

# Financial Law Institute

Working Paper Series

**WP 2004-01**



**Christoph Van der Elst**

**De Amerikaanse Sarbanes-Oxley Act en haar  
uitvoeringsmaatregelen**

**March 2004**

**WP 2004-01**

**Christoph Van der Elst**

**De Amerikaanse Sarbanes-Oxley Act en haar  
uitvoeringsmaatregelen**

**Abstract**

*This paper examines the American Sarbanes-Oxley Act (SOX), the orders of the Securities and Exchange Commission (SEC) and the Public Company Accounting Oversight Board in pursuance of the SOX and the studies of the General Accounting Office and the SEC. In particular, the consequences of the orders of the PCAOB to register, be inspected or investigated for the Belgian accounting firms are highlighted. The study further focuses on the independence of auditors, audit committees, certification of financial statements, disclosure of financial information, whistle blowing practices and the requirement of attorneys to blow the whistle, and conflicts of interests of financial analysts. For most topics the paper refers to the requirements of the Belgian legislation and the conflicts of laws. Finally, the paper provides an overview of the results of the studies ordered by the SOX.*

**To be published in**

*Audit en Controle in de praktijk*



# De Amerikaanse Sarbanes-Oxley Act en haar uitvoeringsmaatregelen

Christoph Van der Elst  
Docent UGent

<b>1. INLEIDING.....</b>	<b>3</b>
<b>2. DE PUBLIC COMPANY ACCOUNTING OVERSIGHT BOARD EN TOEZICHT OP DE EFFECTENMARKT.....</b>	<b>7</b>
2.1. REGISTRATIE VAN DE AUDITKANTOREN.....	8
2.1.1. Inleiding.....	8
2.1.2. Registratie van Belgische kantoren.....	9
2.1.2.1. Registrerend orgaan.....	9
2.1.2.2. Controle van een aan een Amerikaanse beurs genoteerde Belgische vennootschap.....	10
2.1.2.3. Controle van een Belgische dochtervennootschap van een aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap.....	11
2.1.3. Te verstrekken informatie.....	13
2.1.3.1. Overzicht.....	13
2.1.3.2. Confidentiële behandeling van de registratie en geheimhouding.....	14
2.1.3.3. De identiteit van de registratieplichtige.....	16
2.1.3.4. Identiteit van de cliëntèle en honoraria.....	17
2.1.3.5. Verklaring omtrent het beleid inzake kwaliteitscontrole.....	21
2.1.3.6. Informatie omtrent geschillen.....	22
2.1.3.7. Meningsverschillen met de cliëntèle.....	24
2.1.3.8. Informatie omtrent medewerkers en samenwerking.....	25
2.1.3.9. Bevestiging van medewerking.....	26
2.2. UITVAARDIGEN VAN NIEUWE NORMEN.....	28
2.3. INSPECTIES EN ONDERZOEK.....	33
2.3.1. Inspecties.....	33
2.3.2. Onderzoek, beoordeling en discipline.....	34
2.4. BUDGET EN ETHISCHE CODE.....	36
2.5. TOEZICHT.....	37
<b>3. ONAFHANKELIJKHEID VAN DE COMMISSARIS.....</b>	<b>38</b>
3.1. COOLING-OFF PERIODE.....	38
3.2. NON-AUDIT DIENSTEN.....	39
3.2.1. Verboden diensten.....	39
3.2.2. Toegelaten non-audit diensten.....	40
3.3. PARTNERROTATIE.....	41
3.4. INFORMATIEONTSluitING AAN AUDITCOMITÉ.....	42
<b>4. VERPLICHTINGEN DIE RUSTEN OP DE VENNOOTSCHAPPEN EN DE ONDERNEMINGSLEIDING.....</b>	<b>43</b>
4.1. INRICHTEN VAN EEN AUDITCOMITÉ.....	43
4.1.1. Samenstelling van het auditcomité.....	43
4.1.2. Taken van het auditcomité.....	45
4.2. CERTIFICATIE VAN PERIODIEKE VERSLAGEN.....	47
4.3. VERBOD VAN EFFECTENHANDEL.....	49
4.4. ONGEPASTE BEÏNVLOEDING VAN DE CONTROLEWERKZAAMHEDEN.....	50
4.5. TERUGBETALING VAN TOEGEKENDE VOORDELEN AAN DE ONDERNEMINGSLEIDING.....	51
4.6. VERBOD TOT VERSTREKKEN VAN LENINGEN DOOR DE VENNOOTSCHAP AAN DE ONDERNEMINGSLEIDING.....	52
4.7. ETHISCHE CODE.....	52
4.8. VERBOD OM BESTURDER OF OFFICER TE WORDEN.....	53
<b>5. DE ADVOCaat ALS KLOKKENLUIDER.....</b>	<b>54</b>
<b>6. FINANCIËLE TRANSPARANTIE.....</b>	<b>55</b>
6.1. BUITEN BALANS TRANSACTIES.....	55
6.2. RAPPORTERING INZAKE INTERNE CONTROLE.....	55
6.3. REAL TIME OPENBAARMAKING VAN INFORMATIE.....	57
<b>7. FINANCIËLE ANALISTEN.....</b>	<b>58</b>



<b>8. BESCHERMING VAN DE KLOKKENLUIDER</b> .....	<b>60</b>
<b>9. STUDIES</b> .....	<b>61</b>
9.1. STUDIES OVER DE AUDITSECTOR .....	61
9.2. KREDIETRATING AGENTSCHAPPEN (SECTION 702 SOX) .....	63
9.3. SCHENDINGEN VAN DE EFFECTENWETGEVING ALSOOK IDENTIFICATIE VAN DE OVERTREDERS (SECTION 703 SOX).....	64
9.4. DE HANDHAVING VAN MAATREGELEN (SECTION 704 SOX) .....	65
9.5. INVESTMENT BANKEN (SECTION 705 SOX) .....	66
9.6. PRINCIPLES BASED VERSUS RULES BASED RAPPORTERINGSSYSTEEM .....	66
<b>10. ANDERE BEPALINGEN</b> .....	<b>68</b>
<b>11. BESLUIT</b> .....	<b>70</b>



# De Amerikaanse Sarbanes-Oxley Act en haar uitvoeringsmaatregelen<sup>1</sup>

Christoph Van der Elst  
Docent UGent

## 1. Inleiding

Op 30 juli 2002 ondertekende de Amerikaanse president Bush de Sarbanes-Oxley Act (SOX). Deze wetgeving kwam tot stand minder dan 10 maanden nadat het energiebedrijf Enron ten onder ging. De SOX werd onmiddellijk beschouwd als de meest ingrijpende effectenwetgeving die Amerika kent sinds de Tweede Wereldoorlog. De wet heeft niet alleen een onophoudelijke stroom van analyses, studies, commentaren, toelichtingen, noten, enz. in gang gezet, doch ook een rist van nieuwe bepalingen ter uitvoering van deze wet opgeleverd. Immers in niet minder dan 11 titels, die veelal nadere uitvoering behoeven, werd het effectenrecht, het vennootschapsrecht en de inrichting van het toezicht op genoteerde vennootschappen en andere entiteiten hervormd en aangescherpt.

Deze wetgeving heeft onder meer belangrijke gevolgen voor de bedrijfsrevisoren, de ondernemingsleiding alsook de organisatie van vennootschappen en de wijze waarop toezicht uitgeoefend wordt op genoteerde entiteiten. Opmerkelijk is dat deze wetgeving, in tegenstelling tot de meeste bepalingen inzake het effectenrecht die tot dan door de Amerikaanse overheid werden uitgevaardigd, geen onderscheid maakt tussen buitenlandse entiteiten met een notering aan een Amerikaanse beurs en de Amerikaanse vennootschappen. Zo dient vastgesteld dat het systeem van controle op bedrijfsrevisoren en hun kantoren aanzienlijk werd gewijzigd. Deze wet richt zich niet uitsluitend tot de Amerikaanse auditkantoren, doch ook buitenlandse kantoren worden geviseerd. Het criterium dat hierbij wordt gehanteerd is de controle van de entiteit genoteerd aan de Amerikaanse beurs.

De ontstentenis van een onderscheid naar nationaliteit lijkt een vergetelheid van de Amerikaanse wetgever.<sup>2</sup> Dit houdt niet in dat automatisch alle vennootschappen die kapitaal werven in de Verenigde Staten aan de verplichtingen in de SOX worden onderworpen. De meest gebruikelijke wijze om effecten aan een Amerikaanse beurs te noteren, geschiedt door middel van American Depositary Receipts (ADR's). De buitenlandse emittent plaatst effecten – aandelen of schuldtitels – bij een zogenaamde “custodian”, meestal een Amerikaanse bank. Deze laatste emitteert vervolgens de “receipts”. Dit biedt de mogelijkheid om handel in Amerikaanse dollar te organiseren. Deze ADR's kunnen op verschillende “niveaus” worden uitgegeven. Afhankelijk van het niveau van de plaatsing, is de Amerikaanse effectenwetgeving ten volle of slechts ten dele van toepassing. Wanneer slechts “over-the-counter” wordt gehandeld – niveau I ADR - moet de buitenlandse emittent de SEC enkel deze informatie overmaken die zij ook op de thuishmarkt moet openbaar maken. Niveau II en III ADR's zijn onderworpen aan (een deel van) het Amerikaanse effectenrecht. Deze laatste categorieën ADR's noteren aan een Amerikaanse beurs en buitenlandse emittenten moeten niet alleen jaarlijks rapporteren aan de SEC doch ook hun financiële staten rijmen met de

---

<sup>1</sup> Deze bijdrage werd afgesloten op 25 januari 2004. De auteur wenst Ann Maurau te danken voor het nalezen van een vorige versie van deze tekst. Fouten zijn deze van de auteur.

<sup>2</sup> M. PERINO, “American Corporate Reform Abroad: Sarbanes-Oxley and the Foreign Private Issuer”, *European Business Organization Law Review* 2003, 214.



Amerikaanse boekhoudwetgeving. Niveau II ADR's baseren zich op bestaande effecten, bij niveau III ADR's wordt kapitaal bij de Amerikaanse beleggers opgehaald of worden overnames gefinancierd met aandelen. Met een vierde categorie van ADR's worden private plaatsingen bij institutionele beleggers verricht. In dat geval moeten slechts verplichtingen gelijkaardig aan deze van toepassing op emittenten die door middel van niveau I ADR's de Amerikaanse markt betreden, aan de Amerikaanse toezichthouder worden overgemaakt. Slechts buitenlandse emittenten die gebruik maken van niveau II of III ADR's worden aan alle SOX bepalingen onderworpen, onverminderd de uitzonderingen in de overige bepalingen van het Amerikaanse effectenrecht zoals de vrijstelling om kwartaalverslagen op te stellen en openbaar te maken of nog de vrijstelling om "proxy statements" aan te melden.

Iedere Amerikaanse staat heeft zijn eigen vennootschapsrecht en zelfs effectenrecht, de zogenaamde "blue-sky laws". Tijdens het verloop der jaren werd de invloed van dit statenrecht geringer. De wetgeving die president Bush op 30 juli 2002 ondertekende, grijpt niet alleen in op dit Amerikaanse effectenrecht doch ook bepaalde vennootschapsrechtelijke regels en normen die behoren tot andere rechtstakken werden ingevoerd of aangepast. Voor beursgenoteerde vennootschappen heeft de federale wet- en regelgeving nu volledig de overhand gekregen. Dit recht heeft in de eerste plaats de bescherming van de belegger op het oog. Om deze doelstelling te bereiken, dwingt de Amerikaanse wetgeving de vennootschap tot volledige transparantie.

Amerikaanse vennootschappen moeten, om hun financiële informatie bekend te maken gebruik maken van de US Generally Accepted Accounting Principles (US GAAP). Buitenlandse vennootschappen mogen overeenkomstig hun nationale regels rapporteren indien zij de verschillen tussen de gehanteerde rapporteringsregels en US GAAP duiden – "US GAAP reconciliation". Deze informatie moet worden opgenomen in de zogenaamde "MD&A", de "Management's Discussion and Analysis of Financial Condition and Results of Operations". Het hoeft dan ook niet te verbazen dat de SOX aan deze rapportering uitvoerig aandacht heeft besteed.<sup>3</sup>

Zoals boven reeds geduid beslaat de SOX 11 titels omtrent de volgende onderwerpen:

1. oprichting van een nieuw orgaan van toezicht, de Public Company Accounting Oversight Board;
2. onafhankelijkheid van de "auditor"<sup>4</sup>;
3. organisatie van genoteerde entiteiten, aangeduid als "corporate responsibility";
4. financiële verslaggeving;
5. belangenconflicten bij analisten;
6. middelen en bevoegdheden van de Securities and Exchange Commission;
7. studies;
8. fraude;
9. bestraffing van witteboordencriminaliteit;
10. ondertekening van belastingdocumenten;
11. verdere maatregelen inzake fraude.

In een kort bestek is het niet mogelijk alle titels even gedetailleerd te bespreken. In de hieronder volgende hoofdstukken volgt een overzicht van volgende thema's:

---

<sup>3</sup> Cf. infra.

<sup>4</sup> Hierna wordt gemakshalve gesproken van de "commissaris".



1. nieuwe bepalingen omtrent het toezicht op de effectenmarkt in het algemeen en op het revisorenberoep in het bijzonder;
2. onafhankelijkheid van de commissaris;
3. verplichtingen die rusten op de vennootschap en de ondernemingsleiding;
4. financiële transparantie;
5. de advocaat als klokkenluider;
6. financiële analisten;
7. bescherming van de klokkenluider;
8. onderzoek;
9. andere bepalingen.

In voorkomend geval wordt verwezen naar de Belgische reglementering terzake en geduid of tussen beide rechtstelsels conflicten bestaan.

Hierbij komen volgende uitvoeringsmaatregelen en studies kort aan bod:

a) Bepalingen en studies van de SEC:

- bepalingen omtrent “Ownership Reports and Trading by Officers, Directors and Principal Security Holders” van 29 augustus 2002;
- bepalingen omtrent “Disclosure Required by Sections 406 and 407 of the Sarbanes-Oxley Act of 2002” van 23 januari 2003 en de aanpassing van 26 maart 2003;
- bepalingen inzake “Retention of Records Relevant to Audits and Reviews” van 24 januari 2003;
- studie “Report Pursuant to Section 308(c) of the Sarbanes Oxley Act 2002” van 24 januari 2003;
- bepalingen omtrent “Insider Trades During Pension Fund Blackout Periods” van 26 januari 2003;
- bepalingen over “Certification of Management Investment Company Shareholder Reports and Designation of Certified Shareholders Reports as Exchange Act Periodic Reporting Forms; Disclosure Required by Sections 406 and 407 of the Sarbanes-Oxley Act of 2002” van 27 januari 2003;
- bepalingen inzake “Strengthening the Commission’s Requirements Regarding Auditor Independence” van 28 januari 2003 en gewijzigd op 26 maart 2003;
- bepalingen over de “Disclosure in Management’s Discussion and Analysis about Off-Balance Sheet Arrangements and Aggregate Contractual Obligations” van 28 januari 2003;
- bepalingen over de “Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys” van 29 januari 2003;
- bepalingen omtrent “Condition for Use of Non-GAAP Financial Measures” van 28 maart 2003;
- bepalingen omtrent “Improper Influence on Conducts of Audits” van 20 mei 2003;
- vragenlijst omtrent “Rating Agencies and the Use of Credit Ratings under the Federal Securities Laws” van 4 juni 2003;
- bepalingen omtrent “Management’s Reports on Internal Control Over Financial Reporting and Certification of Disclosure in Exchange Act Periodic Reports” van 5 juni 2003.



b) Regels en (ontwerp)normen van de PCAOB<sup>5</sup>:

- PCAOB Release No. 2003-003 “Board Funding – Establishment of Accounting Support Fee” van 18 april 2003;
- PCAOB Release No. 2003-006 “Establishment of Interim Professional Auditing Standards” van 18 april 2003;
- PCAOB Release No. 2003-007 “Registration System for Public Accounting Firms” van 6 mei 2003;
- PCAOB Release No. 2003-008 “Ethics Code for Board Members, Staff and Designated Contractors and Consultants” van 30 juni 2003;
- PCAOB Release No. 2003-009 “Compliance with Auditing and Related Professional Practice – Advisory Groups” van 30 juni 2003;
- PCAOB Release No. 2003-015 “Rules on Investigations and Adjudications” van 29 september 2003;
- PCAOB Release No. 2003-017 “Proposed Auditing Standard – An Audit of Internal Control over Financial Reporting Performed in Conjunction with An Audit of Financial Statements” van 7 oktober 2003;
- PCAOB Release No. 2003-018 “Proposed Rule Regarding Certain Terms Used in Auditing and Related Professional Practice Standards” van 7 oktober 2003;
- PCAOB Release No. 2003-019 “Inspection of Registered Public Accounting Firms” van 7 oktober 2003;
- PCAOB Release No. 2003-020 “Oversight of Non-US Public Accounting Firms” van 28 oktober 2003;
- PCAOB Release No. 2003-023 “Proposed Auditing Standard on Audit Documentation and Proposed Amendment to Interim Auditing Standards” van 21 november 2003;
- PCAOB Release No. 2003-024 “Proposed Rules Relating to the Oversight of Non-U.S. Public Accounting Firms” van 10 december 2003;
- PCAOB Release No. 2003-26 “Technical Amendments to Interim Standards Rules” van 17 december 2003.

Daarnaast verrichtten de General Accounting Office en de SEC, op verzoek van de SOX tal van andere studies. Deze komen hieronder, in hoofdstuk 9 en 10, aan bod.

---

<sup>5</sup> Voor een bespreking van deze “Board” cf. infra deel 2.





## **2. De Public Company Accounting Oversight Board<sup>6</sup> en het toezicht op de effectenmarkt**

De SOX leidde tot de oprichting van een nieuw orgaan dat in het algemeen toezicht houdt op de controle van de aan de Amerikaanse effectenreglementering onderworpen vennootschappen, de Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB). Dit toezicht heeft tot doel de beleggersbelangen beter te beschermen.<sup>7</sup>

De PCAOB heeft rechtspersoonlijkheid doch geen winstoogmerk. Zijn controlebevoegdheid wordt bepaald door de plaats waar de vennootschap haar beursnotering heeft. Dit houdt in dat de nationaliteit van de vennootschap of het auditkantoor niet van belang is. SOX breidt de controlebevoegdheid van de PCAOB verder uit tot bepaalde binnen- en buitenlandse auditkantoren die de controle uitoefenen op buitenlandse dochtervennootschappen van een aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap.

Deze Board heeft zeven opdrachten<sup>8</sup>:

1. registratie van auditkantoren;
2. reglementering uitvaardigen omtrent audit, kwaliteitscontrole, ethiek, onafhankelijkheid van de commissaris en andere normen die verband houden met de voorbereiding van controleverslagen;
3. controles uitvoeren bij auditkantoren;
4. (tucht)onderzoeken verrichten en disciplinaire maatregelen nemen jegens auditkantoren en de hiermee geassocieerde personen;
5. verrichten van andere taken die noodzakelijk of gepast zijn om de kwaliteit van de controlediensten te verbeteren;
6. afdwingen van de bepalingen in de SOX, de regels van de PCAOB, beroepsnormen en effectenreglementering inzake de voorbereiding en publicatie van controleverslagen;
7. budgetten bepalen, de PCAOB bemannen en de activiteiten ervan beheren.

De raad van de PCAOB telt vijf voltijdse leden waaronder twee (voormalige) bedrijfsrevisoren. Zij mogen geen andere beroepsactiviteiten ontplooiën of elders in dienstverband tewerkgesteld zijn.<sup>9</sup> De voorzitter is W. McDonough en de equipe bestaat verder uit mevrouw Gillan en de heren Goelzer, Gradison en Niemeier. De leden worden benoemd voor een periode van vijf jaar, éénmaal hernieuwbaar.

Om zijn taken effectief te kunnen uitvoeren, beschikt de PCAOB luidens section 101 (f) SOX over een arsenaal aan bevoegdheden. De Raad kan, mits toestemming van de SEC procederen en voor een rechtbank gedaagd worden, giften aanvaarden, leasen, kopen of op andere wijzen eigendom verwerven, werknemers, revisoren, advocaten, en andere agenten aantrekken<sup>10</sup>, bijdragen innen en contracten sluiten alsook alle andere verrichtingen die noodzakelijk zijn om zijn doelstellingen te realiseren.

---

<sup>6</sup> Dit deel van de bijdrage is een ingekorte en bijgewerkte versie van C. VAN DER ELST, "De registratieplicht van de Belgische bedrijfsrevisoren bij de Amerikaanse Public Company Accounting Oversight Board", *Acc. & Bedr.* 2004, 17-31.

<sup>7</sup> Section 101 SOX.

<sup>8</sup> Section 101 (c) SOX.

<sup>9</sup> Section 101 (e) SOX.

<sup>10</sup> Hoewel niet uitdrukkelijk vermeld, kan er van uitgegaan worden dat het ook toegelaten zal zijn werknemers te ontslaan.



Inmiddels heeft de PCAOB reeds een aanvang genomen om zijn taken uit te voeren. Regels omtrent de registratie van Amerikaanse auditkantoren werden reeds definitief vastgesteld en omtrent de registratieplicht van buitenlandse auditkantoren werden op 10 december 2003 ontwerpnormen voorgesteld.

Zijn tweede taak kreeg uitvoering in de vastlegging van interim beroepsnormen inzake audit waarvan een deel reeds aan herziening toe zijn. De ontwerpnormen omtrent interne controle kregen bijna tweehonderd commentaren. Ook een release inzake terminologie en auditdocumentatie wordt momenteel gefinaliseerd.

Normen inzake onderzoek en inspecties, de derde en vierde opdracht, werden in twee lijvige “releases” vastgelegd.

De zesde taak kreeg vorm in de verplichting van de PCAOB om in het controleverslag naar zijn auditnormen te verwijzen.

Inzake de organisatie van de PCAOB, de zevende opdracht werden normen omtrent de financiering van de Board alsook een ethische gedragscode opgesteld.

## **2.1. Registratie van de auditkantoren**

### *2.1.1. Inleiding*

Section 102 SOX verstrekt toelichting omtrent de uitvoering van de opdracht inzake de registratie van de auditkantoren. Auditopdrachten mogen, na een door de Securities and Exchange Commission (SEC) vastgestelde datum, die niet later mocht zijn dan 270 dagen na de inwerkingtreding van de SOX, uitsluitend door geregistreerde auditkantoren uitgevoerd worden. Bij de registratie moet een auditkantoor tenminste de volgende informatie verstrekken:

1. de namen van de gecontroleerde vennootschappen;
2. de honoraria;
3. het interne controlebeleid van het auditkantoor;
4. de lijst van alle bij de controle betrokken bedrijfsrevisoren;
5. informatie omtrent strafrechtelijke, burgerrechtelijke, administratiefrechtelijke of tuchtrechtelijke vervolgingen van de vennootschap of geassocieerde personen;
6. bij de SEC aangemelde meningsverschillen inzake de audit tussen de vennootschap en het auditkantoor;
7. recente financiële informatie die de PCAOB “in alle redelijkheid” mag opvragen;
8. andere informatie dat de SEC of de Board noodzakelijk of gepast acht in het licht van het algemeen belang of de bescherming van de beleggers.



De Amerikaanse auditkantoren die auditopdrachten willen uitvoeren na 22 oktober 2003 moesten voor die dag bij de PCAOB geregistreerd zijn.<sup>11</sup> De Board maakt deze lijst bekend. Eind december 2003 telde de lijst reeds 735 auditkantoren.<sup>12</sup> Een aantal kantoren ging niet over tot registratie. Zo zou het Amerikaanse kantoor Grassi & Co. veertig beursgenoteerde vennootschappen hebben afgestoten om de registratieplicht te ontlopen.<sup>13</sup>

Buitenlandse auditkantoren die auditprestaties leveren aan vennootschappen die noteren aan een Amerikaanse beurs moeten uiterlijk op 19 juli 2004 geregistreerd zijn, luidens section 106 (a) SOX zijn ook zij onderworpen aan de bepalingen die gelden voor Amerikaanse kantoren. Section 106 (c) laat de PCAOB en de SEC evenwel toe uitzonderingen aan buitenlandse kantoren toe te staan.

De PCAOB werkte inmiddels een gedetailleerde vragenlijst uit waarop het auditkantoor naar aanleiding van de registratie op afdoende wijze moet antwoorden. Deze vragenlijst is gebaseerd op de door de PCAOB uitgewerkte regels inzake registratie.<sup>14</sup>

## 2.1.2. Registratie van Belgische kantoren

### 2.1.2.1. Registrerend orgaan

Registratie moet geschieden bij de PCAOB. Dit is de regel voor de Amerikaanse auditkantoren. Evenwel is de PCAOB voor buitenlandse kantoren een andere benadering aan het uitbouwen. In een 'briefing paper' van 28 oktober 2003 stelt de PCAOB voor om een 'efficient and cooperative management' te ontwikkelen. Deze werkwijze moet toelaten kostenbesparingen te realiseren en onnodig dubbel toezicht te vermijden of tot een minimum te herleiden.

Deze nieuwe benadering houdt in dat de PCAOB zou toelaten dat de registratie geschiedt in het land waar de revisorenvennootschap is gevestigd. Dit moet gebeuren bij een 'home country registration entity', doch het was naar luid van de briefing paper niet duidelijk welk orgaan hiervoor bevoegd zou zijn, noch wie over de duiding van het bevoegde orgaan moet beslissen. Uit de Release nr. 2003-024 van 10 december 2003 volgt dat in België in de huidige stand van het recht het Instituut der Bedrijfsrevisoren als de "home country registration entity" moet worden beschouwd. Inhoudelijk wijzigt dit niet veel. Immers wordt van deze "home country registration entity" vereist dat zij op haar beurt de registratie aan de PCAOB overmaakt. Het is evenwel mogelijk dat het Instituut de uniformiteit van de registratieformulieren controleert, bv. omtrent de adequate toepassing van het beroepsgeheim.

---

<sup>11</sup> Aangezien de procedure bij de PCAOB enige tijd in beslag kan nemen (maximaal 45 dagen, zie rule 2106, (b)), dienden Amerikaanse auditkantoren reeds begin september hun registratieformulieren te hebben overgemaakt.

<sup>12</sup> Zie [www.pcaobus.org](http://www.pcaobus.org), geconsulteerd op 15 januari 2004.

<sup>13</sup> X., "Concurrentie bedreigd?", *De Accountant* oktober 2003, 8.

<sup>14</sup> PCAOB Release No. 2003-007 van 6 mei 2003, terug te vinden op [www.pcaobus.org](http://www.pcaobus.org).



### 2.1.2.2. Controle van een aan een Amerikaanse beurs genoteerde Belgische vennootschap

De registratie van een Belgisch auditkantoor bij de PCAOB is verplicht indien het auditkantoor het controleverslag van een aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap voorbereidt of verstrekt. Naar Belgisch recht wordt tussen beide stappen geen onderscheid gemaakt.<sup>15</sup> Zoals boven geduid is het aantal Belgische vennootschappen met een Amerikaanse notering, in tegenstelling tot het aantal vennootschappen in onze buurlanden heel bescheiden. Zo noteren meer dan 40 Nederlandse vennootschappen ook aan een Amerikaanse beurs, tegenover twee Belgische vennootschappen.<sup>16</sup>

Deze bepaling vermeldt de begrippen "audit report" en "foreign public accounting firm". Beide termen - "audit report" en "foreign public accounting firm" - werden in Rule 1001 van de PCAOB nader toegelicht.

Het "audit report" is ieder rapport of ander stuk opgesteld na het verrichten van een "audit" met het oog op de controle van de vennootschap op de naleving van het Amerikaanse effectenrecht. Het rapport bevat het oordeel van het auditkantoor inzake de financiële staten of een ander document of verklaart dat een dergelijke opinie niet kan worden gegeven. Deze omschrijving verwijst naar een "audit" dat op zijn beurt slaat op het onderzoek van de financiële staten van een vennootschap door een onafhankelijke commissaris in overeenstemming met de General Accepted Accounting Standards of een onder section 103 van de SOX door de PCAOB uitgevaardigd nieuw kader, met het oog op beoordelen van deze staten. Ook in section 2 van de SOX werden deze bepalingen op deze wijze gedefinieerd.

Uit deze definitie volgt dat een "audit" naar luid van deze benadering niet mag verward worden met een Belgische "controle".

Een "foreign public accounting firm" is een georganiseerd auditkantoor dat werkzaam is in en beheerst wordt door een ander dan het Amerikaanse rechtstelsel. Deze definitie is ook terug te vinden in de SOX.<sup>17</sup> In de toelichting bij de definities in Rule 1001 stelt de PCAOB dat een commissaris natuurlijke persoon die in eigen naam een rapport uitbrengt, door de definitie wordt geïcludeerd omdat hij valt onder de categorie "proprietorship". Ook geïcludeerd worden de "partnerships", "incorporated association", "corporation", "limited liability company", "limited liability partnership" or "other legal entity". Van de meeste andere rechtsvormen heeft op het eerste gezicht naar Belgisch recht slechts de "limited liability company" of de "limited liability partnership" enig belang daar slechts een natuurlijk persoon of een burgerlijke professionele vennootschap tot commissaris kan worden benoemd.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Inzake het college van commissarissen, cf. infra.

<sup>16</sup> Januari 2004.

<sup>17</sup> Section 106 (d) SOX.

<sup>18</sup> Artikel 130 W. Venn. juncto artikel 4bis Wet 22 juli 1953. Ter illustratie: op het einde van 2002 waren er in België 360 BVBA's lid van het I.B.R. en 44 CV's (voor de evolutie van deze data zie C. D'HONDT en E. VAN MEENSEL, "Evolutie van de ledenlijst van het I.B.R.", *Periodieke Berichten I.B.R.*, speciaal nummer juli/augustus 2003, 27). Er dient op gewezen dat de verschillende Amerikaanse rechtsvormen geen volledige gelijke kennen in het Belgische recht.



### 2.1.2.3. Controle van een Belgische dochtervennootschap van een aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap

Dezelfde registratieplicht rust op het auditkantoor die op een substantiële wijze bijdraagt aan de voorbereiding van of het opmaken - "prepare" of "furnish" - van een controleverslag van de aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap.

Dit laatste slaat op twee onderscheiden situaties:

- 1) op materiële wijze diensten verstrekken waarop een auditkantoor in haar controleverslag van een aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap steunt; of
- 2) meer dan de helft van de controleprocessen uitvoeren van een dochtervennootschap van een aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap. In dat geval geldt de registratieplicht indien de activa of de omzet van de dochtervennootschap 20% van de geconsolideerde activa of omzet overstijgt en de controleprocessen noodzakelijk zijn voor het controleverslag van de commissaris van de aan de Amerikaanse beurs genoteerde moedervernootschap.

#### (A) 2.1.2.3.1. Materiële dienstverlening

Het is weinig waarschijnlijk - doch zeker niet uitgesloten - dat de eerste situatie veel Belgische revisoren zal dwingen tot registratie. Uit deze bepaling volgt niettemin dat bepaalde revisoren en in voorkomend geval onder meer ook externe belastingconsulenten die voor de (belangrijkste) commissaris van Delhaize en Icos of een andere aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap bepaalde prestaties hebben verricht ook registratieplichtig worden indien de dienstverlening materieel is. De materialiteit wordt naar Amerikaans recht bepaald, enerzijds, aan de hand van het aantal uren die worden gepresteerd of de honoraria die worden betaald. Anderzijds moeten deze werkzaamheden van de deskundige ook gerelateerd zijn aan het verstrekken van het volledige of een deel van het controleverslag. Wanneer de dienstverlening meer dan 20% van de honoraria of uren die door belangrijkste auditor worden verstrekt of worden aangerekend overstijgt, is de deskundige registratieplichtig.<sup>19</sup>

Een noot van de PCAOB bij deze regel verplicht tot de berekening van de verhouding van de prestaties tot deze van de *belangrijkste* commissaris. Deze laatste is het auditkantoor dat het auditrapport verstrekt.

Dat deze omschrijving niet sluitend is, hoeft geen betoog. Zo is het onder meer niet duidelijk op welke wijze de berekening van de honoraria van de belangrijkste commissaris<sup>20</sup> moet geschieden of wanneer werkzaamheden van een deskundige in verband staan met het verstrekken van een controleverslag. De PCAOB stelde wel uitdrukkelijk vast dat de regel niet van toepassing is wanneer twee van elkaar onafhankelijke deskundigen ieder

<sup>19</sup> Zie noot 1 bij rule 1001, (p)(ii) PCAOB release No. 2003-007.

<sup>20</sup> De verhouding moet immers worden bepaald op basis van de honoraria of het aantal gepresteerde uren van de "principal auditor".



werkzaamheden verrichten die gezamenlijk het geviseerde bedrag of aantal uren overschrijden.<sup>21</sup>

Het verdient vermelding dat het Wetboek van vennootschappen, de algemene controlenormen evenals een aantal controleaanbevelingen van het I.B.R. handelen over het gebruik van de werkzaamheden van confraters of deskundigen.

Artikel 139 W. Venn. laat de commissaris toe zich te laten bijstaan bij de uitoefening van hun taak door aangestelden of andere personen voor wie zij instaan.

Twee controleaanbevelingen slaan op het gebruik van werkzaamheden van derden. Het betreft de aanbeveling van 4 maart 1988 inzake gebruik van de werkzaamheden van een andere revisor en de aanbeveling van 6 september 1996 inzake het gebruikmaken van de werkzaamheden van deskundigen.

Uit deze aanbevelingen doch ook uit de algemene controlenormen valt af te leiden dat het niet verboden is te steunen op de werkzaamheden van deze derden mits de commissaris een aantal voorzorgsmaatregelen in acht neemt. De algemene controlenormen vermelden uitdrukkelijk de mogelijkheid om als revisor te steunen op de werkzaamheden van een andere revisor. De norm 1.1.4. stelt immers dat *"de revisor kan steunen op de werkzaamheden van een andere revisor over wiens werkzaamheden hij een oordeel zal gevormd hebben. In verband met gegevens over buitenlandse ondernemingen, zal hij ook mogen steunen op de werkzaamheden van een confrater over wiens deskundigheid, onafhankelijkheid en kwaliteit van werkzaamheden hij zich een oordeel zal gevormd hebben."*<sup>22</sup>

Het spreekt voor zich dat wanneer een aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap wordt gecontroleerd door een college van commissarissen, allen aan de registratieplicht zullen onderworpen zijn. Er kan wel worden op gewezen dat in dat geval de boven aangeduide grens van materieel belang, sneller kan worden overschreden omdat slechts de honoraria of uren van de belangrijkste commissaris als berekeningsbasis wordt gebruikt. België kent evenwel geen rangorde van commissarissen, er is alleen een werkverdeling mogelijk.<sup>23</sup> In dat geval blijft een onduidelijkheid bestaan. Aangezien de PCAOB als "principal accountant" het auditkantoor aanwijst dat het controleverslag verstrekt, is bij de Belgische "joint audit" het niet mogelijk om op basis van deze regel een onderscheid te maken.

#### *(B) 2.1.2.3.2. Opdrachten bij dochtervennootschappen*

Het is waarschijnlijk dat een aantal revisoren(vennootschappen) zich moeten melden, niet omdat zij een aan de Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap controleren, doch omdat zij een belangrijke dochter van een aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap controleren.

Opdat deze revisoren(vennootschappen) registratieplichtig zijn moeten een aantal voorwaarden cumulatief worden voldaan:

<sup>21</sup> Zie noot 15 appendix 3, PCAOB release no. 2003-007.

<sup>22</sup> I.B.R., "Algemene controlenormen", in *Vademecum 2002*, Standaard Uitgeverij, 2002, 882.

<sup>23</sup> Zie artikel 137, §2 W. Venn.



- De werkzaamheden hebben betrekking op meer dan 50% van de controleprocedures bij een dochtervennootschap<sup>24</sup>;
- de activa of de omzet van de dochtervennootschap moet 20% van de geconsolideerde activa of omzet overstijgen;
- De werkzaamheden moeten noodzakelijk zijn voor de belangrijkste commissaris om het controleverslag van de aan de Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap te verstrekken;
- De 20%-grens moet worden bepaald bij aanvang van het belastingsjaar van de aan de Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap (en moet maar éénmaal per jaar worden vastgesteld).

Deze regel vindt zijn grondslag in section 106 (a) (2) SOX. De Amerikaanse wetgever verleende de PCAOB aldaar de bevoegdheid de normen vast te leggen ter beoordeling van de registratieplicht van buitenlandse revisorenkantoren.

De wijze waarop de consolidatie geschiedt, wordt niet nader toegelicht. Er mag worden aangenomen dat dit in overeenstemming met de Amerikaanse normen moet geschieden. De PCAOB doelt op om het even welke dochter, derhalve kan er geargumenteed worden dat ook kleindochters worden geïnvloed. Dit mag worden afgeleid uit "*regardless of its form of organization and/or control relationship with the issuer*"<sup>25</sup>.

Aangezien ons land bekend staat om de vele dochtervennootschappen van buitenlandse internationaal opererende groepen, staat het vast dat verscheidene revisorenvennootschappen luidens deze verplichting registratieplichtig zijn. Anderzijds rijst de vraag of een college van twee of meer commissarissen tot gevolg kan hebben dat geen enkele commissaris aan de eerste voorwaarde beantwoordt. Er kan worden gevreesd dat de afwezigheid van enige duiding van de "principal" commissaris in het Belgische recht tot gevolg heeft dat de PCAOB allen als "principal accountant" zal beschouwen.

### 2.1.3. Te verstrekken informatie

#### 2.1.3.1. Overzicht

Indien een auditkantoor vaststelt dat zij onderworpen is aan de registratieplicht, zal zij een antwoord moeten verstrekken op een aantal door de PCAOB uitgekiende vragen. De basisidee waarop de vragenlijst van de PCAOB steunt, is het streven naar volledige transparantie van de auditkantoren. De hevige kritiek die werd geuit op de omzetting van deze idee in een gedetailleerde vragenlijst in de ontwerpreglementering, heeft de PCAOB ertoe gebracht in de definitieve "rules" een uitzondering toe te staan waarbij bepaalde antwoorden strikt confidencieel zullen behandeld worden dan wel geen antwoord moet worden verstrekt.

---

<sup>24</sup> In de regel zal dit de commissaris zijn van de dochter, doch de uitsplitsing kan van belang zijn in het geval een college van commissarissen bij de Belgische dochter werd ingesteld.

<sup>25</sup> Appendix 3, page A3-xiv, PCAOB release no. 2003-007.



Het aanmeldingsformulier bestaat uit zeven onderscheiden delen die om evidente redenen, nauw aansluiten bij de regeling zoals vastgesteld door de SOX:

- Part I. De identiteit van de registratieplichtige
- Part II. De identiteit van de cliëntèle en de honoraria
- Part III. Voorbehouden
- Part IV. Verklaring omtrent het beleid inzake kwaliteitscontrole
- Part V. Informatie omtrent geschillen
- Part VI. Meningsverschillen met de cliëntèle
- Part VII. Medewerkers en samenwerking
- Part VIII. Bevestiging van medewerking

Daarna volgt nog een deel over de verplichting tot ondertekening en het deel omtrent de bijlagen. Een ontwerprelease voor buitenlandse registratieplichtigen voegt toe dat in exhibit 99.3. een overzicht kan worden geboden over het (Belgische) systeem van toezicht op het beroep.

Deze onderscheiden delen worden onder, na een bespreking van de uitzonderingen op de informatieplicht, kort toegelicht, waarbij tevens aandacht wordt besteed aan de samenlezing van de "rules" met het Belgische recht.

#### 2.1.3.2. Confidentiële behandeling van de registratie en geheimhouding

De PCAOB licht de boven vermelde twee uitzonderingen op de informatieontsluiting nader toe in de rules 2105 en 2300.

Het is de registratieplichtige toegestaan de PCAOB te verzoeken informatie confidentieel te behandelen in het geval deze informatie niet publiek beschikbaar is, hem toebehoort of een wetsbepaling tegen de openbaarmaking pleit.<sup>26</sup> Op de registratieplichtige rust de verplichting de confidentiële informatie aan te duiden en toe te lichten waarom deze gegevens hem toebehoren of worden beschermd. De PCAOB beschikt over een discretionaire bevoegdheid om de confidentiële behandeling al dan niet toe te kennen. De gegevens zullen niet worden openbaar gemaakt totdat de PCAOB een beslissing heeft genomen. Indien de confidentiële behandeling wordt geweigerd, wordt de registratieplichtige hiervan tijdig verwittigd. Deze laatste beschikt over de mogelijkheid zijn registratieverzoek in te trekken. Hiervoor is een geëigende procedure van toepassing die wordt toegelicht in de PCAOB release No. 2003-016 van 29 september 2003 "Final rule on withdrawal from registration".

De instemming tot confidentiële behandeling verhindert niet dat de PCAOB over de mogelijkheid beschikt de informatie over te maken aan de SEC of te gebruiken in een rechtszaak. Aldus maakt de PCAOB duidelijk dat het verzoek tot confidentiële behandeling niet voldoende is om de revisor van zijn revisorale geheimhoudingsplicht te ontslaan.

De registratieplichtige beschikt eveneens over de mogelijkheid bepaalde informatie niet mede te delen wanneer een buitenlandse wetsbepaling dit verbiedt. Daartoe is de registratieplichtige verplicht de relevante wetsbepaling te vermelden, de PCAOB een "legal opinion" te verstrekken alsook een nota omtrent de inspanningen die de registratieplichtige zich heeft

---

<sup>26</sup> Rule 2300.





getroost om het wetsconflict op te lossen alsook een verklaring dat de registratieplichtige geen vrijgeleide tot melding van de informatie aan de PCAOB heeft kunnen bekomen.<sup>27</sup>

Het is vereist dat een “law of a non-U.S. jurisdiction” de mededeling verbiedt. De PCAOB licht niet toe of hiermee uitsluitend wettelijke bepalingen worden gevisieerd dan wel rechtsnormen. Aangezien deze regel een uitzondering vormt op het transparantiebeginsel, kan worden geargumenteed dat slechts wetsbepalingen door de PCAOB zullen worden aanvaard.<sup>28</sup>

Dit onderscheid is niet zonder belang. Naar Belgisch recht onderscheidt het beroepsgeheim zich van de discretieplicht. Het beroepsgeheim komt onder aan bod. Het omvat enerzijds de zwijgplicht die strafrechtelijk wordt beteugeld en het zwijgrecht dat gelieerd is aan de procedure, met name het beroepsgeheim als wettige reden om ontslagen te worden een getuigenis in de rechtszaal af te leggen.

De discretieplicht strekt ertoe informatieontsluiting te verhinderen behoudens aan diegenen die tot kennisname gerechtigd zijn. Deze plicht beschermt de opdracht, taak of ambt waarvoor de discretieplicht geldt.<sup>29</sup> Het verleent evenwel niet het recht niet te getuigen of zich van medewerking aan de bewijsvoering te onthouden. De discretieplicht heeft volgens bepaalde auteurs geen wettelijke grondslag, doch kan in een aantal wetsbepalingen worden teruggevonden.<sup>30</sup> Het meest bekende voorbeeld is terug te vinden in artikel 17, 3°, a. van de arbeidsovereenkomstenwet. Dit artikel verbiedt de werknemer fabrieksgeheimen, zakengeheimen of vertrouwelijke aangelegenheden waarvan hij kennis kan krijgen bij de uitoefening van zijn werkzaamheden, bekend te maken. Hoewel niet identiek, is er ook de strafrechtelijke gesanctioneerde bepaling omtrent het verbod tot de bekendmaking van fabrieksgeheimen.<sup>31</sup>

Daarnaast bestaat er een discretieplicht bij vele dienstverlenende beroepen. Deze discretieplicht is er op gericht de persoonlijke levenssfeer van de cliëntèle te beschermen. Een schending van deze regel kan aanleiding geven tot een tuchtrechtelijke sanctie. Deze discretieplicht, soms door de wetgever verward met het beroepsgeheim, kan door een koninklijk besluit worden opgelegd.<sup>32</sup>

Tot slot verdient ook de contractuele discretieplicht vermelding. Vaak bevat een overeenkomst een bepaling om informatie die tussen de contractpartijen wordt uitgewisseld, niet openbaar te maken.

---

<sup>27</sup> Rule 2105.

<sup>28</sup> Een recente beschikking van de District Court of Massachusetts toont duidelijk aan dat transparantie hoog in het vaandel wordt gevoerd. De Amerikaanse rechter verplichtte een Belgische commissaris alle werkdocumenten die hij over een bepaalde vennootschap beschikt, over te leggen. Het baatte niet om zich te verschuilen achter het beroepsgeheim. Een van de redenen waarop de Amerikaanse rechter zich baseerde om het beroepsgeheim terzijde te schuiven, betrof de vaststelling dat de eiser als burgerlijke partij in een Belgische strafzaak reeds inzage had verkregen van een aantal van de gevraagde documenten. Het beroepsgeheim kan niet meer worden ingeroepen, zo oordeelde althans de Amerikaanse rechter, omdat de inzage door de eiser volstaat om het geheim karakter van de documenten te fnuiken (District Court of Massachusetts, Civil Action 00-11589-PBS, November 13, 2003).

<sup>29</sup> B. ALLEMEERSCH, “Het toepassingsgebied van art. 458 Strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes”, *R.W.* 2003-2004, (1), 2, nr. 4 en 6.

<sup>30</sup> B. ALLEMEERSCH, “Het toepassingsgebied van art. 458 Strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes”, *R.W.* 2003-2004, (1), 2, nr. 6.

<sup>31</sup> Het aantal veroordelingen voor de schending van deze bepaling is zeer bescheiden.

<sup>32</sup> Zie terzake de Kaderwet van 1 maart 1976 tot reglementering van de beroepstitel en van de uitoefening van de dienstverlenende intellectuele beroepen, *B.S.* 27 maart 1976 alwaar in artikel 2, §5, 4. sprake is van het beroepsgeheim daar waar eerder een discretieplicht wordt bedoeld.



Het is evident dat informatie en gegevens zowel onder het beroepsgeheim als de discretieplicht kunnen vallen. Niet alle informatie waarover een persoon beschikt en waarvoor hij zich discreet moet opstellen, is onderworpen aan het beroepsgeheim.

### 2.1.3.3. De identiteit van de registratieplichtige

Naast de naam, het adres, de rechtsvorm, de vestigingen en de belangrijkste contactpersoon moeten aan de PCAOB ook gegevens worden verstrekt over:

- het inschrijvingsnummer in het register van de burgerlijke vennootschappen bij het Instituut der Bedrijfsrevisoren;
- de naam en het adres van de met de registratieplichtige geassocieerde entiteiten die accountancy-activiteiten ontplooiën of controleverslagen dan wel hiermee vergelijkbare verslagen aan andere dan de aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap verstrekken. Personen die tot dezelfde burgerlijke vennootschap behoren en auditdiensten verstrekken aan een aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap moeten elders worden geïdentificeerd.<sup>33</sup>

Slechts het inschrijvingsnummer van de burgerlijke vennootschap moet hier worden gemeld, niet dit van de individuele bedrijfsrevisoren. Ook inschrijvingsnummers van geassocieerde entiteiten die zich bij een andere toezichthoudende overheid moeten aanmelden, moeten niet worden verstrekt, vermeldt de PCAOB in zijn toelichting.

De PCAOB licht het begrip geassocieerde entiteiten nader toe in Rule 1001. Het betreft alle entiteiten die direct of indirect de registratieplichtige controleren of gecontroleerd worden door de registratieplichtige, dan wel onder een gezamenlijke controle staan. In de toelichting verwijst de PCAOB naar regulation S-X. Deze laatste vermeldt ook expliciet buitenlandse entiteiten.<sup>34</sup> De regels voegen niet toe wat onder controle wordt begrepen. Dit is nochtans niet zonder belang. In Belgisch recht kan worden verwezen naar artikel 5 en volgende van het Wetboek van vennootschappen. Aldaar wordt immers een onderscheid gemaakt tussen de controle in rechte en de controle in feite.

De Belgische regeling inzake het aandeelhouderschap van revisorenvennootschappen is zeer streng. Slechts personen die de hoedanigheid van bedrijfsrevisor, in binnen- of buitenland bezitten, mogen vennoot zijn. De vennoot kan een rechtspersoon zijn die is ingeschreven in het register van het I.B.R. of in het buitenland over een gelijkwaardige hoedanigheid beschikt. Het Koninklijk Besluit van 14 februari 1989 bevat terzake nadere toelichtingen.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Meer bepaald in deel VII.

<sup>34</sup> De bepaling waarnaar wordt verwezen (Rule 2-01(f)(2) Regulation S-X) vermeldt: “*Accounting firm means an organization (whether it is a sole proprietorship, incorporated association, partnership, corporation, limited liability company, limited liability partnership, or other legal entity) that is engaged in the practice of public accounting and furnishes reports or other documents filed with the Commission or otherwise prepared under the securities laws, and all of the organization's departments, divisions, parents, subsidiaries, and associated entities, including those located outside of the United States. Accounting firm also includes the organization's pension, retirement, investment, or similar plans.*”

<sup>35</sup> Koninklijk Besluit van 14 februari 1989 tot vaststelling van de voorwaarden voor toekenning van de hoedanigheid van lid van het Instituut der Bedrijfsrevisoren aan de natuurlijke personen en de



De Raad van het Instituut der Bedrijfsrevisoren verdedigt bovendien de stelling dat een bedrijfsrevisor-natuurlijke persoon slechts in één revisorenvennootschap vennoot mag zijn. Gegeven het exclusiviteitsprincipe kan deze stelling worden bijgetreden.<sup>36</sup> Hieruit volgt dat het aantal "associated entities" wellicht beperkt is, hoewel piramides van revisorenvennootschappen niet uit te sluiten vallen.

Daarnaast bestaat voor bedrijfsrevisoren ook de mogelijkheid middelenvennootschappen in te richten, in voorkomend geval met een ander intellectueel beroep.<sup>37</sup> Deze entiteiten hebben evenwel niet tot doel "practice of public accounting" of "preparing or issuing audit reports". Hieruit volgt dat zij niet door deze openbaarmakingsverplichting worden gevisieerd.

Anderzijds is het de bedrijfsrevisor toegelaten om aandeelhouder, zelfs meerderheidsaandeelhouder te zijn in een handelsvennootschap indien hij zich onthoudt van iedere inmenging in het bestuur van de vennootschap.<sup>38</sup> Zoals bij de boven vermelde middelenvennootschap zal dergelijke vennootschap niet tot doel hebben de "practice of public accounting or preparing or issuing audit reports". De registratieplicht geldt in dat geval niet.

Bijkantoren en dochters van een Belgische revisorenvennootschap zullen in het licht van de definitie voor "associated entities" wel moeten worden aangemeld.

#### 2.1.3.4. Identiteit van de cliëntèle en honoraria

De normen van de PCAOB schrijven voor dat over de aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap en de door haar aan de "registratieplichtige" betaalde honoraria, volgende gegevens moeten worden medegedeeld:

- de zetel van de vennootschap (de PCAOB heeft het over "business address", de beide aan een Amerikaanse beurs genoteerde Belgische vennootschappen verwijzen naar de maatschappelijke zetel);
- de datum van het controleverslag;
- het totale bedrag aan honoraria aangerekend aan de aan de Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap waarvoor het controleverslag werd opgesteld voor controlediensten tijdens de belastbare periode<sup>39</sup> van deze laatste;
- het totale bedrag aan honoraria aangerekend aan de aan de Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap waarvoor het controleverslag werd opgesteld voor andere controlediensten tijdens de belastbare periode van deze laatste;

---

rechtspersonen bedoeld in artikel 4ter van de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van het Instituut der Bedrijfsrevisoren, *B.S.* 10 maart 1989.

<sup>36</sup> Zie I.B.R., *Vademecum voor de Bedrijfsrevisor*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2002, 298.

<sup>37</sup> Onder meer met de Franstalige Orde van advocaten bij de balie van Brussel werd een overeenkomst gesloten inzake het oprichten van een middelenvennootschap (overeenkomst van 6 januari 2000). Of deze overeenkomst te rijmen valt met de nieuwe onafhankelijkheidsregels van de commissaris wordt in deze bijdrage niet onderzocht.

<sup>38</sup> I.B.R., *Vademecum voor de Bedrijfsrevisor*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2002, 502-503.

<sup>39</sup> Het aanmeldingsformulier spreekt van «fiscal year».



- het totale bedrag aan honoraria aangerekend aan de aan de Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap waarvoor het controleverslag werd opgesteld voor andere dan controlediensten tijdens de belastbare periode van deze laatste;

De PCAOB voegt hier aan toe dat slechts de bedragen van de voornaamste "accountant", met name deze die het controleverslag heeft verstrekt, worden geïndiceerd.

Dezelfde verplichtingen gelden ook voor het lopende kalenderjaar in de mate er controleverslagen worden verstrekt of voorbereid. De identiteit en het adres van de aan de Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap waarvan kan worden verwacht dat een controle zal moeten worden verricht of waarin een substantiële rol zal worden gespeeld door de registratieplichtige, moeten eveneens worden gemeld.

Naar Belgisch recht wordt een commissaris benoemd voor een periode van 3 jaar waaruit volgt dat tot en met het derde jaar vrij grote zekerheid bestaat wie de controleopdracht zal verrichten.

Enige toelichting omtrent de begrippen controleopdrachten, andere controleopdrachten en andere dan controleopdrachten is vereist.

#### (C) 2.1.3.4.1. *Controleopdrachten*

Onder controleopdrachten begrijpt de PCAOB deze professionele diensten die voor de controle van de jaarlijkse financiële staten van een aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap worden geleverd alsook, in voorkomend geval, de controle van kwartaalrapporten. Na 15 december 2003 komt daar nog bij deze diensten die normaal worden geleverd door de "accountant" en verband houden met de wettelijke of reglementaire registraties of verplichtingen.<sup>40</sup>

De bezoldiging die de commissaris voor deze opdracht ontvangt, moet de PCAOB worden medegedeeld.

De toepassing van deze meldingsplicht, in overeenstemming met de Belgische regelgeving, vereist een korte toelichting.

De algemene vergadering stelt de remuneratie van de commissaris voor zijn controleopdracht vast. Hieruit volgt dat, theoretisch, slechts dit orgaan<sup>41</sup> op de hoogte is van deze bezoldiging, alsmede, in voorkomend geval, de ondernemingsraad. De publicatie is evenwel niet verboden en vele genoteerde vennootschappen publiceren het bedrag in de oproeping tot de algemene vergadering of in het jaarverslag.<sup>42</sup> Het jaarverslag 2002 van Delhaize bevat terzake volgende

---

<sup>40</sup> voor de betrokken belastingjaren.

<sup>41</sup> En dan nog alleen de algemene vergadering van het jaar waarin de commissaris wordt (her)benoemd. De remuneratie vormt een kost voor de vennootschap en zal in de jaarrekening worden opgenomen. De aandeelhouder heeft derhalve het recht op de algemene vergadering hiernaar te informeren.

<sup>42</sup> Een studie over het boekjaar 2000 wijst uit dat ongeveer 1/3 van de vennootschappen in hun jaarverslag of in de oproeping tot de algemene vergadering in 2001 informatie over de vergoeding van de controleopdracht verstrekten (zie C. VAN DER ELST, "De onafhankelijke commissaris: transparantie en juridisch-economische beoordeling van het Belgisch normerend kader", *T.R.V.* 2002, 130 e.v.).

Samenvattend werden de volgende resultaten gevonden:

Omvang van de vergoeding voor de controleopdracht



informatie. De kostprijs van de wettelijke controle van de statutaire jaarrekening van Delhaize bedroeg 189.800 euro; deze van de dochtervennootschappen 1.059.200 euro en beperkte controles uitgevoerd tijdens de loop van het boekjaar 143.322 euro.

Bij de bepaling van de vergoeding voor de controleopdracht moet de commissaris rekening houden met de verplichtingen jegens de ondernemingsraad. De vraag rijst of deze vergoeding in mindering moet worden gebracht bij melding aan de PCAOB aangezien deze niet door deze laatste wordt geviseerd. Hierop kan pragmatisch worden geantwoord dat het aan de taken jegens de ondernemingsraad verbonden honorarium slechts zal kunnen worden weggelaten in de mate dat het in artikel 134, §1 W. Venn. vastgestelde bedrag opsplitsbaar wordt geacht. Wellicht is dit vaak niet het geval en zal het bedrag zoals dit door de algemene vergadering werd vastgesteld, moeten worden gemeld.

In België bestaat (nog?) geen algemene plicht tot kwartaalrapportering<sup>43</sup>, doch wel, althans voor genoteerde vennootschappen, tot een semesteriële rapportering. De vraag rijst of, in het geval de commissaris overgaat tot de controle van de semesteriële informatie, het honorarium dat hij hiervoor ontvangt tot deze categorie behoort. In zijn toelichting verwijst de PCAOB naar de definitie van de SEC in zijn rule “Strengthening the Commission’s requirements regarding auditor independence” van 28 januari 2003 en gewijzigd op 26 maart 2003. In deze rules verwijst de SEC op zijn beurt naar de bedragen die worden ontvangen voor de controle van financiële informatie die wordt ter beschikking gesteld in formulier 10-Q of 10-QSB, met name deze die dienen gebruikt te worden voor de publicatie van kwartaalinformatie zoals vastgelegd in section 13 en 15(d) van de Securities Act 1934. Deze Act verwijst niet naar semesteriële informatie zodat kan geargumenteed worden dat het honorarium dat de commissaris voor de controle van deze informatie ontvangt niet tot deze categorie behoort. Dit deel van het honorarium van de commissaris zal normaliter moeten worden vermeld bij de “other accounting services”.<sup>44</sup>

Indien de vennootschap vrijwillig kwartaalverslagen opstelt en deze laat controleren door de commissaris, moeten de door deze laatste ontvangen bedragen worden gemeld.

Tot de categorie van de “controleopdrachten” behoren luidens de Amerikaanse normen ook de diensten die normaal worden geleverd door de “accountant” en verband houden met de wettelijke of reglementaire neerlegging van de rekeningen of verbintenissen die hiermee verband houden. In het Belgische Wetboek van vennootschappen bepaalt artikel 98 W. Venn. dat de jaarrekening moet worden neergelegd door toedoen van de bestuurders of zaakvoerders. Het is niet gebruikelijk, mocht deze taak alsnog door de commissaris worden uitgevoerd, dat hiervoor een van de controleopdracht afzonderlijke vergoeding wordt

---

in euro	groep	enkelvoudig	geen detail
gemiddeld	180.991	27.796	156.932
standaardafwijking	275.995	27.240	561.694
mediaan	59.742	19.212	40.902
minimum	17.850	12.395	9.916
maximum	788.512	80.000	3.267.000
aantal meldingen	7	6	33

<sup>43</sup> Artikel 9 van het Koninklijk Besluit 31 maart 2003 betreffende de verplichtingen van emittenten van financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de verhandeling op een Belgische gereguleerde markt (*B.S.* 29 april 2003) bepaalt dat indien een kwartaalcommuniqué door een vennootschap wordt gepubliceerd, een aantal welbepaalde gegevens moeten worden openbaar gemaakt.

<sup>44</sup> Cf. infra.



vastgesteld. Er mag nog worden vermeld dat hieronder nader wordt toegelicht welke diensten de onafhankelijkheid van de Belgische commissaris aantasten. De neerlegging van de jaarrekening behoort niet tot de lijst van de onafhankelijkheidsaantastende opdrachten.

Er blijft de vaststelling dat het Belgische recht inzake de (ontstentenis van de plicht tot) bekendmaking van de bezoldiging van de commissaris voor zijn controleopdracht niet in overeenstemming is met de - weliswaar niet bindende - aanbeveling van de Europese Commissie. De honoraria die de commissaris heeft ontvangen voor de controlediensten moet op een passende wijze worden openbaar gemaakt stelt de Europese aanbeveling 5.1.<sup>45</sup>

#### (D) 2.1.3.4.2. Andere controleopdrachten

Andere controleopdrachten zijn deze diensten die redelijkerwijze verband houden met het uitvoeren van de “audit” of controle van de financiële staten van een aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap, andere dan de controleopdrachten. De PCAOB licht deze dienstverlening nader toe als de opdrachten die normaal worden verstrekt door de commissaris en die slaan op de controle of nazicht van de financiële staten met inbegrip van de “assurance” taken, zonder dat deze de controleopdracht zelf betreffen. Het betreft onder andere de controle naar aanleiding van het opstellen van een plan omtrent werknemersparticipatie, “due diligence” bij overnames en fusies, controles die verband houden met fusies, consultaties die verband houden met accounting, nazicht van de interne controle en attestaties die niet door de wet of een reglement werden opgelegd.

De SEC duidt de honoraria die hieraan verbonden zijn, aan als “audit related fees”.

Sommige van deze diensten worden ook door de Belgische wetgever aangestipt. Zij tasten de onafhankelijkheid van de Belgische commissaris niet aan. Als voorbeeld kan worden verwezen naar een “due diligence”. Uit lid 7 artikel 133 W. Venn. waar wordt bepaald dat “*met de prestaties geleverd om de economische en financiële gegevens van een derde onderneming die de vennootschap of één van haar dochtervennootschappen wenst te verwerven of verworven heeft te controleren*” geen rekening gehouden wordt bij de berekening van de “one-to-one” verhouding, volgt dat deze dienstverlening de onafhankelijkheid niet aantast.

“Nazicht van de interne controle” vormt een onderdeel van de algemene controleopdracht van de commissaris. Dit volgt uit de algemene controlenorm 2.4. naar luid waarvan “*de bedrijfsrevisor zijn mening onder meer zal steunen op het onderzoek van het systeem van interne controle*”. Dit moet worden onderscheiden van de deelname aan de interne auditfunctie, een dienstverlening die deel uitmaakt van de lijst van “verboden diensten”.<sup>46</sup>

#### (E) 2.1.3.4.3. Andere dan controleopdrachten

---

<sup>45</sup> Aanbeveling 2002/590/EG van de Commissie van 16 mei 2002 – Onafhankelijkheid van de met de wettelijke controle belaste accountant in de EU: basisbeginselen, *PB. L.* nr. 191, 19 juli 2002.

<sup>46</sup> Artikel 183ter, 5° K.B. 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen, zoals ingevoegd bij artikel 2 K.B. 4 april 2003 betreffende de prestaties die de onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang brengen, B.S. 19 mei 2003.



Zoals boven geduid, is de vergoeding voor bepaalde diensten die de Amerikaanse overheden afscheiden van de controleopdracht, naar Belgisch recht reeds vervat in de vergoeding voor de controleopdracht. De PCAOB beschouwt de andere dan controlediensten als een restpost. Het omvat, althans vanaf 15 december 2003, alle andere diensten die niet behoren tot de controleopdrachten, andere controleopdrachten en diensten omtrent belastingen. Onder, bij het deel omtrent de onafhankelijkheid van de commissaris wordt nader ingegaan op de diensten die de onafhankelijkheid in het gedrang brengen.

#### 2.1.3.5. Verklaring omtrent het beleid inzake kwaliteitscontrole

De registratieplichtige moet de PCAOB op een beschrijvende en samenvattende wijze inlichten over zijn beleid inzake (interne) kwaliteitscontrole omtrent accounting en controlepraktijken met inbegrip van deze die betrekking hebben op de naleving van de onafhankelijkheid.

Op Europees niveau werd reeds in 2000 door de Europese Commissie een aanbeveling uitgevaardigd waarin twee soorten van kwaliteitscontrole aanvaardbaar en gelijkwaardig worden geacht: de collegiale toetsing en het externe toezicht.<sup>47</sup> Hierbij acht de Europese Commissie het noodzakelijk dat de resultaten van het onderzoek op adequate wijze worden bekendgemaakt. De Commissie oordeelde dat de bekendmaking op een geaggregeerde wijze en niet nominatim mag geschieden.

In België werd geopteerd de kwaliteitscontrole te organiseren in de vorm van een "peer review". De Commissie Kwaliteitscontrole heeft voor de uitwerking en implementatie van deze procedure de nodige bevoegdheden vanwege de Raad van het I.B.R. bekomen. De voor de kwaliteitscontrole aangeduide revisoren beschikken over een gedetailleerde leidraad op basis waarvan een eindverslag wordt opgesteld.<sup>48</sup>

Uiteraard zal het onvoldoende zijn als registratieplichtige te verwijzen naar het systeem van de externe kwaliteitscontrole. De norm van de PCAOB reikt verder door de registratieplichtige te verplichten zijn kwaliteitsbeleid toe te lichten. Het volstaat niet het werk gedegen uit te voeren, het moet ook worden omkaderd. Het I.B.R heeft reeds in 1998 omtrent de controlewerkzaamheden een aanbeveling uitgebracht.<sup>49</sup> Deze aanbeveling strekt tot het vastleggen van de grondslagen omtrent kwaliteitsbeheersingsmaatregelen binnen een revisorenkantoor alsook bij het verrichten van een individuele controleopdracht.

Ook de aanbeveling van de Europese Commissie omtrent de onafhankelijkheid van de commissaris vergt het uitstippelen en in stand houden van een intern veiligheidssysteem dat een geïntegreerd deel uitmaakt van de algemene bestuurlijke en interne controlestructuur van het kantoor.

---

<sup>47</sup> Aanbeveling 2001/256/EG van de Commissie van 15 november 2000 inzake waarborging van de kwaliteit van de wettelijke controle in de Europese Unie: minimumvereisten, *PB. L.* nr. 91, 31 maart 2001.

<sup>48</sup> Voor een uitgebreide bespreking van dit stelsel zie I.B.R., *Vademecum voor de Bedrijfsrevisor*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2002, 433 e.v.

<sup>49</sup> Aanbeveling kwaliteitsbeheersing en controlewerkzaamheden, zie I.B.R., *Vademecum voor de Bedrijfsrevisor*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2002, 1041.



De verplichte toelichting in het registratieformulier van de PCAOB lijkt niet onverenigbaar met een Belgische rechtsnorm.

#### 2.1.3.6. Informatie omtrent geschillen

De registratieplichtige alsook de geassocieerde personen moeten de PCAOB voorzien van informatie over bepaalde rechtsgeschillen. De geassocieerde personen zijn, luidens rule 1001 (p)(ii), de vennoten, de partners<sup>50</sup> en de beroepsbeoefenaars in loondienst van de registratieplichtige of een zelfstandige die in het kader van het verstrekken van een controleverslag of de voorbereiding ervan:

- een deel van de winst verkrijgt dan wel op om het even welke wijze van de registratieplichtige een vergoeding ontvangt; of
- als lasthebber optreedt voor de registratieplichtige.

In het geval de tussenkomst van de geassocieerde personen beperkt blijft tot louter uitvoerende of administratieve taken of de persoon door de registratieplichtige geacht wordt (eerder) geassocieerd te zijn met een andere registratieplichtige, vervalt de mededelingsplicht omtrent de rechtsgeschillen van deze personen.

Wanneer het een niet-Amerikaanse registratieplichtige betreft, volstaat de melding van rechtsgeschillen waarbij vennoten, partners, "officers" of "managers" betrokken zijn die tenminste tien uur auditdiensten aan om het even welke aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap tijdens het vorige kalenderjaar hebben verstrekt.

De door de PCAOB gebruikte termen zijn naar Belgisch recht niet zeer duidelijk en kunnen derhalve tot belangrijke kwalificatieproblemen aanleiding geven. Als voorbeelden kan worden verwezen naar de onduidelijke begrippen "manager", "officer", "louter uitvoerende of administratieve taak", .... In een toelichting stelt de PCAOB dat een manager een persoon is die tot de hoogste niveau behoort van een revisorenvennootschap, onder het niveau van de partners.<sup>51</sup> Het valt te betwijfelen of hiermee alle onduidelijkheden worden weggenomen.

Geschillen waarover informatie moet worden verstrekt, zijn:

- hangende strafzaken dan wel een strafzaak die werd beslecht tijdens een periode van vijf jaar voorafgaand aan de registratie;
- hangende burgerlijke zaken of een alternatieve geschillenbeslechting ingeleid door een overheidsorgaan dan wel een andere entiteit<sup>52</sup> en die voortvloeien uit het optreden gerelateerd aan het opmaken van een controle- of een gelijkaardig verslag voor een cliënt die niet aan een Amerikaanse beurs is genoteerd dan wel dergelijke zaak werd beslecht tijdens een periode van vijf jaar voorafgaand aan de registratie<sup>53</sup>;
- hangende administratieve- of tuchtzaken die voortvloeien uit het optreden gerelateerd aan het opmaken van een controle- of een gelijkaardig verslag voor een

<sup>50</sup> De norm houdt het op "proprietor", "partner", "shareholder", "principal" of "accountant".

<sup>51</sup> Zie noot 36, appendix 3, p. A3-lvi PCAOB release No. 2003-007.

<sup>52</sup> Dit laatste moet worden aangemeld in een ander onderdeel van de registratie (meer bepaald item 5.2).

<sup>53</sup> De registratieplichtige of de geassocieerde entiteit moet hierbij de verweerder zijn geweest.





cliënt die niet aan een Amerikaanse beurs is genoteerd, dan wel dergelijke zaak beslecht tijdens een periode van vijf jaar voorafgaand aan de registratie.<sup>54</sup> Onderzoeken die niet hebben geleid tot het opstarten van een procedure moeten niet worden bekendgemaakt.<sup>55</sup>

Wanneer dergelijk geschil bestaat, moeten volgende gegevens worden verstrekt:

- de naam en de nummer van de zaak;
- de naam en het adres van het rechtscollege waar het geschil aanhangig is (geweest);
- de namen van alle verweerders<sup>56</sup>;
- de namen van de aan de Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap of andere cliënten waarvoor het controleverslag of een ander verslag werd verstrekt;
- de tenlastelegging;
- het beschikbare gedeelte met in voorkomend geval de veroordeling van de verweerders.<sup>57</sup>

Daar waar de burgerlijke, administratieve en tuchtzaken slechts moeten worden medegedeeld in het geval een verband bestaat met het verstrekken van het controleverslag, moeten alle strafrechtelijke zaken worden gemeld. Het hoeft geen betoog dat deze bepaling kan indruisen tegen een aantal Belgische rechtsregels. Immers overstijgt deze bepaling de grondwettelijke regel dat elk vonnis in openbare terechtzitting wordt uitgesproken.<sup>58</sup> De Amerikaanse norm verwijst naar hangende rechtsgeschillen alsook naar de alternatieve geschillenbeslechting die vaak wordt gevoerd om de openbaarheid te mijden. De rechtspleging inzake tucht vindt normaliter achter gesloten deuren plaats. Slechts wanneer een bedrijfsrevisor erom verzoekt geschiedt de procedure in het openbaar.<sup>59</sup> Ook de Belgische regels omtrent het beroepsgeheim kunnen op gespannen voet staan met deze Amerikaanse meldingsplicht.<sup>60</sup>

Ook is het vereist aandacht te besteden aan andere Belgische bepalingen die een volledige ontsluiting van deze gegevens kunnen bemoeilijken. Te denken valt hier onder meer aan het arbeidsrecht. De Amerikaanse meldingsplicht viseert immers niet uitsluitend rechtspersonen of personen die op zelfstandige basis werkzaamheden verrichten, doch ook werknemers. Wanneer deze werknemers informatie moeten verstrekken over rechtsgeschillen waarbij zij betrokken zijn (geweest), zal de werkgever deze gegevens in voorkomend geval moeten opvragen. Rust op de werknemer de verplichting deze gegevens mede te delen indien hij reeds in dienst is bij de werkgever?

Ook de Belgische wetgeving omtrent de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens komt in het gedrang. Artikel 8 van de wet

---

<sup>54</sup> De registratieplichtige of de geassocieerde entiteit moet hierbij de verweerder zijn geweest.

<sup>55</sup> Deze uitzondering slaat enkel op de derde soort aan te melden procedures. Hieruit volgt de vraag of in de andere twee soorten procedures al dan niet onderzoeksmaatregelen, voor zover zij de registratieplichtige bekend zijn, moeten aangemeld worden. Het antwoord mag ontkennend zijn voor zover uit de onderzoeksfase voortvloeit dat nog geen zaak “hangende” is.

<sup>56</sup> Doch niet de naam van de eiser(s).

<sup>57</sup> Deze verplichting geldt niet voor burgerlijke procedures of alternatieve geschillenbeslechting waarbij de eiser geen overheidsorgaan is.

<sup>58</sup> Artikel 149 van de Gecoördineerde Grondwet.

<sup>59</sup> Artikel 20, §5 Wet 22 juli 1953.

<sup>60</sup> Cf. infra. 2.8.



van 8 december 1992 stelt dat “de verwerking van persoonsgegevens inzake geschillen voorgelegd aan hoven en rechtbanken alsook aan administratieve gerechten, inzake verdenkingen, vervolgingen of veroordelingen met betrekking tot misdrijven, of inzake administratieve sancties of veiligheidsmaatregelen” verboden is. Slechts een wet, decreet of ordonnantie kan hiervan afwijken. Dergelijke afwijking is niet voorhanden. Hieruit volgt dat wanneer binnen de revisorenvennootschap deze gegevens alsnog kunnen worden ingezameld, deze gegevens niet mogen worden “verwerkt” en dus ook niet kunnen worden overgemaakt aan de PCAOB. Tot slot moet ook worden gemeld dat de overmaking van gegevens naar het buitenland een aangifte bij de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer vereist met inlichtingen over de categorieën van gegevens die zullen worden doorgezonden alsook het land van bestemming.<sup>61</sup> Met de Verenigde Staten bestaan hierover bijzondere akkoorden<sup>62</sup>, doch er moet worden onderzocht of de mededeling aan de PCAOB van de beoogde gegevens wordt geïmagineerd door deze akkoorden. Dit lijkt (vooralsnog?) niet het geval te zijn.

Niet alleen in België zullen problemen rijzen om deze gegevens over te maken. De Belgische wetgeving berust immers ten dele op de Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.<sup>63</sup> Deze Richtlijn harmoniseerde de reglementering omtrent de inzameling van persoonsgegevens. Artikel 8 van de Richtlijn bevat een verbod tot inzameling van strafrechtelijke veroordelingen tenzij bijzondere afwijkingen met passende waarborgen door een lidstaat worden toegestaan. Hieruit volgt dat alle registratieplichtigen die ingezetenen zijn van een lidstaat van de Europese Unie niet ongestoord deze gegevens aan de PCAOB kunnen overmaken.

#### 2.1.3.7. Meningsverschillen met de cliëntèle

Wanneer bepaalde documenten bij de Securities and Exchange Commission worden neergelegd, moet de registratieplichtige vennootschap op dat ogenblik ook melden of er met de commissaris meningsverschillen zijn geweest omtrent accountancy principes of praktijken, de openbaarmaking van financiële staten of de omvang of procedure van de controle die, indien deze niet tot een vergelijk tussen de commissaris en de vennootschap zouden hebben geleid, de voormalige commissaris zou nopen hiervan melding te maken in zijn verslag.<sup>64</sup>

De nieuwe bepalingen van de PCAOB maken dat nu ook de registratieplichtige is gehouden deze informatie omtrent deze meningsverschillen mede te delen.

Meningsverschillen omtrent boven vermelde principes en procedures zijn niet ongewoon. In België kaart de commissaris die gewoonlijk aan in zijn “managementletter”. Een “managementletter” bevat een verslag van de commissaris met bepaalde vaststellingen op het stuk van administratieve organisatie en interne controle alsook op het stuk van de boekhouding en de jaarrekening. Deze “letter” wordt gericht aan het leidinggevende orgaan

---

<sup>61</sup> Artikel 17, §6 van de Wet van 8 december 1992.

<sup>62</sup> Zie voor verdere informatie [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/privacy/adequacy\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/adequacy_en.htm)

<sup>63</sup> *PB. L.* nr. 281, 23 november 1995.

<sup>64</sup> Zie item 304 (a)(1)(IV.) van Regulation S-K.



van de gecontroleerde vennootschap.<sup>65</sup> In voorkomend geval wijst de commissaris in dit schrijven op de gevolgen van deze vaststellingen en formuleert een aanbeveling.<sup>66</sup>

De melding van meningsverschillen aan de PCAOB (en de SEC) kent geen volledige gelijke in het Belgische recht. Niettemin bestaat er een Belgische regeling die in bepaalde gevallen zal vergelijkbaar zijn. Luidens artikel 144, 6° W. Venn. is de commissaris immers verplicht verrichtingen die werden gedaan of beslissingen die werden genomen met overtreding van de statuten of de bepalingen van het Wetboek vennootschappen te melden tenzij dit onverantwoorde schade kan veroorzaken. De melding mag slechts worden weggelaten indien het bestuursorgaan gepaste maatregelen heeft genomen om de onwettige toestand te verhelpen.

#### 2.1.3.8. Informatie omtrent medewerkers en samenwerking

Iedere "accountant" die meewerkt aan de voorbereiding van het controleverslag moet worden geïdentificeerd. Van deze "accountant" moet het inschrijvingsnummer dat hem toelaat controle- of accountancywerkzaamheden te verrichten, worden opgegeven.

Wat de buitenlandse registratieplichtige personen betreft, beperkt deze regel de verplichting tot "accountants" die vennoot, eigenaar, "officer" of "manager" zijn van de registratieplichtige en tenminste tien uur werkzaamheden hebben verricht tijdens het voorbije kalenderjaar voor om het even welke aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap.

De PCAOB licht het begrip "accountant" nader toe in rule 1001. Het betreft iedere natuurlijke persoon die of ingeschreven is als "certified public accountant" dan wel een hogeschool of universiteitsdiploma in "accounting" houdt, of de toelating heeft contracten omtrent audit of accounting te sluiten of een ander hoger onderwijsdiploma bezit en tussenkomt in de controlewerkzaamheden. "Accountants" die uitsluitend administratieve of uitvoerende taken verrichten worden niet geïdentificeerd.

Het toepassingsgebied is heel ruim en omvat een groot aantal personeelsleden van een revisorenvennootschap.

Maar er is meer. Wanneer deze toelichting naar Belgisch recht wordt geanalyseerd, volgt dat niet enkel bedrijfsrevisoren onder het toepassingsgebied vallen.

De algemene controlenorm 1.1.4 laat toe dat de revisor zich laat bijstaan door deskundige medewerkers of steunt op werkzaamheden van een andere revisor. Wat de deskundige medewerkers betreft onderscheidt de aanbeveling van 16 januari 1998 omtrent de kwaliteitsbeheersing van de controlewerkzaamheden<sup>67</sup> het personeel en de assistenten. De eerste categorie bestaat uit alle vennoten en medewerkers die betrokken zijn bij de controlepraktijk terwijl de tweede categorie slaat op een deel van het personeel, met name zij die bij de individuele controleopdracht betrokken zijn met uitzondering van de revisor. Van ieder van deze personen zal moeten gecontroleerd worden of zij meer dan tien uur

---

<sup>65</sup> L. SWOLFS en B. DE KLERCK, "Praktische benadering van de relatie tussen de bedrijfsrevisor en de bestuurders", in M. GOIRIS (ed.), *Bestuurder en besturen is twee*, Brussel, Larcier, 2003, 64.

<sup>66</sup> L. SWOLFS en B. DE KLERCK, "Praktische benadering van de relatie tussen de bedrijfsrevisor en de bestuurders", in M. GOIRIS (ed.), *Bestuurder en besturen is twee*, Brussel, Larcier, 2003, 64.

<sup>67</sup> I.B.R., *Vademecum voor de Bedrijfsrevisor*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2002, 1041.



“auditdiensten” verstrekken voor een aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap en een “hoger onderwijsdiploma” bezitten. Indien het antwoord positief is, zal zijn identiteit moeten gemeld worden indien hij kan beschouwd worden als "manager" of "officer".

De registratieplichtige moet tevens het aantal "accountants" dat door hem wordt tewerkgesteld opgeven, het totaal aantal bedrijfsrevisoren dat bij de registratieplichtige in dienst is alsook het totaal aantal personeelsleden.

#### 2.1.3.9. Bevestiging van medewerking

De belangrijkste conflicten tussen de Belgische wetgeving en de Amerikaanse registratienormen situeren zich in deel VIII van het aanmeldingsformulier van de PCAOB.

Dit deel vergt van de registratieplichtige een getekend document waarin wordt verklaard dat de gemachtigde "partner" of "officer" van de registratieplichtige zijn instemming verleent om te allen tijde mee te werken met de PCAOB en ieder verzoek van de PCAOB "ter bevordering van zijn autoriteit en zijn verantwoordelijkheid" zal inwilligen in de mate dat het verzoek slaat op het getuigen of het overmaken van documenten.

Dit deel van het registratieformulier bevat bovendien een analoge bepaling voor personen waarmee de registratieplichtige samenwerkt of die hij in dienst heeft. De gemachtigde “partner” of “officer” zal zich tevens moeten sterkmaken dat alle geassocieerde personen eveneens hun medewerking zullen verlenen. Indien deze laatsten hiertoe niet bereid zijn, moet dit tot gevolg hebben dat hun arbeidsovereenkomst of andere vorm van samenwerking niet kan worden voortgezet.

Deze instemming is essentieel. Immers meldt de PCAOB uitdrukkelijk dat deze regel te allen tijde moet geëerbiedigd worden opdat de registratie rechtsgeldig zou blijven.

Wat de buitenlandse registratieplichtigen betreft werd de regel, zoals ook reeds boven voor een aantal andere verplichtingen werd vastgesteld, beperkt tot “accountants” die vennoot, eigenaar, "officer" of “manager” zijn van de registratieplichtige en tenminste tien uur werkzaamheden hebben verricht tijdens het laatste kalenderjaar voor om het even welke aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap.

De grondslag van deze bepaling is te vinden in Section 106 (b) (1) en (2) SOX. Aldaar bepaalt de Amerikaanse wetgever dat wanneer een buitenlands revisorenkantoor een oordeel geeft waarop een registratieplichtige zich baseert om een controleverslag te verstrekken dit de instemming van het buitenlands revisorenkantoor impliceert om haar werkdocumenten aan de PCAOB of de SEC over te maken.

Deze normen zijn strijdig met het Belgische recht. Hieruit volgt ook dat Amerikaanse registratieplichtigen die zich reeds hebben aangemeld en met Belgische revisoren samenwerken in de zin van rule 1001 (p)(ii)<sup>68</sup> zich niet voor hun Belgische confraters kunnen sterkmaken dat deze laatsten zullen getuigen of de door de PCAOB gevraagde stukken zullen overmaken.

---

<sup>68</sup> “Play a substantial role in the preparation or furnishing of an Audit Report”

In de eerste plaats speelt het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor ten volle. Luidens artikel 458 Strafwetboek juncto artikel 27, tweede lid Wet 22 juli 1953 hebben bedrijfsrevisoren een algemene zwijgplicht. Artikel 458 Sw. stelt vast: "*Personen die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hen zijn toevertrouwd en deze bekendmaken buiten het geval dat zij geroepen worden om in rechte of voor een parlementaire onderzoekscommissie getuigenis af te leggen en buiten het geval dat de wet hen verplicht die geheimen bekend te maken, worden gestraft...*". Artikel 27 verklaart de toepassing van deze wetsbepaling op de bedrijfsrevisoren: "*Artikel 458 van het Strafwetboek is van toepassing op de bedrijfsrevisoren, de stagiairs en de personen voor wie zij instaan. Buiten de uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht waarin dit artikel voorziet, geldt deze plicht eveneens niet voor de mededeling van een attest of van een bevestiging verricht met de schriftelijke toestemming van de onderneming waarin zij hun taak uitoefenen, of gericht binnen het kader van de hen toevertrouwde controle over de jaarrekening of de geconsolideerde jaarrekening van een onderneming, tot een commissaris of een persoon die in een onderneming naar buitenlands recht een gelijkaardige taak uitoefent als deze van commissaris.*"

Uit deze bepalingen volgt dat niet alleen een bedrijfsrevisor niet kan voldoen aan de Amerikaanse eis van medewerking doch dat een registratieplichtige zich evenmin kan sterkmaken dat anderen dat zullen doen. Het beroepsgeheim slaat bovendien ook op de stagiairs en de personen waarvoor de bedrijfsrevisor instaat.

Het is duidelijk dat de door de PCAOB gevraagde medewerking niet valt onder één van de uitzonderingsregimes - getuigenis in rechte, verschijnen voor een parlementaire onderzoekscommissie, de wettelijke spreekplicht<sup>69</sup>, mededeling van een attest of bevestiging na instemming van de cliënt of mededeling van een attest of bevestiging aan een (buitenlandse) commissaris - en derhalve geldt het beroepsgeheim onverminderd. Het valt evenmin in het Belgische recht in te passen dat een getuigenis van een bedrijfsrevisor bij de PCAOB kadert in het horen van een verdachte waarbij deze laatste een spreekrecht verkrijgt.

Men kan ook moeilijk voorhouden dat deze Amerikaanse bepaling kadert in een onderzoek omtrent kwaliteitscontrole. In dat laatste geval is inzage in stukken mogelijk. Evenwel speelt ook in dat geval de regel dat "*geen enkel afschrift van een stuk dat uit het dossier van de cliënt wordt gelicht buiten de controle van de voor het dossier verantwoordelijke revisor in omloop mag worden gebracht*".<sup>70</sup> Het spontaan overleggen van werkdocumenten is evenmin toegestaan omdat deze documenten vertrouwelijke gegevens bevatten waarop de regels van het beroepsgeheim van toepassing zijn.

Het I.B.R. heeft zich nog niet gebogen over de vraag of een buitenlandse toezichthouder werkdocumenten mag inzien. Niettemin volgt uit de bestaande analyses van het beroepsgeheim dat het I.B.R., terecht in het licht van de algemene wettelijke bepalingen, zeer terughoudend is toestemming tot inzage van documenten te verlenen.

---

<sup>69</sup> Waarvan het belangrijkste voorbeeld de spreekplicht in kader van de witwaswetgeving betreft, doch ook de spreekplicht jegens de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel bij gevaar op discontinuïteit van de vennootschap (artikel 138 W. Venn.) of nog het recht van de ondernemingsraad op bepaalde informatie (zie artikel 151, 4° W. Venn.), enz. kunnen worden vermeld.

<sup>70</sup> I.B.R., *Vademecum voor de Bedrijfsrevisor*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2002, 559.



Wat de sterkmaking betreft, kan ook worden gewezen op arbeidsrechtelijke conflicten. Immers zal de arbeidsovereenkomst in voorkomend geval moeten worden gewijzigd, waarbij de vraag mag worden opgeworpen of de benodigde aanpassing het "ius variandi" van de werkgever niet overstijgt. Bovendien bestaat een aanzienlijke kans dat een ontslag op grond van weigering van instemming tot medewerking met de PCAOB onrechtmatig is.

Tot slot bestaat ook het gevaar dat de verplichting tot getuigen indruist tegen de beginselen omtrent het recht op een eerlijk proces zoals deze werden ontwikkeld door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op basis van artikel 6 van het Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Hoewel deze bepaling niet van toepassing is op administratiefrechtelijke procedures, rest de vaststelling dat de PCAOB ook boetes kan opleggen. De ruime interpretatie van het toepassingsgebied van het verdrag door het Europees Hof lijkt er op te wijzen dat het Verdrag door registratieplichtigen zou kunnen ingeroepen worden. In dat geval kan men niet gedwongen worden zichzelf te beschuldigen en moet de verplichting tot getuigen en overleggen van stukken ook in die zin worden begrepen. Dit zal het voorwerp moeten uitmaken van nader onderzoek.

## **2.2. Uitvaardigen van nieuwe normen**

### *2.2.1. Algemene bepalingen*

De PCAOB heeft luidens section 103 SOX tevens de taak normen goed te keuren die hij gepast acht en werden voorgesteld door één of meer door de PCAOB erkende beroepsorganisaties van accountants of werkgroepen van deskundigen die worden samengeroepen door de PCAOB. De PCAOB heeft trouwens de verplichting op permanente basis met beroepsorganisaties en werkgroepen samen te werken. Hij mag tevens normen goedkeuren die reeds werden tot stand gebracht door erkende beroepsorganisaties. Hij heeft hierbij het recht wijzigingen aan te brengen. Meer bepaald dient de PCAOB audit- en attestatiestandaarden, kwaliteitscontrole en ethische normen te ontwikkelen, aan te passen of te wijzigen en dit alles in de mate dit nodig of gepast is ter bescherming van het algemeen belang of de beleggersbescherming.

Deze laatste categorieën van normen moeten tenminste de volgende onderwerpen bestrijken:

Wat betreft de audit- en attestatiestandaarden:

- a. voorbereiding en bewaring van audit werkdocumenten alsook andere informatie die toelaat de bevindingen van de commissaris op voldoende gedetailleerde wijze te onderschrijven;
- b. te voorzien in een tweede of samenlopend nazicht en goedkeuring van het commissarisverslag door een "partner";
- c. in het commissarisverslag de omvang van het nazicht van de interne controlestructuur en procedures van de emittent, zoals vastgelegd in section 404 (b) SOX met inbegrip van de bevindingen van de commissaris van dit nazicht te beschrijven; minstens de materiële tekortkomingen van de interne controle en de materiële tekortkomingen in de naleving ervan die door het



onderzoek aan het licht kwamen te bespreken; te verzekeren dat de evaluatie of de controlestructuur en procedures tevens omvatten:

- i. normen omtrent het bewaren van voldoende gedetailleerde aantekeningen die op een behoorlijke wijze de transacties van en beschikkingen over de activa van de emittent reflecteren;
- ii. normen die ertoe strekken dat op een behoorlijke wijze verzekerd wordt dat de transacties deugdelijk werden geboekstaafd om de voorbereiding van de financiële staten in overeenstemming met de boekhoudregels toe te laten en dat ontvangsten en uitgaven in overeenstemming met de toelatingen van het management en het bestuur geschieden.

Wat betreft de normen omtrent kwaliteitscontrole:

- a. toezicht op de ethiek en de onafhankelijkheid jegens de emittent waarvoor een verslag wordt opgesteld;
- b. overleg omtrent accounting en auditvraagstukken;
- c. toezicht op de auditwerkzaamheden;
- d. werven, opleiden en bevorderen van personeel;
- e. het aanvaarden en voortzetten van verbintenissen;
- f. interne inspectie; en
- g. andere verplichtingen die de PCAOB noodzakelijk acht.

Ook moet de PCAOB normen inzake onafhankelijkheid ontwikkelen. Die normen moeten het algemeen belang en de belangen van de beleggers beschermen.

Om het gevaar op een juridische leemte te vermijden heeft de PCAOB reeds op 18 april 2003 in een overgangsregime voorzien. De PCAOB Release No. 2003-006 “Establishment of Interim Professional Auditing Standards” beschrijft in 5 “rules” de normen omtrent audit, attestatie, kwaliteitscontrole, ethiek en onafhankelijkheid die vanaf dat ogenblik zullen gelden. Formeel wijzigde de PCAOB deze normen op 17 december 2003 met een melding dat zij slechts van toepassing blijven voor zover de PCAOB geen wijzigingen aanbrengt.

Meer bepaald zijn van toepassing:

- inzake auditnormen: US Generally Accepted Auditing Standards (US GAAS) zoals vastgelegd door het Institute of Certified Public Accountants (AICPA) met inbegrip van de door de AICPA Auditing Standards Board ontwikkelde 101 Statements of Auditing Standards (SAS);
- inzake attestatienormen: Statements on Standards for Attestation Engagements No. 10;
- inzake kwaliteitscontrole: Statements on Quality Control Standards en de delen van de SEC Practice Section’s Requirements of Membership;
- inzake ethiek: AICPA’s Code of Professional Conduct Rule 102; en
- inzake onafhankelijkheid: AICPA’s Code of Professional Conduct Rule 101 alsook de interpretaties daaromtrent en de Standards nr. 1, 2 en 3 en Interpretations 99-1, 00-1 en 00-2 van de Independence Standards Board.

Wat deze laatste verwijzing betreft, voegt de PCAOB expliciet toe dat de bepalingen omtrent onafhankelijkheid van de SEC voorrang hebben indien deze strenger zijn.



Vooraleer nieuwe normen worden uitgevaardigd, worden ontwerpnormen geschraagd op inzichten, opinies, bijdragen en reacties van een groot aantal personen. Daartoe richtte de PCAOB een adviesgroep, de “Standing Advisory Group” (SAG), op. In voorkomend geval doet hij ook beroep op ad hoc werkgroepen. De SAG heeft drie opdrachten: herzien van de bestaande normen, evalueren van de ontwerpnormen van de PCAOB en aanbevelingen verstrekken omtrent nieuwe of geamendeerde normen. Om lid te kunnen worden van de SAG moet men zich kandidaat stellen en aan tal van voorwaarden voldoen: kennis hebben van auditnormen, boekhoudnormen, analyse van financiële staten, deugdelijk bestuur of andere relevante onderwerpen, in het algemeen belang optreden, tenminste 75% van de vergaderingen bijwonen, tussen 50 en 100 uur besteden aan SAG taken, een ethische code onderschrijven, ...<sup>71</sup> Het lidmaatschap geldt voor hernieuwbare perioden van twee jaar, mits jaarlijks de naleving van de voorwaarden van het lidmaatschap wordt bevestigd.

## 2.2.2. Normen

De PCAOB heeft inmiddels een aantal (ontwerp)normen uitgevaardigd. Vooreerst heeft hij toelichting verstrekt omtrent de door hem gebruikte terminologie in zijn Release No. 2003-018. Op het ogenblik van de redactie van deze bijdrage betreft het slechts een ontwerpnorm. Wanneer de PCAOB de woorden “must”, “shall” of “is required” gebruikt, moet de commissaris deze verplichtingen volgen. “Should” duidt aan dat de commissaris, mits afdoende redenen worden aangebracht, kan afwijken, terwijl “may”, “might” of “could” duiden op in overweging te nemen bepalingen.

Een andere ontwerpnorm van 7 oktober 2003 heeft betrekking op de interne controle van het financiële rapporteringssysteem in samenhang met de controle van de financiële staten. Deze zijn gebaseerd op het rapport van de Treadway Commission, “Internal Control – Integrated Framework” (het “Coso-rapport”).<sup>72</sup> De norm maakt tevens duidelijk hoe de PCAOB de verschillende stappen van de interne controle omtrent de financiële staten ziet:

- plannen van de audit;
- evaluatie van de procedures om de effectiviteit van de interne controle te evalueren;
- inzicht verwerven in de interne controle;

---

<sup>71</sup> Voor een volledige lijst van alle voorwaarden zie de PCAOB Release No. 2003-009 “Compliance With Auditing And Related Professional Practice Standards” van 30 juni 2003.

<sup>72</sup> Ook de SEC heeft zich in zijn “Final Rule: Management’s Reports on Internal Control Over Financial Reporting and Certification of Disclosure in Exchange Act Periodic Reports” over de definitie van interne controle van de financiële staten gebogen en licht de definitie van COSO als volgt toe: “A process designed by, or under the supervision of, the registrant's principal executive and principal financial officers, or persons performing similar functions, and effected by the registrant's board of directors, management and other personnel, to provide reasonable assurance regarding the reliability of financial reporting and the preparation of financial statements for external purposes in accordance with generally accepted accounting principles and includes those policies and procedures that: (1) Pertain to the maintenance of records that in reasonable detail accurately and fairly reflect the transactions and dispositions of the assets of the registrant; (2) Provide reasonable assurance that transactions are recorded as necessary to permit preparation of financial statements in accordance with generally accepted accounting principles, and that receipts and expenditures of the registrant are being made only in accordance with authorizations of management and directors of the registrant; and (3) Provide reasonable assurance regarding prevention or timely detection of unauthorized acquisition, use or disposition of the registrant's assets that could have a material effect on the financial statements.”





- evaluatie van de effectiviteit van zowel de inrichting als de werking van de interne controle;
- opinie verstrekken over de effectiviteit van de interne controle van de financiële rapportering.

Elk van deze stappen wordt nader toegelicht. In het bijzonder wordt aandacht besteed aan knipperlichten die wijzen op tekortkomingen bij de interne controle:

- onvoldoende effectief toezicht door het auditcomité;
- materiële vergissingen in de financiële staten die de interne controle van de vennootschap niet identificeerde;
- aanzienlijke tekortkomingen die werden besproken met het management en het auditcomité, werden niet gecorrigeerd binnen een redelijk tijdsbestek.

Ook de International Standards on Auditing 410 bevat een gedetailleerde bespreking van wat het systeem van interne controle omvat. De aanbeveling van het I.B.R. omtrent de impact van de interne controle op de controlewerkzaamheden van 5 juni 1993 houdt met deze ISA-400 norm rekening.<sup>73</sup> Op het eerste gezicht lijkt het Amerikaanse stelsel niet met het Belgische te conflicteren.

Op 17 december 2003 heeft de PCAOB een eerste definitieve controlenorm, de auditing standard No. 1, afgekondigd. Deze norm betreft de verwijzing in het controleverslag naar de standaarden van de PCAOB. De verschillende regels die de norm omvat werden oorspronkelijk goedgekeurd door de AICPA, de ASB of de Independence Standards Board. Voortaan is vereist dat het controleverslag van de financiële staten van een emittent een verklaring bevat dat de opdracht is uitgevoerd in overeenstemming met de normen van de PCAOB.<sup>74</sup> De PCAOB bepaalt bovendien expliciet dat een buitenlands auditkantoor dat (nog) niet is geregistreerd en een controleopdracht verricht waardoor registratie verplicht wordt ook moet verwijzen naar de “Standards of the Public Company Accounting Oversight Board (United States)”.

---

<sup>73</sup> I.B.R., *Vademecum voor de Bedrijfsrevisor*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2002, 1054, noot 1.

<sup>74</sup> De PCAOB verstrekt een voorbeeld van de wijze waarop de rapportering kan geschieden:

*“Report of Independent Registered Public Accounting Firm*

*We have audited the accompanying balance sheet of X Company as of December 31, 20X3 and 20X2, and the related statements of operations, stockholders' equity, and cash flows for each of the three years in the period ended December 31, 20X3. These financial statements are the responsibility of the Company's management. Our responsibility is to express an opinion on these financial statements based on our audits. We conducted our audits in accordance with the standards of the Public Company Accounting Oversight Board (United States). Those standards require that we plan and perform the audit to obtain reasonable assurance about whether the financial statements are free of material misstatement. An audit includes examining, on a test basis, evidence supporting the amounts and disclosures in the financial statements. An audit also includes assessing the accounting principles used and significant estimates made by management, as well as evaluating the overall financial statement presentation. We believe that our audits provide a reasonable basis for our opinion. In our opinion, the financial statements referred to above present fairly, in all material respects, the financial position of the Company as of December 31, 20X3 and 20X2, and the results of its operations and its cash flows for each of the three years in the period ended December 31, 20X3, in conformity with U.S. generally accepted accounting principles.”*



De verplichting om zowel de Belgische als de Amerikaanse regels toe te passen, kan aanleiding geven tot conflicten die op een gepaste wijze –zie onder meer de “true conflict”-leer – een oplossing moeten krijgen.<sup>75</sup>

Inzake werkdocumenten die door de commissaris moeten worden opgesteld, heeft de PCAOB op 20 november 2003 een ontwerp van normen uitgevaardigd. Zoals de SOX verzoekt, moet de commissaris gedurende zeven jaar na het beëindigen van de opdracht werkdocumenten bewaren die voldoende gedetailleerd zijn om de conclusies van het verslag te ondersteunen. Dit moet een partner of de Board toelaten de werkzaamheden van de commissaris te controleren.

De PCAOB stipt vervolgens aan welke bepalingen afwijken van de regels die reeds eerder werden vastgesteld door de AICPA Statement on Auditing Standard nr. 96. De PCAOB norm beroept zich op de norm die door de General Accounting Offices wordt gehanteerd met name de “generally accepted government auditing standard” – GAGAS – die stellen dat de werkdocumenten een ervaren commissaris die voorheen niet betrokken was bij de controle moeten toelaten voldoende aanwijzingen te vinden die de bevindingen van de eerste commissaris bevestigen. Vervolgens wordt vastgesteld dat de ontstentenis om voldoende werkdocumenten voor te leggen leidt tot het weerlegbaar vermoeden dat de controlewerkzaamheden niet werden verricht. Ook wordt herhaald dat de documenten gedurende zeven jaar dienen te worden bewaard. Dit wordt aangevuld met een aantal bijzondere gevallen. Indien na de controle de documenten worden aangepast, dient dit gedocumenteerd te worden. De originele documenten mogen hierbij niet worden vernietigd of weggemaakt. Wanneer werkzaamheden door anderen worden verricht, dienen de stukken te worden bewaard in het kantoor van de commissaris die het controleverslag verstrekt. Wanneer verschillende commissarissen optreden, mag de commissaris die de verantwoordelijkheid neemt, niet verwijzen naar de werkzaamheden van anderen. Anderzijds moet, indien de verantwoordelijkheid voor andere commissarissen niet wordt genomen, duidelijk aangeduid worden welke werkzaamheden door welke commissaris werden verricht.

De PCAOB heeft de intentie deze nieuwe bepalingen van kracht te laten worden op 15 juni 2004.

Deze bepalingen kunnen indruisen tegen Belgische regels. Ook de International Standards on Auditing 230 bespreken een aantal verplichtingen omtrent werkdocumenten. Die stukken “*leggen het auditbewijs vast dat voortvloeit uit de uitgevoerde auditwerkzaamheden dat de auditopinie ondersteunt*”. De commissaris moet de “omvang van de werkdocumenten” vaststellen. Deze open norm laat toe ISA 230 in overeenstemming met de PCAOB ontwerp-norm te interpreteren. Ook de bepaling dat deze documenten “voldoende lang” moeten worden bewaard lijkt niet incompatibel met de 7-jarige periode van de PCAOB. De algemene controlenormen van het IBR zijn immers strenger. Paragraaf 2.2 bepaalt immers: “*De bedrijfsrevisor is verplicht van de door hem en zijn medewerkers verrichte controlewerkzaamheden zodanig aantekening te houden of te doen houden, dat hieruit een getrouw beeld van de uitvoerende opdracht kan worden verkregen. Deze werkdocumenten moeten gedurende tien jaar bewaard blijven*”. Minder evident lijkt de samenlezing van de plicht tot het bewaren van alle stukken in het kantoor van de commissaris die het controleverslag verstrekt met ISA-230 regel 14 die stelt dat de werkdocumenten de eigendom

---

<sup>75</sup> Zie voor een bespreking, C. RYNGAERT, “De verenigbaarheid van de Amerikaanse Sarbanes-Oxley Act met internationaal en Belgisch recht”, *T.R.V.* 2004, te verschijnen.



zijn van de auditor. Bovendien moet de Belgische commissaris waken over de eerbiediging van het beroepsgeheim.<sup>76</sup>

## 2.3. Inspecties en onderzoek

### 2.3.1. Inspecties

Luidens Section 104 SOX beschikt de PCAOB over de bevoegdheid inspecties uit te voeren bij de geregistreerde entiteiten. Deze inspecties hebben tot doel te evalueren in welke mate de registratieplichtige de SOX en de maatregelen die hieruit voortvloeien naleven. Grote kantoren, dit zijn deze die meer dan 100 aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschappen controleren, moeten jaarlijks geïnspecteerd worden, de andere tenminste driejaarlijks. De PCAOB heeft de bevoegdheid de frequentie van deze inspecties te wijzigen.

Bij het verrichten van de inspecties spitst de PCAOB zijn aandacht voornamelijk toe op:

- 1) verbintenissen tot controle en nazicht;
- 2) het kwaliteitscontrolesysteem; en
- 3) andere maatregelen die de PCAOB in casu noodzakelijk acht.

Bij het uitvoeren van deze controles begeeft de PCAOB zich ter plaatse. Hij vordert informatie omtrent controleopdrachten op bij de verschillende kantoren en de verschillende revisoren.<sup>77</sup>

Zijn bevindingen moeten aan de SEC worden gerapporteerd, alsook aan een (Amerikaanse) bevoegde autoriteit en op een voldoende gedetailleerde wijze doch rekening houdende met het confidentieel karakter, aan het publiek.<sup>78</sup>

De PCAOB heeft deze bepalingen nader uitgewerkt in zijn Release No. 2003-019 Inspection of registered public accounting firms. De Release bestaat uit tien “rules” aangevuld met twee definities. Deze “rules” geven een overzicht van de verschillende stappen van de controle alsook de procedure die wordt gevolgd. Wanneer mogelijke schendingen van de wet of beroepsnormen worden vastgesteld, zal de PCAOB hierover op geëigende wijze de SEC inlichten. Tevens bevat een rule ook de wijze waarop een registratieplichtige het ontwerp van een controleverslag kan becommentariëren. Tot slot bevat een “rule” de mogelijkheid voor de PCAOB om op het even welk tijdstip verslagen omtrent de bevindingen en resultaten openbaar te maken.

Het is van belang te melden dat zijn regels (nog?) niet van toepassing zijn op buitenlandse registratieplichtigen omdat de PCAOB terzake nog in onderhandeling is met verschillende buitenlandse autoriteiten, waaronder de Europese Commissie. Er blijft evenwel de vaststelling, die ook door de PCAOB expliciet wordt vermeld, dat een soepeler regime voor buitenlandse registratieplichtigen slechts mogelijk is binnen de door de SOX uitgestippelde grenzen.

---

<sup>76</sup> Aanbeveling “werkdokumenten van de bedrijfsrevisoren” van 5 januari 1987, I.B.R., *Vademecum voor de Bedrijfsrevisor*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2002, p. 1038.

<sup>77</sup> Section 104 (d) SOX.

<sup>78</sup> Section 104 (g) juncto 105 (b) (5) SOX.



De Briefing Paper van 28 oktober 2003 en de Release No. 2003-24 omtrent de ontwerpnormen voor het toezicht op buitenlandse kantoren laat uitschijnen dat deze Amerikaanse toezichthouder zijn strenge aanpak voor buitenlandse kantoren heeft gemilderd. Dit document stelt dat de PCAOB voor zijn inspectie wil steunen op de autoriteiten gevestigd in het land waar de revisorenvennootschap is gevestigd. De mate waarin op deze inspecties zal worden gesteund hangt af van een aantal criteria die voortvloeien uit de door de PCAOB beoordeelde onafhankelijkheid en gedegenheid van het buitenlandse inspectiesysteem. De volgende elementen zullen hierbij in kaart worden gebracht:

- integriteit en adequaat karakter van het systeem;
- de mate waarin het inspectiesysteem onafhankelijk van het (revisoren)beroep werkt;
- de mate waarin het inspectiesysteem onafhankelijk van het (revisoren)beroep gefinancierd wordt;
- de transparantie van het inspectiesysteem; alsook
- het “track record” van het systeem.

Voorafgaand aan de inspectie zal een werkprogramma worden opgesteld waarbij tevens zal worden bepaald in welke mate het buitenlandse inspectieteam bij de inspectie zal worden betrokken alsook welke bijkomende inspecties de buitenlandse autoriteiten wensen uitgevoerd te zien.

Niettegenstaande deze gewijzigde houding van de PCAOB, blijft het risico dat deze bepalingen conflicteren met de regels omtrent het beroepsgeheim. Ook de regels inzake de huiszoeking komen in het gedrang. Meer in het algemeen dient de vraag te worden opgeworpen naar de aantasting van de Belgische soevereiniteit.<sup>79</sup>

### *2.3.2. Onderzoek, beoordeling en discipline*

Op de PCAOB rust luidens section 105 SOX de verplichting op passende wijze onderzoeks- en disciplinaire procedures uit te werken.

Wat het onderzoek betreft, verleent de SOX de PCAOB de bevoegdheid getuigen te horen alsook werkdocumenten op te vragen. Ook hier lijkt geen rem te staan op de mogelijkheden die de PCAOB wordt geboden om zijn doelstellingen te realiseren: luidens section 105 (b) (2) (C) SOX is het zelfs geoorloofd dat de PCAOB de cliëntèle van de auditkantoren verzoekt te getuigen of documenten die in hun bezit zijn, aan de PCAOB te verstrekken.

De sanctie op de weigering in te gaan op het verzoek van de PCAOB gaat tot de schrapping van de registratieplichtige en het verbieden van de registratieplichtige om samen te werken met de “verdachte”.

Wat de disciplinaire procedure betreft, moet de PCAOB hoorzittingen met gesloten deuren organiseren. De PCAOB beschikt over een heel arsenaal van sanctiemogelijkheden die gaan tot de schrapping alsook het opleggen van boetes tot 15.000.000\$.

---

<sup>79</sup> Voor een analyse zie C. RYNGAERT, “De verenigbaarheid van de Amerikaanse Sarbanes-Oxley Act met internationaal en Belgisch recht”, *T.R.V.* 2004, te verschijnen.



De wettelijke bepalingen werden nader uitgewerkt in de PCAOB “Rules on investigations and adjudications” van 29 september 2003. Zoals inzake de regeling voor inspecties meldt de PCAOB expliciet dat de toepassing vooralsnog beperkt blijft tot de Amerikaanse accountantskantoren. Normen inzake onderzoek en discipline die op buitenlandse accountantskantoren zullen worden toegepast, zullen later worden gepubliceerd. Release nr. 2003-24 van 10 december 2003 bevat hieromtrent een aantal aanwijzingen.

De lijvige Release van 29 september 2003 bevat niet minder dan 64 “rules” aangevuld met een aantal definities en een tijdsas. Het onderzoek – dat zowel van informele als formele aard kan zijn - mag betrekking hebben op om het even welke daad of praktijk dan wel een gebrek aan tussenkomst die de SOX, de regels van de PCAOB, de bepalingen van de effectenwetgeving in verband met de voorbereiding of publicatie van een controleverslag, de verplichtingen van accountants terzake of beroepsnormen kan schenden. De regels omvatten normen en procedures om documenten over te maken dan wel te getuigen onder ede of met bevestiging dat de getuige de waarheid zal spreken. De getuigenis kan ook worden gevraagd van personen verbonden aan de registratieplichtige.

Onverminderd andere opnamemogelijkheden wordt de getuigenis altijd stenografisch geregistreerd.

De PCAOB kan audit- en andere documenten van de registratieplichtige opvragen alsook van iedereen die met deze laatste verbonden is, waar ook gedomicilieerd. De Board heeft ook normen vastgelegd waaraan documenten moeten beantwoorden: marges van tenminste 1 inch, dubbele interlinie, enz.<sup>80</sup>

Ook van derden en cliënten van de registratieplichtige mag informatie worden gevorderd alsook een getuigenis. Hoewel deze regel extraterritoriale werking heeft en derhalve zeker niet steeds kan worden gevorderd, voegt de PCAOB toch toe dat een boete kan worden opgelegd indien deze regel niet wordt nageleefd.<sup>81</sup>

Indien een schending wordt vastgesteld, zal de PCAOB de mogelijkheid bieden tot een hoorzitting en pas nadien gepaste sancties treffen.

De onderzoeken alsook de documenten en getuigenissen zullen vertrouwelijk worden behandeld, doch zo voegt “rule” 5108 toe, informatie kan worden overgemaakt aan de SEC, de procureur, de toezichthouder onverminderd de mogelijkheid, in bijzondere omstandigheden, toch van deze regel af te wijken en informatie openbaar te maken.

Het onderzoek kan leiden tot disciplinaire maatregelen die kunnen inhouden: schrapping, schorsing, verbod om bepaalde activiteiten te verrichten, boetes, berisping, verplichting tot opleiding, verplichting een onafhankelijke toezichthouder aan te werven of een raadgever om bepaalde beleidslijnen uit te werken, verplichting tot verbetering van de kwaliteitsstandaarden of het aanvaarden en implementeren van bepaalde beleidslijnen of de verplichting tot inwinnen van een onafhankelijk rapport over bepaalde verbintenissen.

Naar Belgische recht zijn bijzondere voorschriften van toepassing wanneer een getuige moet worden gehoord dan wel documenten worden overgelegd.

In burgerrechtelijke zaken regelen de artikelen 915 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek de procedure om getuigen te horen. In een strafrechtelijk onderzoek werd één en ander

---

<sup>80</sup> Zie Rule 5406.

<sup>81</sup> Zie de nota bij Rule 5105.



vastgelegd in artikel 72 en volgende van het Wetboek van Strafvordering. In bepaalde gevallen is het mogelijk om een en ander door middel van audio- of videoconferenties te organiseren.<sup>82</sup> Tijdens de strafzaak gelden de artikelen 155 en volgende van het Wetboek van Strafvordering.

Inzake het overleggen van documenten in een burgerlijk geding geschiedt de procedure volgens de artikelen 878 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek. In een strafonderzoek geldt onder meer artikel 87 van het Wetboek van Strafvordering.

## 2.4. Budget en ethische code

Een van de eerste “Releases” van de PCAOB heeft betrekking op de ethische code die van toepassing is op de leden van de Board, de medewerkers, adviesverstrekkers en andere personen waarmee een contract wordt gesloten. De basisbeginselen worden expliciet geformuleerd en slaan op de onafhankelijkheid van geest en gedrag, objectiviteit, integriteit en onpartijdigheid, handelen met oog voor de verantwoordelijkheden en de gevoeligheden die de PCAOB moet in acht nemen alsook het verbod om zijn positie binnen de PCAOB te misbruiken. De financiële relaties met vroegere werkgevers worden aan banden gelegd en gelimiteerd tot onder meer basisbankdiensten, bepaalde pensioenvoordelen, enz. Ook gelden regels inzake geschenken, confidentialiteit, spreken in naam van de PCAOB, enz.

Deze regels worden afgedwongen middels een “ethics officer”, in voorkomend geval het beëindigen van het (arbeids)contract en de jaarlijkse verplichting tot certificatie van de naleving van de ethische code.

Ook de interne huishouding van de PCAOB werd door de SOX (deels) vastgelegd. De PCAOB wordt in belangrijke mate gefinancierd door middel van bijdragen van de registratieplichtigen en “accounting support fees”. Middelen die voortspruiten uit boetes worden aangewend om opleidingen van studenten in accounting te financieren.

De bijdragen van de registratieplichtigen werden als volgt vastgesteld:

Tabel 1: De aan de PCAOB verschuldigde vergoeding

Aantal gecontroleerde genoteerde vennootschappen	Bedrag
0	250\$
1-49	500\$
50-100	3.000\$
101-1000	29.000\$
1001 en meer	390.000\$

Bron: PCAOB Release 2003-011A van 18 november 2003

De regels tot vaststelling van de “accounting support fee” geschiedde in de Release No. 2003-003. Genoteerde entiteiten waarvan de maandelijkse gemiddelde marktkapitalisatie 25 mln. \$ overtreft alsook beleggingsfondsen met een gemiddelde maandelijkse marktkapitalisatie van meer dan 250 mln. \$ moeten het verschil tussen het budget en het bedrag dat de PCAOB ontving van de geregistreerde revisorenkantoren ophoesten. Wanneer een entiteit haar schuld

<sup>82</sup> Zie daartoe artikel 80 Wetboek van Strafvordering.



weigert te delen, kan zij zowel administratief, burgerrechtelijk alsook strafrechtelijk gesanctioneerd worden. Bovendien mag een commissaris geen goedkeurende verklaring verstrekken indien de genoteerde entiteit haar bijdrage niet heeft voldaan.

## **2.5. Toezicht**

De PCAOB staat onder toezicht van de SEC, meldt section 107 SOX. Dit houdt onder meer in dat alle normen die worden uitgevaardigd door de PCAOB aan de voorafgaande goedkeuring van de SEC zijn onderworpen. De SEC is verplicht de ontwerpnormen goed te keuren indien deze in overeenstemming zijn met vereisten vastgelegd in het effectenrecht en de SOX dan wel in het kader van het algemeen belang of de beleggersbescherming noodzakelijk of gepast zijn. De SEC beschikt evenwel over een wijzigingsrecht.

Daarnaast moet iedere sanctionering van een geregistreerde revisorenvennootschap worden gemeld.

De SEC mag de activiteiten van de PCAOB stopzetten of beperken wanneer dit volgens de SEC noodzakelijk of gepast is in het kader van het algemeen belang of de beleggersbescherming. Tevens heeft de SEC het recht een lid van de PCAOB in bepaalde omstandigheden te ontslaan.



### 3. Onafhankelijkheid van de commissaris

Het onderwerp dat na de boekhoudschandalen bij Enron, Worldcom en andere de meeste aandacht in de media kreeg, is de onafhankelijkheid van de commissaris. Zoals in België heeft ook de Amerikaanse wetgever een aantal deelaspecten inzake de onafhankelijkheid reglementair omkaderd. Komen hierna aan bod: de afkoelingsperiode, het aanbieden van andere dan controlediensten, de interne rotatie en de informatieontsluiting aan het auditcomité.

#### 3.1. Cooling-off periode

Luidens section 206 SOX is het verboden dat een revisorenvennootschap de controle van een emittent verricht indien de “chief executive officer”, “controller”, “chief financial officer”, “chief accounting officer”, of een andere persoon met een gelijkaardige positie, was tewerkgesteld door de revisorenvennootschap en deelnam in om het even welke hoedanigheid aan de controle van de emittent gedurende de periode van één jaar voorafgaand aan de startdatum van de controle. De “Final Rule: Strengthening the Commission’s Requirements Regarding Auditor Independence” van de SEC van 28 januari 2003<sup>83</sup> licht de toepassing van deze regel nader toe.

Deze bepaling verschilt aanzienlijk van de “afkoelingsperiode” naar Belgisch recht. De Belgische commissaris mag naar luid van artikel 133 lid 3 W. Venn. gedurende een periode van 2 jaar na het beëindigen van zijn mandaat noch in de vennootschap die aan zijn controle is onderworpen noch in een daarmee verbonden vennootschap of persoon in de zin van artikel 11 W. Venn. een mandaat van bestuurder, zaakvoerder of enige andere functie aanvaarden.<sup>84</sup>

Naar Amerikaans recht rust de verplichting om de afkoelingsperiode na te leven op de revisorenvennootschap die er moet over waken dat wanneer een voormalige werknemer of revisor die deelnam aan de audit één van de in de SOX omschreven functies in de emittent opneemt, zij de controle van de emittent niet verricht. De werknemer behoudt de vrijheid een aanbod bij de emittent te aanvaarden. De Belgische wetgever heeft voor een andere benadering geopteerd. De (ex-)commissaris moet er over waken geen mandaat op te nemen in een vennootschap die hij controleert. Hij kan hiervoor strafrechtelijk gesanctioneerd worden. Bovendien worden alle functies hem ontzegd en geldt de afkoelingsperiode voor twee jaar.

---

<sup>83</sup> En gewijzigd op 26 maart 2003.

<sup>84</sup> Zie voor een bespreking van deze bepaling onder meer I. DE POORTER en C. VAN DER ELST, “De onafhankelijkheid van de commissaris”, in *Financiële regulering, op zoek naar nieuwe evenwichten*, M. TISON, C. VAN ACKER en J. CERFONTAINE (EDS.), Antwerpen, Intersentia, 2003, Vol. I, 302-316; H. DE WULF, “De onafhankelijkheid van de commissaris: afkoelingsperiode en vergoeding”, in *Behoorlijk Vennootschapsbestuur*, H. BRAECKMANS en E. WYMEERSCH, Antwerpen, Intersentia, 150-154; I. DE POORTER, “De onafhankelijkheid van de commissaris in het kader van de Wet Corporate Governance”, *T.R.V.* 2003, 313-344; F. HELLEMANS, “De commissaris en de wet corporate governance: naar een versterkte, bij wet gespecificeerde onafhankelijkheid”, in *Nieuw Vennootschapsrecht 2002 – Wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblo, 2003, 250-253.





## 3.2. Non-audit diensten

Niet-audit prestaties wordt in de SOX omschreven als de professionele diensten die aan de emittent worden verstrekt door een revisorenvennootschap, andere dan deze die worden verricht in verband met de controle van de emittent of een nazicht van de financiële staten van de emittent.

Sommige van deze diensten zijn niet toegelaten omdat zij de onafhankelijkheid in het gedrang brengen. Voor andere diensten geldt dit verbod niet, doch er werden andere maatregelen genomen opdat de onafhankelijkheid niet in het gedrang zou worden gebracht. Dit wordt hieronder kort toegelicht.

### 3.2.1. Verboden diensten

Het is de “accountant” niet toegestaan om aan de te controleren entiteit om het even welke dienst aan te bieden. Het is hem immers verboden, luidens section 201 SOX :

- 1) de boekhouding te voeren of andere diensten die verbonden zijn aan het bijhouden van financiële staten van de gecontroleerde entiteit te verstrekken;
- 2) financiële informatiesystemen te ontwikkelen en te implementeren;
- 3) waarderingen uit te voeren of verslagen over inbrengen in natura of “fairness” opinies te verstrekken;
- 4) actuariële dienstverlening te ontwikkelen;
- 5) diensten inzake interne audit te verstrekken;
- 6) diensten omtrent personeelsbeleid of management functies te vervullen;
- 7) makelaaractiviteiten aan te bieden of vermogensbeheer dan wel investeringsadvies te verstrekken;
- 8) juridisch advies te verlenen of expertises die geen verband houden met de controle uit te voeren;
- 9) andere diensten die de PCAOB vaststelt, te verrichten.

De SEC verstrekt in zijn “Final Rule: Strengthening the Commission’s Requirements Regarding Auditor Independence” van 28 januari 2003<sup>85</sup> nadere toelichting omtrent elk van de verboden diensten. Zo worden als managementfuncties beschouwd: “*acting, temporarily or permanently, as a director, officer, or employee of an audit client, or performing any decision-making, supervisory, or ongoing monitoring function for the audit client*”.

Deze verbodsbepalingen zijn min of meer te vergelijken met deze die op Europees niveau werden verboden<sup>86</sup>, alsook in België door het Koninklijk Besluit van 4 maart 2003. Naar luid van artikel 183ter KB 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen is het de commissaris verboden aan de gecontroleerde vennootschap of een persoon uit haar omgeving, volgende diensten aan te bieden:

---

<sup>85</sup> En gewijzigd op 26 maart 2003.

<sup>86</sup> Hoewel het slechts om een Europese aanbeveling gaat.



*“1° in de gecontroleerde vennootschap een beslissing neemt of in de besluitvorming tussenkomt;  
2° bijstand verleent of deelneemt aan de voorbereiding of het voeren van de boekhouding of aan de opstelling van de jaarrekening of van de geconsolideerde jaarrekening van de gecontroleerde vennootschap;  
3° instaat voor de opstelling, de ontwikkeling, de invoering en het beheer van technologische systemen van financiële informatie in de gecontroleerde vennootschap;  
4° instaat voor het waarden 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° deelneemt aan de interne auditfunctie;  
6° de gecontroleerde vennootschap vertegenwoordigt bij de afwikkeling van fiscale of andere geschillen;  
7° tussenkomt in de werving van personen die deel uitmaken van een orgaan of van het leidinggevend personeel van de gecontroleerde vennootschap.”*

Boven werd reeds aangestipt dat de SOX zich niet alleen richt tot Amerikaanse revisorenvennootschappen. Ook buitenlandse kantoren moeten hier rekening mee houden wanneer zij een aan een Amerikaanse beurs genoteerde vennootschap controleren. Revisorenvennootschappen die internationaal opereren moeten met al deze normen, al dan niet met extraterritoriale werking, rekening houden.

### *3.2.2. Toegelaten non-audit diensten*

De andere diensten mogen door de revisorenvennootschap worden verstrekt. Niettemin, voegt section 201 SOX er aan toe, is het verstrekken van om het even welke andere dienstverlening ten gunste van de gecontroleerde vennootschap slechts toegestaan indien haar auditcomité<sup>87</sup> hiermee voorafgaandelijk instemt.

Op de verplichting tot voorafgaande instemming door het auditcomité van de emittent, bestaat een belangrijke uitzondering. Wanneer het totale bedrag van alle non-audit prestaties die aan de emittent worden verstrekt niet meer bedraagt dan 5% van het totale bedrag betaald door de emittent aan de revisorenvennootschap, de emittent deze diensten niet als non-audit prestaties beschouwd op het ogenblik deze diensten door de emittent aan de revisorenvennootschap werden toegekend en de diensten onmiddellijk aan het auditcomité worden gemeld en door het comité of door één of meer door het comité gemachtigde leden van de comité worden goedgekeurd voor het afsluiten van de controle, wordt het Amerikaanse recht niet geschonden.

De posteriori goedkeuring door het auditcomité of zijn gemachtigde(n) van non-audit services die door de controlerende revisorenvennootschap worden verricht, moet in het jaarverslag van de emittent worden gemeld.

Een dergelijke uitzonderingsbepaling die evenwel betrekking had op verboden non-audit diensten, was ook ingeschreven in het voorontwerp van koninklijk besluit. Dit voorontwerp was gevoegd bij het verslag aan de Kamer over de wet corporate governance. In het

<sup>87</sup> Zie omtrent dit auditcomité, infra deel 4.1.



voorontwerp van artikel 184bis Koninklijk Besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen valt immers te lezen:

*“In de door artikel 184 ingestelde gevallen, is er geen aantasting ten aanzien van de onafhankelijkheid van de commissaris wanneer de volgende voorwaarden cumulatief worden vervuld:*

*1° de commissaris heeft een beleid en procedures op punt gezet teneinde de risico's van aantasting van onafhankelijkheid te voorkomen;*

*2° de overtreding werd door onachtzaamheid begaan;*

*3° de commissaris stelt op korte termijn de handelingen teneinde de toestand te regulariseren;*

*4° de overtreding of de verrichting heeft geen belangrijke impact;*

*5° de overtreding of de verrichting, haar draagwijdte en de specifieke omstandigheden waarin zij werd begaan of gesteld, alsook de handelingen die werden gesteld teneinde de toestand op korte termijn te regulariseren, worden gemeld aan het Instituut der Bedrijfsrevisoren, en*

*6° het Instituut der Bedrijfsrevisoren maakt, ten gevolge van deze in punt 5° bedoelde mededeling, geen bezwaar tegen de voortzetting van het mandaat van commissaris.”<sup>88</sup>*

In het Koninklijk Besluit van 4 april 2003 omtrent de onafhankelijkheid van de commissaris is hieromtrent niets meer terug te vinden.

Anderzijds bestaat in België voor genoteerde vennootschappen en “consoliderende ondernemingen” ook een bijzondere regel jegens non-audit prestaties die een bepaalde omvang overstijgen. Wanneer de vergoeding voor de andere diensten hoger ligt dan de vergoeding voor de revisorale opdracht, moet, opdat de dienst mag worden verstrekt, een gunstig advies van het auditcomité of een gunstige beslissing van het comité voor advies en controle worden bekomen of een college van commissarissen zijn ingericht.

### **3.3. Partnerrotatie**

Section 203 SOX verbiedt de revisorenvennootschap om auditprestaties aan de emittent te verstrekken wanneer de verantwoordelijke auditpartner – de “lead or coordinating audit partner having primary responsibility for the audit” - de auditprestaties gedurende de vijf voorbije fiscale jaren heeft verricht. De revisorenvennootschap heeft derhalve de verplichting om een intern rotatiesysteem in te richten opdat iedere vijf jaar de commissaris wordt vervangen.

De “Final Rule: Strengthening the Commission’s Requirements Regarding Auditor Independence” van 28 januari 2003, zoals gewijzigd op 26 maart 2003 van de SEC verstrekt onder meer toelichting over de uitvoering van taken die nopen tot rotatie en de invulling van het begrip “lead audit partner”.

Dergelijke verplichting geldt (nog) niet in België. Het hoeft evenwel geen betoog dat deze verplichting wellicht ook in België zal worden ingevoerd. Immers moet, luidens de Europese

<sup>88</sup> *Parl. St. Kamer 2000-2001, nr. 1211/14, 347-360.*



Aanbeveling van 16 mei 2002 de “met essentiële taken belaste vennoten van het bij de controle-opdracht betrokken team” na uiterlijk zeven jaar worden vervangen.<sup>89</sup> Naar verluidt zou een nieuwe norm van het I.B.R. tot een interne rotatie verplichten. Voor alleenwerkende revisoren zou in een bijzonder regime worden voorzien.

### 3.4. Informatieontsluiting aan het auditcomité

Tot slot rust op de revisorenvennootschap de verplichting jegens de vennootschap die zij controleert om het auditcomité tijdig in te lichten over:

- het essentiële boekhoudbeleid;
- de alternatieve, en in overeenstemming met de algemene erkende boekhoudprincipes, verwerkingsmogelijkheden van financiële informatie, die moeten worden besproken met het management, ramingen omtrent de gevolgen van het gebruik van dergelijke benadering en de verwerking die de revisorenvennootschap verkiest;
- andere materiële schriftelijke communicatie tussen de revisorenvennootschap en het management van de entiteit, zoals de “managementletter” en het schema van de niet gecorrigeerde verschillen.

De SEC licht één en ander nader toe – en merkt onder meer op dat er geen verplichting is deze informatie schriftelijk te verstrekken - en wijst ook op de verplichting die reeds bestond in de GAAS normen om als commissaris informatie te verstrekken aan het auditcomité.<sup>90</sup>

In België heeft het I.B.R. inmiddels International Standards on Auditing 260 “het communiceren van auditpunten met personen belast met het deugdelijk bestuur” in een aanbeveling omgezet. Uit deze omzetting blijkt dat indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, de commissaris de informatieuitwisseling organiseert met het auditcomité.

---

<sup>89</sup> Aanbeveling van de Commissie van 16 mei 2002, onafhankelijkheid van de met de wettelijke controle belaste accountant in de EU: basisbeginselen, *P.B.L.* nr. 191, 19 juli 2002, aanbeveling 10.2 a).

<sup>90</sup> Deze normen bevatten onder meer de verplichting van de commissaris het auditcomité het volgende te melden:

“\* *Significant accounting policies,*  
\* *Methods used to account for significant unusual transactions,*  
\* *Effects of significant accounting policies in controversial or emerging areas for which there is a lack of authoritative guidance or consensus,*  
\* *Process used by management in formulating particularly sensitive accounting estimates and the basis for the auditor's conclusions regarding the reasonableness of those estimates,*  
\* *Material audit adjustments proposed and immaterial adjustments not recorded by management,*  
\* *Auditor's judgments about the quality of the company's accounting principles,*  
\* *Auditor's responsibility for other information in documents containing audited financial statements,*  
\* *Auditor's views about significant matters that were the subject of consultation between management and other accountants,*  
\* *Major issues discussed with management prior to retention,*  
\* *Difficulties with management encountered in performing the audit, and*  
\* *Disagreements with management over the application of accounting principles, the basis for management's accounting estimates, and the disclosures in the financial statements.”*



## **4. Verplichtingen die rusten op de vennootschappen en de ondernemingsleiding**

Deze titel omvat een waaier van uiteenlopende maatregelen. Hieronder worden kort het auditcomité, de certificatie van verslagen, verbod tot effectenhandel, beïnvloeding van de controlewerkzaamheden, terugbetaling van voordelen, de ethische code en het verbod om bestuurder te worden, besproken.

### **4.1. Inrichten van een auditcomité**

#### *4.1.1. Samenstelling van het auditcomité*

De SOX besteedt veel aandacht aan het auditcomité. Luidens section 2 (3) is een auditcomité een comité of een equivalent ervan dat door en binnen de raad van bestuur wordt ingericht met als doel toe te zien op de boekhoudkundige en financiële rapporteringsprocessen alsook de controle van de financiële staten van de emittent. Wanneer de entiteit niet overgaat tot de inrichting van dergelijk comité wordt de volledige raad als het auditcomité beschouwd. Section 205 SOX herhaalt deze definitie.

In de eerste plaats verplicht de SOX de inrichting van een auditcomité binnen de raad van bestuur van een genoteerde entiteit. Tevens legt de SOX verplichtingen op omtrent de samenstelling en de bevoegdheden van het comité. In zijn final rule 33-8220 “Standards relating to listed company audit committees” licht de SEC deze verplichting nader toe en verplicht zij de beursautoriteiten, in overeenstemming met section 301 SOX, de notering van een vennootschap te weigeren<sup>91</sup> indien deze laatste niet over dergelijk comité beschikt.

Alle leden van het comité moeten onafhankelijk zijn. Luidens de SOX is een bestuurder onafhankelijk wanneer hij geen vergoedingen ontvangt voor consultancy of adviesverlening of een andere vorm van vergoeding voor prestaties die hij verricht ten gunste van de genoteerde entiteit. Daarenboven mag hij niet verbonden zijn met de genoteerde entiteit of een dochtervennootschap.<sup>92</sup> De SOX laat toe dat de SEC uitzonderingen toestaat.<sup>93</sup>

De SEC stelde vast dat ook “indirecte” vergoedingen de onafhankelijkheid aantasten. Hiermee worden bedoeld de vergoedingen die worden betaald aan kinderen of de echtgenote van het lid van het auditcomité alsook vergoedingen aan een entiteit waarbinnen het lid van het comité “partner”, “member” of “officer” is. Verboden zijn enkel de vergoedingen die verbonden zijn aan prestaties die gerelateerd zijn aan “accounting, consulting, legal, or investment banking” of “financial advisory services”.

Vergoedingen die het lid van het auditcomité verkrijgt voor zijn werkzaamheden als lid van het comité, van een ander comité of van de raad van bestuur tasten de onafhankelijkheid niet aan. Uit deze regel volgt bovendien dat het toegestaan is andere diensten te verstrekken voor

---

<sup>91</sup> Evenwel kan een regularisatietermijn worden toegekend.

<sup>92</sup> Cf. infra.

<sup>93</sup> Section 301 (3) SOX.



zover hiervoor noch direct noch indirect een vergoeding van de genoteerde entiteit wordt ontvangen.

Een aandeelhouder met een belang van minder dan 10% is geen verbonden persoon. Deze grens vormt een “veilige haven”, hoewel ook kan worden aangetoond dat een aandeelhouder met een belang van meer dan 10% geen “geaffilieerde” persoon is. Bestuurders die werknemers zijn, “executive officers”, “general partners” en “managing members” van een verbonden persoon zijn eveneens “geaffilieerd”. Deze regel verhindert dat niet-uitvoerende bestuurders van een verbonden persoon, tevens geviseerd zouden worden en niet langer als onafhankelijke bestuurder zouden in aanmerking komen.

De SEC voegt nog een aantal uitzonderingen toe. Zo zal in het geval een moeder- en een dochtervennootschap beiden genoteerd zijn, een onafhankelijk lid van het auditcomité bij de moedervernootschap, zijn onafhankelijke status niet verliezen als lid van het auditcomité van de dochter omwille van de moeder-dochterrelatie. Een gelijkaardige uitzondering bestaat voor bepaalde buitenlandse holdingconstructies.

Naast de verplichting om “onafhankelijk” te zijn, moet tenminste één van de leden van het comité over financiële expertise beschikken. Deze verplichting volgt uit section 407 SOX. De final rule “Disclosure Required by sections 406 and 407 of the Sarbanes-Oxley Act of 2002” van 23 januari 2003 verfijnt de verplichtingen.<sup>94</sup> Het lid met de financiële expertise moet tenminste aan de volgende voorwaarden beantwoorden:

1. GAAS en financiële staten begrijpen;
2. kennis hebben tot beoordeling van de toepassing van de hierboven vermelde regels in samenhang met boekhoudregels inzake ramingen, meerwaarden en reserves;
3. ervaring in de voorbereiding, controle, analyse of evaluatie van de financiële staten met een moeilijkheidsgraad die redelijkerwijze kan vergeleken worden met deze van de vennootschap waar hij zetelt in het auditcomité dan wel ervaring omtrent het actief toezicht houden over één of meer personen met boven vermelde ervaring;
4. kennis van interne controle en procedures omtrent financiële staten begrijpen;
5. kennis van de taken van het auditcomité.

Deze vaardigheden kan de financiële expert verworven hebben door:

1. opleiding en ervaring als “principal financial officer, principal accounting officer, controller, public accountant or auditor”, dan wel ervaring verworven als gevolg van de uitoefening van één of meerdere andere functies met een gelijkaardige taakomschrijving;
2. ervaring door actief toezicht te houden op de in 1) vermelde personen;
3. ervaring door het toezicht op of de evaluatie van de prestaties van vennootschappen of revisoren inzake de voorbereiding, controle of evaluatie van de financiële staten;
4. andere relevante ervaring.

De SEC voegt expliciet toe dat op de financiële expert geen andere verplichtingen of aansprakelijkheden rusten dan deze die gelden voor de overige leden van het auditcomité of

---

<sup>94</sup> Met betrekking tot “investment companies” zijn de normen terug te vinden in “Final Rule: Certification of Management Investment Company Shareholder Reports and Designation of Certified Shareholders Reports as Exchange Act Periodic Reporting Forms; Disclosure Required by Sections 406 and 407 of the Sarbanes-Oxley Act of 2002”, van 27 januari 2003.



de raad van bestuur. Bovendien is de vennootschap slechts verplicht één lid als financieel expert aan te duiden, ook al hebben meerdere leden deze kwalificaties.

Wat de buitenlandse emittenten betreft, voegt de SEC een regel toe die stelt dat op hen de verplichting rust te melden of de financiële expert onafhankelijk is luidens de noteringsvereisten die van toepassing zijn op de buitenlandse emittent.

#### 4.1.2. Taken van het auditcomité

Het auditcomité heeft de taak toezicht te houden op de boekhoudkundige en financiële rapporteringssystemen en de controle van de financiële staten.<sup>95</sup> Meer in het bijzonder rust op het comité de verplichting om de commissaris aan te duiden, zijn vergoeding te bepalen alsook toezicht te houden op het werk van de commissaris in zover het betrekking heeft op de voorbereiding of het verstrekken van een controleverslag dan wel hieraan gerelateerde werkzaamheden.<sup>96</sup> Deze laatste werkzaamheden slaan, luidens de SEC op onder meer “comfort letters” alsook bijstand bij het opstellen van en nazicht van documenten die moeten worden neergelegd bij de SEC.

De SEC verklaarde ook dat de benoeming van de commissaris alsook het vastleggen van zijn bezoldiging door de aandeelhouders bij een aan een Amerikaanse beurs genoteerde buitenlandse vennootschap niet conflicteert met SOX.

Zoals boven werd geduïd maakt de SOX geen onderscheid naar de nationaliteit van de genoteerde entiteit. Niettemin houdt de “final rule” rekening met een aantal bijzonderheden van buitenlandse organisatiestructuren. Zowel de tweeledige bestuursstructuur, werknemersvertegenwoordiging, vennootschappen met invloedrijke aandeelhouders of met vertegenwoordigers van de overheid en vennootschappen met een bijzonder college van commissarissen worden kort toegelicht.

Wat de werknemersvertegenwoordiging betreft, laat de SEC deelname aan het auditcomité toe indien de vertegenwoordiger geen “executive officer”<sup>97</sup> is en werd aangeduid in overeenstemming met het recht van het land waar de vennootschap haar zetel heeft.

Vennootschappen met een tweeledige bestuursstructuur moeten het auditcomité inrichten op het niveau van de raad van toezicht. In het andere geval wordt de volledige toezichtsraad als auditcomité beschouwd.

Wanneer de vennootschap een controlerende aandeelhouder heeft<sup>98</sup>, laat de SEC toe dat één lid van het auditcomité (een vertegenwoordiger van) deze aandeelhouder is, indien:

- de vereiste inzake de vergoeding wordt nageleefd;
- het lid slechts het statuut van waarnemer heeft;
- het lid geen “executive officer” is van de genoteerde vennootschap.<sup>99</sup>

---

<sup>95</sup> Section 2 (3) SOX.

<sup>96</sup> Section 301 (2) SOX.

<sup>97</sup> Een executive officer werd gedefinieerd in Rule 3b-7 van de Exchange Act: “*the issuer’s president, any vice president of the registrant in charge of a principal business unit, division or function (such as sales, administration or finance), any other officer who performs a policy-making function or any other person who performs similar policy-making functions for the registrant. Executive officers of subsidiaries may be deemed executive officers of the issuer if they perform such policy-making functions for the issuer.*”

<sup>98</sup> Controle duidt op de “*possession, direct or indirect, of the power to direct or cause the direction of the management and policies of a person, whether through the ownership of voting securities, by contract or otherwise.*” Deze definitie sluit nauw aan bij deze in het Belgische Wetboek van vennootschappen.



Wanneer een overheid een belangrijke aandeelhouder is van de genoteerde vennootschap dan wel beschikt over aandelen waaraan bijzondere rechten zijn verbonden, mag één vertegenwoordiger van deze overheid zetelen in het auditcomité indien de vereiste inzake vergoeding wordt nageleefd en het lid geen “executive officer” is van de genoteerde entiteit. Wat de bijzondere raad van commissarissen betreft, doelt de SEC onder meer op het Italiaanse collegio sindacale. Dit orgaan moet onafhankelijk van het “management” opereren en beschikt over bijzondere toezichtstaken. Indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, is een vennootschap met dergelijke structuur vrijgesteld van de verplichting om een auditcomité in te richten. Ook sommige beleggingsinstellingen, de zogenaamde “unit investment trusts” genieten van dergelijke vrijstelling.

Inzake de behandeling van klachten moet het auditcomité bepaalde procedurevormen in acht nemen.<sup>100</sup> Het comité moet deze procedures uitwerken voor het in ontvangst nemen en de behandeling van klachten omtrent de boekhouding, interne controleprocedures of audit. Tevens moeten voorzieningen worden getroffen opdat werknemers op anonieme wijze hun bezorgdheid kunnen uiten omtrent twijfelachtige boekhoudkundige of auditkwesties.

Voor het uitvoeren van zijn werkzaamheden moet het auditcomité op kosten van de vennootschap een beroep kunnen doen op adviseurs.<sup>101</sup>

In de “final rule” van de SEC werd vastgesteld dat de beursautoriteiten voor 1 december 2003 hun noteringsvereisten moesten aanpassen en laten goedkeuren. Dit geschiedde inmiddels. De noteringsvereisten van NASDAQ en NYSE werden in de loop van de maand november 2003 door de SEC goedgekeurd. Zij verfijnen de SEC-normen omtrent het auditcomité en leggen bijkomende verplichtingen op.

De bepalingen conflicteren niet met het Belgische recht. De “corporate governance” wet van 2 augustus 2002 verleent het auditcomité in voorkomend geval een bijzondere wettelijke taak. Wanneer de vergoeding voor andere diensten hoger ligt dan deze die krachtens de wet aan de commissaris worden toevertrouwd, moet een advies van het auditcomité of een gunstige beslissing van het Comité voor Advies en Controle worden bekomen, dan wel een college van commissarissen worden benoemd. Dergelijk auditcomité moet statutair worden ingericht, binnen de raad van bestuur en permanent toezicht uitoefenen op de afgewerkte dossiers van de commissaris. De Franstalige tekst heeft het evenwel over “devoirs accomplis”. De Belgische wetgever maakt het mogelijk dat om het even welke bestuurder zetelt in dergelijk comité. Een Belgische vennootschap kan derhalve het auditcomité inrichten overeenkomstig de Amerikaanse normen. Er blijft evenwel de vaststelling dat het Belgische auditcomité – behoudens deze bijzondere wettelijke bevoegdheid – een adviserend comité binnen de raad van bestuur blijft. De beslissingsbevoegdheid berust bij de raad van bestuur.

Niet alleen moet een genoteerde vennootschap over een auditcomité beschikken, er moet tevens over dit comité worden gerapporteerd in het jaarverslag. Voor buitenlandse entiteiten gold deze verplichting al, doch de SEC voegt toe dat de vennootschap moet rapporteren dat bij ontstentenis van een auditcomité, de gehele raad van bestuur optreedt als auditcomité.

---

<sup>99</sup> Het is niet verboden dat het lid “executive officer” van de controlerende aandeelhouder is.

<sup>100</sup> Section 301 (4) SOX.

<sup>101</sup> Section 301 (5) SOX.





## 4.2. Certificatie van periodieke verslagen

Een van de eerste bepalingen in de SOX die kort na de ondertekening reeds de nodige opschudding veroorzaakte, betrof de verplichting in section 302 SOX om als “chief executive officer” (CEO) en als “chief financial officer” (CFO) bepaalde financiële informatie te certificeren. Meer bepaald rust op beiden de verplichting om de neer te leggen jaarverslagen en kwartaalrapporten te voorzien van hun handtekening met de verklaring dat deze verslagen aan bepaalde vereisten beantwoorden.<sup>102</sup>

Iedere CEO en CFO dient afzonderlijk te certificeren dat:

1. “zij het verslag hebben bekeken;
2. het verslag, voor zover hen bekend, geen onwaarheden bevat over een belangrijk feit en er geen belangrijk feit ontbreekt, waardoor het verslag misleidend zou worden;
3. de financiële informatie in het verslag, voor zover hen bekend, de financiële positie, resultaten en kasstromen van de vennootschap behoorlijk weergeven;
4. zij verantwoordelijk zijn voor het instellen en handhaven van interne procedures die ervoor zorgen dat alle belangrijke informatie binnen de vennootschap (inclusief geconsolideerde dochters) bij het management bekend wordt en zonodig openbaar gemaakt kan worden, dat zij deze interne procedures, binnen een termijn van 90 dagen voor het einde van de verslagperiode, hebben geëvalueerd en dat de resultaten van deze evaluatie in het verslag zijn opgenomen;
5. zij alle belangrijke tekortkomingen in de interne procedures alsmede alle gevallen van fraude van management en bij de controle betrokken werknemers aan de accountant en het auditcomité hebben medegedeeld;
6. zij in het verslag hebben aangegeven of er sinds de meest recente evaluatie in de interne procedures wijzigingen hebben voorgedaan of er andere factoren zijn die de interne controle aanmerkelijk zouden kunnen beïnvloeden en welke actie zij daarop eventueel hebben genomen.”<sup>103</sup>

De SEC heeft in zijn uitvoeringsbepalingen een onderscheid gemaakt tussen “disclosure controls and procedures” enerzijds en “internal controls and procedures for financial reporting” anderzijds. Het eerste slaat op het controlesysteem dat het mogelijk maakt dat de openbaar te maken informatie wordt opgeslagen, verwerkt, samengevat en gerapporteerd binnen de tijdspanne die de SEC oplegt. Tevens moet het systeem er zorg voor dragen dat het management en in het bijzonder de CEO en de CFO tijdig worden geïnformeerd omtrent de openbaar te maken gegevens met het oog op het tijdig nemen van beslissingen omtrent de publicatie. Opgemerkt mag worden dat hoewel slechts kwartaal- en jaarverslagen moeten worden gecertificeerd, het systeem moet zorgen voor adequate verwerking van alle informatie in om het even welk verslag dat moet worden openbaar gemaakt.

---

<sup>102</sup> Met betrekking tot “investment companies” zijn de normen terug te vinden in “Final Rule: Certification of Management Investment Company Shareholder Reports and Designation of Certified Shareholders Reports as Exchange Act Periodic Reporting Forms; Disclosure Required by Sections 406 and 407 of the Sarbanes-Oxley Act of 2002” van 27 januari 2003.

<sup>103</sup> M. VAN GINNEKEN, “De ‘Sarbanes-Oxley Act of 2002: het Amerikaanse antwoord op Enron’”, *Ondernemingsrecht* 2003, 67.



Het tweede systeem heeft betrekking op de processen die ervoor zorgen dat de financiële informatie nauwkeurig is en in overeenstemming met GAAP wordt opgesteld.

Voor beide controlesystemen moet de CEO en de CFO de nodige certificering verstrekken. De zwakheid van deze certificering ligt ongetwijfeld in de vermelding in het ten tweede en ten derde van “voor zover hen bekend”. Niettemin moeten zij beiden zorgen voor een adequaat controlesysteem. Pas als hieraan wordt voldaan zal een verweer dat berust op de melding dat een tekortkoming hen niet bekend kon zijn, enig succes kunnen hebben. Om achterpoortjes zoveel mogelijk gesloten te houden, heeft de SEC de verklaring die de CEO en de CFO moet ondertekenen ad verbatim voorgeschreven.

Daarnaast bevat de SOX nog een derde vorm van interne procedure. Luidens section 404 (a) SOX moet de SEC regels uitvaardigen waardoor vennootschappen verplicht zijn in hun jaarverslag een intern controleverslag te voegen met

- a. de melding dat het management verantwoordelijk is voor het inrichten en onderhouden van een adequaat intern controlesysteem en processen voor financiële rapportering;
- b. een beoordeling van de effectiviteit van de interne controlestructuur en procedures van de verslaggever.<sup>104</sup>

Op de commissaris rust de verplichting de beoordeling van het management te attesteren en erover te rapporteren. De wijze waarop de attestatie en de rapportering moet geschieden, is onderworpen aan regels van de PCAOB.

Ook in section 906 SOX is een regel omtrent certificatie terug te vinden. Deze bepaling vertoont vele gelijkenissen met de bepaling in section 302 SOX. Opnieuw moeten de CFO en de CEO de periodieke rapporten in een geschreven verklaring certificeren. Alle, doch alleen rapporten die financiële staten van de vennootschap bevatten, moeten worden gecertificeerd. De CFO en CEO moeten verklaren dat het verslag de financiële toestand en resultaten van de vennootschap behoorlijk in al zijn materiële elementen, weergeeft.

Het is evenwel niet vereist interne procedures te certificeren en evenmin bestaan er door de SEC voorgeschreven certificatieclausules. Het belangrijkste verschil tussen de certificatieplicht in section 302 en 906 SOX houdt verband met de sanctionering. De laatste bepaling wordt strafrechtelijk gesanctioneerd. Wanneer de CEO of de CFO weet dat het verslag niet aan alle vereisten van deze sectie voldoet, stelt hij zich bloot aan straffen tot 1 miljoen dollar en een gevangenisstraf van hoogstens 10 jaar. Wanneer de schending van de bepaling opzettelijk gebeurt, lopen de straffen op tot 5 miljoen dollar en 20 jaar gevangenisstraf. Dit verschil is ook niet absoluut. Onder bepaalde voorwaarden is ook section 302 SOX strafrechtelijk sanctioneerbaar. Immers bevat section 3 SOX inzake sanctionering een verwijzing naar de Securities Exchange Act.

Anders dan bij section 302 SOX is het mogelijk bij de certificering onder section 906 SOX een voorbehoud te maken. Uit de eerste certificaties – section 906 SOX trad onmiddellijk in werking – blijkt dat ongeveer 20% van de certificeringen een voorbehoud bevatten.<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> Cf. infra deel 6.2..

<sup>105</sup> M. VAN GINNEKEN, “De ‘Sarbanes-Oxley Act of 2002: het Amerikaanse antwoord op Enron’”, *Ondernemingsrecht* 2003, 69, noot 56.



Naar Belgisch recht moet de raad van bestuur de jaarrekening opmaken alsook een jaarverslag opstellen.<sup>106</sup> De bestuurders zijn aansprakelijk voor de schade die voortvloeit uit een overtreding van deze bepalingen.<sup>107</sup> Deze benadering verschilt aanzienlijk van de Amerikaanse verplichtingen. Een Belgische “CEO” of “CFO” heeft geen certificatieplicht. Vooral de verplichting omtrent het interne controlesysteem is nieuw en vergt van de betrokken personen bijzondere aandacht.

### 4.3. Verbod van effectenhandel

Section 306 (a) SOX verbiedt een bestuurder of “executive officer” van een genoteerde vennootschap handel in aandelen van de vennootschap gedurende de periode tijdens dewelke een pensioenplan het verbod oplegt/opgelegd wordt om in deze aandelen te handelen, de “Regulation Blackout Trading Restriction” of “BTR”. Deze regel beoogt de gelijke behandeling van beide categorieën personen.

Een “blackout period” wordt door de SOX omschreven als een periode van meer dan 3 opeenvolgende handelsdagen gedurende dewelke tenminste 50% van de deelnemers of begunstigen van een pensioenplan<sup>108</sup> ingericht door de genoteerde vennootschap niet het recht hebben aandelen van de genoteerde vennootschap in het kader van dergelijk pensioenplan te verwerven of te vervreemden.

Zowel section 306 SOX als de rules van de SEC bevatten aanvullende bepalingen omtrent uitzonderingen op deze regel, procedurevoorschriften, enz.

Wat buitenlandse genoteerde vennootschappen betreft, werd door de SEC de regel ingevoerd dat section 306 SOX van toepassing is indien naast de door de SOX vastgelegde 50%-regel het aantal deelnemers of begunstigen gevestigd in de Verenigde Staten die door de regel van tijdelijke schorsing worden getroffen, ofwel 15% van het totaal aantal werknemers van de vennootschap overtreft ofwel het absoluut aantal van 50.000 overschrijdt.

De door deze regel geïsoleerde personen zijn de bestuurders en de “executive officers”. De SEC verwijst naar de Securities Exchange Act wat betreft de omschrijving van “director” en “officer”. Onder meer de voorzitter, de belangrijkste financieel directeur, de ondervoorzitters die belast zijn met de belangrijkste bedrijfstukken, en andere directeuren die belast zijn met beleidssturende taken, enz. worden gevat. Ook de “officers” van de moedervenootschap en dochters van deze genoteerde vennootschap die belast zijn met gelijkaardige taken, worden geïsoleerd.

Een “director” slaat luidens section 3(a) (7) van de Securities Exchange Act op “*any director of a corporation or any person performing similar functions with respect to any organization, whether incorporated or unincorporated*”.

Wat betreft de buitenlandse emittenten wordt er aan toegevoegd dat de regels pas van toepassing zijn indien de director “management employee” van de emittent is. De “executive officers” van een buitenlandse entiteit zijn de “*principal executive officer or officers, the*

---

<sup>106</sup> Artikel 92 en 95 W.Venn.

<sup>107</sup> Artikel 528 W.Venn.

<sup>108</sup> Voor een definitie van het begrip zie section 306 (a) (5) SOX waarbij wordt verwezen naar sectie 3 van de Employee Retirement Income Security Act of 1974 met uitsluiting van het pensioenplan met slechts één deelnemer zoals elders in deze laatste Act gedefinieerd.



*principal financial officer or officers and the principal accounting officer or officers of the issuer”.*

Indien de regel wordt geschonden, remedieert de SOX op twee verschillende wijzen de schending. Naast de algemene regel dat een overtreding van section 306 SOX als een schending van de Securities Exchange Act wordt beschouwd en aldus ook kan worden gesanctioneerd, beschikt de emittent over een bijzonder instrument.

Wanneer de geïndiceerde personen alsnog tijdens de schorsingsperiode handelen in aandelen van de vennootschap, komt de winst die hieruit voortvloeit toe aan de emittent. Deze laatste kan hiertoe een rechtszaak starten. Indien de emittent de zaak niet opstart binnen 60 dagen nadat hierom werd verzocht door om het even welke eigenaar van een effect van de vennootschap, kan deze laatste de rechtszaak zelf starten om ten gunste van de emittent de winst te recupereren. De eigenaar van het effect moet de rechtszaak starten binnen de twee jaar nadat de winst werd gerealiseerd.

De SEC licht omstandig toe hoe de winst dient te worden berekend. Wanneer tijdens de periode van schorsing alsnog wordt gehandeld, wordt de gemiddelde koers van het aandeel gedurende drie dagen na afloop van de schorsingsperiode berekend. Dit gemiddelde wordt vergeleken met de koers waartegen tijdens de verdachte periode de transactie plaatsvond. De winst wordt vervolgens vermenigvuldigd met het aantal aandelen dat tijdens de periode werd verhandeld. Dit bedrag kan door de emittent worden teruggevorderd. Wanneer de koers na afloop van de schorsingsperiode lager (hoger) is dan de koers waaraan de aankooptransactie (verkooptransactie) geschiedde, werd geen winst gerealiseerd en is de vordering zonder voorwerp.

Ook voert de SOX in section 403 nieuwe verplichtingen in omtrent de melding van het aandelenbezit van bestuurders, “officers” en belangrijke aandeelhouders. Iedereen die de (begunstigde) eigenaar is van meer dan 10% van een categorie van aandelen alsook iedere “officer” en bestuurder moet de SEC op de hoogte brengen van het aandelenbezit alsook wijzigingen in dat bezit, verwervingen en vervreemdingen en swapovereenkomsten omtrent deze effecten. Voortaan is deze melding verplicht bij de registratie van de emittent, binnen de tien dagen na de initiële verwerving alsook uiterlijk op het einde van de tweede werkdag nadat een transactie of swap plaatsvond. Deze laatste bepaling verscherpt de tijdsperiode waarbinnen de melding moet geschieden.

In België bestaat een analoge verplichting reeds geruime tijd. De transparantiewetgeving werd in 1989 ingevoerd. Kennisgevingen moeten in België uiterlijk de tweede werkdag aan de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen worden verricht. Toch blijven een aantal essentiële verschilpunten bestaan. Vooreerst geldt de verplichting in België slechts voor personen die stemrechtverlenende effecten of hiermee gelijkgestelde financiële instrumenten verwerven. De eerste drempel start reeds op 5%, doch kan statutair verlaagd worden tot 3%. Daarnaast geldt geen gelijkaardige verplichting voor bestuurders of personeel van de vennootschap, tenzij zij als aandeelhouders onder de algemene regels ressorteren.

#### **4.4. Ongepaste beïnvloeding van de controlewerkzaamheden**



Het is een bestuurder of “officer” van de emittent of om het even welke andere persoon die onder het gezag van voormelde personen werkt, verboden om het even welke handeling met bedrieglijk oogmerk tot beïnvloeding, manipulatie of misleiding te stellen jegens een onafhankelijke commissaris – “public or certified accountant” – die belast is met de controle van de financiële staten van de emittent. Eén en ander moet er op gericht zijn de financiële staten van de vennootschap materieel misleidend te maken.<sup>109</sup> SOX verplichtte de SEC voor deze bepaling de nodige uitvoeringsmaatregelen te treffen uiterlijk 270 dagen nadat deze wetgeving werd goedgekeurd.

Op 20 mei 2003 keurde de SEC deze uitvoeringsmaatregelen goed, nadat deze in ontwerpvorm reeds op 18 oktober 2002 ter discussie aan het publiek werden overgelegd. Deze maatregel definieert onder meer “officer”. Worden geïllustreerd: “*president, vice president, secretary, treasurer or principal financial officer, comptroller or principal accounting officer, and any person routinely performing corresponding functions with respect to any organization whether incorporated or unincorporated*”. Het hoeft geen betoog dat deze definitie deels tautologisch is en bovendien niet eenduidig in de Belgische context kan worden toegepast.

Verder focust de SEC hoofdzakelijk op de interpretatie van het begrip “bedrieglijke beïnvloeding” waarvan volgende voorbeelden worden gegeven:

- betalen van steekpenningen of financiële prikkels, met inbegrip van het aanbieden van toekomstige arbeidscontracten of contracten voor non-audit diensten;
- toevertrouwen aan de commissaris van onjuiste of misleidende juridische analyses;
- dreigen met opzeggen of opzeggen van bestaande non-audit overeenkomsten;
- zorgen voor het verwijderen van een partner van de controleopdracht;
- afdreiging;
- fysieke bedreiging.

#### **4.5. Terugbetaling van toegekende voordelen aan de ondernemingsleiding**

Wanneer een emittent verplicht is om de financiële staten opnieuw op te stellen omdat er materiële tekortkomingen werden vastgesteld ten gevolge van “wanbeheer” inzake een financiële rapporteringsvereiste, moet de “chief executive officer” en de “chief financial officer” van de emittent naar luid van section 304 SOX aan deze laatste terugstorten:

1. om het even welke bonus of een andere op een prikkel- of op aandelen gebaseerde vergoeding die door boven vermelde persoon van de emittent is ontvangen gedurende een periode van 12 maanden die volgt op de eerste bekendmaking of neerlegging bij de SEC – afhankelijk welke van de twee tijdstippen eerst komt - van de financiële stukken die de financiële rapporteringsvereisten bevatten en
2. om het even welke winst die voortspruit uit de verkoop van effecten van de emittent gedurende dezelfde periode van 12 maanden.

Het komt aan de SEC toe uitzonderingen op de eerste bepaling toe te staan in de mate zij dit noodzakelijk of gepast acht.

---

<sup>109</sup> Section 303 SOX.



#### **4.6. Verbod tot verstrekken van leningen door de vennootschap aan de ondernemingsleiding**

Artikel 402 SOX verbiedt de emittent op directe of indirecte wijze persoonlijke leningen aan een bestuurder of een “executive officer” toe te staan of te handhaven. Worden eveneens door deze bepaling gevisieerd: het treffen van regelingen die strekken tot de uitbreiding van een lening of vernieuwing van de uitbreidingsmogelijkheid.

De uitbreiding van de kredieten die reeds waren gesloten op het ogenblik dat de SOX werd goedgekeurd, vallen niet onder deze verbodsbepaling voor zover er geen materiële wijziging wordt aangebracht aan de voorwaarden gekoppeld aan de uitbreiding of de hernieuwing van de uitbreiding vanaf de datum van goedkeuring van de wet.

De nieuwe verbodsbepaling slaat niet op leningen die strekken tot het verbeteren van de kwaliteit van de woning<sup>110</sup>, consumentenkredieten<sup>111</sup> of een uitbreiding van een open kredietplan, noch op een kredietkaart<sup>112</sup> of een uitbreiding van een krediet die door een makelaar aan een werknemer wordt toegestaan om effecten te kopen of te verhandelen. Deze soorten kredietverlening moeten in dat geval evenwel door de “Board of Governors” van de “Federal Reserve System” toegelaten zijn. Dit zal het geval zijn:

- wanneer de toekenning van consumentenkredieten valt binnen de normale activiteiten van de emittent;
- wanneer dit soort kredietverstrekking normaal door de emittent aan het publiek wordt aangeboden;
- wanneer de toekenning geschiedt tegen marktvoorwaarden of de voorwaarden niet gunstiger zijn dan deze die door de emittent aan het publiek bij de uitbreiding van het krediet worden toegekend.

De SOX bepaalt overigens ook dat het verbod niet geldt voor om het even welk krediet dat wordt toegekend of gehandhaafd door een “insured depository institution”<sup>113</sup> en de lening onderworpen is aan de voorwaarden inzake “insider lending” van section 22 van de Federal Reserve Act.

#### **4.7. Ethische code**

SOX verplicht de SEC regels vast te leggen omtrent de openbaarmaking van een ethische code die door “senior financial officers” van een emittent moeten worden nageleefd.

Een ethische code moet tenminste omvatten, deze bepalingen die redelijkerwijze noodzakelijk zijn om de volgende gedragingen te bevorderen:

- eerlijk en ethisch gedrag, met inbegrip van het ethisch omgaan met actuele of klaarblijkelijke conflicten tussen de persoonlijke en professionele belangen;

---

<sup>110</sup> Waarvoor wordt verwezen naar de Home Owners’ Loan Act.

<sup>111</sup> Waarvoor wordt verwezen naar de Truth in Lending Act.

<sup>112</sup> Zie hiervoor ook de Truth in Lending Act.

<sup>113</sup> Waarvoor wordt verwezen naar de Federal Insurance Act.



- volledige, eerlijke, nauwkeurige, tijdige en duidelijke openbaarmaking van periodieke verslagen die door de emittent moeten worden opgesteld;
- naleven van de toepasselijke regels en normen.

Meer bepaald moest de SEC er voor zorgen dat de emittent bij de neerlegging van periodieke verslagen tevens openbaar maakt of de voornaamste “financial officer”, “comptroller” of de voornaamste “principal accounting officer” dan wel personen die gelijkaardige functies verricht een ethische code moeten naleven en indien dit niet het geval is, de redenen aanduiden waarom de emittent niet over deze code beschikt.

Tevens moet de SEC zorgen voor bepalingen die nopen tot de onmiddellijke bekendmaking door middel van aanmelding, verspreiding op het internet of andere elektronische verspreidingsinstrumenten van iedere wijziging aan of wegbedingen van de ethische code.

De final rule “Disclosure Required by sections 406 and 407 of the Sarbanes-Oxley Act of 2002” van 24 januari 2003, zoals gewijzigd op 26 maart 2003 zet deze verplichting om.<sup>114</sup>

#### **4.8. Verbod om bestuurder of officer te worden**

Section 1105 SOX laat ook toe dat de SEC om het even welke persoon die section 10 (b) van de Securities Exchange Act<sup>115</sup> alsook section 17 (a) (1) van de Securities Act<sup>116</sup> heeft geschonden, verbiedt om een mandaat van bestuurder of “officer” op te nemen in een vennootschap waarvan effecten zijn geregistreerd in overeenstemming met section 12 van de Securities Act of die verslagen moet neerleggen in overeenstemming met section 15 (d). Dit kan geschieden wanneer het gedrag van die persoon aantoont dat hij niet geschikt is om een mandaat als bestuurder of “officer” van dergelijke emittent waar te nemen.

---

<sup>114</sup> Met betrekking tot “investment companies” zijn de normen terug te vinden in “Final Rule: Certification of Management Investment Company Shareholder Reports and Designation of Certified Shareholders Reports as Exchange Act Periodic Reporting Forms; Disclosure Required by Sections 406 and 407 of the Sarbanes-Oxley Act of 2002”, van 27 januari 2003.

<sup>115</sup> Deze bepaling verbiedt het gebruik van bedrieglijke of manipulatieve middelen bij de handel in financiële instrumenten.

<sup>116</sup> Deze bepaling heeft betrekking op bedrieglijke handel die wordt georganiseerd tussen de verschillende Staten.



## 5. De advocaat als klokkenluider

Ook advocaten moeten rekening houden met nieuwe verplichtingen ten gevolge van de SOX. Luidens section 307 SOX heeft de SEC de plicht in het algemeen belang en de beleggersbescherming minimumnormen vast te leggen omtrent de wijze waarop de advocaat moet verschijnen en optreden voor de SEC wanneer hij een emittent vertegenwoordigt. De minimumnormen moeten tenminste omvatten:

- regels inzake de rapportering van bewijsmateriaal omtrent een materiële schending van de effectenwetgeving of schending van een “fiduciary trust” of gelijkaardige schending door een vennootschap of een lasthebber ervan, aan de belangrijkste bedrijfsjurist of de chief executive officer dan wel een persoon met een gelijkaardige functie en
- regels tot rapportering van het bewijsmateriaal aan het auditcomité dan wel aan een ander comité dat uitsluitend is samengesteld uit bestuurders die niet direct noch indirect door de emittent worden tewerkgesteld of aan de raad van bestuur, wanneer de belangrijkste bedrijfsjurist of “officer” niet op gepaste wijze reageert<sup>117</sup>.

De SEC stelde deze regels vast in de “Final Rule: Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys” van 29 januari 2003. Ook buitenlandse advocaten worden geïsoleerd. De SEC was evenwel bezorgd dat het toepassingsgebied zou leiden tot onevenwichtige verplichtingen voor buitenlandse advocaten en heeft aangeduid wie als “non-appearing foreign attorney” wordt beschouwd. Niettegenstaande de beperking van het toepassingsgebied, is de Vlaamse advocatuur bezorgd dat het Belgische beroepsgeheim in het gedrang komt.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> dit is, de gepaste maatregelen of sancties treffen.

<sup>118</sup> Zie J. STEVENS, “Het beroepsgeheim: vijf redenen tot ongerustheid”, *Ad Rem* 2002, nr. 2, 7.





## **6. financiële transparantie**

### **6.1. Buiten balans transacties**

SOX bevat een aantal regels die strekken tot een betere informatieontsluiting. Section 401 SOX verplicht bijkomende informatieontsluiting omtrent buiten balans transacties alsook over financiële informatie die de vennootschap publiceert en die niet terug te vinden is in de “generally accepted accounting principles” (GAAP).

Wat dit laatste betreft, de publicatie van andere dan de in de GAAP vermelde financiële maatstaven heeft de SEC in aanvulling van en in overeenstemming met de geest van de SOX regels uitgevaardigd. Een andere dan een financiële maatstaf is een numerieke maatstaf van de historische of toekomstige financiële prestatie, financiële toestand of kasstroom van een vennootschap die ofwel bedragen vervat in een GAAP financiële maatstaf uitsluit ofwel er bedragen aan toevoegt. Als voorbeeld wordt onder meer de ratio EBITDA door de SEC aangehaald.

In een “Regulation G” is de emittent verplicht bij het gebruik van een andere dan een GAAP financiële maatstaf een toelichting te verstrekken met een voorstelling van een GAAP financiële maatstaf die het nauwst aansluit bij de gebruikte maatstaf. Tevens dient de emittent beide met elkaar te rijmen. Bovendien rust op de vennootschap de verplichting, wanneer “mondeling”, “telefonisch”, op een “webcast” of uitzending, of een andere, gelijkaardige vorm van openbaarmaking een andere dan een GAAP financiële maatstaf wordt vermeld, op de webstek van de vennootschap de betrokken maatstaf te melden en een verwijzing op te nemen van de plaats en beschikbaarheid van de GAAP vergelijkbare maatstaf. Wanneer prospectieve maatstaven worden gebruikt moet de toelichting een schema met vergelijking opnemen.

Voor buitenlandse vennootschappen gelden dezelfde verplichtingen met betrekking tot informatie die wordt overgemaakt aan de SEC in formulier 20-F omtrent het jaarverslag

Een schending van deze bepaling wordt gesanctioneerd overeenkomstig de bepalingen in de Amerikaanse effectenwetgeving van 1934.

Inzake buiten balansverrichtingen werd nadere toelichting verstrekt omtrent de inhoud van de te verstrekken informatie in het “management’s discussion and analysis” rapport alsook de wijze waarop de informatieverstrekking – in een afzonderlijke sectie - dient te geschieden in de SEC’s “Final Rule: Disclosure in Management’s Discussion and Analysis about Off-Balance Sheet Arrangements and Aggregate Contractual Obligations” van 28 januari 2003. Ook buitenlandse vennootschappen worden aan deze bepalingen onderworpen.

### **6.2. Rapportering inzake interne controle**



Zoals boven reeds geduid bevat de SOX nog een derde vorm van interne procedure. Luidens section 404 (a) moet de SEC regels uitvaardigen waardoor vennootschappen verplicht zijn in hun jaarverslag een intern controleverslag te voegen met

- a) de melding dat het management verantwoordelijk is voor het inrichten en onderhouden van een adequaat intern controlesysteem en processen voor financiële rapportering;
- b) een beoordeling van de effectiviteit van de interne controlestructuur en procedures van de verslaggever.

Op 5 juni 2003 publiceerde de SEC zijn “Final Rule: Management’s Report on Internal Control over Financial Reporting and Certification in Exchange Periodic Reports”. Luidens deze “rule” rust op het management de verplichting in het jaarverslag een rapport over interne controle op te nemen dat naast boven vermelde items ook het volgende moet bevatten:

- een melding van het kader dat het management aanwendt om de evaluatie van de effectiviteit van het interne controlesysteem van de financiële staten te verrichten;
- een verklaring dat de commissaris een attestatie heeft verstrekt omtrent de evaluatie van de interne controle door het management<sup>119</sup>;
- een melding van de evaluatie door het management van iedere wijziging gedurende het laatste kwartaal dat op materiële wijze het interne controlesysteem beïnvloedt of kan geacht worden op materiële wijze dit systeem te beïnvloeden.
- de effectiviteitsbeoordeling die iedere “materiële” zwakheid van de interne controle duidt.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> Zie ook supra omtrent de bevoegdheid van de PCAOB om nieuwe normen uit tevaardigen.

<sup>120</sup> Dit rapport moet de volgende vorm aannemen:

*“I, [identify the certifying individual], certify that:*

*I have reviewed this annual report on Form 20-F of [identify company]; Based on my knowledge, this report does not contain any untrue statement of a material fact or omit to state a material fact necessary to make the statements made, in light of the circumstances under which such statements were made, not misleading with respect to the period covered by this report; Based on my knowledge, the financial statements, and other financial information included in this report, fairly present in all material respects the financial condition, results of operations and cash flows of the company as of, and for, the periods presented in this report;*

*The company's other certifying officer(s) and I are responsible for establishing and maintaining disclosure controls and procedures (as defined in Exchange Act Rules 13a-15(e) and 15d-15(e)) and internal control over financial reporting (as defined in Exchange Act Rules 13a-15(f) and 15d-15(f)) for the company and have:*

*(a) Designed such disclosure controls and procedures, or caused such disclosure controls and procedures to be designed under our supervision, to ensure that material information relating to the company, including its consolidated subsidiaries, is made known to us by others within those entities, particularly during the period in which this report is being prepared;*

*(b) Designed such internal control over financial reporting, or caused such internal control over financial reporting to be designed under our supervision, to provide reasonable assurance regarding the reliability of financial reporting and the preparation of financial statements for external purposes in accordance with generally accepted accounting principles;*

*(c) Evaluated the effectiveness of the company's disclosure controls and procedures and presented in this report our conclusions about the effectiveness of the disclosure controls and procedures, as of the end of the period covered by this report based on such evaluation; and*

*(d) Disclosed in this report any change in the company's internal control over financial reporting that occurred during the period covered by the annual report that has materially affected, or is reasonably likely to materially affect, the company's internal control over financial reporting; and*

*The company's other certifying officer(s) and I have disclosed, based on our most recent evaluation of internal control over financial reporting, to the company's auditors and the audit committee of the company's board of directors (or persons performing the equivalent functions):*



De commissaris moet de interne controle van de emittent attesteren en over de evaluatie van het management rapporteren. De attestatie moet geschieden in overeenstemming met de normen van de PCAOB.<sup>121</sup>

### 6.3. Real time openbaarmaking van informatie

Een emittent moet snel, dadelijk en in duidelijk Engels, bijkomende informatie ontsluiten omtrent materiële wijzigingen in de financiële toestand of verrichtingen van de emittent. Dit slaat onder meer op trends en kwalitatieve informatie alsook op grafische presentaties. De SEC bepaalt terzake normen die noodzakelijk of nuttig zijn voor de beleggersbescherming en het algemeen belang. Aldus luidt section 409 SOX.

---

*(a) All significant deficiencies and material weaknesses in the design or operation of internal control over financial reporting which are reasonably likely to adversely affect the company's ability to record, process, summarize and report financial information; and*

*(b) Any fraud, whether or not material, that involves management or other employees who have a significant role in the company's internal control over financial reporting.*

*Date: ..... [Signature] [Title]*

*\* Provide a separate certification for each principal executive officer and principal financial officer of the company. See Rules 13a-14(a) and 15d-14(a)."*

<sup>121</sup>

Cf. supra deel 2.2.



## 7. Financiële analisten

De SEC heeft de verplichting maatregelen te treffen tot beheersing van belangenconflicten die kunnen ontstaan in hoofde van financiële analisten naar aanleiding van de publicatie van hun analistenrapporten of bij publieke voordrachten. Deze maatregelen moeten strekken tot de versterking van de objectiviteit van het onderzoek en tot het aanreiken aan de beleggers van meer bruikbare en betrouwbare informatie.

Een financiële analist is naar luid van section 501 SOX een met een geregistreerde “broker” of “dealer” geassocieerde persoon die in hoofdzaak verantwoordelijk is voor de voorbereiding van het onderzoeksrapport, ongeacht of hij de titel voert van financiële analist. Ook de personen die direct of indirect aan de voormelde persoon omtrent het voorgaande rapporteren, worden gevisieerd.

Een onderzoeksrapport bestaat uit een geschreven of elektronische mededeling met een analyse van een financieel instrument geëmitteerd door een vennootschap of over een sector dat redelijkerwijze voldoende informatie verstrekt om een investeringsbeslissing op te laten berusten.

Deze regels moeten de volgende doelstellingen realiseren:

- het vertrouwen van het publiek in effectenonderzoek vergroten en de objectiviteit en de onafhankelijkheid van financiële analisten beschermen door
  - o inperken van de voorafgaande goedkeuring van onderzoeksrapporten door personen die worden tewerkgesteld door de “broker” of “dealer” die betrokken zijn in “investment banking” dan wel personen die niet rechtstreeks verantwoordelijk zijn voor investeringsanalyse, andere dan de juridische of “compliance” medewerkers;
  - o beperken van het toezicht en de remuneratie-evaluatie van financiële analisten door personen tewerkgesteld door de “broker” of “dealer” die niet zijn betrokken in “investment banking”; en
  - o eisen dat de “broker” of “dealer” dan wel aangestelden die betrokken zijn in “investment banking” niet overgaan tot vergelding of dreigen met vergelding tegen financiële analisten die een onderzoeksrapport verstrekken die op negatieve wijze de huidige of toekomstige relatie die de “broker” of “dealer” heeft met de emittent waarover het onderzoeksrapport is verstrekt, kan beïnvloeden. Dit neemt niet weg dat de “broker” of “dealer” de financiële analist moet kunnen sanctioneren in overeenstemming met het beleid van de entiteit voor andere redenen dan voor de vermeldingen in het onderzoeksrapport.
- Het vastleggen van perioden waarbinnen een “broker” of “dealer” die heeft deelgenomen of deelneemt aan het publiek aanbieden van effecten geen onderzoeksrapporten over deze effecten of over de emittent mag openbaar maken;
- Het inrichten van “chinese walls”: structurele en institutionele beschermingsmaatregelen die verhinderen dat binnen de “broker” of “dealer” financiële analisten onder invloed of toezicht staan van deze personen die “investment banking” activiteiten ontwikkelen en dit door middel van een gepaste inrichting van het informatiesysteem;



- Andere maatregelen die de SEC gepast acht.

Daarnaast verplicht de SOX de SEC regels inzake openbaarmaking van belangenconflicten bij de “broker” of “dealers” en in hoofde van de financiële analist op te stellen. Deze regels moeten deze laatsten verplichten de belangenconflicten die zij kennen of behoorden te kennen op het ogenblik van de publicatie of verspreiding van het onderzoeksrapport bekend te maken met inbegrip van:

- De schuldtitels of aandelen die de financiële analist bezit van de emittent waarover het onderzoeksrapport wordt gepubliceerd;
- de melding of de “broker”, “dealer” of met deze laatsten verbonden entiteiten, dan wel de financiële analist een vergoeding heeft ontvangen van de emittent, met dien verstande dat de SEC uitzonderingen kan toestaan om rekening te houden met toekomstige transacties die de emittent zal onderhouden;
- de melding of de emittent een cliënt is geweest van de “broker” of “dealer” gedurende het jaar voorafgaand aan het verschijnen of verspreiden van het onderzoeksverslag alsook, in voorkomend geval, de melding van de verschillende soorten diensten die werden verstrekt;
- de melding of de financiële analist een vergoeding heeft ontvangen voor het onderzoeksrapport dat onder meer gebaseerd is op “investment banking” activiteiten van de “broker” of “dealer”;
- andere meldingen omtrent belangenconflicten die de SEC gepast acht.



## **8. Bescherming van de klokkenluider**

In het deel dat in de SOX wordt aangeduid als de “Corporate and Criminal Fraud Accountability Act” worden “verklikkers” van bepaalde handelingen in bescherming genomen, de zogenaamde klokkenluidersbescherming.

Het is de emittent verboden een “officer”, werknemer, aannemer, onderaannemer, of lasthebbers te ontslaan, te schorsen, te bedreigen, te intimideren of op een andere wijze een werknemer te discrimineren omwille van het wettelijk handelen van deze laatste om:

- informatie te verstrekken of te doen verstrekken of op een andere wijze een onderzoek omtrent een bepaald optreden te helpen wanneer de werknemer redelijkerwijze gelooft dat een aantal bepalingen van de United States Code, de normen van de SEC of een bepaling omtrent fraude ten nadele van aandeelhouders werden geschonden en wanneer de informatie of bijstand wordt verstrekt aan of het onderzoek wordt gevoerd door:
  - o een federaal regulerend agentschap dan wel een agentschap dat toeziet op de naleving van de wet;
  - o een lid of commissie van het parlement;
  - o een persoon met een toezichhoudende bevoegdheid over de werknemer.
- een dossier in te dienen bij de SEC, er te getuigen of deel te nemen in de voortgang van de behandeling van het dossier dat verband houdt met een vermoedelijke overtreding van boven vermelde bepaling.

Wanneer alsnog tegen de betrokken persoon maatregelen worden genomen kan hij hiertegen opkomen door een klacht neer leggen bij het Arbeidssecretariaat. Wanneer deze laatste niet binnen de 180 dagen na het indienen van de klacht een definitieve beslissing heeft genomen, kan hij een rechtsgeding inspannen. De werknemer heeft recht op een volledige rechtzetting van het gedane onrecht. Hij heeft bovendien recht op een compensatoire schadevergoeding voor bijzondere schade met inbegrip van advocatenkosten, gerechtskosten en honoraria van deskundigen, alsook de intresten. Hij moet bovendien in zijn eerdere positie worden teruggeplaatst.



## 9. Studies

Ongebruikelijk in de Belgische wetgeving verplicht Titel VII van de SOX nader onderzoek te verrichten omtrent onderwerpen waarvan kan worden vermoed dat zij een aanzienlijke invloed hebben op het economisch bestel. Deze studies moeten de volgende onderwerpen nader analyseren:

- consolidatie van de audit sector (section 701 SOX);
- kredietrating agentschappen (section 702 SOX);
- schendingen van de effectenwetgeving alsook identificatie van de overtreeders (section 703 SOX);
- de handhaving van maatregelen (section 704 SOX);
- “investment banks” (section 705 SOX).

Titel VII is niet de enige plaats waar de SOX nader onderzoek vergt. Zo verplicht sectie 207 de General Accounting Office een onderzoek te voeren omtrent een externe rotatieplicht van de commissaris en dwingt section 108 de SEC tot een studie van een boekhoudkundig systeem gebaseerd op principes. Ook deze studies worden hieronder kort toegelicht.

De General Accounting Office (GAO) is een agentschap dat werkzaamheden verricht voor het Amerikaans Parlement. Op verzoek van het parlement onderzoekt en evalueert de GAO de programma's en de uitgaven van de federale regering. Het verstrekt advies aan het parlement en een aantal overheidsdepartementen.

Inmiddels werden de volgende studies uitgevoerd en gepubliceerd:

- GAO's “The Role of Firms and Their Analysts with Enron and Global Crossing” (March 2003)
- GAO's “Mandated Study on Consolidation and Competition” (juli 2003);
- GAO's “Selected Large Public Company Views on Audit Fees, Quality, Independence, and Choice” (september 2003);
- GAO's “Required Study on the Potential Effects of Mandatory Audit Firm Rotation” (november 2003)
- SEC's “Report on the Role and Function of Credit rating Agencies in the Operation of the Securities Markets” (januari 2003)
- SEC's “Study and Report on Violations By Securities Professionals” (januari 2003)
- SEC's “Study Pursuant to Section 108(d) of the Sarbanes-Oxley Act of 2002 on the Adoption by the United States Financial Reporting System of a Principles-Based Accounting System” (juli 2003)

Kortweg hebben deze studies reeds de volgende resultaten opgeleverd.

### 9.1. Studies over de auditsector

De GAO detecteerde, in uitvoering van sectie 701 SOX, de volgende factoren die hebben bijgedragen tot de consolidatie binnen de auditsector. Vooreerst was er de nood en de wens



gelijke tred te houden met de omvang en internationalisatie van de vennootschappen die de auditkantoren controleren. Daarnaast creëerde de concentratiebeweging schaalvoordelen – economies of scale. Tot slot expandeerde hun specifieke en technische expertise. Dit laatste komt onder meer tot uiting in de analyse van de identiteit van de controlerende kantoren in bepaalde sectoren: op basis van de activa controleert Ernst & Young 60,7% van de “general building contractors”, PWC 76,4% van de sector “petroleum and coal products”, Ernst & Young 48,7% en Deloitte & Touche 37,4% van de sector “Transportation by air” en KPM 59,5% van de “nondepository institutions”.

In de studie over de consolidatie in de auditsector kwam de GAO overigens tot het besluit dat er geen aanwijzingen zijn dat de concentratiegolf de competitie heeft aangetast. Het agentschap kwam ook tot de bevinding dat de honoraria naar boven worden bijgesteld doch er waren geen duidelijke aanwijzingen dat de toename van het honorarium voortvloeide uit de consolidatiebeweging. Evenmin kon worden vastgesteld dat de consolidatie van de auditsector de zoektocht naar kapitaal bemoeilijkt hoewel sommige kleine vennootschappen in voorkomend geval moeilijker voldoende kapitaal kunnen ophalen. Marktparticipanten verwachten dat de controle wordt verricht door één van de Big 4 kantoren. Deze laatsten evalueren het risico en de winstgevendheid van de controle van een kandidaat-cliënt en zijn terughoudend om een nieuw, meer risicovol mandaat te aanvaarden. Dit leidt uiteindelijk tot een toename van de kosten om kapitaal te verwerven.

Kleinere kantoren kunnen de “grote” auditmarkt niet penetreren en de marktomstandigheden lijken een verdere uitbreiding van deze markt niet toe te laten. Een verdere concentratie is niet denkbeeldig. De Big 4 kantoren controleerden in 2002 78% van alle Amerikaanse “publieke” vennootschappen die samen goed zijn voor 99% van de omzet van deze categorie van vennootschappen. Deze grote kantoren tellen bijna driemaal zoveel partners en ruim vijfmaal zoveel personeelsleden als de drie kantoren die inzake omvang de Big 4 volgen. Zelfs een fusie tussen deze kleinere entiteiten volstaat niet. Een organisatiestructuur met partners beperkt de interne groei. De GAO besluit in deze studie dat het niet duidelijk is of en zo ja wat kan worden gedaan om deze “problemen” te verhelpen.

Belgisch onderzoek wijst uit dat de Belgische Big 4 in 2001 ongeveer 60% van de markt in handen houden<sup>122</sup> en in 2000 ruim 64% van alle genoteerde vennootschappen controleerden, samen goed voor ruim 90% van de marktkapitalisatie.<sup>123</sup>

In een studie over de visie van grote ondernemingen op het honorarium van de commissaris, de kwaliteit van de dienstverlening, zijn onafhankelijkheid en de keuzemogelijkheden, is vastgesteld dat de consolidatiebeweging nauwelijks of geen invloed heeft gehad op de kwaliteit of de onafhankelijkheid van de commissaris. 84% van de ondernemingen wil geen wijziging van de commissaris indien deze laatste behoort tot een ander kantoor dan een Big 4. Hiervoor worden redenen als expertise, reputatie en capaciteit aangehaald. Redenen om een andere commissaris te benoemen, zijn onder meer de reputatie, het honorarium, fusies en andere wijzigingen van het aandeelhouderschap of het management alsook de wens om een “nieuwe kijk op de zaken” te bekomen.

---

<sup>122</sup> J. BRANSON, D. BRESCH EN A. MOSSY, “Concentratie in de Belgische Auditmarkt: een onderzoek over de periode 1992-2002 en van de gevolgen van het verdwijnen van Arthur Andersen”, *Accountancy en Bedrijfskunde* 2004, nr. 1, 4-16.

<sup>123</sup> C. VAN DER ELST, “De onafhankelijke commissaris: transparantie en juridisch-economische beoordeling van het Belgisch normerend kader”, *T.R.V.* 2002, p. 136.





Wat de wijziging van kantoor betreft stelde de studie vast dat een onderneming gemiddeld reeds 19 jaar de controle laat uitvoeren door hetzelfde kantoor.<sup>124</sup> Indien geen rekening wordt gehouden met de verplichte wijzigingen na het uiteenvallen van Andersen, maken 80% van de vennootschappen reeds meer dan 16 jaar gebruik van hetzelfde kantoor.

De studie over de verplichte rotatie van revisorenkantoren, zoals voorzien in section 207 SOX, leidde tot de vaststelling dat bijna alle grote vennootschappen van oordeel zijn dat bij verplichte rotatie de kosten de baten overstijgen. Interne rotatie binnen een revisorenkantoor gekoppeld aan de andere verplichtingen van de SOX volstaan. Immers het risico op falen tijdens de eerste jaren van de controle neemt toe. De kosten tijdens het eerste jaar van de controle zou tenminste 20% hoger liggen omdat het noodzakelijk is tijdens die betrokken periode afdoende informatie te vergaren. Bovendien zouden de selectiekosten meer dan 17% bedragen van de totale kosten voor de controle tijdens het eerste jaar van de controle. In het rapport wordt ook nog het belang van het auditcomité bij de beoordeling van de commissaris benadrukt.

## 9.2. Kredietrating agentschappen (section 702 SOX)

Ook de rol en de functie van kredietratings kwam na het falen van Enron en Worldcom onder vuur te liggen. Immers tot juist voor hun falen, hadden deze vennootschappen een behoorlijke kredietrating.<sup>125</sup> Daarom werd SEC de opdracht gegeven te onderzoeken welke rol deze agentschappen spelen in de evaluatie van emittenten, het belang van hun rol voor beleggers en de kapitaalmarkten, de hinderpalen die deze agentschappen ondervinden om nauwkeurige waarderingen uit voeren van de financiering en risico's van emittenten, de maatregelen die kunnen worden genomen om dit laatste te verhelpen, de moeilijkheden die nieuwe spelers op de markt ondervinden en de belangenconflicten bij ratingagentschappen alsook maatregelen om deze problemen te ondervangen.

Reeds sinds 1975 beroept de SEC zich op erkende ratingagentschappen, de “nationally recognized statistical rating organizations”, om bepaalde lasten vast te leggen. Er zijn momenteel drie erkende agentschappen: Moody's Investors Service, Fitch en Standard and Poor's Division of the McGraw Hill Companies Inc.<sup>126</sup> De erkenning wordt bekomen na een evaluatie van onder meer de organisatiestructuur, de financiering, het personeel en de onafhankelijkheid van het agentschap.

Reeds enige tijd rezen vragen omtrent de werking en invloed van deze ratingagentschappen en in 1997 had de SEC reeds voorstellen van regels uitgevaardigd, doch deze werden nooit van kracht. De bezorgdheid omtrent een “rating” concentreerde zich voornamelijk rondom volgende aspecten:

1. de invloed van de emittent: de vergoeding van het agentschap door de emittent om een rating te bekomen;

---

<sup>124</sup> In de studie over de verplichte rotatie van het revisorenkantoor werd zelfs een gemiddelde van 22 jaar opgetekend.

<sup>125</sup> Op het ogenblik van de redactie van deze bijdrage werden de financiële malversaties bij het Italiaanse Parmelat bekendgemaakt. Ook hier was vast te stellen dat deze vennootschap tot kort voor het concordaat een behoorlijke kredietrating had (zie C. BATCHELOR, “Scandal adds to rating agency woes”, *Financial Times* 12 januari 2004, 17).

<sup>126</sup> Sinds 1975 werden vier andere agentschappen erkend doch deze werden allen overgenomen door of zijn gefuseerd met de drie resterende agentschappen.



2. de invloed van de abonnees van de ratingagentschap;
3. dienstverlening van het agentschap;
4. misbruiken, onder meer wegens de dominerende positie van twee agentschappen; en
5. het ontbreken van een reglementair kader mede in het licht van oligopolie van agentschappen

De SEC kwam in haar studie tot de bevinding dat ratingagentschappen moesten worden gereguleerd. Onder meer de informatie waarop moet worden berust om een bepaalde rating toe te kennen, mogelijke belangenconflicten, de nadelige effecten van de oligopolie markt met inbegrip van de moeilijkheden om toegang te krijgen tot de markt en toezicht op de sector zal aan regels worden onderworpen. Op 4 juni 2003 verscheen een eerste ontwerp dat moet leiden tot concretisering van normen: "Rating Agencies and the Use of Credit Ratings under the Federal Securities Laws". Dit document bevat een vragenlijst teneinde meer inzicht te bekomen omtrent de nood tot wijziging en aanscherping van de normen van toepassing op "rating agencies".

### 9.3. Schendingen van de effectenwetgeving alsook identificatie van de overtreders (section 703 SOX)

In januari 2003 publiceerde de SEC haar studie omtrent de schendingen van de effectenwetgeving door beroepsbeoefenaars. Tabel 2 vat de resultaten van deze studie samen. De beroepsbeoefenaars waarvan de overtredingen werden gerepertorieerd betreffen "public accountants", "public accounting firms", "investment bankers", "investment advisers", "brokers", "dealers", "attorneys", en andere beroepsbeoefenaars die voor de SEC verschijnen. Op een tijdspanne van 4 jaar hebben 1596 beroepsbeoefenaars de effectenwetgeving geschonden.<sup>127</sup> 117 andere beroepsbeoefenaars werden in de studie betrokken omdat zij faalden in hun toezichtsfunctie dan wel zich op ongepaste wijze hebben gedragen in hun beroepsuitoefening.

Tabel 2: schematisch overzicht van de studie van de SEC omtrent overtredingen van de effectenwetgeving

Beroepsbeoefenaars	Klasse overtreders/overtredingen	Geschonden bepalingen/aantal	Sanctie
Public accountants	Personen verbonden met "brokers" of "dealers": 788	Securities offerings: 385	Permanent injunction: 782
Public accounting firms	"brokers" of "dealers": 236	F r a u d v . Customer: 323	Penalties: 730
Investment bankers	Personen verbonden met "investment advisers": 172	Investment adviser: 228	Disgorgement: 673
Investment advisers	"stock promoters": 92	Issuer financial disclosure: 163	Permanent cease and desist: 613
Brokers	"chief financial officers": 84	Market manipulation: 110	Broker/dealer bar from association:

<sup>127</sup> Dan wel werden zij medeplichtig bevonden.



			434
Dealers	Externe accountants/commissarissen 66	Touting: 98	Investment adviser b a r f r o m association: 220
Attorneys	Advocaten : 48		Censure: 211
Other securities professionals	“transfer agents” : 28		Undertakings: 144
	Andere : 75		

Een “broker” of een “dealer” dan wel personen verbonden aan een “broker” of een “dealer” zijn goed voor 2/3 van alle schendingen. Het valt verder op dat ook commissarissen en zelfs advocaten de Amerikaanse effectenwetgeving in een aantal gevallen schenden. Bij de emittenten werden een aantal financiële directeuren aangeklaagd wegens schending van de effectenwetgeving. De bepalingen die het meeste aanleiding geven tot schendingen betreffen regels inzake het openbaar aanbieden van effecten, fraude en beleggingsadvies. Meer dan 70% van de overtredingen zijn terug te voeren tot één van bovenvermelde categorieën. De schendingen geven aanleiding tot uiteenlopende sancties en gaan zelfs tot het schrappen van de overtreder van de lijst van beroepsbeoefenaars.

#### 9.4. De handhaving van maatregelen (section 704 SOX)

In section 704 legt de SOX de SEC de verplichting op te onderzoeken welke maatregelen zij heeft getroffen om het effectenrecht te handhaven en dit gedurende de vijf laatste jaren voorafgaand aan de totstandkoming van de SOX. Deze studie had tot doel deze regels omtrent financiële rapportering te identificeren die fraudegevoelig zijn, worden gemanipuleerd dan wel leiden tot ongepaste opsmuk van resultaten. De studie moest gepaard gaan met het formuleren van aanbevelingen omtrent gewenste nieuwe wetgeving.

Tijdens de betrokken periode werden 515 zaken, waarvan ruim 60% administratief en een kleine 40% civielrechtelijk behandeld. Deze dossiers hadden allen betrekking op schendingen inzake financiële rapportering en openbaarmaking. De SEC stelde tussen 1997-1998 en 2001-2002 een aanzienlijke toename vast van het aantal schendingen, met name van 91 tot 149. Ongepaste omzetboekingen vormden samen met de boekhoudkundige en rapporteringstrucs de belangrijkste categorieën.<sup>128</sup> Er werden er 126, resp. 137 geteld. Ook ongepaste uitgavenboekingen (101 zaken) geven vaak aanleiding tot een geschil.

Personen die het vaakst voor de schendingen verantwoordelijk worden geacht zijn het “senior management”: 111 CEO’s, 111 Presidents, 105 CFO’s, 75 Chairmen. Ook 18 auditkantoren en 89 commissarissen werden aangeklaagd. Wat deze laatste categorieën betreft, is er geen onderscheid naar gelang de omvang van het kantoor, doch de verantwoordelijkheid vloeit meestal voort uit het gebrek aan scepticisme omtrent knipperlichten of onafhankelijkheid dan wel toereikende controle.

In 135 gevallen werd de financiële staat herzien.

<sup>128</sup> Zoals een ongepaste MD&A (Management’s Discussion and Analysis).



Om aan deze tekortkomingen te verhelpen stelt de SEC twee soorten maatregelen voor: een uniforme rapportering van herzieningen en een betere “MD&A”openbaarmaking. De realisatie van een en ander kan het best geschieden door wetgeving die er op gericht is de Commissie een grotere toegankelijkheid van documenten en getuigenissen alsook van interne vennootschapsstukken te garanderen.

## **9.5. Investment banks (section 705 SOX)**

In maart 2003 verscheen de studie over de rol van banken bij Enron en Global Crossing. Hierbij werden vijf financiële operaties bij Enron uitgeklaard. De banken die werden onderzocht, meldden hierbij dat Enron de werkelijke bedoeling waarvoor de tussenkomst van banken werd gevraagd, niet onthulde. Niettemin stelde de studie vast dat zij Enron bijstonden toen deze laatste de effectenwetgeving schendde en dat de SEC de bevoegdheid heeft om tegen hen op te treden.

Toezicht op het gedrag van deze banken ligt zowel bij de banken zelf als bij de federale toezichthouders. Na Enron hebben deze banken hun interne controle aangescherpt. Ook blijkt dat de toezichthouders financieringstransacties bij grote ondernemingen nader onderzoeken.

Ook financiële analisten kwamen onder vuur te liggen na enkele boekhoudschandalen. Immers werden zij door “investment banks” onder druk gezet om gunstige en misleidende beleggingsaanbevelingen uit te brengen om lucratieve contracten te kunnen blijven binnenrijven. De belangrijkste diensten die deze banken aanbieden zijn: optreden als tussenpersoon bij het plaatsen van effecten (underwriting), private plaatsingen van effecten organiseren, risicokapitaal verstrekken (venture capital), op activa gebaseerde financieringsoperaties realiseren, investment management activiteiten, kredietverstrekking (merchant bank), onderzoek, andere transacties opzetten (o.m. met afgeleide financiële instrumenten) en adviesverlening (o.m. bij fusies en overnames). Toezichthouders hebben inmiddels nieuwe regels uitgevaardigd om deze belangenconflicten aan te pakken.

Uit het rapport volgt ook nog dat het te vroeg is om de nieuwe regels en interne procedures te evalueren op hun adequaatheid.

## **9.6. Principles based versus rules based rapporteringssysteem**

Tevens heeft de SEC onderzocht of het nuttig zou zijn over te schakelen op een boekhoudkundig systeem dat gebaseerd is op principes. De studie “Pursuant to Section 108(d) of the Sarbanes-Oxley Act of 2002 on the Adoption by the United States Financial Reporting System of a Principles-Based Accounting System” wees evenwel uit dat zowel een op principes gebaseerd als een op regels gebaseerd systeem onvolmaakt is.<sup>129</sup> Het eerste systeem creëert voornamelijk problemen op het stuk van de afdwingbaarheid terwijl het tweede

---

<sup>129</sup> Hoewel er wel fijntjes wordt aan toegevoegd dat “GAAP” het meest volledige en best ontwikkelde kader in de wereld is. Bovendien stelt de studie verder, beduidt de vaststelling dat er ruimte voor verbetering is helemaal niet dat het huidige kader inadequaaf zou zijn.



mogelijkheden biedt de regels te omzeilen. Er wordt dan ook besloten om het Amerikaanse ontwikkelingsproces van nieuwe rapporteringsnormen meer op doelstellingen en principes te enten. De normen moeten volgende kenmerken vertonen:

1. verbeteren en consistent toepassen van een conceptueel kader;
2. duiden van de boekhoudkundige doelstelling van de norm;
3. voldoende gedetailleerd zijn opdat de norm op consistente wijze kan worden toegepast;
4. uitzonderingen op de norm tot een minimum beperken;
5. vermijden van procentuele toetsen die de mogelijkheid bieden de norm te respecteren, doch de doelstelling van de norm te ontwijken of ontduiken.

De SEC stelt bovendien vast dat bij de ontwikkeling van nieuwe normen deze doelstellingen in meer of mindere mate reeds worden opgevolgd.



## 10. Andere bepalingen

SOX bevat nog een aantal andere bepalingen die niet onder één van de vorige hoofdstukken zijn onder te brengen. Kortweg kunnen volgende maatregelen worden vermeld:

1) Wanneer beleggers worden benadeeld, moet het mogelijk zijn hen te vergoeden. Daarom heeft section 308 SOX vastgesteld dat er een fonds moet worden ingericht tot vergoeding van de slachtoffers van een schending van het effectenrecht. De SOX gebod daartoe de SEC nader te onderzoeken op welke wijze dergelijk fonds op optimale wijze kan worden ingericht en georganiseerd.

In dat rapport “pursuant to section 308 (c) of the Sarbanes Oxley Act of 2002” van 24 januari 2003 stelt de SEC vast dat een beperkt aantal personen die tot aanzienlijke vergoedingen worden veroordeeld en het ontbreken van deze “terugbetalingen” een disproportionele impact hebben op het succes van invordering door de SEC. Zo wees het onderzoek naar fraude bij het aanbieden van effecten uit dat 207 overtredingen in totaal 529 mln. dollar moesten opleveren. Eén ervan was goed voor ruim 190 mln. dollar.

De mogelijkheid om beslissingen bij hoogdringendheid te nemen kan de benadeling van beleggers beperken en de invorderingsmogelijkheid vergroten. De kansen op een succesvolle invordering kunnen vergroten door middel van de aanduiding van een ontvanger. De Commissie merkt alsnog op dat de fondsen in de eerste plaats werden aangewend om de slachtoffers van fraude te vergoeden.

De Commissie stelde tevens vast dat er verscheidene praktische en wettelijke problemen rijzen om benadeelde beleggers adequaat te vergoeden. Deze vloeien voort uit de moeilijkheden bij het voeren van de “equity” procedure om de overtreders de voordelen te ontnemen (disgorgement), problemen inzake de bewijslast en de kosten verbonden aan het vergoedingsplan. Daartoe stelt de SEC voor om met een systeem van boetes te werken naast de “disgorgement”, de SEC de bevoegdheid te verlenen met advocaten te contracteren om de invorderingen te realiseren en een aantal federale wetten (zoals de “homestead exception”) die verhinderen dat beslag kan worden gelegd op bepaalde activa, weg te bedingen.

2) De SEC heeft luidens 602 SOX het recht personen tijdelijk of permanent te verbieden om voor de SEC te verschijnen wanneer hij niet over de vereiste kwalificaties beschikt om derden te vertegenwoordigen dan wel de nodige integriteit mist of zich onethisch of ongepast gedraagt of het effectenrecht willens heeft geschonden. De wet schrijft voor wat als ongepast professioneel gedrag kan worden bestempeld.<sup>130</sup>

3) Een rechtscollege mag verbieden dat een persoon activiteiten opzet om “penny stock” aan te bieden.<sup>131</sup> “Penny stock” zijn aandelen van kleine vennootschappen die bovendien laag geprijsd zijn.<sup>132</sup> Het begrip werd in 1990 door de Penny Stock Reform Act geïntroduceerd.

<sup>130</sup>

Het betreft:

*“Intentional or knowing conduct, including reckless conduct, that results in a violation of applicable professional standards; and negligent conduct in the form of a single instance of highly unreasonable conduct that results in a violation of applicable professional standards in circumstances in which the registered public accounting firm or associated person knows, or should know, that heightened scrutiny is warranted; or repeated instances of unreasonable conduct, each resulting in a violation of applicable professional standards, that indicate a lack of competence to practice before the Commission”.*

<sup>131</sup>

Section 603 SOX.



4) De SEC verkreeg tevens de bevoegdheid tot het schrappen of schorsen van personen die met een “broker”, “dealer” of “investment adviser” geassocieerd zijn.<sup>133</sup>

5) Om de controle op revisorenvennootschappen efficiënt te kunnen uitvoeren, bepaalt section 802 SOX, een deel van de “Corporate and Criminal Fraud Accountability Act”, dat alle werkdocumenten gedurende 5 jaar moeten bewaard worden.<sup>134</sup> Het betreft alle “audit” en “review” werkdocumenten. Bovendien moest de SEC nadere regels vastleggen omtrent het bewaren van werkdocumenten, documenten die de basis vormen voor een controle of nazicht, memoranda, briefwisseling, mededelingen, andere documenten, stukken die al dan niet elektronisch worden opgesteld, verzonden of ontvangen in verband met een controle of nazicht en conclusies, opinies, analyses of financiële gegevens bevatten gerelateerd aan de controle of nazicht. Een schending van deze bepaling zal leiden tot het opleggen van boetes en een gevangenisstraf van maximaal 10 jaar.

Op het wegmaken, vernietiging, beschadiging of poging daartoe, van dergelijke stukken, doch meer in het algemeen van alle stukken, documenten of voorwerpen die worden gebruikt in een procedure staan strengere straffen tot maximaal 20 jaar.<sup>135</sup>

De SEC heeft deze bepaling uitgevoerd in zijn “Final Rule: Retention of Records Relevant to Audits and Reviews”. Aldus wordt bepaald dat werkdocumenten zijn: “*documentation of auditing or review procedures applied, evidence obtained, and conclusions reached by the accountant in the audit or review engagement, as required by standards established or adopted by the PCAOB*”. Ook andere documenten – die de basis vormen voor de controle of nazicht en “*memoranda, correspondence, communications, other documents, and records (including electronic records), which are created, sent or received in connection with the audit or review, and contain conclusions, opinions, analyses, or financial data related to the audit or review*” - worden geïndiceerd.<sup>136</sup>

---

<sup>132</sup> De definitie van “penny stock” is terug te vinden in section 3 (a) 51 van de Securities Exchange Act en luidt:

*“The term “penny stock” means any equity security other than a security that is registered or approved for registration and traded on a national securities exchange that meets such criteria as the Commission shall prescribe by rule or regulation for purposes of this paragraph; authorized for quotation on an automated quotation system sponsored by a registered securities association, if such system (I) was established and in operation before January 1, 1990, and (II) meets such criteria as the Commission shall prescribe by rule or regulation for purposes of this paragraph; issued by an investment company registered under the Investment Company Act of 1940; excluded, on the basis of exceeding a minimum price, net tangible assets of the issuer, or other relevant criteria, from the definition of such term by rule or regulation which the Commission shall prescribe for purposes of this paragraph; or exempted, in whole or in part, conditionally or unconditionally, from the definition of such term by rule, regulation, or order prescribed by the Commission.”*

<sup>133</sup> Section 604 SOX.

<sup>134</sup> Zie evenwel ook de ontwerpnormen van de PCAOB, die vereisen dat werkdocumenten 7 jaar worden bewaard (cf. supra deel 2.2).

<sup>135</sup> Section 1102 SOX.

<sup>136</sup> Voor een korte vergelijking van de normen die in België gelden, zie supra deel 2.2.



## **11. Besluit**

De Sarbanes-Oxley Act die kort nadat enkele financiële catastrofes aan het licht kwamen, werd uitgevaardigd, hervormt de praktijk van zowat iedereen die van ver of dicht betrokken is bij het financieren van vennootschappen. In het bijzonder valt de hervorming van de auditsector op. Een nieuw toezichtsorgaan, de PCAOB, kreeg vergaande bevoegdheden om het controleproces van financiële informatie, in al zijn facetten, in goede banen te leiden. Naast revisoren, werden ook andere “gatekeepers”, zoals financiële analisten, advocaten en ratingagentschappen, bijkomende plichten opgelegd. Andere maatregelen willen fraude in de kiem smoren of strekken ertoe fraudegevallen, ex post, hard aan te pakken. Deze wetgeving heeft evenwel belangrijke extraterritoriale effecten en leidt tot ongenoegen langs beide kanten van de Atlantische Oceaan. De SOX hindert een optimale constructieve samenwerking.



# Financial Law Institute

The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit within the Law School of the University of Ghent, 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 the Financial Law Institute's researchers 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.