie: zowel in kleine vennootschappen, als bij dochtervennootschappen grijpt er geen jaarlijkse bijeenkomst van de aandeelhouders plaats. De vergadering wordt op papier geacteerd, wat een schriftevervalsing zou kunnen zijn. Er is ook geen behoefte aan een formele gedachtewisseling in de man -vrouw vennootschap, of in de 99,99% dochtervennootschap van een multinational. De wet verkiest de realiteit boven het juridische formalisme.

De regel kent een belangrijke beperking: wanneer een van de aandeelhouders het er niet mee eens is, moet een bijeenkomst belegd worden.

3) Rechtspersoon bestuurder

De nieuwe wet laat toe dat voortaan rechtspersonen bestuurder zullen zijn van vennootschappen van om het even welk type, inclusief de bvba. De regel was sinds het cassatiearrest van 1957² reeds lang in ons recht aanvaard. Hij werd evenwel dikwijls aangewend om de bestuursaansprakelijkheid te omzeilen. Ook was niet zeer duidelijk wie de vertegenwoordiger van de rechtspersoon was. De vertegenwoordiger werd soms van vergadering tot vergadering gewijzigd, precies ook om te verhinderen dat een bepaalde persoon aansprakelijk zou worden gesteld.

Voortaan zal het duidelijk zijn dat rechtspersonen – men denke vooral aan vennootschappen, maar ook aan stichtingen, of zelfs aan publiekrechtelijke rechtspersonen – bestuurder kunnen zijn van vennootschappen. In dat geval moet een vaste vertegenwoordiger aangeduid worden: de wet bepaalt dat deze vertegenwoordiger

² Zie Cass. 31 mei 1957, *Pas.* 1957, I, 1176.

zich in dezelfde rechtspositie bevinden als de rechtspersoon die hij vertegenwoordigt, en zulks zowel op het stuk van de aansprakelijkheid, als wat betreft de onverenigbaarheden, de benoemingsvoorwaarden enz.

4) Revisorale onafhankelijkheid

Het grote strijdthema van deze hervorming van de vennootschapswetgeving werd gevoerd rond de problematiek van de onafhankelijkheid van de commissaris.

Voorafgaandelijk dient men toch te verduidelijken dat de discussie rond de materie van de onafhankelijk van de commissaris – van de auditor zoals hij nu meestal wordt genoemd – niet eigen is aan België, maar wereldwijd het voorwerp uitmaakt van gedachtewisselingen en reguleringen. De reeds voormelde Amerikaanse wetgeving, voorafgegaan door andere, nu achterhaalde reglementering van de Amerikaanse beursautoriteit, en aanbevelingen van de Europese Commissie³ en van beroepsorganisaties van de accountants in Europa⁴ hebben hetzelfde thema tot onderwerp. Men zal ook niet vergeten dat België, in de wetgeving op de revisoren en in deze betreffende de commissaris bij vennootschappen, reeds heel wat voorschriften kende, die deze onafhankelijkheid nastreefden. De handhaving van de regel bleef evenwel zwak⁵.

Vandaar dat de wetgever de regeling thans heeft verstrengd in drievoudig opzicht

- enerzijds zullen bepaalde activiteiten niet meer mogen uitgeoefend worden door de commissaris, zijn medewerkers of zijn kantoor; de lijst van deze verboden activiteiten zal later worden opgesteld bij koninklijk besluit, maar zal klassieke verbodsbepalingen bevatten zoals inzake het verstrekken van boekhouddiensten, van juridisch – ander dan fiscaal – advies, het verstrekken van diensten inzake human resources, enz.
- een tweede verbodsbepaling staat bekend als de afkoelingsperiode, met name dat een commissaris na het einde van zijn mandaat bij een bepaalde vennootschap niet in dienst mag treden van deze vennootschap, noch als bestuurder, noch als aangestelde, noch in welkdanige hoedanigheid ook. Het verbod geldt gedurende 2 jaar;
- rechtstreeks geïnspireerd op de Amerikaanse wetgeving is de derde verbodsregel, die stelt dat de commissaris van een gecontroleerde vennootschap niet meer erelonen en vergoedingen mag ontvangen voor audit diensten, dan voor andere dienstverlening. Hiermee wil de wetgever het belang van de controleverrichtingen op de voorgrond stellen en verhinderen dat de aanstelling tot commissaris slechts de ingangspoort zou betekenen voor het verlenen van andere, per hypothese meer lucratieve dienstverlening. Op deze regeling gelden een aantal uitzonderingen:

³ Zie Aanbeveling 2002/590 van de Commissie van 16 mei 2002: Onafhankelijkheid van de met wettelijke controle belaste accountant in de EU: Basisbeginselen, *Pb. L.* 19 juli 2002, afl. 191, 22.

⁴ Zie FEE, *The conceptual approach to protecting auditor independence*, februari 2001 en IFAC, “Exposure Draft, Independence Proposed Changes to the Code of Ethics for Professional Accountants”, 19 april 2001.

⁵ Zie de studie van I. DE POORTER, ‘De onafhankelijkheid van de commissaris herbekeken’, *Working Paper Series Financial Law Institute*, [http://www.law.rug.ac.be/fli/WP/wp2002-04\(a\).pdf](http://www.law.rug.ac.be/fli/WP/wp2002-04(a).pdf), te verschijnen in Tijdschrift Belgische Handelsrecht 2002, randnr. 36.

voor verdere details kan naar meer gespecialiseerde bijeenkomsten worden verwezen.

Besluit

Mag ik het perspectief van de huidige studiedag verruimen: het ligt voor de hand, en ik heb dit herhaaldelijk vernomen tijdens de gehele studiedag, dat vele vraagstukken zowel de notaris als de revisor voor moeilijke keuzes stellen. Beiden hebben duidelijk een parallel belang: optimale dienstverlening, elk binnen hun gebied van deskundigheid. Complementariteit ligt derhalve voor de hand

Zou het niet zinvol zijn dat de samenwerking, die hier vandaag gestalte heeft gekregen, ook voor de toekomst verder zou worden gezet? Een gezamenlijke studiec commissie, wellicht ook gezamenlijke georganiseerde voordrachten, doch vooral het uitwerken van gemeenschappelijke standpunten op vragen van wetgevende aard, van interpretatie of van behoorlijke praktijk lijken mij een perspectief te kunnen bieden in materies die toch wel tot delicate interpretatie vraagstukken kunnen leiden.