

Ref: Accom ADVIES 2004/2

**Samenvatting van het advies goedgekeurd op 9 juni 2004
en uitgebracht op grond van artikel 133, tiende lid
van het Wetboek van vennootschappen**

▪ **Inleiding**

Het Advies- en controlecomité op de onafhankelijkheid van de commissaris werd door een commissaris verzocht om op grond van artikel 133, tiende lid van het Wetboek van vennootschappen een voorafgaand advies uit te brengen over zijn onafhankelijkheidspositie.

Meer in het bijzonder werd aan het Comité de vraag gesteld of de prestatie van een zogeheten “non-audit” dienst bij de bancaire dochters van de vennootschap bij wie de verzoeker commissaris is, verenigbaar is met zijn onafhankelijke taakuitoefening als commissaris.

Aard van de betrokken non-auditdienst

Uit het dossier blijkt het dat de verzoeker de commissaris is van de topvennootschap van een financiële groep en dat hij het Comité om advies verzoekt over de verenigbaarheid van de uitoefening van een bijzondere controle-opdracht met betrekking tot de “compliancefunctie” bij de dochters- kredietinstellingen - van wie de verzoeker niet de commissaris is -, met zijn mandaat van commissaris, uitgeoefend in college, bij de topvennootschap.

In het kader van de prudentiële controle op kredietinstellingen definieert de Commissie voor het bank- financie- en assurantiewezen (hierna CBFA) “compliance” als volgt: “ Compliance is een onafhankelijke functie binnen de organisatie gericht op het onderzoek naar en het bevorderen van de naleving door de instelling van de regels die verband houden met de integriteit van het bankieren. Deze regels betreffen zowel deze die voortvloeien uit het beleid van de instelling terzake, als deze die vervat zijn in het bankstatuut (zijnde de bankwet en de besluiten en reglementen in uitvoering hiervan alsmede andere wettelijke en reglementaire bepalingen die op de banksector van toepassing zijn.” (zie de bijlage bij de circulaire van de CBFA D1 2001/13 van 18 december 2001 die handelt over “compliance”).

De bijzondere controle-opdracht uit te voeren door de verzoeker betreft de volledige en grondige doorlichting van de compliancefunctie van de dochters- kredietinstellingen. Een bijzonder onderdeel van deze controle-opdracht heeft betrekking op de dienstverlening aan de cliënteel in het kader van de eenmalige bevrijdende aangifte.

▪ **Vragen gesteld aan het Comité**

Het Comité dient een advies uit te brengen over de vraag of de uitoefening van de bijzondere controle-opdracht door de verzoeker met betrekking tot de compliancefunctie van de bancaire dochters verenigbaar is met de onafhankelijke uitoefening van de functie van commissaris die hij vervult bij de topvennootschap van de betrokken financiële groep.

Het Comité dient ook een advies uit te brengen over de vraag of de omstandigheid dat de controle-opdracht wordt toegewezen door het departement interne audit van een bancaire dochter van aard is om de onafhankelijkheidspositie van de verzoeker aan te tasten.

▪ **Advies van het Comité**

Procedure-aspecten

De verzoeker heeft schriftelijk bevestigd met toepassing van artikel 2, zevende lid van het koninklijk besluit van 4 april 2003 tot uitvoering van het artikel 133, tiende lid van het Wetboek van vennootschappen en tot oprichting van het Advies- en controlecomité op de onafhankelijkheid van de commissaris, dat hij aan het Comité alle nuttige informatie heeft verstrekt met het oog op een correcte beoordeling van zijn vragen.

Conform artikel 1, vijfde lid van het voornoemde koninklijk besluit werden de deskundigen respectievelijk aangeduid door het Instituut der bedrijfsrevisoren en de Hoge Raad voor de economische beroepen, uitgenodigd om hun advies te verstrekken over het dossier.

Aard en draagwijdte van het advies

Het hierna geformuleerd advies uitgebracht op grond van artikel 133, tiende lid van het Wetboek van vennootschappen, is niet bindend. Het kan niet worden aangevoerd in een andere juridische of feitelijke context.

Verenigbaarheid van de betrokken non-auditdienst met de uitoefening van het mandaat van commissaris

Krachtens artikel 183 quater van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen, ingevoegd door artikel 2 van het koninklijk besluit van 4 april 2003 betreffende de prestaties die de onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang brengen, mag de verzoeker niet alleen in de vennootschap van wie hij commissaris is, maar evenmin in de vennootschappen of personen zoals bedoeld in artikel 133, achtste lid van het Wetboek van vennootschappen, zogeheten non-audit dienstprestaties verrichten als daardoor zijn onafhankelijkheidspositie als commissaris van de betrokken vennootschap, wordt aangetast.

Het is niet betwist dat in het voorgelegde geval de betrokken kredietinstellingen onder het toepassingsgebied vallen van het voornoemd artikel 133, achtste lid van het Wetboek van vennootschappen.

Onverminderd de relevante bepalingen vervat in het Wetboek van vennootschappen, in de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut der bedrijfsrevisoren en in de besluiten ter uitvoering van deze wetten, dient de verenigbaarheid van de betrokken non-auditdienst met de onafhankelijke uitoefening van het mandaat van commissaris, in dit dossier meer in het bijzonder te worden beoordeeld gelet op het bepaalde in artikel 183 ter, 5° van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen, zoals ingevoegd door artikel 2 van het koninklijk besluit van 4 april 2003 betreffende de prestaties die de onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang brengen.

Draagwijdte van artikel 183 ter, 5° van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen

De voornoemde bepaling stelt dat de commissaris zich niet onafhankelijk kan verklaren in het geval waarin hijzelf of een lid van zijn "netwerk" deelneemt aan de interne auditfunctie van de door hem gecontroleerde vennootschap.

Het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 4 april 2003 betreffende de prestaties die de onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang brengen, verduidelijkt ten aanzien van deze bepaling dat het gevaar van zelfcontrole zich bijvoorbeeld kan voordoen wanneer geen duidelijke scheiding is aangebracht tussen het management van en het toezicht op de interne audit en de interne auditactiviteiten zelf, of wanneer de door de commissaris of iemand uit zijn netwerk verrichte beoordeling van het interne auditsysteem van zijn gecontroleerde cliënt of iemand uit haar netwerk bepalend is voor de aard en omvang van de procedures die hij achteraf bij de wettelijke controle hanteert.

Hetzelfde verslag aan de Koning verduidelijkt bovendien dat om dergelijke bedreigingen (men doelt op het gevaar van zelfcontrole) te vermijden de commissaris of iemand uit zijn netwerk moet kunnen aantonen niet betrokken te zijn bij het management van en het toezicht op de interne audit en dat daartoe geen enkele deelname geoorloofd is.

Uit wat voorafgaat blijkt enerzijds dat de ratio legis van het voornoemde artikel 183 ter, 5° de duidelijke bekommernis is om de gevaren van zelfcontrole die zich in deze context zouden kunnen voordoen in hoofde van de commissaris (en van zijn netwerk) te ondervangen en anderzijds dat de commissaris (en zijn netwerk) daartoe moeten kunnen aantonen dat zij op geen enkele wijze zijn betrokken geweest bij het management van en het toezicht op de interne auditfunctie van de gecontroleerde vennootschap.

Naar het oordeel van het Comité is het derhalve niet uitgesloten dat een commissaris of zijn netwerk - zonder hierdoor de onafhankelijkheidspositie in het gedrang te brengen - kan aanvaarden om sommige bijzondere, strikt omschreven, niet-recurrente controle-opdrachten in het domein van de interne audit van de gecontroleerde vennootschap te vervullen, voor zover

- de aard en de draagwijdte van deze bijzondere controle-opdrachten duidelijk gedefinieerd worden door het vennootschapsorgaan dat verantwoordelijk is voor het management en het toezicht op de interne auditfunctie van de vennootschap;

- de follow-up van deze controle-opdrachten, en in het bijzonder het onderzoek van de bevindingen en van de bestuursbeslissingen die eruit voortvloeien, eveneens door hetzelfde vennootschapsorgaan dat verantwoordelijk is voor het management en het toezicht op de interne auditfunctie van de vennootschap, wordt verricht;
- de vervulling van deze bijzondere controle-opdrachten geen of althans geen significante invloed heeft op de aard en de omvang van de wettelijke controle-opdracht met betrekking tot de financiële verslaggeving van de vennootschap die door de commissaris wordt verricht.

Toetsing van de toepasselijke regels in het ter advies voorgelegde geval

Gelet enerzijds op het feit dat de uit te voeren doorlichting van de compliancefunctie strikt omschreven is in de offertevraag en gelet anderzijds op het feit dat de circulaires van de CBFA de principes omtrent de passende werking en organisatie van de compliancefunctie en het controlekader terzake bepalen, is het Comité van oordeel – na analyse van de medegedeelde stukken – dat de onderzochte dienstprestatie duidelijk gedefinieerd is, niet recurrent en beperkt in tijd en omvang.

Het Comité is ook van oordeel dat de controle van de compliancefunctie, in casu niet als een deelname aan het management van of aan het toezicht op de interne auditfunctie kan worden gekwalificeerd, aangezien de opdracht slechts slaat op de beoordeling van bepaalde – weliswaar belangrijke– strikt omschreven aspecten van de interne controleprocedures, en niet als een volledige of quasi volledige doorlichting van het gehele systeem van interne audit kan worden gekwalificeerd.

Aangezien de controle-opdracht op bepaalde welomschreven aspecten slaat van de interne auditfunctie van de bancaire dochters, zal de uitvoering ervan in de regel geen invloed hebben op de uitvoering, zowel kwalitatief als kwantitatief, van de wettelijke controle op de statutaire en geconsolideerde jaarrekening van de topvennootschap die door de verzoeker als commissaris van de topvennootschap moet worden verricht.

Gelet op hetgeen voorafgaat, is het Comité dan ook van oordeel dat het gevaar van zelfcontrole in hoofde van de commissaris van de topvennootschap zwak is.

Bovendien wordt het gevaar van zelfcontrole in dit geval nog aanzienlijk gereduceerd door de omstandigheid dat het mandaat van commissaris bij de topvennootschap uitgeoefend wordt in college.

Daarenboven vallen de betrokken kredietinstellingen onder een wettelijke prudentiële toezichtsregeling en dienen bijzondere controlenormen te worden toegepast.

Zij beschikken over gestructureerde departementen belast met de interne audit. De raden van bestuur van de betrokken instellingen – geassisteerd door permanente auditcomités – evenals hun directiecomités blijven alleszins, verantwoordelijk, elk binnen hun eigen bevoegdheden, voor de kwaliteit en het behoorlijk functioneren van de interne auditfunctie.

Het Comité wijst er in dat verband op dat de commissaris bevestigd heeft dat de CBFA die hij terzake heeft geconsulteerd, vanuit een prudentieel controleoogpunt, geen opmerkingen te

formuleren heeft omtrent de uitvoering van de betrokken bijzondere controle-opdracht door de verzoeker.

Het Comité is dan ook van oordeel dat op grond van de informatie die hem werd bezorgd door de commissaris, er in de huidige stand van zaken, geen onverenigbaarheid wegens aantasting van de onafhankelijkheidspositie kan worden vastgesteld, tussen de uitvoering door de verzoeker van de hierboven beschreven bijzondere controleopdracht met betrekking tot de compliancefunctie van de betrokken kredietinstellingen enerzijds, en de uitoefening van de commissarisfunctie door de verzoeker in de topvennootschap van de betrokken financiële groep anderzijds.

Evenwel zou er naar het oordeel van het Comité, een risico van aantasting van de onafhankelijkheidspositie van de verzoeker ontstaan, mocht hij een bijkomende opdracht aanvaarden met als doel de invoering en/of het beheer van concrete maatregelen om te beantwoorden aan de aanbevelingen die als gevolg van de doorlichting van de compliancefunctie werden geformuleerd.

Wat de identiteit van de opdrachtgever betreft, met name het departement interne audit van de kredietinstelling, is het aan te bevelen teneinde de transparantie omtrent de bijzondere controle-opdracht te verhogen, dat de opdracht bevestigd wordt door de auditcomités van de betrokken bancaire dochters en dat aan deze comités het betrokken auditverslag wordt bezorgd.

One-to-one regel

Aangezien het mandaat van commissaris in college wordt uitgeoefend op het niveau van de topvennootschap door van elkaar onafhankelijke commissarissen, en er in zo'n hypothese een vrijstelling is voorzien in artikel 133, zesde lid van het Wetboek van vennootschappen, is in casu de one-to-one regel, zoals bepaald in artikel 133, vijfde lid van het Wetboek van vennootschappen, niet van toepassing.

Controlebevoegdheid van het Comité

In het kader van zijn adviesbevoegdheid spreekt het Comité zich uit op grond van de informatie die hem wordt bezorgd door de commissaris, waarbij deze laatste overigens bevestigt aan het Comité alle nuttige informatie te hebben verstrekt met het oog op een correcte behandeling van de adviesvraag (cfr. artikel 2, zevende lid van het koninklijk besluit van 4 april 2003 waarbij het Comité werd opgericht).

Het Comité behoudt zich het recht voor om zich in het kader van zijn controlebevoegdheid te gepasten tijde bij het Instituut der bedrijfsrevisoren en bij de verzoeker, te informeren over latere, significante ontwikkelingen in dit dossier vanuit de invalshoek van de naleving van de onafhankelijkheidsregels door de commissaris.